

SARAH MERÇON-VARGAS

Garantias constitucionais nos processos punitivos não penais

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Ricardo de Barros Leonel

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

SARAH MERÇON-VARGAS

Garantias constitucionais nos processos punitivos não penais

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Ricardo de Barros Leonel.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Merçon-Vargas, Sarah

Garantias constitucionais nos processos punitivos não penais / Sarah Merçon-Vargas; orientador Ricardo de Barros Leonel -- São Paulo, 2018.
287 páginas

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Processual Civil. 2. Garantias constitucionais. 3. Processo judicial punitivo não penal. I. Leonel, Ricardo de Barros, orient. II. Título.

Nome: MERÇON-VARGAS, Sarah.

Título: Garantias constitucionais nos processos punitivos não penais

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Ricardo de Barros Leonel.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Para papai.

Para vovó Aldy (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Tenho o gosto de iniciar a leitura de livros pelo item dos agradecimentos. Mais do que as conclusões, eles revelam traços da personalidade do autor. Acho que foi por isso e pela dificuldade de expressar em palavras toda a minha gratidão que deixei de registrá-la publicamente no mestrado. Aproveito, então, esta oportunidade para fazer agradecimentos retroativos aos que estão comigo desde lá.

A elaboração de uma tese pode ser uma tarefa solitária, ao menos em boa parte do tempo. Posso dizer que não estive só em momento algum e que recebi, em cada etapa e de diversas formas, muito apoio de pessoas especiais. Agradeço a Deus, que me acompanha em tudo que eu faço e agradeço, do fundo do meu coração, a todos os que estiveram comigo neste enorme desafio.

Ao Prof. Ricardo de Barros Leonel, meu orientador, agradeço a oportunidade de ingressar na pós-graduação da nossa Faculdade e a confiança que depositou em mim ao longo desta trajetória. Tenho muito orgulho de ter sido sua primeira orientanda. Agradeço ainda a orientação cuidadosa, a paciência em responder todos os meus e-mails e a ajuda com minhas (muitas) dúvidas e inquietações.

Aos Profs. Heitor Sica e Gustavo Badaró, por quem tenho também grande admiração, agradeço as essenciais contribuições que deram ao trabalho na qualificação e a oportunidade de diálogo constante. À Prof. Marta Saad e ao Prof. Gustavo Badaró, gratidão pela gentil acolhida no mundo do processo penal.

Ao Professor Rodrigo Mazzei, da UFES, serei sempre grata pelo incentivo desde a graduação e por todas as portas que me abriu.

À Professora Clarissa Diniz Guedes Ferreira, da UFJF, que foi fundamental na minha trajetória acadêmica e profissional, muito obrigada pela paciência, pelo carinho e, em especial, pelas grandes contribuições que deu ao trabalho.

Agradeço ainda à Prof. Lucía Alarcón Sotomayor, que muito gentilmente me enviou um exemplar de sua obra esgotada.

Tive a graça de construir grandes amigas na pós-graduação, que levo para a vida. Agradeço à Danyelle Galvão, minha comadre, por ter me recebido tantas vezes em sua casa, por ter sido minha guia no processo penal e por ter revisado o trabalho em pleno verão, de frente para o mar de Santa Catarina. Lia Carolina, um grande coração no mundo, muito obrigada por existir, por ser tão companheira e, neste momento, muito obrigada pela leitura

atenta e pela correção segura da tese. Suas contribuições foram essenciais. Marília Siqueira e Bruna Silveira, duas joias que o doutorado me deu e que fizeram meus dias de estudante mais leves e prazerosos.

Agradeço também aos queridos Elie Eid, Thiago Siqueira, Marcos Vinícius Pinto e Igor Rossoni, por terem me doado tempo e compartilhado comigo suas impressões sobre questões centrais do trabalho.

Aos amigos de uma vida, Julia, Bernardo, Debora e Lucas, meu agradecimento por terem me acolhido tantas vezes em suas casas e por serem fundamentais em minha vida. Agradeço também ao amigo Brandão, pela revisão do *abstract* e ao Piquet, pelos livros que me emprestou. Aos amigos Luana, Fabiana, Eduarda, Roberta, Daniele, João Paulo, Anna Carolina, Carol e Julianas, um agradecimento especial pela compreensão nos momentos em que estive ausente. Prometo recompensá-los.

Ao Paulo e à Helen, meus sogros queridos, gratidão por estarem com o Marcos e comigo em todas as nossas escolhas.

A minha irma e ao meu cunhado, Gilles, agradeço a parceria na vida (e também por todas as GRUs de xerox que pagaram). Minha irmã estava grávida no meu último ano de doutorado, com data de parto quase coincidente com meu prazo de conclusão de tese. O crescimento acelerado daquela barriga foi um lembrete fundamental de que eu tinha uma meta a cumprir.

Meu agradecimento especial ao papai e a Vera Márcia, meus grandes amores e inspirações para a vida acadêmica. Passei boa parte da infância perturbando papai enquanto ele fazia a tese de doutorado (vem daí o meu mau hábito de escrever de madrugada). Tenho recordações maravilhosas desses momentos e hoje vejo como isso foi importante para as escolhas que acabei fazendo. Já eu e Vera Márcia cursamos o doutorado ao mesmo tempo. Eu pesquisava sobre os processos punitivos, crime e corrupção, ela escrevia sobre Osman Lins, Clarice e Guimarães (vejam que ser elevado). Nós compartilhamos tensão, cansaço e finalmente, a alegria da conclusão. Muito obrigada por tudo.

Por fim, ao Marcos, meu amor, que me apoiou desde o início e me incentivou em todos os momentos que tive que estar longe, física e mentalmente, para dar conta deste projeto. Nunca vou me esquecer do interesse com que ele, engenheiro, ouvia e opinava sobre meus dilemas essenciais na tese. Muito obrigada por fazer minha vida mais leve e por ser a melhor companhia em todas as horas. Ao Elvis, nosso pequeno, meu eterno agradecimento por encher nossas vidas de alegria.

RESUMO

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Garantias constitucionais nos processos punitivos não penais*. 2018, 287 páginas, Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O trabalho tem por objetivo a análise das garantias constitucionais nos processos punitivos não penais. Nesta classe, incluem-se as ações de improbidade administrativa e as ações ajuizadas com base na Lei Anticorrupção. A partir do exame da natureza punitiva do direito material, com sanções severas que restringem direitos fundamentais, e da desigualdade estrutural da relação processual, demonstra-se que o *standard* de devido processo legal deve ser mais denso. Há mais garantias para o réu do que nos demais processos não penais e, em alguns casos, as garantias devem ser mais densas. Aplicam-se a esses processos as garantias do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e garantias correlatas, da presunção de inocência, do direito à prova, da motivação das decisões judiciais, do direito à razoável duração do processo, da publicidade do processo, do direito ao recurso e da proibição de submissão a novo julgamento. Tais garantias estão previstas na Constituição da República e na Convenção Americana de Direitos Humanos e tem desdobramentos específicos nos processos punitivos não penais.

Palavras-chave: processo punitivo; devido processo legal, garantias; princípios processuais; improbidade administrativa, lei anticorrupção; Direito Administrativo Sancionador.

ABSTRACT

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Constitutional rights on punitive non-criminal procedures*. 2018, 287 pages, Doctorate – Law School of the University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This thesis focuses on the analysis of the constitutional rights on punitive non-criminal procedures. In this class of procedures there are actions of administrative improbity and lawsuits based on the Anticorruption Law. By examining the punitive nature of the substantive law, with severe sanctions which restrict fundamental rights, and the structural inequality of the procedural relation, it is patent that the standard of the due process of law should be more dense. It is necessary to also ensure more dense procedural rights, such as those offered in criminal procedures, such as a fair trial by an independent and impartial tribunal established by law, the principle of the adversarial system, and further rights, such as presumption of innocence unless proved guilty, right to produce evidence, the motivation of judicial decisions, right to be judged in reasonable time, the publicity of judicial acts, right to appeal, and the right not to be tried or punished twice for the same offence. These rights are provided by the Brazilian Constitution and by the American Convention on Human Rights.

Keywords: punitive process, due process of law, procedural principles, anti-corruption law, Administrative Law Sanctions.

RÉSUMÉ

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Garanties constitutionnelles dans la procédure punitive non pénale*. 2018, 287 pages, Doctorat – Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

Le travail a comme but l'analyse des garanties constitutionnelles dans les procédures punitives non pénales. Dans ce domaine on inclut les actions d'improbité administrative et les actions intentées basées sur la loi Anticorruption. A partir de l'examen de la nature punitive du droit matériel avec des sanctions sévères restreignant des droits fondamentaux et de l'inégalité structurale de la relation concernant la procédure, on démontre que le standard de juste procédure légale doit être plus dense. Il y a plus de garanties que dans les autres procédures non pénales et en quelques situations celles-là doivent être plus denses. On met en oeuvre dans ces procédures les garanties du juge nature, du contradictoire, de la large défense et des garanties corrélatives, de la présomption d'innocence, du droit à la preuve, de la motivation des décisions judiciaires, du droit à la durée raisonnable de la procédure, de la publicité de la procédure, du droit au recours et de l'interdiction de soumission au nouveau jugement. Telles garanties sont prévues dans la Constitution de la République et dans la Convention Américaine de Droits de l'Homme et ont des déroulements spécifiques dans les procédures punitives non pénales.

Mots-clés: procédure punitive; juste procédure légale; garanties; principes concernant la procédure; improbité administrative; loi anticorruption; Droit Administratif de Sanction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
I. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO.....	27
I.1. Considerações iniciais.....	27
I.2. Modelo garantista	30
I.3. Convenção Americana de Direitos Humanos e seu <i>status</i> normativo.....	33
I.4. Teoria geral do processo	36
I.5. Direito material e garantias	38
I.6. Processo, paridade de armas e garantias.....	41
I.7. Paradigmas de devido processo legal.....	43
I.8. Processo judicial punitivo não penal e devido processo legal.....	46
I.9. Garantias processuais e estrutura normativa	48
II. DIREITO PUNITIVO NÃO PENAL.....	53
II.1. Considerações iniciais	53
II.2. Ilícito penal x ilícito administrativo.....	56
II.3. Ilícito e sanção administrativa	64
II.4. Ilícitos, sanções e processo na Lei de Improbidade Administrativa.....	68
II.5. Ilícitos, sanções e processo na Lei Anticorrupção	75
II.6. Sanções judiciais punitivas não penais.....	79
II.7. Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção e direitos coletivos... 	83
III. PROCESSO PUNITIVO NÃO PENAL E GARANTIAS	89
III.1. Considerações iniciais	89
III.2. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	91
III.2.1. O leading case <i>Engel and Others v. the Netherlands</i>.....	93
III.2.2. O caso <i>Özturk v. Germany</i>	95
III.2.3. Análise do conceito autônomo de acusação criminal	96

III.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos	98
III.4. As propostas de Winfried Hassemer e Jesús-María Silva Sánchez	102
III.5. As propostas de administrativistas espanhóis	105
III.6. Pretensão punitiva e desigualdade estrutural da relação processual	110
III.7. Relação entre o processo judicial punitivo não penal e as garantias constitucionais no direito brasileiro.....	115
IV. PROCESSO JUDICIAL PUNITIVO NÃO PENAL E GARANTIAS	123
IV.1. Considerações iniciais	123
IV.2. Polo passivo nos processos judiciais punitivos não penais	124
<i>IV.2.1. Agente público, particulares e ação de improbidade administrativa.....</i>	<i>124</i>
<i>IV.2.2. Pessoa jurídica de direito público e ação de improbidade administrativa</i>	<i>127</i>
<i>IV.2.3. Particular e o processo judicial fundado na Lei Anticorrupção</i>	<i>128</i>
IV.3. Juiz natural.....	130
<i>IV.3.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais</i>	<i>135</i>
IV.4. Contraditório, ampla defesa e demais garantias.....	140
<i>IV.4.1. Princípios do contraditório e da ampla defesa.....</i>	<i>142</i>
<i>IV.4.2. Garantias específicas.....</i>	<i>148</i>
<i>IV.4.3. Direito ao silêncio e direito a não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado</i>	<i>152</i>
<i>IV.4.4. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais</i>	<i>155</i>
<u><i>IV.4.4.1. Inquérito civil, contraditório e ampla defesa.....</i></u>	<u><i>157</i></u>
<u><i>IV.4.4.2. Admissibilidade da demanda e justa causa.....</i></u>	<u><i>159</i></u>
<u><i>IV.4.4.3. Ciência prévia e pormenorizada da imputação e citação.....</i></u>	<u><i>163</i></u>
<u><i>IV.4.4.4. Indisponibilidade da defesa técnica e efeito da revelia</i></u>	<u><i>166</i></u>
<u><i>IV.4.4.5. Ausência de dever de colaboração.....</i></u>	<u><i>168</i></u>
<u><i>IV.4.4.6. Autodefesa, interrogatório e depoimento pessoal.....</i></u>	<u><i>170</i></u>

<i>IV.4.4.7. Direito ao silêncio, direito à não autoincriminação e exibição de documento.....</i>	<i>173</i>
IV.5. Presunção de inocência.....	175
<i>IV.5.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.....</i>	<i>180</i>
<i>IV.5.1.1. Impossibilidade de execução provisória das sanções punitivas.....</i>	<i>181</i>
<i>IV.5.1.2. Ausência de ônus probatório para o réu.....</i>	<i>184</i>
<i>IV.5.1.3. In dubio pro reo.....</i>	<i>187</i>
IV.6. Direito à prova.....	187
<i>IV.6.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.....</i>	<i>196</i>
<i>IV.6.1.1. Impossibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor do réu.....</i>	<i>197</i>
<i>IV.6.1.2. Poderes instrutórios do juiz e suas limitações.....</i>	<i>198</i>
<i>IV.6.1.3. Interceptação de comunicações e prova emprestada.....</i>	<i>201</i>
<i>IV.6.1.4. Critérios de decisão e standard probatório.....</i>	<i>205</i>
IV.7. Motivação das decisões judiciais.....	208
<i>IV.7.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.....</i>	<i>211</i>
IV.8. Razoável duração do processo.....	213
<i>IV.8.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.....</i>	<i>216</i>
IV.9. Publicidade do processo.....	217
<i>IV.9.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.....</i>	<i>219</i>
IV.10. Direito ao recurso.....	221
<i>IV.10.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.....</i>	<i>226</i>
IV.11. Proibição de submissão a novo julgamento.....	228
<i>IV.11.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.....</i>	<i>232</i>
V. VIOLAÇÃO DE GARANTIAS NOS PROCESSOS JUDICIAIS PUNITIVOS NÃO PENAIS.....	235
V.1. Considerações iniciais.....	235
V.2. Pressupostos teóricos.....	235

V.3. Forma no processo judicial punitivo não penal	243
V.4. Vícios que podem levar à inexistência jurídica.....	246
V.5. Vícios que podem levar à nulidade	247
<i>V.5.1. Inobservância do rito especial na ação de improbidade administrativa.....</i>	<i>251</i>
<i>V.5.2. Vício ou falta de citação.....</i>	<i>253</i>
<i>V.5.3. Ausência de defesa</i>	<i>255</i>
<i>V.5.4. Oitiva do réu sem advertência quanto ao direito ao silêncio</i>	<i>257</i>
<i>V.5.5. Erro no modelo de constatação para prolação de sentença condenatória</i>	<i>259</i>
<i>V.5.6. Novo processo judicial punitivo não penal relativo aos mesmos fatos.....</i>	<i>260</i>
CONCLUSÃO.....	263
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	267

INTRODUÇÃO

O *ius puniendi* estatal pode ser exercido – e é cada vez mais exercido – fora dos limites estritos do Direito Penal.

O fenômeno da descriminalização, ligado ao questionamento sobre o papel do Direito Penal na sociedade, contribuiu para que ilícitos penais fossem convertidos em ilícitos administrativos. No âmbito do Direito Administrativo e sob forte influência do Direito Penal, desenvolveu-se o ramo do Direito Administrativo Sancionador. No Brasil, a partir da ideia de independência de instâncias, condutas que eram punidas na esfera criminal passaram a ser punidas também fora do universo do Direito Penal. Há, pois, *sobreposição* de ilícitos de diversas naturezas em relação a uma mesma conduta.

O fato é que, ao se sair do Direito Penal, corre-se o risco de deixar para trás todo um arcabouço legal e teórico de garantias, sem correspondente equivalente expresso na chamada jurisdição *civil*. Nasce, com isso, a preocupação de se evitar a ocorrência de estelionato de etiquetas, em que, por manobra legislativa, uma infração seja formalmente retirada da esfera criminal e, com isso, fique o réu despido do conjunto mínimo de garantias que são necessárias para aplicação de sanções punitivas pelo Estado.

Mesmo fora da jurisdição penal, não há dúvida de que a aplicação de sanções punitivas deve ser feita com observância do devido processo legal. A dificuldade, no entanto, está justamente em saber o modelo de devido processo legal adequado para esses casos, para avaliar quais garantias devem incidir e em que medida. Seria o paradigma civil, o penal ou mesmo um terceiro paradigma, intermediário?

Neste contexto, o presente trabalho tem como propósito a análise das garantias processuais em processos judiciais punitivos não penais.

Por *processo judicial punitivo* designa-se, aqui, aquele em que se postula a aplicação de sanção punitiva, enquanto manifestação do poder estatal de punir. Excluem-se, portanto, do objeto deste trabalho as sanções nascidas no âmbito de relações civis entre particulares e que dependam de atuação jurisdicional (p. ex. ação de indignidade de herdeiro ou indenizações punitivas).

Sob o prisma processual, a expressão processo judicial punitivo refere-se ao processo em que o *pedido* inicial formulado seja de aplicação de sanção. Não se incluem,

então, as sanções aplicadas no curso do processo, por exemplo, por violação aos deveres previstos no artigo 77 do Código de Processo Civil.¹

Em paralelo, a adjetivação *não penal* indica a exclusão de processos formalmente penais. Faz-se, neste trabalho, a opção terminológica de evitar, sempre que possível, o uso do vocábulo *cível* ou *civil*, por se avaliar que o seu alcance e significado nem sempre são bem compreendidos² e, ademais, tais termos estão enraizados no direito privado³, o que poderia transmitir a impressão de que as sanções aqui referidas não decorreriam do *ius puniendi* estatal. Por isso, a locução *não penal* afigura-se mais literal e apta a designar os processos que não pertencem ao universo formal do Direito Penal.

Além do aspecto terminológico, é importante explicitar também os cortes que foram feitos para definição do objeto de estudo como sendo os *processos judiciais punitivos não penais*.

Os processos *administrativos* punitivos não serão analisados. Esta limitação justifica-se pela necessidade de se circunscrever o tema, do ponto de vista do direito material e processual, já que os processos administrativos são instrumentos de aplicação de vasto número de sanções administrativas, relacionadas à proteção de bens jurídicos variados e submetidos a regimes jurídicos diferentes, de direito material e de direito processual, em especial por não serem processos *judiciais*.

Tampouco será analisada a incidência de garantias nos processos punitivos *não estatais* (p. ex. penas aplicadas por clubes, condomínios, sociedades empresariais etc.). Tal análise extrapolaria o âmbito jurisdicional, além de não se tratar de *ius puniendi* estatal.

No espectro dos processos administrativos sancionadores, também não serão examinadas as ações ajuizadas com a finalidade de impugnar sanções aplicadas por órgãos administrativos. Em tais casos, a atividade jurisdicional exercida não é de aplicação de

¹ Este trabalho foi iniciado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e concluído já na vigência do Código de Processo Civil de 2015. Por esta razão, todas as referências feitas ao Código de Processo Civil são alusivas ao novo Código (2015), salvo expressa referência ao Código de Processo Civil de 1973.

² Francesco Carnelutti faz interessante crítica ao uso da expressão *civil* para significar coisas diferentes, a depender do contexto (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960, p. 44).

³ Cível: “*termo que denomina o próprio do direito privado, incluindo o direito civil, o direito comercial e o direito do trabalho (...)*.” Já o termo *civil* é definido como “*termo referente a todos os atos e ações pertinentes ao direito civil, com exclusão do direito do trabalho e do direito comercial*”. (*Pequeno dicionário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A editor, 2004, p. 81).

sanção – que é o eixo do trabalho –, mas de *controle* sobre o exercício do poder punitivo por órgão administrativo.

Feitas essas ressalvas introdutórias, tem-se que a análise proposta volta-se, por exemplo, para processos da Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei Anticorrupção, que são processos judiciais de aplicação de sanção punitiva fora do âmbito penal.⁴⁻⁵

A tese que se pretende demonstrar é a de que, nos processos judiciais punitivos não penais em que há exercício de pretensão punitiva estatal, com potencial de restrição de direitos fundamentais, a natureza do direito material e o desequilíbrio da relação processual devem acarretar, para o réu, o adensamento das garantias processuais constitucionais. Esta hipótese está atrelada à ideia de que as garantias do devido processo legal não se expressam de forma idêntica em todo e qualquer processo e podem variar em intensidade.

No processo penal, a influência desses elementos é bastante evidente, pois a gravidade das penas abstratamente previstas no Direito Penal – e notadamente da pena privativa de liberdade – e a desigualdade da relação jurídica processual justificam o estabelecimento de um referencial máximo de garantias processuais, sob a ótica do acusado. Fora do processo penal, porém, isto é, no universo amplo do que se denomina *jurisdição civil*⁶, o paralelo entre o direito material, relação processual e densidade das garantias constitucionais do processo pode ser demonstrado nos processos judiciais punitivos não penais.

Há boa compreensão pela doutrina de que a natureza (punitiva) e a gravidade das penas previstas (restritivas de direitos) têm implicações do ponto de vista processual⁷,

⁴ O processo de *impeachment* não será tratado neste trabalho por fugir do corte metodológico, que inclui apenas processos *judiciais punitivos não penais*. A natureza jurídica do processo de *impeachment* é controversa, mas independentemente da corrente que se adote, não se trata de um processo *judicial*, polarizado com a presença do Estado-acusador.

⁵ O fato de ambos os diplomas legais serem atinentes à tutela da moralidade administrativa é circunstancial neste trabalho e, por essa razão, não haverá análise específica deste bem jurídico ou de outros a ele atrelados (p. ex. patrimônio público). O foco é apenas no fato de serem sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário.

⁶ Para José Frederico Marques, a jurisdição ordinária divide-se em penal e civil; a primeira tem por objeto a resolução de litígios penais; a segunda, a de litígios não penais. (*Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 70).

⁷ Há diversos estudos que estabelecem paralelos entre o processo judicial de aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção e o processo penal, assim como há diversos artigos que enfrentam, de forma pontual, alguns aspectos da Lei de Improbidade Administrativa sob a ótica do direito processual penal. Esses trabalhos serão referidos ao longo do desenvolvimento do tema proposto.

mas o tema, segundo nos parece, merece tratamento sistêmico sob o prisma das garantias constitucionais do processo.

Pela bibliografia consultada, a percepção que se tem é a de que o assunto ainda não foi desenvolvido na perspectiva pretendida, de investigação das garantias processuais do devido processo legal, a partir da natureza punitiva do direito material⁸ e da estrutura da relação processual.⁹

Na jurisprudência, há diversos acórdãos em que teses e temas de processo penal são invocados e decididos em processos de improbidade administrativa¹⁰, mas a associação entre o processo punitivo não penal e o processo penal nem sempre é bem explicada. Em tal contexto, a proposta é examinar, no universo dos processos não penais, se nos processos *judiciais punitivos não penais* a natureza do direito material e a estrutura da relação processual influenciam a densidade das garantias do devido processo legal.

Tomando-se por exemplo as sanções punitivas previstas na Lei de Improbidade Administrativa (p. ex., perda de direitos políticos), fica claro que o direito material não se assemelha a uma obrigação de pagar quantia, a uma prestação de contas, a uma disputa sobre guarda de menor, a uma reintegração de posse ou a qualquer outro direito que seja comumente utilizado como exemplo em aulas de processo civil. Na verdade, no ramo do Direito Processual Civil, há singularidade nesse direito material que, a bem da verdade, parece-se muito mais com o Direito Penal.

No âmbito dos processos punitivos não penais, há ainda muitos temas que mereceriam ser estudados de forma específica, seja em relação à teoria geral do processo, seja em relação ao processo administrativo punitivo, seja em relação às especificidades da tutela jurisdicional da imputação não penal. A própria fronteira entre o processo penal e processo civil é um tema que poderia ser retomado¹¹, notadamente por se ter exemplos de

⁸ Uma das conclusões fundamentais de José Roberto dos Santos Bedaque é que a ciência processual deve ser elaborada à luz do direito substancial e em função dele. (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20).

⁹ Na doutrina estrangeira, há excelentes trabalhos que serão referidos ao longo do desenvolvimento desta tese.

¹⁰ É o caso, por exemplo, do princípio *in dubio pro societate* (AgRg no AREsp 706.071/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 23/02/2016), do desenvolvimento de teorias sobre dolo e culpa [(AgRg no REsp 1395625/PE, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, j. 16/02/2016)], individualização da pena (REsp 885.836/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 26/06/2007) etc.

¹¹ A questão é mesmo relevante em um tempo de *descodificação*, em que a legislação codificada, típica do século XVIII, deu lugar à legislação especial e, mais recentemente, aos chamados microssistemas jurídicos,

que há, de fato, uma influência recíproca, assim como zonas griseas em que a natureza processual civil ou processual penal é controvertida.¹²

Nesse vasto cenário, a hipótese de trabalho é a de que, nos processos judiciais punitivos não penais, as garantias do devido processo legal devem ser mais numerosas e mais densas do que nos demais processos judiciais não penais voltados a tutelas jurídicas obrigacionais, como forma de reequilibrar a posição ocupada pelo réu na relação processual.

A premissa de que se parte é que o fato de determinado processo judicial punitivo ser excluído do âmbito penal pelo legislador não faz com que o paradigma de garantias a ser observado seja o do Direito Processual Civil em geral. Com efeito, se por um lado, os ramos do Direito Penal e Processo Penal têm contornos formais bem definidos, o âmbito *não penal*, na perspectiva processual, especialmente por ser um nicho formado por exclusão, reúne fenômenos jurídicos muito diversos para comportar tratamento singular.

A verdade é que, mesmo no processo civil, há exemplos de que a natureza do direito material altera a forma de incidência das garantias constitucionais, muito embora essa não seja uma perspectiva usual de análise. É o caso dos direitos indisponíveis, em que há regras processuais específicas que revelam a incidência de garantias processuais mais adensadas em função das características do direito material.¹³

A proposta, portanto, é analisar, na perspectiva do princípio do devido processo legal, o paradigma de garantias processuais adequado aos processos judiciais não penais em que o Estado exercita o *ius puniendi* com imputação de ilícitos graves e aplicação de sanções restritivas de direitos fundamentais.

Para o desenvolvimento do tema, o trabalho estrutura-se em cinco capítulos.

O capítulo I tem por objetivo examinar as relações entre o direito material, a relação processual e as garantias constitucionais do processo. Busca-se lastro para um dos eixos centrais do trabalho, que é a demonstração de densidades diferentes para as garantias do processo, a partir da influência do direito material e da estrutura da relação processual.

com lógicas autônomas e princípios orgânicos (IRTI, Natalino. *L'etat della decodificazione*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999, p. 17-39).

¹² As medidas interventivas previstas na Lei Maria da Penha, assim como o processo por atos infracionais previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente são exemplos disso.

¹³ Veja-se, por exemplo, a exclusão dos efeitos da revelia (artigo 345, II, do CPC), que consiste na exclusão de uma das consequências fundamentais do não exercício do ônus de contestar a demanda.

O capítulo II contém análise do direito material punitivo não penal, a partir do exame de suas peculiaridades. O objetivo é examinar o direito material, na perspectiva das sanções – e não na perspectiva do bem jurídico tutelado –, a fim de que, sob tal substrato, sejam trazidas as projeções processuais específicas construídas nos capítulos subsequentes.

O capítulo III tem por propósito examinar, na doutrina e na jurisprudência, a relação entre processo punitivo não penal e garantias. Na jurisprudência, serão examinados precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre as garantias processuais penais previstas na Convenção Europeia de Direitos Humanos e sua incidência em processos punitivos que não são formalmente penais. Essa análise é importante por ter sido criado pelo Tribunal um conceito *autônomo* de acusação criminal, por meio do qual se pode concluir, a partir de três requisitos, que determinada sanção não penal deve ser considerada criminal para os fins da Convenção, o que acarreta a incidência do rol de garantias processuais penais nela previstas. Como se demonstrará, no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há várias décadas já se sedimentou a ideia de que as garantias do processo penal, em certos casos, devem ir além dos limites estritos do processo penal. Além disso, na doutrina, serão examinadas construções de penalistas e administrativistas sobre a relação entre direito material e garantia. Ainda nesta perspectiva, será analisada a estrutura desigual da relação processual, em que se tem, de um lado, o órgão estatal que imputa a prática de um ilícito e, de outro, o particular, pessoa física ou jurídica que se pretende punir. Ao final, será apresentada a conclusão proposta sobre a relação entre direito material punitivo não penal, relação processual e garantias processuais.

O capítulo IV apresenta análise das garantias constitucionais do processo e sua incidência nos processos judiciais punitivos não penais. Serão analisadas as garantias do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e direitos correlatos, da presunção de inocência, do direito à prova, da motivação das decisões judiciais, do direito à razoável duração do processo, da publicidade do processo, do direito ao recurso e da proibição de submissão a novo julgamento. Essas garantias estão previstas na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, norma que o Supremo Tribunal Federal atualmente reputa ter *status* de supralegal, hierarquia superior à legislação ordinária que usualmente disciplina os processos judiciais punitivos não penais.

Por fim, no capítulo V, serão analisadas as violações às garantias constitucionais nos processos judiciais punitivos não penais e as consequências disso para o processo, na perspectiva da teoria das nulidades. Serão examinadas algumas situações específicas, a partir

dos desdobramentos das garantias processuais, desenvolvidos no capítulo IV. Mas apesar da enumeração, o rol de situações analisadas não é exaustivo.

I. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

I.1. Considerações iniciais

O processo, enquanto instrumento de atuação jurisdicional¹⁴ e garantia para os jurisdicionados é tema de matriz constitucional. A Constituição da República estabelece seus lineamentos fundamentais, estruturados normativamente em *princípios*¹⁵ e *regras*, com *status* de garantias fundamentais.¹⁶

Ricardo de Barros Leonel conceitua o *Direito Processual Constitucional* como o segmento da ordem jurídica superior do Estado de Direito, composto pelo conjunto de princípios, garantias e regras de direito processual que foram, por escolha do constituinte originário ou derivado, inseridos na Constituição Federal.¹⁷

A natureza constitucional não decorre, apenas, da alocação formal no corpo da Constituição, mas do conteúdo material de tais normas¹⁸, que consubstanciam verdadeiras garantias em face do exercício da atividade jurisdicional. Como explica Antonio Magalhães Gomes Filho, garantias são barreiras de proteção; são defesas contra a utilização arbitrária de poder.¹⁹

¹⁴ Outras atividades estatais também devem ser desempenhadas por intermédio do processo. Sobre o assunto: MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Neste trabalho, porém, o foco é o processo jurisdicional.

¹⁵ A técnica de utilizar princípios, inclusive contraditórios entre si, permite, na expressão de José Carlos Barbosa Moreira, *combinações de variável dosagem*. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4).

¹⁶ Interessante verificar que as imbrincadas relações entre processo e Constituição já eram consideradas “tendência” mesmo bem antes da Constituição de 1988. Veja-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 13.

¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 200.

¹⁸ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Bauru: Manole, 2005, p. 17.

¹⁹ *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21-22. No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015, p. 63.

Nessa perspectiva, o processo em si é uma garantia para o cidadão na proteção de sua esfera de direitos²⁰. Sem processo, ou melhor, sem *devido processo*, ninguém pode ser privado de seus bens ou de sua liberdade (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal). A garantia do devido processo legal é uma manifestação do princípio democrático e foi construída historicamente com a função de proteger o cidadão contra o exercício arbitrário de poder pelo Estado.²¹

O chamado *devido processo legal*, com origem na Magna Carta da Inglaterra, de 1215²², é umas das mais importantes conquistas jurídicas de todos os tempos. Materializa a síntese²³ do conjunto de princípios e regras que devem ser observados pelo Estado no exercício da atividade jurisdicional. É, ao mesmo tempo, garantia e conjunto de garantias que se inter-relacionam²⁴ para assegurar a participação do cidadão no processo.²⁵

²⁰ CALMON DE PASSOS, J. J. *Processo e democracia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 94. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 52.

²¹ José Carlos Barbosa Moreira pontuava que o devido processo legal, no processo penal, assumiu a ideia de garantia contra toda sorte de arbitrariedades (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. *Estudos de Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53). Para José Ignácio Botelho de Mesquita, o devido processo legal tem por fim a defesa das liberdades fundamentais contra os excessos dos agentes públicos (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A garantia do devido processo legal – aplicação contra excesso do Ministério Público. *Revista Forense*, v. 327, jul-set. 1994, p. 150).

²² Com previsão no artigo 39: “*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur... nisi – per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”. José Ignácio Botelho de Mesquita conta que a expressão *due process of law* somente apareceu mais tarde, no *statute* de Eduardo III, no ano de 1354. (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A garantia do devido processo legal – aplicação contra excesso do Ministério Público. *Revista Forense*, v. 327, jul-set. 1994, p. 150).

²³ O devido processo legal como princípio *síntese* é expressão utilizada por Ricardo de Barros Leonel (Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 135) e por Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86).

²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

²⁵ A chamada dimensão substancial do *devido processo legal* não será abordada, por se adotar a posição de Humberto Ávila, para quem o devido processo legal, em sentido substancial, é apenas uma bengala para se buscar conteúdos que podem ser extraídos diretamente dos princípios da liberdade e da igualdade. Para ele, expressão *devido processo legal* só deve ser utilizada em sentido procedimental. (O que é devido processo legal. *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, set. 2008, p. 56-57). Além disso, mesmo para quem acolhe essa dimensão do devido processo legal, a análise feita neste trabalho volta-se à chamada dimensão procedimental do devido processo legal.

A visão *constitucional* do processo²⁶, sob a regência do devido processo legal, é uma concepção metodológica já enraizada na doutrina processual nacional.²⁷ Como destaca Cassio Scarpinella Bueno, não se trata, apenas, de examinar as normas constitucionais que tratam de processo, mas de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual.²⁸

Esta construção se dá, por exemplo, no desempenho da atividade legislativa, na produção de normas legais que disciplinam a forma de incidência das garantias processuais. Nesta tarefa, as normas constitucionais orientam a atividade do legislador ordinário, que deve dar concretude aos princípios enunciados na Carta da República. E não basta que sejam normas legais compatíveis com a Constituição, no sentido de não contrariedade; o múnus legislativo é mais complexo do que isso. Cabe ao legislador o esforço de traduzir para o processo o conteúdo essencial dos princípios constitucionais²⁹⁻³⁰, embora não seja tarefa fácil, como destaca Virgílio Afonso da Silva.³¹

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil. Disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>>. Acesso em 15.05.2017. No processo penal, veja-se: LOPES, JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: 2013, p. 161 e ss.

²⁷ Ada Pellegrini Grinover afirmou logo após a promulgação da Constituição da República de 1988 que “o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais” (As garantias constitucionais do processo. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 14). Apesar disto, José Carlos Barbosa Moreira registrou no início dos anos 90, em tom de crítica, que a doutrina brasileira, com poucas exceções, não tinha o costume de enfrentar os problemas do processo civil à luz da Constituição. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 39).

²⁸ Alguns desdobramentos deste enfoque, p. ex. a chamada jurisdição constitucional ou mesmo os remédios constitucionais, não serão tratados neste trabalho.

²⁹ Como afirma Ricardo de Barros Leonel, o legislador infraconstitucional deve observar o conteúdo mínimo em torno do qual se delinea o modelo constitucional e ao Poder Judiciário compete interpretar este modelo à luz de situações concretas (LEONEL, Ricardo de Barros. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 199). Além disso, a liberdade conformativa do legislador em relação à concretização das regras infraconstitucionais do processo encontra limites na razoabilidade (LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 140)

³⁰ O Código de Processo Civil, promulgado em 2015 sob a égide da Constituição de 1988, tem méritos neste sentido. Sob inspiração do direito estrangeiro – Alemanha, França, Itália e Portugal tem regulamentações expressas –, o princípio do contraditório recebeu novo alcance legislativo para vedar as chamadas decisões surpresa ou decisões de terceira via, mesmo em relação às matérias passíveis de serem conhecidas de ofício (artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil).

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68-70.

Em paralelo, a construção do Direito Processual também se dá na análise e na avaliação da legislação e de sua interpretação à luz das normas constitucionais.

Este viés da relação entre processo e Constituição tem especial relevância neste trabalho, diante do cenário normativo em que se inserem os processos judiciais punitivos não penais. Há poucas normas de processo na legislação especial, de modo que é necessário recorrer ao Código de Processo Civil, enquanto norma geral. O fato é que as normas processuais gerais não foram concebidas para este tipo de processo, que como se verá, tem aspectos bastante especiais a serem considerados. Neste contexto, é importante avaliar se as normas do Código de Processo Civil são compatíveis e adequadas às garantias constitucionais do processo que devem incidir nos processos judiciais punitivos não penais. Em certos casos, não se pode descartar a possibilidade de se recorrer à eficácia da própria norma constitucional – enquanto regra ou princípio³² – para a proteção das garantias do devido processo legal.

O presente trabalho foi concebido a partir desta visão constitucional do processo, que é o ponto de partida para que seja estabelecida a relação entre as garantias do devido processo legal e o processo judicial punitivo não penal.

I.2. Modelo garantista

Segundo Luigi Ferrajoli, houve – e ainda há – uma crise profunda do direito, ligada à complexidade das nossas sociedades contemporâneas e à multiplicidade de funções exigidas do Estado.

Houve também uma crise da razão jurídica moderna, em que se percebe uma mudança na configuração do Estado Constitucional. O direito passa a programar não apenas as suas formas de produção de normas, mas seus conteúdos substanciais, vinculados a princípios e valores constitucionais. É uma nova racionalidade, que afeta a teoria do direito, a democracia e o papel da jurisdição.³³

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 97-98.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La Ley del más débil*. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 37.

Neste contexto, o modelo garantista de Luigi Ferrajoli consiste de um sistema epistemológico de identificação do desvio penal, que tem por objetivo assegurar o máximo grau de racionalidade no juízo, limitar o poder punitivo estatal e assegurar a tutela contra a arbitrariedade.³⁴ Esse modelo possui dois elementos: o *convencionalismo penal*, atrelado ao princípio da estrita legalidade e, em última análise, à definição do que pode ser punido e o *cognitivismo processual*, que se relaciona à determinação concreta do desvio punível e à verificação ou refutação das teses acusatórias.³⁵

No cognitivismo processual, o processo penal persegue, ao mesmo tempo, duas finalidades contraditórias: a punição dos culpados e a absolvição dos inocentes.³⁶ As formas de se conciliar as duas finalidades delineiam modelos de processo penal diferentes. Em um modelo de direito penal máximo, persegue-se a certeza de que nenhum culpado passe impune, tolerando-se a incerteza de que algum inocente possa ser punido. No viés oposto, do direito penal mínimo, persegue-se a certeza de que nenhum inocente será punido, ao custo da incerteza de que algum culpado possa ficar impune.³⁷

O garantismo de Luigi Ferrajoli tem um alcance que vai muito além do Direito Penal³⁸ e é um referencial teórico fundamental neste trabalho.³⁹

No desequilíbrio estrutural do processo acusatório, em que o Estado, com todo o seu aparato investigativo, se opõe ao indivíduo para o exercício do poder de punir, o garantismo é o contraponto para se buscar a um processo igualitário.⁴⁰ É, nesta medida, um ideal a ser buscado, à luz da garantia do devido processo legal.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38-42.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 556.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 788.

³⁹ Para Ricardo de Barros Leonel, o garantismo é uma diretriz teórica que reconhece a inserção do indivíduo numa posição que lhe assegura participação legítima e democrática, diante da possibilidade de aplicação de atos de poder em relação a ele (LEONEL, Ricardo de Barros. *Garantismo e direito processual constitucional*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 123).

⁴⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Garantismo e direito processual constitucional*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 123.

Os sistemas punitivos podem ser baseados em graus diferentes de garantismo. Dentro de um Estado de Direito, em que se tem como características fundamentais a estrita legalidade e submissão à jurisdição⁴¹, muitas das garantias estão entrelaçadas, em especial as garantias *processuais*, de modo que, na prática, não há um grande número de sistemas garantistas.⁴² Na ordem constitucional brasileira, em que há um rol de garantias previstos na Constituição Federal e também normas internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, como será tratado no tópico subsequente, a variação da gradação possível tem espectro delimitado, pois não se pode prescindir do reconhecimento e aplicação do catálogo de garantias que compõem o sistema.

O cerne da questão está em identificar as garantias e determinar seu âmbito de aplicação, o que, na perspectiva deste trabalho, significa analisar se o conjunto de garantias que compõem o devido processo legal – muitas das quais voltadas para o processo penal – tem aplicação nos processos judiciais punitivos não penais, que também são manifestação do poder estatal de punir.

No âmbito do processo penal, muitos dos problemas relacionados ao garantismo é de ordem pragmática, no sentido de que há uma deficiência (grave) entre o modelo idealista e a realidade de aplicação do direito. Tem-se um substrato normativo e teórico substancial que deve ser implementado e esse é inquestionavelmente um de seus maiores desafios.

No plano dos processos judiciais punitivos não penais, há grandes problemas atrelados ao próprio modelo teórico e à concepção de como *deve ser* o devido processo legal. A alocação pelo legislador de sanções punitivas na jurisdição *não penal* e o exercício de *ius puniendi* estatal fora dos limites do Direito Penal é a novidade que deve conduzir à reflexão sobre o modelo garantista que se almeja nesses processos.

O que se percebe é que a severidade das sanções previstas abstratamente, seu amplo potencial de restrição de direitos fundamentais e a desigualdade estrutural da relação processual entre Estado e particular apontam para a insuficiência, na perspectiva garantista, do paradigma não penal de devido processo legal.⁴³

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 532.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

⁴³ Em tempos de operação lava-jato, a observação de Adolfo Alvarado Velloso é atual: “*Gracias entonces a la recurrencia de ese periodismo de barricada y mostrando una filosofícula progre y light a la cual se ha sumado inexplicablemente importante número de procesalistas, se ha entendido que la palabra garantismo*”

É preciso, então, avaliar o modelo de devido processo legal que, à luz da ordem constitucional brasileira, deve ser aplicado aos processos judiciais punitivos não penais, o que significa identificar as garantias aplicáveis e avaliar a graduação adequada, tendo-se como referencial máximo o Direito Processual Penal, que, tradicionalmente, é o ramo em que se tem as sanções de maior gravidade abstrata, além de uma desigualdade estrutural na relação jurídica processual.

I.3. Convenção Americana de Direitos Humanos e seu *status* normativo

Não há ramo do Direito imune a normas internacionais.⁴⁴ A afirmação de André de Carvalho Ramos vale para o direito processual, em que há tratados internacionais de direitos humanos que asseguram garantias judiciais. A Constituição Federal, portanto, não é a única fonte normativa no tema.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil no Decreto Executivo n.º 678/92, é a principal norma de referência em matéria de processo e integra o ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 8º prevê diversas garantias vinculadas à garantia do processo justo e equitativo.⁴⁵

representa cosa anómala, perversa y extravagante, pues se afirma con insistencia que sólo se intenta con sus postulados dejar prontamente en libertad a los más crueles y desfachatados facinerosos que, según los críticos deberían estar presos por de por vida como ejemplar escarnimiento.” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El garantismo procesal*. Arequipa: Adrus, 2010, p. 75-76).

⁴⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁴⁵ “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

Originalmente, prevalecia no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* jurídico equivalente ao das leis ordinárias.⁴⁶ Esta orientação prevaleceu na década de 90 em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos no julgamento do Habeas Corpus n.º 72.131, em que se afirmou a sua subordinação à Constituição Federal.⁴⁷

Com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, o artigo 5º da Constituição Federal foi acrescido de um parágrafo terceiro, em que foi estabelecido que *os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais*. Assim, inequivocamente após a entrada em vigor da referida alteração, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum especial passaram a ter *status* de norma constitucional.⁴⁸

Para Celso Lafer, independentemente da emenda constitucional, por força do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos são materialmente constitucionais por integrarem o *bloco da constitucionalidade*,

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

⁴⁶ “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“*lex posterior derogat priori*”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.” (ADI-MC 1480, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997).

⁴⁷ HC 72131, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 23/11/1995.

⁴⁸ A questão que se apresentou neste novo cenário, foi avaliar se o artigo 5º, §3º, da Constituição Federal teria incidência retroativa para que se pudesse afirmar também a natureza constitucional de tratados sobre direitos humanos aprovados antes da sua entrada em vigor, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos.

entendido como o somatório do que se adiciona à Constituição, em razão dos princípios e valores nela consagrados.⁴⁹

No novo cenário normativo constitucional, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento e passou a reconhecer à Convenção Americana de Direitos Humanos o *status* de norma supralegal – superior à legislação ordinária e inferior às normas constitucionais⁵⁰ – e aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados após a emenda e na forma prevista na Constituição, o *status* constitucional.

De qualquer maneira, por terem, reconhecidamente, *status* supralegal, as normas da Convenção Americana se sobrepõem às leis ordinárias, de modo que não há que se cogitar de colisão ou de utilização dos critérios de resolução de antinomias previstos no Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Além disso, tendo em vista a norma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, essa questão tende a ser superada em relação novos tratados e convenções sobre direitos humanos, em que o procedimento legislativo qualificado for utilizado para aprovação.

A posição adotada neste trabalho, no entanto, é a de que as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos têm natureza materialmente constitucional, o que significa que, no plano das garantias processuais, convivem, em mesma hierarquia, com as garantias previstas na Constituição Federal.⁵¹ Em caso de conflito, prevalece a norma mais favorável ao indivíduo, conforme artigo 29, da Convenção Americana de Direitos do Homem.⁵²⁻⁵³ Por

⁴⁹ *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Bauru: Manole, 2005, p. 17. No mesmo sentido: CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 807; STEINER, Sylvia, *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

⁵⁰ RE 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008. Na ocasião, o Min. Celso de Mello firmou a posição de que a Convenção Americana possui *status* materialmente constitucional.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

⁵² “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

⁵³ CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 819.

essa razão, a análise feita neste trabalho leva em consideração as garantias processuais estabelecidas em ambos os diplomas normativos.⁵⁴

I.4. Teoria geral do processo

Diante do objeto do trabalho, voltado ao estudo das garantias processuais em processos que não são penais, mas são punitivos, é fundamental retomar as perspectivas atuais da teoria geral do processo.⁵⁵

No passado, a existência da teoria geral do processo foi alvo de grande polêmica, atrelada ao conceito de *lide* de Francesco Carnelutti e a sua aplicabilidade ao processo penal.⁵⁶ No Brasil, a posição de rechaço à teoria geral do processo foi defendida por Luiz Eulálio Bueno Vidigal⁵⁷, Rogério Lauria Tucci⁵⁸ e, mais recentemente, por Aury Lopes Jr.⁵⁹

⁵⁴ Sobre a importância de se incluir as garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos no estudo das garantias processuais, veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37-41.

⁵⁵ Para o panorama geral e atual do assunto, veja-se: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da 'teoria geral do processo'. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 55-76.

⁵⁶ A posição original do autor, de que haveria *lide* também no processo penal (e que é a origem de muitas das discussões que envolvem o tema), foi revista, tendo Francesco Carnelutti afirmado expressamente que não há *lide* no processo penal. (CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2, p. 40-42).

⁵⁷ VIDIGAL, Luiz Eulálio Bueno. Por que unificar o direito processual. *Revista de processo*, v. 7, n. 27, out-dez-1982.

⁵⁸ Rogério Lauria Tucci sustentava a existência de um devido processo penal, com especificação de garantias próprias do processo penal. Para ele, integravam o devido processo em âmbito penal as seguintes garantias: (i) acesso à justiça criminal; (ii) inafastabilidade do juiz natural; (iii) tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; (iv) plenitude da defesa; (v) publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios penais; (vi) fixação de prazo razoável de duração do processo e (vii) legalidade da execução penal. [TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 207; 218-220].

⁵⁹ LOPES JR, Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Conjur*, 27.06.2014; *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 163.

O fato é que, passado quase meio século desde a inclusão da disciplina *Teoria Geral do Processo* na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pode-se afirmar que o seu reconhecimento e importância gozam de ampla aceitação.⁶⁰⁻⁶¹

A teoria geral do processo afirma a existência de um tronco comum entre o processo civil e o processo penal⁶² e consiste, na expressão de Cândido Rangel Dinamarco, de um *sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados a partir do confronto de diversos ramos do direito processual*.⁶³

Isso não significa que não haja diferenças na forma de incidência dos princípios processuais no processo civil e no processo penal ou que os institutos da teoria geral do processo tenham que se desenvolver de forma idêntica em ambas as áreas (ou mesmo em outras áreas). A unidade da teoria geral do processo não está nas soluções dogmáticas; mas na visão metodológica unitária.⁶⁴

Na perspectiva atual, a teoria geral do processo ainda tem relevante campo de desenvolvimento, especialmente em relação aos princípios. Este é o grande enfoque da teoria geral do processo após a Constituição de 1988, que deve buscar construir uma unidade de tratamento principiológico entre processo civil e penal, a partir da cláusula geral do devido processo legal.⁶⁵ Neste horizonte, um dos campos ainda férteis de estudo é justamente a fronteira entre o processo civil e o processo penal e, nesta seara, os processos judiciais

⁶⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da ‘teoria geral do processo’. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 55-76.

⁶¹ Manuel Cachón Cadenas faz interessante resenha e contextualização histórica, à luz da doutrina italiana e espanhola, sobre teorias de unificação do processo civil e processo penal (em defesa da chamada teoria geral do processo) e de separação (contrárias, portanto, à teoria geral do processo). A conclusão é a de que as teses unitárias tinham o objetivo de reforçar o caráter público do processo. A tendência, segundo aponta, é inversa: de privatizar o processo penal, com aproveitamento de soluções e instituições típicas do processo civil. [CACHÓN CADENAS, Manuel. Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica. In: ARMENTA DEU, Teresa (coord). *La convergência entre proceso civil y penal: una dirección adecuada?* Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 11-33].

⁶² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 15; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, 19.

⁶³ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69.

⁶⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

⁶⁵ Neste sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da ‘teoria geral do processo’. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 55-76.

punitivos não penais, notadamente na perspectiva garantista dos princípios e das regras constitucionais do processo.

I.5. Direito material e garantias

Mesmo no âmbito da teoria geral do processo, a unidade metodológica que permite a reunião útil de princípios constitucionais processuais não inviabiliza que seja reconhecida a incidência de princípios diferentes e de desdobramentos diferentes nos diversos campos do direito processual.⁶⁶

Nem todas as garantias processuais são as mesmas e nem todas aplicam-se a todos os processos da mesma maneira. Na comparação entre o processo penal e o processo civil, no plano da teoria geral do processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam, por exemplo, haver diferenças em relação ao princípio da indisponibilidade, que é típico do processo penal, mas que também incide no âmbito processual civil.⁶⁷

Na forma como estruturadas na Constituição, algumas garantias do processo são *princípios*⁶⁸ e constituem, na definição de Robert Alexy, mandamentos de otimização, que podem ser realizados em diversos graus e que devem ser observados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.⁶⁹

É possível cogitar-se, portanto, de intensidades diferentes para os princípios constitucionais do processo. O princípio da ampla defesa, por exemplo, pode, a partir de um mesmo suporte fático, ter diferentes graus de incidência em diferentes processos, desde a apresentação de defesa formal, no espectro inferior, até à possibilidade reiterada de defesa, no espectro máximo. Essa variabilidade decorre da própria estrutura jurídica dos princípios

⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

⁶⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

⁶⁸ Outras garantias constitucionais endereçam direitos *definitivos* e constituem regras e não de princípios.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

e, para os adeptos da corrente do suporte fático amplo, nenhuma restrição *a priori* seria aceitável.⁷⁰

Tendo em mira o *devido processo legal*, enquanto norma que se estrutura como princípio, a avaliação sobre a densidade constitucionalmente adequada para sua incidência deve levar em conta o fato de tal garantia ser uma conquista contra o arbítrio do Estado.⁷¹ O devido processo legal é o núcleo de convergência dos princípios constitucionais do processo⁷² e um *sobreprincípio*, que desempenha função rearticuladora entre os vários elementos que podem ser dele deduzidos (p. ex. juiz natural, ampla defesa, contraditório etc.).⁷³

Nessa perspectiva, há clara relação entre direito material e processo.⁷⁴ Pode-se afirmar, com Julio Maier, que o direito material condiciona o direito processual que lhe corresponde.⁷⁵ O processo deve ser, então, estruturado para a situação jurídica material em que serve de instrumento de tutela.⁷⁶ Tal estruturação passa, em linha de princípio, pela concepção do modelo de garantias, em função do direito material. Essa racionalidade afina-se com o que se tem denominado *instrumentalidade metodológica*, em que a partir do estudo de um campo específico do direito, busca-se a resposta processual mais adequada.⁷⁷

Há uma relação direta entre as garantias incorporadas por um sistema punitivo e a gravidade das sanções previstas.⁷⁸ Aplicando-se esta premissa ao processo, tem-se que, nas hipóteses em que o potencial de restrição de direitos pelo exercício do poder punitivo estatal

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

⁷¹ Segundo Odete Medauar, para o particular, o devido processo legal é um conjunto de garantias que lhe são propiciadas para a tutela de posições jurídicas ante a Administração. (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87).

⁷² DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2016, v. I, p. 377.

⁷³ ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal. *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, set. 2008, p. 58-59.

⁷⁴ Retoma-se, neste ponto, uma das conclusões fundamentais de José Roberto dos Santos Bedaque, já referida neste trabalho, de que a ciência processual deve ser elaborada à luz do direito substancial e em função dele. (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20).

⁷⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, t. I, p. 170.

⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 38.

⁷⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 13-27. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 16.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001, p. 163.

for expressivo, os princípios constitucionais do processo devem ser observados também com mais densidade. Esta é a lógica do modelo garantista, que se assenta em princípios de origem liberal.⁷⁹ Como bem afirmava Francesco Carnelutti, se o sofrimento do inocente é o custo insuprimível do processo penal, a estrutura do processo deve ser tal que reduza ao mínimo possível o risco de erro e o sofrimento injusto dele derivado.⁸⁰⁻⁸¹

O maior potencial de restrição de direitos fundamentais interfere no equilíbrio entre o dever de punir o infrator e o risco de condenação do inocente. Embora qualquer injustiça deva ser evitada, a indevida punição de um inocente tende a ser mais nociva quanto mais severa for a sanção imposta. Para minimizar este risco de erro no desempenho da função jurisdicional, as garantias do processo devem ser mais intensas nos casos em que a sanção cominada for de maior gravidade.

Nesse cenário, é natural que, na seara penal, em que há imputação da prática de um crime e potencial aplicação de uma pena privativa de liberdade, o direito de defesa deva incidir de forma mais intensa do que, por exemplo, em uma ação indenizatória.⁸²

A natureza do direito material, na perspectiva de seu potencial de restrição de direitos é, por esta razão, um elemento fundamental para a aferição da gradação desejável de incidência das garantias constitucionais do processo.

No plano do direito material e, tendo em mira o objeto do presente trabalho, o potencial de restrição de direitos pode ser aferido pela natureza grave do ilícito punível e pela sanção prevista de forma abstrata na norma jurídica.⁸³ Assim, na concepção do modelo

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2, p. 53.

⁸¹ Ricardo de Barros Leonel sustenta que como no processo penal está em jogo o risco da privação da liberdade e o estigma da condenação, o rigor da garantia do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da motivação etc. é maior. (LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 132).

⁸² Ada Pellegrini Grinover afirma que “a carga de disponibilidade do processo modifica-se consoante a natureza da relação jurídica de direito material que lhe é subjacente”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 12).

⁸³ No direito estadunidense, Kenneth Mann traduziu bem essa ideia: “*This Article argues that the procedure followed in deciding whether to impose a sanction should be related to the function of the sanction. This proposition is based on two core norms of American constitutional due process: (1) the more severe the sanction, the more the procedure must protect against the sanctioning of the innocent, and (2) the more it*

de garantias, nos processos em que se imputa ilícitos graves com aplicação de sanções severas, as garantias processuais do cidadão contra o Estado devem ser substanciais e, com isso, mais densas do que as que se reconhece em processos de natureza patrimonial.

Na relação entre direito material e garantias, é preciso examinar a natureza do ilícito punitivo não penal e das sanções a ele cominadas, considerando em especial o seu potencial de restrição de direitos, na perspectiva daquele a quem se imputa a conduta vedada. O tema será retomado no capítulo II.

I.6. Processo, paridade de armas e garantias

Além do direito material, a estrutura do processo punitivo não penal também deve ser levada em consideração na concepção do modelo de garantias constitucionais do processo. Rogério Lauria Tucci afirmou, com razão, tendo em mira o processo penal, que ninguém deve ser tratado excepcionalmente em paridade de situações, mas uma vez evidenciada a desigualdade, as condições desiguais devem ser consideradas para que possa haver igualdade.⁸⁴

A incidência do princípio constitucional da igualdade no processo costuma ser referida na doutrina como princípio da paridade de armas.⁸⁵ Na disciplina do processo, é papel do legislador verificar se as partes estão em situações equilibradas ou desequilibradas, de modo que, se houver um desequilíbrio inicial, devem ser estabelecidos meios para compensar essa desvantagem, na busca pela isonomia.

No processo civil, por exemplo, o modelo de processo é estruturado, como regra, para partes iguais, às quais são atribuídas armas equivalentes na busca por fazer prevalecer sua pretensão. Isso não significa que não haja situações de desigualdade, como é o caso, por

must protect the accused's dignity and privacy." (MANN, Kenneth. Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law. *The Yale Law Journal*, 1795, 1991-1992, p. 1870).

⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120.

⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59; SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 21-25

exemplo, da hipossuficiência econômica ou da dificuldade de produzir determinada prova. Para essas situações, há previsão de instrumentos específicos que buscam superá-las, como é o caso da assistência judiciária gratuita e da alteração do ônus probatório.⁸⁶

No processo penal, em contrapartida, a premissa para o modelo de processo é diferente.⁸⁷ A estrutura processual acusatória coloca o Estado, com todo o aparato institucional de investigação e de persecução criminal, contra o cidadão, por força da imputação de uma conduta de elevada reprovabilidade social. Veja-se que nesta relação processual não há como se presumir igualdade entre as partes; muito pelo contrário, há, como bem observa Clarissa Diniz Guedes, uma clara desigualdade estrutural⁸⁸, que é inata ao nascimento da oposição de interesses.⁸⁹

Nessa perspectiva, o devido processo legal estrutura-se de modo a compensar, ao menos tendencialmente, o desequilíbrio original do processo, por meio de garantias que são, essencialmente, do acusado.⁹⁰ A garantia da ampla defesa, por exemplo, tem alcance que vai muito além da mera oportunidade, como no processo civil, e deve ser efetiva, sob pena de nulidade. É também sintomática na equação de reequilíbrio a garantia da presunção de inocência, em que se carrega à acusação o ônus da prova, de tal modo que, para que haja condenação, é preciso que a tese acusatória esteja provada, o que significa, como se verá, demonstrada além de qualquer dúvida razoável.

No processo judicial punitivo não penal, diferentemente do que se observa no processo civil em geral, voltado a tutelas jurídicas obrigacionais e, de forma semelhante ao processo penal, há uma desigualdade estrutural da relação processual que repercute no modo de ser das garantias do devido processo legal. Trata-se, também, de um processo que, via de regra, se estabelece entre Estado e particular para a imputação de conduta de elevada reprovabilidade social, punível com sanções de restrição de direitos fundamentais.

⁸⁶ Nas causas em que a Fazenda Pública é parte, também há prerrogativas especiais por se reconhecer que há desigualdade em seu favor, em virtude do volume de demandas que lhe são dirigidas e da consideração das limitações da estrutura burocrática. Tais circunstâncias justificam o tratamento processual diferenciado, por exemplo, com prazos mais dilatados e previsão de intimação pessoal.

⁸⁷ Alude-se neste trabalho, por opção, apenas às ações penais públicas.

⁸⁸ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 28.

⁸⁹ VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 78.

⁹⁰ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 176-177.

Isso significa que, para além da natureza punitiva do direito material, a relação processual desigual, que caracteriza os processos judiciais punitivos não penais, também influencia o modo de ser das garantias do devido processo legal. No marco garantista, deve-se buscar compensar o desequilíbrio original com um processo mais protetivo contra o exercício arbitrário de poder, por força do princípio da igualdade.

O paradigma de devido processo legal constitucionalmente adequado para os processos judiciais punitivos não penais, portanto, deve ser construído considerando a natureza do direito material e os aspectos estruturais da relação jurídica processual.

I.7. Paradigmas de devido processo legal

O exame das garantias do devido processo legal previstas na Constituição da República evidencia que muitas delas dirigem-se a todo e qualquer processo. Outras, no entanto, em razão da linguagem empregada, parecem dirigir-se apenas ao processo penal.

Entre as primeiras, inserem-se as garantias do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), da vedação às provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI), da motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX), da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) e da publicidade do processo (artigo 5º, inciso LX). Em relação ao processo penal, além destas, há também a garantia da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII) e outras tantas relacionadas à privação da liberdade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos contém distinção semelhante. As garantias do artigo 8º, item 1, dirigem-se aos processos judiciais de qualquer natureza.⁹¹ Já

⁹¹ “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

as garantias do artigo 8º, item 2, assim como os itens 3, 4 e 5, são asseguradas aos *acusados de delito e ao processo penal*.⁹²⁻⁹³

Essa conformação revela que o devido processo legal tem conteúdo diverso para processos penal e não penal. Além de haver mais garantias expressas para o processo penal, há diferenças também na intensidade das garantias. É o caso, por exemplo, da garantia da ampla defesa, que, como já se afirmou, no processo penal deve ser efetiva e não meramente potencial, no sentido de oportunidade.

Mesmo no âmbito não penal também há diferenças em relação ao grau de incidência das garantias, em função de características do direito material. É o caso, por exemplo, dos direitos indisponíveis, em que a intensidade do direito à ampla defesa impede a incidência de efeitos da revelia (artigo 345, II, do Código de Processo Civil).⁹⁴

Considerando os dois polos de atividade jurisdicional – o penal e o não penal – é preciso refletir sobre a garantia do devido processo legal nos processos judiciais punitivos não penais.⁹⁵ No direito estadunidense, Kenneth Mann identificou bem a insuficiência dos paradigmas civil e penal para explicar a posição material e processual das sanções que não são formalmente penais.⁹⁶

⁹² “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

⁹³ Na interpretação de tais garantias, porém, esta distinção não é assim, tão literal, pois se reconhece a incidência de garantias voltadas aos acusados em processos que não são formalmente penais, como se verá no capítulo III.

⁹⁴ “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;”

⁹⁵ Fábio Medina Osório emprega a expressão processo civil sancionatório (*Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 395).

⁹⁶ “Two paradigms, criminal and civil law, have long dominated the American law of sanctions. Judges and lawmakers have used these terms to represent sharp and well-defined differences in the nature of the legal process used to redress wrongs. But between these two paradigms there has always been a middleground in

Se, por um lado, não há dúvida de que tais processos estão inseridos no âmbito da jurisdição que se denomina *civil*⁹⁷, por outro, a natureza punitiva do direito, que revela expressiva aptidão para restringir direitos, aponta para a necessidade de aplicação de um paradigma mais denso de garantias. O paradigma não penal de garantias não foi projetado para a hipótese de exercício de pretensão punitiva estatal, em que o processo civil opera como instrumento de aplicação de *sanção punitiva*, com verdadeira *imputação* de ilícitos, que é uma tendência legislativa mais recente.⁹⁸

Nesse contexto, não é constitucionalmente coerente, em um modelo garantista, que um mesmo paradigma possa ser adequado para aplicar-se a uma ação de cobrança e a uma ação por ato de improbidade administrativa. As diferenças no direito material e na relação jurídica processual são muito sensíveis e devem refletir-se também no modelo de processo, na perspectiva das garantias.⁹⁹

Destarte, as garantias do processo, tal como previstas no modelo processual civil geral, voltadas predominantemente para tutelas jurídicas obrigacionais, não são adequadas, na perspectiva constitucional e nem são suficientes para legitimar uma decisão final de aplicação de sanção punitiva por força do *ius puniendi* estatal.

wich legislatures and courts sought punitive ends through nominally civil proceedings. The history of middleground jurisprudence demonstrates the inadequacy of the bipolar paradigms for governing actual sanctioning policy. While the legal community has always recognized that many sanctions do not fit into either paradigms, it has never developed a systematic jurisprudence to explain the substantive and procedural position of punitive civil sanctions within the field of sanctioning” (MANN, Kenneth. Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law, *The Yale Law Journal*, 1795, 1991-1992, p. 1871).

⁹⁷ Veja-se a explicação de José Frederico Marques sobre a jurisdição civil: “No processo civil, a jurisdição ordinária compõe apenas litígios não-penais, que é todo litígio atribuído à competência da magistratura ordinária, que não se baseie em questão de Direito Penal, ou que tenha por objeto o direito de liberdade quando ameaçado ou tingido no curso do processo penal (v. g., o habeas corpus). Não sendo penal o litígio, a jurisdição civil o decidirá, se atribuição residual tiver para isso. É que, conforme esclarecido anteriormente, a qualificação específica do litígio, em razão da relação jurídica em que se situa, se apresenta irrelevante para delimitar-se a esfera de atribuições da jurisdição ordinária: o que pesa e tem relevo é o caráter residual da lide, isto é, a circunstância de não estar prevista, na Constituição, como de competência de qualquer das justiças especiais. Há, assim, litígio ordinário, que é o não qualificado como eleitoral, militar, trabalhista ou político, que se subdivide em litígio penal e não penal.” (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1. p. 146).

⁹⁸ O tema será retomado no capítulo II.

⁹⁹ Como bem destaca Denise Luz, “o modus operandi da dogmática jurídica processual faz uso de ferramenta inadequada para a solução do problema de equacionar proporcionalmente a tensão existente entre o direito social a uma Administração Pública proba e a garantia dos direitos fundamentais dos acusados, ambos de matriz constitucional”. (*Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa e Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 136).

Veja-se que a natureza punitiva do processo e a estrutura da relação jurídica processual alteram o ponto de equilíbrio da relação entre o Estado e o particular, por meio do *devido processo legal*, com o objetivo de minimizar a probabilidade de concretização de injustiças. Para isso, o paradigma de garantias deve ser mais denso e, certamente, mais aproximado do modelo do processo penal, que é pauta de referência¹⁰⁰ de cota máxima de garantias.¹⁰¹

No cenário de insuficiência de regulamentação legal – as leis especiais sobre processos judiciais punitivos não penais não tratam especificamente da matéria¹⁰² –, o rol de garantias constitucionais do processo e o grau desejável de incidência de tais garantias podem ser extraídos do devido processo legal¹⁰³, considerando a singularidade do direito material, seu potencial de restrição de direitos fundamentais e os aspectos estruturais da relação jurídica processual.

I.8. Processo judicial punitivo não penal e devido processo legal

Se o paradigma não penal de garantias, como visto, não se revela adequado para os processos judiciais punitivos não penais, à luz da própria cláusula do devido processo legal, é preciso avaliar quais são as garantias constitucionais do processo incidentes nestes processos e qual a gradação constitucionalmente adequada de incidência.

No plano legislativo, não se pode afirmar que haja um regime jurídico processual de garantias para os processos judiciais punitivos não penais que leve em conta a natureza do direito material e o seu potencial para restringir direitos fundamentais.¹⁰⁴

¹⁰⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 203.

¹⁰¹ É o que afirma Alejandro Nieto, na relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador (*Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 28).

¹⁰² Tais diplomas legais serão examinados no capítulo II.

¹⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 201.

¹⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 201.

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei n.º 8.429/92, por exemplo, ao disciplinar o processo judicial, estabelece que o procedimento deve seguir o rito ordinário¹⁰⁵, com alusão pontual de dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, então vigente (p. ex., sequestro de bens e litigância de má-fé), do Código de Processo Penal (depoimentos ou inquirições) e da Lei n.º 4.717/65 (em caso de ação proposta pelo Ministério Público). Em paralelo, a Lei Anticorrupção – Lei n.º 12.846/13 previu que os processos judiciais devem tramitar na forma da Lei de Ação Civil Pública (artigo 21).

Trata-se, portanto, de normas legais que são fontes de dúvidas relevantes sobre o regime jurídico processual aplicável: (i) seria a improbidade administrativa uma simples ação civil, em razão do rito ordinário? (ii) seria uma ação penal, diante da fase inicial de recebimento da petição inicial e do procedimento para depoimentos e inquirições? (iii) seria, ao revés, uma ação coletiva, por tutelar a moralidade? (iv) seria o processo judicial da Lei Anticorrupção uma ação coletiva, em vista do procedimento previsto ou do bem jurídico tutelado?

O caminho para identificação do regime jurídico de garantias aplicável nestes processos não é simplesmente seguir as pistas deixadas pelo legislador. A avaliação deve levar em conta o exercício de pretensão punitiva estatal, a natureza do direito material, em especial quanto ao potencial de restrição de direitos fundamentais e a estrutura da relação jurídica processual.

O processo voltado à aplicação de sanções punitivas não penais pelo juiz é um assunto pouco estudado na doutrina nacional. Em geral, temas relacionados ao processo judicial punitivo não penal são tratados por autores que escrevem sobre a Lei de Improbidade Administrativa ou sobre a Lei Anticorrupção. Neste contexto, as peculiaridades do processo judicial punitivo não penal usualmente apontadas decorrem, na maior parte das vezes, da aplicação, por analogia, de direitos e garantias do processo penal.

Como explica Alejandro Huergo Lora, a fundamentação teórica que permite a transposição de direitos e garantias do universo penal é a tese da unidade do *ius puniendi* estatal, origem da qual decorreria a subdivisão entre direito penal e direito punitivo não

¹⁰⁵ O Código de Processo Civil de 2015 passou a tratar apenas de procedimento comum, em razão da exclusão do procedimento sumário.

penal. A tese unitária é majoritária entre os espanhóis.¹⁰⁶ No Brasil, entretanto, essa linha teórica recebeu a crítica de Fábio Medina Osório, que aponta a sua inconsistência em razão da existência de regimes jurídicos substancialmente diferentes para as diversas formas de expressão do poder punitivo do Estado.¹⁰⁷ No mesmo sentido, Helena Regina Lobo da Costa reputa autoritária e retórica a tese da unidade do *ius puniendi*, na medida em que se aloca no Direito Penal – e não no Direito Constitucional – o fundamento para o reconhecimento de um regime jurídico especial para o Direito Administrativo Sancionador.¹⁰⁸

A conclusão de Fábio Medina Osório é a de que, muito embora não se possa afirmar a existência de um único *ius puniendi*, é possível reconhecer um certo tipo distinto de unidade, baseado no reconhecimento das diferenças e do núcleo básico de fundamentação dos princípios com conteúdos comuns do Direito Punitivo.¹⁰⁹ O núcleo básico está atrelado à ideia de sanção punitiva e ao seu potencial de restrição de direitos fundamentais. Há, no entanto, significativas diferenças que apontam para a necessidade de se investigar um modelo processual de garantias próprio para os processos judiciais punitivos não penais.

Não se descarta, *a priori*, a possibilidade de elementos que estão presentes no Direito Processual Penal serem aplicáveis, também, aos processos judiciais punitivos não penais. Mas é importante perceber que tal aplicação, se e quando for o caso, não está baseada na similaridade entre os processos; decorre, na verdade, da garantia constitucional do devido processo legal, com incidência adaptada à luz do direito material e da relação processual.

I.9. Garantias processuais e estrutura normativa

¹⁰⁶ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 28. Vale o registro, porém, da posição crítica de Alejandro Nieto (*Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 22).

¹⁰⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118-122.

¹⁰⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese apresentada ao concurso de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 173-178.

¹⁰⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

As garantias constitucionais do processo são normas previstas na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos.¹¹⁰

É usual que a referência às garantias do processo seja feita, de forma ampla, como *princípios*¹¹¹. O exame da estrutura normativa de tais garantias, no entanto, revela que nem todas elas são efetivamente princípios, ao menos não à luz do referencial teórico adotado neste trabalho.¹¹²⁻¹¹³

Essa análise é importante, pois, no plano da teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre princípios e regras é basilar e tem repercussões na forma de interpretação e na solução de conflitos normativos. É importante deixar claro, porém, que não se tem, aqui, o propósito de explicitar teorias sobre princípios ou sobre direitos fundamentais, revisar literatura a esse respeito ou enfrentar críticas que lhe foram dirigidas. O objetivo é apenas e tão somente o de expor os pressupostos teóricos de que se parte para a análise e interpretação das garantias constitucionais do processo.

Adota-se, neste trabalho, a distinção de Virgílio Afonso da Silva entre regras e princípios. Para ele, a diferença fundamental está na estrutura dos direitos. As regras são direitos *definitivos*, que devem ser realizados integralmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. Já os princípios são direitos garantidos *prima facie*¹¹⁴ e, conforme Robert Alexy, constituem mandamentos de otimização, que podem ser realizados em diversos graus e devem ser observados na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas.¹¹⁵ Nessa lógica, a qualificação de determinada norma como princípio, portanto, nada tem que ver com sua *fundamentalidade*; considera-se apenas sua estrutura. Por isto, afirma-se que a classificação dos princípios como mandamentos de otimização é, na verdade,

¹¹⁰ Outros diplomas internacionais também contêm garantias processuais, como é o caso do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. As referências serão feitas no capítulo IV.

¹¹¹ Nesse sentido: NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

¹¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-46.

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-46.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

axiologicamente neutra.¹¹⁶ Apesar disso, muitos princípios são normas fundamentais, como é o caso dos princípios constitucionais do processo.

Em caso de conflito entre regras, se o conflito é parcial, a solução é a instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Se o conflito é total, a única solução é a declaração de invalidade de uma das regras.¹¹⁷ O raciocínio é, por assim dizer, de “*tudo ou nada*”. Já em caso de conflito entre princípios, a solução é fixada por *relações condicionadas de precedência*.¹¹⁸ Avalia-se que, numa dada situação fático-jurídica, determinado princípio tem precedência em relação a outro, ou seja, naquele caso concreto um princípio deve ter mais peso.¹¹⁹ Diferentemente das regras, nenhum dos princípios perde sua validade e, ademais, outras relações de precedência podem ser estabelecidas em novas situações fático-jurídicas que envolvam os mesmos princípios.

Se o conflito for entre princípio e regra, também deve haver sopesamento, mas entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.¹²⁰

A variabilidade de grau dos princípios decorre da própria estrutura jurídica.¹²¹ A definição deste grau, em cada tipo de processo, é tarefa do legislador, que a partir de técnicas de sopesamento, chega a uma regra que o privilegie, na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas.

A concretização do princípio em regra pelo legislador, quando implicar restrição ao direito fundamental, em alguma medida, é suscetível de questionamento no caso concreto. Essa análise, que se faz no plano da constitucionalidade da restrição, deve ser feita pelo recurso à regra da proporcionalidade.¹²² Pelos critérios propostos por Virgílio Afonso da Silva, deve-se indagar se a regra é adequada para fomentar seus objetivos (adequação), se

¹¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p. 612-615.

¹¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47-49.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-51.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94-99.

¹²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51-52.

¹²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 167-172.

não há medida alternativa tão eficiente (necessidade) e se há um equilíbrio entre a restrição de um direito para a realização de outro (proporcionalidade em sentido estrito).¹²³ Em caso afirmativo, o conteúdo essencial do direito fundamental restringindo não terá sido afetado.¹²⁴

Na ausência de definição legislativa específica, que explicita a forma como deve incidir determinado princípio, a aferição da densidade adequada pode ser extraída da própria norma constitucional, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, com foco na sua máxima realização.

Neste trabalho, a distinção entre princípios e regras é fundamental. As garantias constitucionais estruturadas normativamente sob a forma de regras que compõem o catálogo de garantias nos processos judiciais punitivos não penais devem incidir de forma integral. Já em relação às garantias estruturadas sob a forma de princípios que também pertencem ao catálogo de garantias, é preciso avaliar a gradação adequada.

¹²³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 167-172.

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181-200.

II. DIREITO PUNITIVO NÃO PENAL

II.1. Considerações iniciais

Antes de adentrar, propriamente, ao tema do capítulo, é importante fazer um esclarecimento de ordem terminológica.

A expressão *sanção* pode ser utilizada de diversas formas na ciência jurídica.

Na Teoria Geral do Direito, a expressão *sanção jurídica* é empregada no sentido de consequência jurídica da norma.¹²⁵ No exemplo de Tercio Sampaio Ferraz Jr, se A deve ser S, A é a conduta hipotética e S é a *sanção* que segue à ocorrência da hipótese.¹²⁶ Nesta acepção, a sanção pode ser efeito do descumprimento da norma, mas há sanções decorrentes do próprio cumprimento da norma, como é o caso das sanções premiais (p. ex., o abatimento de determinado tributo em virtude do pagamento antecipado). Neste sentido mais amplo, constituem *sanções jurídicas* a imposição de pena privativa de liberdade, a obrigação de pagamento de determinado tributo, o dever de indenizar ou mesmo a decretação de nulidade de determinado ato processual.

Não é esse, entretanto, o sentido em que o termo sanção será utilizado neste trabalho. Aqui, a expressão será empregada no sentido de *pena*, enquanto castigo que decorre do *ius puniendi* estatal e se impõe de forma compulsória, com a finalidade de punir a prática

¹²⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*: Lições Preliminares de Direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 260. Em Kelsen, a sanção é o *ato coercitivo*, que se apresenta como uma *pena* ou como uma *execução forçada*. (KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 4. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2008, p. 56). Em Bobbio, sanção é a resposta à violação da norma (*Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro, 2001, p. 154).

¹²⁶ *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001, p. 99.

de determinada conduta.¹²⁷ Significa que, para além de simples efeito jurídico de uma norma, a sanção, neste sentido, é caracterizada pela função que desempenha.¹²⁸

Feito esse registro, é importante, então, delimitar o objeto deste capítulo.

O ordenamento jurídico é repleto de sanções. Para além do Direito Penal, há sanções no âmbito do Direito Administrativo (p. ex. infrações de trânsito), no Direito Civil (p. ex. pena de indignidade e deserção de herdeiros, penas condominiais, exclusão de sócio), no Direito do Trabalho (p. ex. demissão por justa causa) etc.

Nesse universo, e considerando o viés público deste trabalho, serão investigadas, no plano do direito material, sanções não penais aplicadas pelo Poder Judiciário. São exemplos de sanções desta natureza as previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.

A opção pelo *gênero* – sanções não penais aplicadas pelo Poder Judiciário – está relacionada à hipótese de pesquisa, que aponta para a existência de um nicho de processos que, em razão do *ius puniendi* estatal, do seu potencial de restrição de direitos fundamentais e das características especiais da relação jurídica processual, comporta tratamento específico sob a ótica do devido processo legal.

Nessa moldura, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção são examinadas enquanto exemplos de sanções não penais aplicadas pelo Poder Judiciário.¹²⁹ É possível que estes exemplos não esgotem o gênero¹³⁰, mas justificam a análise na perspectiva proposta.

¹²⁷ Na doutrina penal, além da finalidade retributiva da pena – o mal causado deve corresponder ao mal da pena – atribui-se outras funções à pena e, em especial, a função de prevenção, o que significa evitar o cometimento de novos delitos no futuro, tanto pelo próprio delinquente (prevenção especial) como sociedade (prevenção geral). É o caso da teoria da pena, tal como proposta por Roxin e por Hassemer, em que a pena tem a função de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico perante a comunidade, a partir da visão do direito penal como proteção subsidiária de bens jurídicos e do princípio da culpabilidade como forma de limitação. Sobre o tema, sugere-se a leitura da dissertação de Débora da Cunha Piacesi (PIASECI, Débora da Cunha. *Da fundamentação da pena: uma análise descritivo-crítica da função preventiva geral positiva*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito, área de Ciências Penais, da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2006, *passim*).

¹²⁸ Para Alejandro Huergo Lora, não é o conteúdo da medida que informa a sua natureza punitiva, mas a função que desempenha no contexto normativo (HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 16).

¹²⁹ Não se trata, portanto, de um estudo sobre a Lei de Improbidade ou sobre a Lei Anticorrupção, o que demandaria o exame de aspectos que não serão sequer referidos.

¹³⁰ Durante a elaboração desta tese, muito se refletiu sobre outros exemplos que pudessem se enquadrar neste gênero. Verificou-se, entretanto, que no Direito Administrativo Sancionador a sanção é aplicada por órgão administrativo. Em paralelo, no âmbito eleitoral, não se descarta a possibilidade de que haja sanções

Em paralelo, a análise das sanções punitivas não penais enquanto gênero também se justifica na medida em que a criação de ilícitos fora do Direito Penal é uma tendência e muitos destes ilícitos são alocados no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.¹³¹

Esse nicho de ilícitos não penais cresceu em território europeu particularmente a partir da década de 70, em um contexto de resistência ao expansionismo do direito penal acessório, em que se buscou definir quais ilícitos deveriam ser objeto de regulação penal e quais ilícitos deveriam ser excluídos do âmbito penal.¹³²

Com isso, ilícitos e sanções punitivas que outrora teriam *status* jurídico de crime passaram a ser positivados como ilícitos e sanções administrativas ou, em alguns casos, também como ilícitos e sanções administrativas, em reforço da norma penal, com verdadeira sobreposição de figuras normativas.¹³³⁻¹³⁴

O estudo que se apresenta nos itens subsequentes, com aspectos de Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, não tem o objetivo de ser exaustivo. As discussões teóricas relacionadas à definição de qual deve ser o objeto do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador são complexas e se fossem abordadas, com a extensão e a profundidade da doutrina especializada, fugiriam ao escopo central deste trabalho.

Nesse contexto, pretende-se, com essa análise, avaliar se há diferença ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo e contextualizar as sanções punitivas não penais previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, à luz da doutrina,

punitivas aplicadas pelo Poder Judiciário; entretanto, como a justiça eleitoral desempenha outras funções, além da jurisdicional, este exame mereceria um estudo mais aprofundado e incompatível com os limites definidos de pesquisa.

¹³¹ A natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção e a sua relação com Direito Administrativo será objeto de análise específica, ainda neste capítulo.

¹³² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 87.

¹³³ TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Aranzandi, 2013p. 49; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 91.

¹³⁴ Na França, um mesmo fato pode ensejar a incidência de sanções penais e administrativas, cuja cumulação é possível a partir da ideia de independência dos sistemas repressivos (a regra do *ne bis in idem* somente incidiria para impedir duplo sancionamento pelo mesmo fato dentro de um mesmo sistema repressivo). (ROUGEVIN-BAVILLE, M. M. La sanction en matière administrative dans le droit français. Disponível em <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-2.pdf>, p. 269-270. Acesso em 14.12.2017).

no plano do direito material. Essa avaliação é fundamental, à vista do objeto deste trabalho, para que se tenha elementos para delinear o regime jurídico de garantias adequado, à luz do devido processo legal, aos processos judiciais punitivos não penais.

II.2. Ilícito penal x ilícito administrativo

Com o fim da segunda guerra mundial, verificou-se, em especial na França¹³⁵, na Itália e na Alemanha, que houve reversão da tendência de criminalização de condutas administrativas que se observava desde a revolução francesa. A partir de então, algumas das competências do Direito Penal foram transferidas para o Direito Administrativo.¹³⁶

Na Alemanha e na Itália houve efetivamente uma política de despenalização, em que se optou por confiar à Administração poder repressivo em relação às infrações de menor gravidade, o que permitiu o desenvolvimento das sanções administrativas. Já na Espanha e em Portugal, diferentemente, como observa Frank Moderne, o crescimento das sanções administrativas está mais ligado à visão autoritária de poder¹³⁷, própria dos longos períodos ditatoriais de Franco e Salazar, do que a uma política institucionalizada.¹³⁸

No contexto de desenvolvimento do poder repressivo em âmbito administrativo, duas correntes teóricas centrais desenvolveram-se com a proposta de estabelecer critérios de diferenciação entre ilícitos penais e ilícitos administrativos.

¹³⁵ Para Franck Moderne, no entanto, na França, a repressão administrativa não teve o mesmo desenvolvimento de outros países da Europa Continental. Ainda assim, na percepção do autor, há hoje em dia uma evolução significativa. (MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 26-27). Para Mattias Guyomar, a evolução foi significativa a partir dos anos 90. (*Les sanctions administratives*. Yssey-les-Moulineaux: LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 17).

¹³⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 90.

¹³⁷ Na França, M. M. Rougevin Baville afirma que o florescimento de regimes repressivos puramente administrativos, a partir de 1940, também tem relação com o caráter autoritário do Governo de Vichy. (ROUGEVIN-BAVILLE, M. M. La sanction en matière administrative dans le droit français. Disponível em <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-2.pdf>, p. 260. Acesso em 14.12.2017).

¹³⁸ MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 26-27.

A chamada teoria *qualitativa* apontou a existência de diferenças *substanciais* entre ilícitos penais e ilícitos administrativos, em que os primeiros seriam marcados por um desvalor ético e pela aplicação de penas restritiva de liberdade; enquanto que os segundos seriam infrações eticamente neutras, voltadas à proteção das estruturas do Estado.¹³⁹

Essa teoria foi desenvolvida por James Goldschmidt e preconizou a transferência das infrações administrativas do Direito Penal para o ramo que se denominou *Direito Penal Administrativo* – expressão paradoxal para um contexto de despenalização¹⁴⁰ – e chegou a ser consagrada legislativamente na Alemanha.¹⁴¹

Heinz Mattes, a partir da análise da trajetória histórica do direito penal de polícia, demonstra que não há diferença original entre o direito penal de polícia (equivalente às infrações administrativas) e o direito penal criminal (injusto criminal). Trata-se, na verdade, de uma distinção conceitual que foi feita pela doutrina.¹⁴²

A teoria qualitativa recebeu muitas críticas, notadamente pela dificuldade, sob o prisma científico, em se apontar uma distinção *ontológica*.¹⁴³ Uma das mais interessantes, feita por Alejandro Nieto, é a de que o problema central dessa formulação teórica está no fato de que ilícitos penais e ilícitos administrativos não são *ontologicamente* nem iguais, nem desiguais, pela simples razão de que o conceito de ilícito é normativo.¹⁴⁴

Na perspectiva de Gómez Tomillo e Sanz Rubiales, a tese qualitativa é também perigosa, pois pode servir de subsídio teórico para justificar a limitação de garantias advindas

¹³⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 54-55.

¹⁴⁰ MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *jus puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 50.

¹⁴¹ Segundo Alejandro Nieto, a Lei alemã de 1952 estabeleceu diferenças qualitativas entre delitos e infrações administrativas, mas a Lei de 1968 abandonou este critério e adotou a teoria quantitativa, que será referida na sequência (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 153).

¹⁴² MATTES, Heinz; MATTES, Herta. *Problemas de derecho penal administrativo*: Historia y derecho comparado. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 138-139.

¹⁴³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 103.

¹⁴⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 152.

do Direito Penal, de modo que bastaria etiquetar o ilícito como sendo administrativo para afastar a incidência de todo um arcabouço de garantias.¹⁴⁵

Além da forte crítica da doutrina, o golpe final à tese qualitativa foi dado pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, que desde o caso *Oztürk v. Alemanha*, julgado em 1984, reconhece a falta de distinção ontológica entre delitos e infrações administrativas.¹⁴⁶

Na doutrina nacional, prevalece a tese da ausência de distinção ontológica entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos.¹⁴⁷ Mas a refutação da tese qualitativa não conduz, necessariamente, à afirmação de que ilícitos penais e administrativos devem ter, necessariamente, o mesmo regime jurídico.¹⁴⁸

Em contraposição à teoria qualitativa, desenvolveu-se a chamada teoria unitária ou *quantitativa*, segundo a qual não haveria distinção ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo: a diferença seria quanto à gravidade da sanção imposta pelo legislador. Nessa linha, sanções mais graves seriam aplicadas aos ilícitos penais e sanções menos graves aos ilícitos administrativos. É a posição, por exemplo, de Nelson Hungria.¹⁴⁹

Essa teoria foi bastante desenvolvida na Espanha, em que a preocupação não era propriamente reduzir o Direito Penal, como foi na Alemanha e na Itália, por exemplo, mas limitar a atividade sancionadora da Administração¹⁵⁰ ou, pelo menos, aplicar em âmbito administrativo os princípios do Direito Penal e Processual Penal.

Uma das críticas mais contundentes à tese quantitativa é a de que ela não explica por que pode haver ilícitos administrativos apenados de forma mais grave do que ilícitos

¹⁴⁵ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 82.

¹⁴⁶ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 148. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos será examinada no capítulo III.

¹⁴⁷ Veja-se, por exemplo: HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945, p. 24-27; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 52; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 863; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59-60.

¹⁴⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 290-291.

¹⁴⁹ Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945, p. 24-27.

¹⁵⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 47-50.

penais relativos ao mesmo fato.¹⁵¹ Embora seja desejável que haja unidade e coerência no sistema punitivo, na falta de um critério legal, o legislador dispõe de ampla competência discricionária para criar ilícitos e lhes conferir natureza jurídica penal ou não.

Em posição crítica a ambas as teorias, Gómez Tomillo e Sanz Rubiales, afirmam, com a doutrina majoritária na Espanha, que os delitos e as infrações administrativas têm a mesma natureza e estrutura.¹⁵² Franck Moderne conclui também que não é mesmo possível estabelecer uma separação radical entre ilícito penal e administrativo.¹⁵³ Nessa mesma linha, Alejandro Nieto sustenta que os ilícitos serão penais ou administrativos, conforme a natureza que a norma lhe atribua em cada momento.¹⁵⁴

Tendo em mira as duas diferentes teorias, Ana Carolina Carlos de Oliveira adota posição intermediária, que seria *quantitativo-qualitativa*, com essência predominantemente normativa. A autora explica que, ressalvadas as situações de extrema gravidade, como é o caso da pena privativa de liberdade¹⁵⁵, há zonas limítrofes, em que o enquadramento da sanção como penal ou como administrativa é uma opção¹⁵⁶ (cita como exemplos as relações de consumo e a segurança do trabalho etc.).

Na Alemanha, segundo Alejandro Nieto, o Tribunal Constitucional consagrou, sem maiores dificuldades, a separação entre delitos e infrações administrativas e reconheceu que compete ao legislador atribuir a cada grupo um regime jurídico distinto.¹⁵⁷⁻¹⁵⁸

¹⁵¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 84.

¹⁵² GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 87 e 91-94.

¹⁵³ MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 133.

¹⁵⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 153.

¹⁵⁵ Neste caso, segundo defende, a diferença em relação a uma sanção administrativa não seria apenas quantitativa (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 115-118).

¹⁵⁶ Fábio Medina Osório alude a *espaços discricionários legítimos* (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133).

¹⁵⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 197.

¹⁵⁸ MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 10-16.

No modelo alemão, a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG*, de 1968, que segue vigente com algumas reformas, contém uma parte geral que disciplina a aplicação de sanções administrativas.¹⁵⁹ A lei prevê uma primeira fase, que se desenvolve perante órgãos administrativos e que pode vir a se encerrar nesta seara, nas infrações leves, em que as multas são reduzidas. Porém, em casos mais graves ou quando o sancionado não concorda com a sanção imposta pelo órgão administrativo, passa-se a uma segunda fase que tramita perante um Tribunal em um *processo penal* especial, simplificado. Embora a lei utilize o termo recurso, não se trata de juízo de revisão do sancionamento; o Tribunal passa a ser a autoridade responsável por sancionar e inicia-se um processo penal *ex novo*.¹⁶⁰

Com tais contornos, Alejandro Huergo Lora pondera que, no modelo alemão, as sanções administrativas aproximam-se muito mais do Direito Penal do que do Direito Administrativo.¹⁶¹ É relevante considerar que, ainda assim, a única sanção administrativa é a multa, salvo no âmbito disciplinar, em que podem ser aplicadas sanções de restrição de direitos, tal como a perda da antiguidade. Em caso de não pagamento da multa, porém, a sanção transforma-se em pena privativa de liberdade.¹⁶²

Há, portanto, diferenças claras entre ilícito penal e ilícito administrativo, embora a doutrina considerada majoritária afirme que as diferenças são muito mais quantitativas do que qualitativas e reconheça que, ainda assim, há uma zona cinzenta ampla em que cabe ao legislador decidir pelo regime jurídico a ser atribuído.¹⁶³

Apesar disso, em relação às garantias, entende-se que o núcleo dos princípios do Direito Penal, que foram acolhidos pelo legislador na *OWiG*, são aplicáveis às infrações administrativas, por imperativo constitucional. Como observa Alejandro Huergo Lora em relação aos princípios da legalidade e da culpabilidade, não se cogita que sejam necessários abrandamentos para essa incidência; tais princípios incidem nas infrações administrativas da mesma forma.¹⁶⁴

¹⁵⁹ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 66-69.

¹⁶⁰ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 66-69.

¹⁶¹ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 71-73.

¹⁶² HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 66-69.

¹⁶³ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 75-87.

¹⁶⁴ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 86-87.

Na Itália, o modelo de sancionamento administrativo tem semelhanças com o modelo alemão.¹⁶⁵ A lei despenalizadora n.º 689/1981, que transformou certas infrações penais em infrações administrativas puníveis com multa, contém também uma parte geral que regulamenta a infração administrativa com clara inspiração penal.¹⁶⁶ Diversamente da Alemanha, porém, não se trata de uma lei geral aplicável a todos os ilícitos administrativos, mas apenas aos ilícitos punidos com multa¹⁶⁷, e ainda assim, nos casos em que outro regime jurídico específico não tenha sido estabelecido.¹⁶⁸ Apesar de tais ressalvas, a Lei representa o esforço de unificação do regime material e processual aplicável aos ilícitos administrativos punidos com pena de multa¹⁶⁹, que é a principal sanção administrativa.¹⁷⁰

Como na Alemanha, afirma-se na doutrina e na jurisprudência a existência de diferenças entre as penas e as sanções administrativas¹⁷¹, o que restringe a liberdade do legislador na atribuição de natureza jurídica ao ilícito. Como informa Alejandro Huergo Lora, a aplicação de regras penais às sanções administrativas é válida como regra geral, embora haja efetivamente muitas exceções.¹⁷²

Em termos de procedimento, a sanção é aplicada por órgão administrativo e pode ser contestada perante a jurisdição ordinária. Dado o seu caráter pecuniário, o processo segue o modelo *civil* e a oposição que abre a via jurisdicional tem por objetivo a impugnação do ato administrativo sancionador, tanto em relação à legitimidade do ato sancionador, quanto à reavaliação da responsabilidade do sancionado.¹⁷³

¹⁶⁵ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 101-109. MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 13.

¹⁶⁶ BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 125; GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 39.

¹⁶⁷ A diferença, porém, em relação aos ilícitos penais não é ontológica. (BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 113).

¹⁶⁸ “Art. 12. *Ambito di applicazione. Le disposizioni di questo capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari.*”.

¹⁶⁹ MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 15-16.

¹⁷⁰ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 214.

¹⁷¹ BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 113.

¹⁷² HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 107.

¹⁷³ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 108.

Giorgio Baratti destaca que esse mecanismo processual introduziu elementos do processo penal e do processo administrativo em um processo de características tipicamente processual-civilista.¹⁷⁴

Na Espanha, como já se registrou, o desenvolvimento do poder sancionador da Administração teve curso diverso da Alemanha e da Itália. Além disso, a ideia geral que orienta a regulamentação do poder sancionador da Administração também é diferente. A posição dita majoritária em doutrina e na jurisprudência é a de que penas e sanções administrativas são essencialmente a mesma coisa e por isso devem se submeter ao mesmo regime jurídico, com algumas adaptações.¹⁷⁵

As infrações administrativas não são punidas na Espanha apenas com multas. Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales afirmam que os instrumentos punitivos são variados e coincidem, em grande medida, com os da jurisdição penal.¹⁷⁶

A aplicação de sanções administrativas é feita por órgãos administrativos, por meio de procedimentos administrativos. O juízo de controle do desenvolvimento do ato administrativo sancionador é feito na jurisdição contencioso-administrativa¹⁷⁷, mas diferente da Alemanha, o Tribunal não impõe sanção; o juízo que se exerce é de controle de legalidade sobre a imposição administrativa.¹⁷⁸

Não há, portanto, um processo judicial de aplicação de sanção, muito embora Gómez Tomillo e Sanz Rubiales registrem a ocorrência de jurisdicionalização do procedimento administrativo sancionador, com a introdução de diversas garantias do processo penal.¹⁷⁹ A fórmula – aplicação de princípios do processo penal ao procedimento

¹⁷⁴ BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 135.

¹⁷⁵ HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, p. 75.

¹⁷⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 1009.

¹⁷⁷ A Constituição da Espanha é expressa quanto ao caráter uno da jurisdição (artigo 117): “5. *El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*”. Apesar disso, segundo Ricardo Perlingeiro, há jurisdição administrativa autônoma em 1º e 2º graus, porém sujeita a uma corte suprema única, de direito público e de direito privado. (A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Ano XVI, n. 57, mai-ago 2012, p. 7).

¹⁷⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 694-697.

¹⁷⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 694.

administrativo sancionador, com adaptações –, no entanto, tem algumas mazelas, entre as quais se pode mencionar a ausência de base constitucional expressa que autorize a extensão das garantias do processo jurisdicional ao procedimento administrativo¹⁸⁰ e as dificuldades de se fazer esta aplicação adaptada.¹⁸¹ Alguns autores propõem, ao ensejo, a criação de uma lei de infrações administrativas, a exemplo do modelo alemão¹⁸², que contenha uma parte geral que possa resolver as dúvidas do modelo atual, que é excessivamente baseado em princípios.¹⁸³ A posição de Jose Suay Rincón é a de que há espaço, dentro dos parâmetros constitucionais, para que o legislador contribua para o delineamento geral das sanções administrativas e sua aplicação, de modo a reduzir as incertezas decorrentes de um sistema baseado apenas em princípios.¹⁸⁴

Tais modelos evidenciam que há campo legislativo para o estabelecimento de um regime geral aplicável às sanções administrativas¹⁸⁵, em que sejam estabelecidas normas que disciplinem o exercício do poder punitivo, fora dos limites formais do Direito Penal.

Na mesma linha, é possível cogitar-se, no Brasil, da edição de normas gerais, de direito material e processual, aplicáveis aos processos judiciais punitivos não penais. A vantagem é, tal como assinala Jose Suay Rincón, minimizar a insegurança que decorre do modelo atual, em que o paradigma de devido processo legal precisa ser interpretado a partir da ordem constitucional, para que se tenha, na prática, um processo judicial punitivo com

¹⁸⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 696.

¹⁸¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 174-175.

¹⁸² GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 1009-1010.

¹⁸³ Na Espanha, a Lei 30/1992, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, era a normativa estatal básica, que continha um Título que tratava dos princípios do procedimento sancionador. Ainda durante o período de vigência desta lei, a doutrina afirmava a necessidade de haver uma lei geral que regulamentasse as infrações administrativas e sua aplicação. No final de 2015, a Lei 30/1992 foi revogada e substituída pela Lei 39/2015 – Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas e pela Lei 40/2015 – Régimen Jurídico del Sector Público, que passaram a vigorar no final o ano de 2016. As alterações introduzidas por essas leis não foram analisadas, por serem muito recentes e por não terem sido, ainda, atualizadas as obras referidas nesta pesquisa.

¹⁸⁴ RINCÓN, José Suay. La potestad sancionadora de la administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar. *Documentación administrativa*, 2008, n. 280-281, p. 56-57.

¹⁸⁵ Na França, diante da falta de previsão legal expressa, o Conselho de Estado vem construindo regras mínimas que devem ser observadas na aplicação de toda e qualquer sanção, notadamente à luz da garantia da ampla defesa. (ROUGEVIN-BAVILLE, M. M. La sanction en matière administrative dans le droit français. Disponível em <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-2.pdf>, p. 287. Acesso em 14.12.2017).

garantias compatíveis com o exercício de pretensão punitiva estatal e aplicação de graves sanções restritivas de direitos fundamentais.

II.3. Ilícito e sanção administrativa

Para além da diferenciação teórica entre ilícitos administrativos e penais, é importante também perquirir sobre a natureza das sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário e verificar se, à luz da doutrina, podem ser consideradas sanções administrativas. Essa análise é fundamental para a avaliação do regime jurídico aplicável.

Diante deste propósito direcionado, o estudo que segue é limitado: concentra-se na análise da possibilidade de se caracterizarem como sanções administrativas as sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário. Isso significa que alguns pontos centrais na análise e diferenciação das sanções administrativas, especialmente em relação a outras figuras do Direito Administrativo não serão examinados, pois fugiriam do propósito deste trabalho.¹⁸⁶

O desenvolvimento científico do Direito Administrativo Sancionador é um fenômeno relativamente recente na ciência jurídica. Alejandro Nieto explica que, na Espanha, os primeiros trabalhos sobre o tema remontam às décadas de 60 e 70; antes disso, tratava-se de uma zona intermediária, que não interessava muito nem aos penalistas, nem aos administrativistas.¹⁸⁷ Sua autonomia científica desenvolveu-se a partir da tese da unidade

¹⁸⁶ Há grande discussão, por exemplo, sobre o poder de polícia e a caracterização das sanções decorrentes do seu emprego como sanções administrativas. Para Marçal Justen Filho, por exemplo, o sancionamento administrativo reflete uma competência inerente ao poder de polícia (*Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 608). Já para Fábio Medina Osório, medidas de polícia, como é o caso do fechamento ou a interdição de uma atividade iniciada sem autorização do Poder Público, não constituem sanções administrativas, pois tem por objetivo a restauração da legalidade e mais se assemelham ao exercício do poder de fiscalizar. Em paralelo, medidas rescisórias aplicadas com fundamento em atos ou contratos administrativos bilaterais tampouco seriam sanções administrativas, pois a consequência de sua aplicação, no máximo, conduz à perda da situação jurídico-administrativa de vantagem. Não se trata, portanto, de privações a direitos pré-existentes, efeito aflitivo natural do escopo punitivo. As medidas de responsabilização do erário também não são sanções administrativas, pois objetivam a reparação de danos. Por fim, as medidas de responsabilização na gestão tampouco seriam sanções administrativas para o autor, embora reconheça ser este o âmbito mais nebuloso no que tange à definição de regime jurídico (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101-113).

¹⁸⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 15.

do *ius puniendi* estatal, em que se incluíam o poder sancionador da Administração e o poder sancionador dos juízes.¹⁸⁸ Essa matriz teórica foi bem desenvolvida na jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, que a utilizou como premissa para consagrar a tese da ausência de distinção ontológica entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos e, por conseguinte, para a proclamação da fórmula geral de que os princípios do Direito Penal e Processual Penal devem se aplicar aos ilícitos administrativos, com algumas adaptações.¹⁸⁹

Um dos elementos centrais do ilícito administrativo é a previsão, em caráter geral e abstrato, de uma sanção administrativa. O conceito de sanção administrativa, porém, é tema que comporta divergências no âmbito da doutrina administrativista, especialmente sob a ótica da autoridade responsável pela aplicação.

Há autores que incluem no conceito de sanção administrativa a circunstância de se tratar de uma punição imposta pela Administração.

Sanção administrativa, para García de Enterría, por exemplo, consiste de um mal infligido pela Administração como consequência de uma conduta ilegal.¹⁹⁰ Para o autor, a distinção entre sanções administrativas e penas é justamente a autoridade que a impõe: as sanções administrativas são impostas por autoridades administrativas, enquanto as penas são impostas por juízes penais. Guido Zanobini¹⁹¹ e Alejandro Nieto¹⁹² expressam esse mesmo entendimento.

Franck Moderne faz distinção entre três modalidades de sanção: a sanção penal (aplicada por juízes penais); a sanção administrativa (aplicada por autoridade administrativa sem função jurisdicional) e a sanção jurisdicional não penal (aplicada por juízes não penais).¹⁹³ Para o autor, quatro elementos são essenciais para a caracterização de uma sanção administrativa: (i) a finalidade punitiva; (ii) o conteúdo aflitivo; (iii) o caráter ilícito da infração e, finalmente, (iv) o caráter administrativo da autoridade competente para aplicação

¹⁸⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 80-81.

¹⁸⁹ Veja-se, por exemplo, a Sentença 18/1981, com referência a outros precedentes.

¹⁹⁰ El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, p. 399-430.

¹⁹¹ ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 40.

¹⁹² NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 182.

¹⁹³ MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 51-53.

da sanção.¹⁹⁴ Veja-se que para este autor a autoridade responsável pela aplicação da sanção é um dos elementos que caracterizam a sanção administrativa.

No direito pátrio, Regis Fernandes de Oliveira afirma que sanção administrativa é aquela cuja aplicação decorre da apuração de infração perante autoridade administrativa, e cujo ato sancionador não possui força de ato jurisdicional.¹⁹⁵ Para ele, se a sanção é aplicada por órgão jurisdicional, em processo judicial, em que o ato final possua força de coisa julgada – a rigor, tenha aptidão para possuir –, trata-se de pena criminal ou de sanção *civil*.¹⁹⁶

Em sentido análogo, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que a natureza administrativa da infração pode ser reconhecida a partir da natureza da sanção que lhe corresponde e, ao mesmo tempo, a natureza da sanção advém da autoridade competente para imposição. Conclui que sanção administrativa é a sanção imposta pela Administração.¹⁹⁷ Rafael Munhoz de Mello afirma, nessa mesma linha, que o traço que identifica a sanção administrativa é formal (aplicação por autoridade administrativa).¹⁹⁸

Em sentido diverso, outros autores afastam esse elemento formal – a autoridade administrativa como aplicadora da sanção – do conceito de sanção administrativa. Para eles, a sanção administrativa pode ser aplicada por uma autoridade administrativa ou mesmo pelo Poder Judiciário.

Fábio Medina Osório, por exemplo, sustenta que a sanção administrativa é um mal ou castigo (de efeitos afitivos), com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, que pode ser imposto pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário¹⁹⁹ ou por corporações de direito público a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica,

¹⁹⁴ MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *jus puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 77.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 20.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 20.

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiro, ano, p. 863-864.

¹⁹⁸ Para o autor, sanção administrativa é a medida afitiva imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiro, ano, p. 62-63).

¹⁹⁹ Na mesma linha, veja-se LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado*: Improbidade Administrativa de Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014, 103-110; LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A Lei Anticorrupção e o Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito de São Paulo, 2017, p. 55-58.

que tenha ou não especiais relações de sujeição com o Estado, em razão de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com finalidade repressora, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.²⁰⁰ Para o autor, a presença da autoridade administrativa como aplicadora da sanção não é definitiva para a caracterização da sanção como sendo administrativa.²⁰¹

Essa também é a posição de Mattias Guyomar, que explica que a característica de ser aplicada por uma autoridade jurisdicional não é um critério determinante para diferenciação entre sanção penal e sanção administrativa, pois na França há sanções administrativas que são aplicadas por autoridades administrativas e outras que são aplicadas por órgãos jurisdicionais não penais (por exemplo, as *contraventions de grande voirie*), no âmbito da jurisdição administrativa.²⁰²

A perspectiva de Fabio Medina Osório, seguida por Ana Carolina Carlos de Oliveira²⁰³ e por Denise Luz²⁰⁴, portanto, inclui a aplicação jurisdicional de sanções do âmbito formal e material do Direito Administrativo Sancionador.²⁰⁵⁻²⁰⁶ Em obra específica

²⁰⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

²⁰¹ Apesar do desenvolvimento teórico sobre as sanções administrativas em países da Europa Continental, Fábio Medina Osório adverte que o conceito europeu de sanção administrativa – que é fundamental para demarcação do âmbito do Direito Administrativo Sancionador e de aplicação de seu regime jurídico – deve ser lido com reservas no Brasil, considerando-se a jurisdição dual dos países influenciados pelo sistema francês (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83-91).

²⁰² *Les sanctions administratives*. Yssey-les-Moulineaux: LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 37-38. Veja-se também: DEGOFTE, Michel. *Droit de la sanction non pénale*. Paris: Economica, 2000, p. 101.

²⁰³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 94.

²⁰⁴ *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa e Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 108.

²⁰⁵ Essa conceituação mais ampla de sanção administrativa recebeu a crítica de Rafael Munhoz de Mello, pelo fato de incluir em um mesmo rótulo manifestações de funções estatais distintas – jurisdicional e administrativa – que, na sua avaliação, devem submeter-se a regimes jurídicos distintos (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63-68).

²⁰⁶ Para Marçal Justen Filho, há um *regime jurídico de direito administrativo punitivo*, que se vincula ao direito penal, com aplicação de todos os princípios fundamentais penalísticos (*Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1046).

sobre improbidade administrativa, o autor explica que sua proposta é reunir os ilícitos que tenham a Administração Pública como figurante no polo passivo da agressão.²⁰⁷

Diante de tantas divergências conceituais, verifica-se não haver consenso quanto aos elementos que definem as sanções administrativas.²⁰⁸

Para os fins deste trabalho, é importante identificar a divergência e conhecer a premissa de que partem os autores para considerar uma sanção como administrativa. Para aqueles que conceituam sanção administrativa com base na autoridade aplicadora da sanção, as sanções somente são administrativas quando aplicadas por autoridades administrativas. Já para aqueles em que esse critério não é essencial, mesmo sanções aplicadas pelo Poder Judiciário podem ser consideradas sanções administrativas e, nessa medida, pertencem ao âmbito formal do Direito Administrativo Sancionador.

Antes de adotar qualquer posição em relação ao tema, passa-se à análise dos ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.

II.4. Ilícitos, sanções e processo na Lei de Improbidade Administrativa

A Constituição de 1988 conferiu à moralidade o *status* jurídico de princípio da Administração Pública (artigo 37, *caput*) e previu a punibilidade dos atos de improbidade administrativa, com aplicação de sanções, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 37, §4º).

A norma constitucional foi regulamentada durante o governo Collor, com a promulgação da Lei n.º 8.429/92, instrumento de tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público que institui sanções punitivas aplicadas pelo Poder Judiciário aos agentes públicos. Essa é uma das diferenças de concepção da Lei de Improbidade Administrativa, em relação à chamada Lei Anticorrupção, que será tratada no tópico subsequente. A Lei de

²⁰⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 191.

²⁰⁸ Esta também é a percepção de Ana Carolina Carlos de Oliveira (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 98).

Improbidade Administrativa foi promulgada com o objetivo de punir *agentes públicos*²⁰⁹, pessoas físicas, muito embora o artigo 3º estenda a possibilidade de aplicação das sanções àqueles que, não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática dos ilícitos previstos ou deles se beneficiem.²¹⁰ Na prática, tal disposição legal motivou a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa também às pessoas jurídicas de direito privado, em litisconsórcio passivo com o agente público.²¹¹

Os atos de improbidade administrativa estão previstos nos artigos 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e 11 (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública), da Lei n.º 8.429/92. Além da previsão genérica do *caput*, os incisos desses dispositivos enumeram condutas comissivas ou omissivas que configuram improbidade administrativa.

A amplitude e generalidade de tais disposições é alvo de críticas por não ser possível identificar, em princípio, quais condutas podem ensejar a aplicação de sanções.²¹² Essas características são ainda mais acentuadas no artigo 11, que prevê a aplicação de sanção a condutas que violem *princípios*, normas que, diferentemente das regras, são dotadas de grande fluidez estrutural.²¹³ A conformidade constitucional deste modelo, em que ilícitos genéricos são punidos com sanções severas é questionável, mas o tema é de direito material,

²⁰⁹ Lei n.º 8.429/92: “*Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.*”

²¹⁰ “*Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.*”

²¹¹ O Superior Tribunal de Justiça tem a orientação jurisprudencial consolidada (Jurisprudência em Teses, edição n.º 38) de que: “*É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.*” Mas, ao mesmo tempo: “*9) Nas ações de improbidade administrativa, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo.*” Na esteira deste entendimento, a ação de improbidade administrativa deva sempre ser proposta contra um agente público, pelo menos, e não pode ser proposta apenas contra o particular.

²¹² Mauro Roberto Gomes de Mattos compara as hipóteses de incidência da norma a um cheque em branco para a aplicação de sanções graves. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa. Artigo disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6540/do-excessivo-carater-aberto-da-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 24.06.2015). Para Medina Osório, no entanto, a abundância de utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela Lei de Improbidade Administrativa, além de não ser incompatível com sua natureza sancionatória (há exemplos do emprego dessa técnica no direito penal), ampliaria o espectro de repressão inclusive para comportamentos não previstos textualmente, mas que se subsumem aos conceitos do *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 (*Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 211).

²¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

atrelado aos desdobramentos do princípio da tipicidade em âmbito punitivo e, por isto, foge ao objeto definido para o presente trabalho.

Passando ao tema das *sanções*, a Constituição Federal prevê a punição de atos de improbidade administrativa com a *suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens* e o *ressarcimento ao erário* (artigo 37, §4º).

A *indisponibilidade de bens* não é uma sanção punitiva, trata-se de ferramenta processual que pode ser utilizada como forma de assegurar o resultado útil do processo, desde que presentes seus requisitos legais. A indisponibilidade é, nesse sentido, meio para assegurar o êxito futuro da demanda punitiva.

Em paralelo, o *ressarcimento ao erário* também não deve ser considerado uma sanção, no sentido punitivo do termo, pois não decorre do *ius puniendi* estatal. Trata-se de um dever de reparar, de índole compensatória, que pode inclusive ser demandado apenas no plano da responsabilidade civil, sem estar cumulado com pedidos de natureza punitiva. Como aponta Guilherme Recena Costa, por razões de racionalidade processual, permitiu-se a sua postulação em sede de ação de improbidade²¹⁴, em cumulação simples com pedido de cunho punitivo, mas nada impede que venha a ser demandada em instrumentos jurídicos de tutela do patrimônio público (p. ex., em ação civil pública, ação popular etc.). O pedido de ressarcimento do dano causado, por não ter natureza punitiva, submete-se ao regime jurídico geral de garantias do processo civil em geral e não ao modelo mais adensado proposto neste trabalho.²¹⁵

Além das sanções previstas constitucionalmente, a Lei n.º 8.429/92, em seu artigo 12, estipula sanções específicas para cada tipo de ato de improbidade administrativa (artigos 9º, 10 ou 11). São abstratamente previstas as sanções de *perda dos bens ou valores*

²¹⁴ A ambivalência da Ação de Improbidade Administrativa e a sua Conformação Processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 235. No mesmo sentido: “O pedido de ressarcimento de danos na ação de improbidade não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito.” (SILVA, Bruno Freire E. Algumas peculiaridades e polêmicas dos elementos da ação civil por improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 228, fev. 2014, p. 261).

²¹⁵ O tema será retomado no item II.7, *infra*.

*acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública*²¹⁶⁻²¹⁷, *suspensão dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.*

O artigo 12, parágrafo único, estabelece critérios legais para a dosimetria da pena (extensão do dano causado e proveito patrimonial obtido pelo agente), elementos que, como se verá, devem ser expressamente considerados na motivação da sentença condenatória. As sanções de *suspensão dos direitos políticos* e de *proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios* possuem gradações de período. O valor da *multa civil* também deve ser avaliado conforme a gravidade da conduta apurada.

Não há consenso na doutrina administrativa quanto à natureza jurídica dessas sanções, às quais se atribuiu natureza civil, administrativa, penal e política.²¹⁸

²¹⁶ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há oscilação sobre a extensão da sanção de perda da função pública. Em sentido mais amplo, veja-se o seguinte julgado: “2. *A aplicação da penalidade de perda de função pública, prevista nos arts. 9º, 10º e 11 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), abrange todas as atividades e vínculos que o agente ímprobo eventualmente possuir com o poder público. 3. ‘A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível’ (REsp 1.297.021/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.11.2013). No mesmo sentido: REsp 924.439/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.8.2009.” (RMS 32.378/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 05/05/2015). Em linha mais restritiva, que nos parece mais acertada: “4. *A sanção da perda do cargo público prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.*” (AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 13/12/2016)*

²¹⁷ Na hipótese em que o agente público já não mais exerça função pública na ocasião do trânsito em julgado da sentença condenatória, tem se entendido que não pode haver cassação da aposentaria correspondente: “3. *O art. 12 da Lei 8.429/92, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a cassação de aposentadoria, mas tão só a perda da função pública. As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva. 4. ‘O direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime contributivo, e sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada.’ (SJ - 2ª Turma - REsp 1.186.123/SP, Relator Ministro Herman Benjamin). 5. *Recurso especial provido.*” [REsp 1564682/RO, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, j. 10/11/2015).*

²¹⁸ Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, o ilícito previsto na Lei de Improbidade Administrativa tem natureza civil e política e o procedimento a ser adotado em juízo é processual civil. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 893-894). Para Fábio Medina Osório, como exposto no tópico precedente, as sanções tem natureza *administrativa* e inserem-se no ramo do Direito Administrativo Sancionador. (*Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 192). Segundo Marçal Justen Filho, as sanções tem natureza civil, administrativa ou penal. Para ele, a sanção de reparação do dano é civil, a perda do cargo ou função é sanção de natureza administrativa e a perda de cargo eletivo e a suspensão de direitos políticos é sanção penal, diante da exigência legal de intervenção judicial. (*Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1076). Ao avançar para o âmbito do direito processual, o autor afirma que a ação principal a que alude o artigo 17 da Lei n.º 8.429/92 é uma ação penal (*Curso de Direito*

Embora não haja previsão de pena privativa de liberdade – e nem poderia haver fora dos limites do Direito Penal²¹⁹ – as sanções punitivas cominadas são bastante graves e restritivas de direitos fundamentais (p. ex. direitos políticos). Ademais, a condenação à suspensão de direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito acarreta também a inelegibilidade do condenado, conforme alteração introduzida pela Lei Complementar n.º 135/2010 – Lei da Ficha Limpa.

Além de tipificar os atos considerados ímprobos com bastante fluidez, a Lei de Improbidade Administrativa disciplina alguns (poucos) aspectos processuais e, como regra geral, o legislador estabeleceu o rito ordinário²²⁰ (artigo 17, *caput*, da Lei n.º 8.429/92).²²¹

A Medida Provisória n.º 2.225-45/2001 alterou o artigo 17 (§§6º ao 12º) e criou a fase inicial de admissibilidade da demanda, em procedimento semelhante àquele previsto para crimes praticados por funcionários públicos (artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal). Com isto, passou a haver requisitos para o processamento da ação de improbidade administrativa, o que permite o controle inicial pelo magistrado para evitar a tramitação de demandas sem mínima plausibilidade.²²²

Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1093). José dos Santos Carvalho Filho defende que algumas sanções seriam de natureza política (p. ex. suspensão dos direitos políticos) e outras de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos e perda de função pública). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1061). O autor chega a afirmar que algumas das sanções tem inegável conteúdo penal, o que, todavia, não seria suficiente para lhes retirar a natureza civil (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1075). Por fim, Marino Pazzaglini Filho sustenta que as sanções tem natureza: política (p. ex. suspensão dos direitos políticos), político-administrativa (p. ex. perda da função pública), administrativa (p. ex. proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) e civil (p. ex. a multa, o ressarcimento, e a perda dos bens e valores ilícitamente acrescidos ao patrimônio). (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148).

²¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

²²⁰ Como já referido, o Código de Processo Civil de 2015 passou a tratar apenas de procedimento comum, em razão da exclusão do procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil de 1973. A referência a procedimento *ordinário* deve ser interpretada, no atual cenário, como procedimento *comum*.

²²¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo em versão eletrônica*, v. 178, dez. 2009.

²²² Mauro Roberto Gomes de Mattos observa que, desde a entrada em vigor da lei, esse instrumento jurídico passou a ser utilizado de maneira inapropriada. A sua utilização para punição de atos ilegais, segundo narra, levou o Superior Tribunal de Justiça a fixar a máxima de que a improbidade administrativa alcança o administrador desonesto, não o inábil, o despreparado, o incompetente e desastrado. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Os vinte anos da Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://gomesdemattos.com.br/artigos/OS_VINTE_ANOS_DA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.pdf> Acesso em 11.10.2017).

A fase preliminar de apresentação de defesa prévia foi alvo de crítica fundada na sua ineficácia enquanto filtro de controle de admissibilidade de ações mal ajuizadas.²²³ A pesquisa confirma que há certa incompreensão quanto à natureza e importância desta etapa prévia, que se devidamente compreendida, à luz do conjunto de garantias que se aplicam às ações de improbidade administrativa, pode contribuir para que haja um controle inicial mais rigoroso sobre os requisitos de admissibilidade da demanda.

Sob a ótica processual, a Lei de Improbidade Administrativa traz, para fora do âmbito processual penal, a tutela jurídica da imputação, em que a inicial deve descrever fatos que caracterizam um ilícito e que, se comprovado, tem como consequência a imposição de sanções punitivas graves, com restrição de direitos fundamentais. Esses elementos denotam a singularidade do direito material e processual em questão.

A similaridade da Lei n.º 8.429/92 com a chamada Lei Bilac Pinto (Lei n.º 3.502/58)²²⁴, sua antecessora, é um dos fatores que contribui para que parcela minoritária²²⁵ da doutrina atribua à ação de improbidade administrativa a natureza de ação penal.²²⁶ Além disso, não é usual a utilização da jurisdição civil para a aplicação de *sanção*,²²⁷ o que tende a provocar associação entre a improbidade administrativa e o direito material e processual penal. Não obstante, apesar das semelhanças, o argumento de que a ação da Lei n.º 8.429/92 seria formalmente criminal encontra óbice no artigo 37, §4º, da Constituição Federal, em que o legislador previu a punição daqueles que praticarem atos de improbidade, *sem prejuízo da ação penal cabível*.²²⁸ Ademais, a natureza criminal de determinado ilícito deve estar

²²³ COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa. Projeto vencedor do programa "Pensando o Direito" da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011 (Publicação de relatório de pesquisa), p. 72. Segundo a pesquisa, o percentual de acolhimento das defesas prévias, entre os anos de 2005 e 2010, foi de 13,5%.

²²⁴ Tal lei previa, em seu artigo 4º, que o enriquecimento ilícito, tal como definido na lei, equiparava-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público e sujeitava os responsáveis ao *processo criminal* e à imposição de penas, na forma das leis penais então em vigor.

²²⁵ Parece ser o caso de Vanderlei Anibal Junior e Sergio Roxo Fonseca (Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9372/natureza-penal-da-sancao-por-improbidade-administrativa#ixzz3aQMeX1AV>>. Acesso em: 17.05.2015).

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1093.

²²⁷ Mesmo a indenização punitiva, inspirada nos *punitive damages* do *common law* depende, para aplicação em nosso sistema jurídico, segundo Pedro Ricardo e Serpa, de previsão legislativa expressa (*Indenização punitiva*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.)

²²⁸ Sobre a natureza não criminal das ações de improbidade administrativa, Fábio Medina Osório é claro: "Muito se discutiu a respeito do caráter penal das sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/1992, resultando consagrado o entendimento de que não se trata de normas típicas penais ou sanções

expressa em lei, por força do princípio da legalidade penal, previsto no artigo 1º do Código Penal. Não se trata, portanto, de um ilícito penal ou de uma ação penal.

Em linha menos radical, mas considerando a gravidade das sanções previstas, muitos autores defendem a aplicação de princípios penais e processuais penais à ação de improbidade administrativa.²²⁹ Essa trilha, embora possa conduzir a resultados satisfatórios – incidência de garantias mais densas, como se propõe – não é adequada, pois o modelo de devido processo legal deve ser aferido a partir da Constituição Federal e não diretamente do Direito Penal e Processual Penal.

*rigorosamente penais, seja pela dicção inquestionável do constituinte de 1988 (art. 37, § 4.º, CF/88 (LGL\1988), seja pela legítima opção do legislador ordinário, seja, finalmente, pela ausência de vedação constitucional a que se consagrem sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei 8.429/92.” (As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 766, ago. 1999, p. 88).*

²²⁹ “*Em que pese a sua natureza extra-penal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão.*” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 341)

“O presente trabalho não pretende definir a natureza da Lei de Improbidade Administrativa como penal, mas apenas sustentar a impossibilidade de se declarar alguém como ‘culpado’ pela prática do ato ímprobo e puni-lo com sanções tão graves quanto as penais, sem a preocupação de assegurar-lhe os mesmos princípios protetivos” (CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16).

“(…) na medida do possível, princípios penais [devem ser] incorporados de modo claro no regime jurídico da improbidade administrativa.” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, jan. 2011, p. 171)

“A Lei de Improbidade, substancialmente, é de cunho repressivo. Apenas o rito se desenvolve no juízo cível e, por isso, sua natureza de ação civil. Trata-se unicamente de uma questão de forma. No fundo, o que se busca na ação de improbidade é demonstrar que o garante público praticou determinada conduta; que existe um nexo de causalidade entre essa conduta e o resultado previsto; que essa conduta se subsume ao preceito primário de uma norma sancionadora (artigos 9º, 10 ou 11); e que, por isso, o responsável deverá ser submetido às punições discriminadas no preceito secundário da norma incriminadora (art. 12). O raciocínio é o mesmo feito pelo juízo criminal ao condenar o autor de um ilícito penal.” (FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 189-190).

“tal lei [de improbidade administrativa] assume um caráter político-administrativo, (...) não de natureza penal, mas com vários princípios que norteiam tal ramo do direito, pois penaliza o agente público com as penas aqui citadas.” (MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008, p. 70)

Veja-se também: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, v. 947, ano 2014, p. 267, set. 2014; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 261-269; MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008, p. 70.

De qualquer maneira e, sem antecipar as análises a conclusões que seguem nos próximos capítulos, já se pode afirmar que, por se tratar de *ius puniendi* estatal, bem como diante da gravidade das sanções previstas, que são restritivas de direitos fundamentais e do desequilíbrio estrutural da relação processual, o paradigma de devido processo legal deve ser mais adensado do que o modelo do processo civil em geral. Essa reflexão é um dos temas centrais do capítulo III.

II.5. Ilícitos, sanções e processo na Lei Anticorrupção

A Lei n.º 12.846/2014, regulamentada pelo Decreto n.º 8.420/2015, instituiu a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. É o diploma legal que se tornou conhecido como Lei Anticorrupção²³⁰ e que passou a integrar o arcabouço jurídico de defesa da moralidade administrativa.²³¹ Diferentemente da Lei de Improbidade Administrativa, que se volta à punição de *agentes públicos*, a Lei Anticorrupção tem por objetivo principal a responsabilização de pessoas jurídicas²³² pela prática de ilícitos praticados em detrimento da Administração Pública.²³³

²³⁰ Maurício Zockum ressalva que, apesar desta denominação midiática – Lei Anticorrupção – o objeto juridicamente tutelado é mais amplo, de modo que se trata, a rigor, de uma Lei de Proibição Administrativa Empresarial (ZOCKUN, Maurício. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 15-16).

²³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

²³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

²³³ As sanções também possam vir a ser aplicadas a pessoas físicas, em certas hipóteses, por força dos artigos 3º e 14:

“Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.”

“Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.”

Em que pese haver diversidade de propósitos, há diversas zonas de sobreposição entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção²³⁴, o que tem suscitado importantes reflexões, por parte da doutrina, quanto à possibilidade de convivência do dogma da independência das instâncias com a garantia do *ne bis in idem*, em sua face material. O tema, porém, está longe de ser solucionado²³⁵ e, até a conclusão da pesquisa, não havia chegado aos Tribunais Superiores. De todo modo, tais leis pertencem ao mesmo *domínio punitivo*²³⁶ e esse ponto de contato permite a reunião proposta neste trabalho.

A Lei incorporou diretrizes de normas internacionais voltadas ao combate à corrupção²³⁷ e justifica-se, no contexto nacional, em razão da estreita e conhecida relação entre excesso de burocracia estatal e corrupção.²³⁸ Há quem afirme que a Lei é também uma reação legislativa às manifestações de rua ocorridas no ano de 2013 contra a corrupção.²³⁹

Antes de passar à análise dos ilícitos previstos e das sanções cominadas que tem aplicação em sede judicial, é importante ressaltar que se trata de uma lei ainda muito recente e que há poucos estudos e trabalhos acadêmicos publicados. Em paralelo, a jurisprudência relacionada ao tema é, ainda, incipiente, já que não houve ainda tempo suficiente para que as teses jurídicas relacionadas ao tema chegassem aos tribunais superiores. Com isso, é natural que os aspectos teóricos relacionados à Lei Anticorrupção estejam bem menos desenvolvidos na doutrina, na comparação com a Lei de Improbidade Administrativa.

²³⁴ Para José Roberto Pimenta Oliveira, todas os ilícitos descritos na Lei 12.846/13 constituem ato de improbidade administrativa (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 25)

²³⁵ A proposta de Wallace Paiva Martins Júnior é a de que, se o ilícito não é imputável à agente público, mas há lesão ao patrimônio público ou aos princípios jurídicos administrativos, a hipótese é de aplicação da Lei Anticorrupção. Se, porém, houver comportamento ímprobo de agente público, a hipótese é de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que o ato tenha sido praticado em benefício de pessoa jurídica de direito privado (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 343-346). Veja-se ainda a reflexão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro especificamente quanto ao *ne bis in idem* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 251-253).

²³⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50.

²³⁷ LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *A Lei Anticorrupção e o Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito de São Paulo, 2017, p. 48. No mesmo sentido: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 23.

²³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

²³⁹ PEREIRA NETO, Miguel. Lei Anticorrupção e ética. *Revista do advogado*, a. XXXIV, n. 125, dez. 2014, p. 85.

Essas circunstâncias foram levadas em conta, mas, apesar das dificuldades de se tratar de um tema tão recente, avaliou-se que seria interessante abordá-lo, com as limitações que lhe são naturais pelo momento, por se tratar, assim como a ação de improbidade administrativa, de exemplo de processo judicial punitivo não penal, com sanções de elevada gravidade e exercício de pretensão punitiva estatal.

Feita essa ressalva inicial, passa-se à análise dos ilícitos e das sanções previstas.

O artigo 5º estabelece os ilícitos não penais lesivos à Administração Pública.²⁴⁰ A responsabilização pode ser feita de duas maneiras: (i) em sede administrativa (artigo 6º), em que a pessoa jurídica infratora estará sujeita às penas de *multa* e de *publicação extraordinária da decisão condenatória*; (ii) em âmbito judicial (artigo 19), com previsão das penas de *perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou que sejam controladas pelo Poder Público* (artigo 19). A responsabilização administrativa e as sanções previstas nesta fase podem ser aplicadas judicialmente na hipótese de omissão da autoridade competente, por força do artigo 20, desde que haja pedido formulado pelo autor.²⁴¹

²⁴⁰ “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: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; 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 g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

²⁴¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 258.

Para este trabalho, interessam sanções aplicadas pelo Poder Judiciário, sejam as sanções previstas no artigo 19, sejam as sanções previstas no artigo 6º, na forma do artigo 20 da Lei (sanções administrativas aplicadas em sede judicial).

Tal como a ação de improbidade administrativa, a ação judicial fundada na Lei Anticorrupção também pode conter pedido de reparação dos danos causados (artigo 21, parágrafo único), na hipótese de não ter havido apuração administrativa (artigo 13, *caput* e parágrafo único), embora a reparação civil não seja, tecnicamente, uma sanção punitiva, como se explicitou no tópico precedente.²⁴²

Em caso de cumulação de pedido indenizatório, tal como ocorre em relação às ações de improbidade, o regime jurídico aplicável em termos de garantia é o regime geral do processo civil; diferente, portanto, do regime que se propõe para os pedidos de aplicação de sanções punitivas.

As sanções previstas pela Lei Anticorrupção são severas e restritivas de direitos, podendo chegar à dissolução compulsória da pessoa jurídica (artigo 19, §1º) e suspensão ou interdição de atividades, que são inovações em relação às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. É inegável, portanto, o caráter punitivo de tais sanções e seu amplo potencial de restrição de direitos fundamentais.

Não há consenso sobre a natureza jurídica dos ilícitos ou das sanções previstas nesta lei, às quais se atribui natureza administrativa²⁴³ e civil²⁴⁴.

²⁴² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 267.

²⁴³ Segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, as sanções administrativas e se submetem a regime de Direito Administrativo Sancionador. [A corrupção e o Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 324].

²⁴⁴ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as sanções seriam administrativas (artigo 6º) e civis (artigo 19). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 118). Para Modesto Carvalhosa, instituiu-se um processo penal-administrativo, de efeitos civis, mediante ação civil pública. Ademais, por se tratar de sanções com amplo potencial de restrição de direitos fundamentais, o autor enfatizou o seu caráter punitivo e defende a aplicação de princípios penais. (*Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32-34). No mesmo sentido: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Lei n.º 12.846/13 – Lei Anticorrupção empresarial: considerações sobre o processo como instrumento de controle da administração sancionadora. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 310.

Do ponto de vista processual, Paulo Henrique dos Santos Lucon sustenta a aplicação de regime jurídico próprio, próximo ao das ações penais.²⁴⁵ Em linha semelhante, Modesto Carvalhosa defende a aplicação do *devido processo penal*²⁴⁶.

Tal como as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, trata-se de sanções graves, restritivas de direitos fundamentais, que não podem ser aplicadas sem que assegure a plena observância das garantias do devido processo legal, em patamar compatível com a natureza punitiva do direito material e com a desigualdade da relação processual. Assim, no mesmo sentido do que foi defendido em relação à improbidade administrativa, o paradigma de garantias do devido processo legal deve ser mais adensado do que o modelo do processo civil em geral. Voltaremos ao tema no capítulo III.

II.6. Sanções judiciais punitivas não penais

À luz da doutrina administrativa, viu-se que não há consenso sobre o conceito de sanção administrativa, em especial por que nem sempre se utiliza o critério *autoridade aplicadora da sanção* como essencial nesta classificação.

Tendo em vista as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, é importante identificar e compreender tal divergência. Para os autores que conceituam sanção administrativa a partir do critério formal, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa²⁴⁷ e na Lei Anticorrupção não são administrativas. Para os que admitem a aplicação de sanções administrativas pelo Poder Judiciário, não há óbice em se considerar que as sanções previstas em tais diplomas pertencem ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador.²⁴⁸

²⁴⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais online*, v. 947, ano 2014, p. 267, set. 2014, p. 3.

²⁴⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

²⁴⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 584-585.

²⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 191; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da

É importante perceber que essa questão não é apenas doutrinária, pois o que está à base da controvérsia é a definição do regime jurídico material e processual, apropriado tanto às sanções aplicadas por autoridade administrativa como às sanções aplicadas pelo Poder Judiciário.

Sob a ótica do direito material, a grande semelhança entre sanções aplicadas por autoridades administrativas e sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário é o fato de caracterizarem exercício de *ius puniendi* estatal, perspectiva que permitiria reuni-las inclusive com as penas do Direito Penal, no ramo mais amplo do Direito Público Punitivo.²⁴⁹

No plano do processo, a reunião, sob uma mesma categoria, de sanções aplicadas por autoridades administrativas e pelo Poder Judiciário implicaria reunir também processo administrativo e processo judicial. Entretanto, na perspectiva metodológica de construção do regime jurídico de garantias aplicável aos processos judiciais punitivos não penais, essa reunião traria dificuldades, por que acabaria por implicar uma nova subdivisão, para que as peculiaridades de cada processo fossem tratadas adequadamente. Por tais razões, faz-se neste trabalho a opção de tratar os ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção como ilícitos não penais e as sanções deles decorrentes como sanções punitivas judiciais não penais.

Tal opção, além de mais adequada ao objeto do presente trabalho, evita que as conclusões aqui delineadas sejam transportadas para os processos administrativos em que há aplicação de sanções punitivas, sem maiores reflexões. Com efeito, o regime jurídico de garantias nos processos administrativos sancionadores deve ser construído à luz das características e peculiaridades do processo administrativo, ainda que, pontualmente, possa se chegar a conclusões semelhantes àquelas a que se chegou em relação ao processo judicial.

É importante registrar que o fato de não se classificar, aqui, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção como sanções administrativas não afasta a utilização, como recurso de pesquisa, de doutrina e jurisprudência de Direito

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 94; LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa e Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 108.

²⁴⁹ Nesse sentido: MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. *Ação de improbidade administrativa: natureza jurídica e aspectos processuais*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 54-58.

Administrativo Sancionador, especialmente na perspectiva do direito material. Com efeito, as construções deste ramo são especialmente relevantes, por serem teorizações em matéria de Direito Público Punitivo fora do âmbito penal. Mas é claro que, para tanto, é preciso ter cuidado e considerar as diferenças dos fenômenos.

Em paralelo, é também importante para os fins do presente trabalho examinar as distinções entre os ilícitos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção e os ilícitos penais.

Considerando o cenário legislativo brasileiro de sobreposição de ilícitos, em que uma mesma conduta pode configurar crime e ilícito não penal e desencadear processos e punições autônomas, não se pode considerar que os ilícitos previstos em tais leis sejam *ontologicamente* diferentes dos ilícitos penais; ou ao menos, não em relação às condutas que configuram o ilícito.

Na perspectiva da *sanção* punitiva cominada para a prática da conduta vedada – em referência à tese da diferenciação quantitativa, tratada no item II.2, acima – sabe-se que as sanções, em tese, de maior gravidade previstas no ordenamento jurídico são as sanções penais, em que se prevê a aplicação de pena privativa de liberdade.²⁵⁰ Nos processos judiciais punitivos não penais, entretanto, as sanções são restritivas de direitos fundamentais e não há pena privativa de liberdade.

Essa constatação isolada poderia conduzir à afirmação de caráter geral de que as sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção seriam menos graves. Mas nem todos os crimes são punidos com penas privativas de liberdade e, se levarmos em conta que o sistema processual penal opera com a possibilidade de penas alternativas decorrentes de transação penal, de suspensão do processo e da pena, de substituição por medidas restritivas de direito ou cumprimento inicial em regime aberto, essa maior gravidade, em tese, nem sempre estará configurada.²⁵¹

Em algumas situações, as sanções previstas em processos judiciais punitivos não penais podem representar para o réu um potencial de restrição de direitos equivalente ou

²⁵⁰ Não há, no Brasil, nem pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 84, inciso XIX, da Constituição Federal), nem de prisão perpétua, de trabalho forçado, de banimento ou pena cruel (artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal).

²⁵¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 197-198.

mesmo mais elevado do que o de alguns crimes.²⁵²⁻²⁵³ As sanções de proibição de contratar com o poder público, de suspensão ou interdição de atividades e de dissolução compulsória da pessoa jurídica, previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção, por exemplo, são mais graves do que uma pena de multa e, por vezes, podem ter efeitos mais drásticos do que uma condenação à pena privativa de liberdade.²⁵⁴

Além disso, é importante considerar que a condenação, em ação de improbidade administrativa, pode ter também drásticas repercussões no plano da elegibilidade. De fato, a condenação à sanção de *suspensão de direitos políticos*, quando proferida por órgão judicial colegiado ou transitada em julgado, por ato doloso que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, acarreta a inelegibilidade, conforme artigo 1º, inciso I, alínea “I”, da Lei Complementar n.º 64/1990. Para o agente público, esse efeito da condenação pode ter repercussões tão ruins, ou mesmo mais gravosas, do que uma condenação criminal.

No âmbito criminal, a condenação transitada em julgado implica, em qualquer caso, a cassação dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal), o que acarreta, neste período, a inelegibilidade do condenado.²⁵⁵ O fato é que, antes disso, isto é, durante o processo penal, a decisão de condenação já pode trazer repercussões em relação à elegibilidade. Trata-se da hipótese do artigo 1º, inciso I,

²⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116; GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais penais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, 2014, p. 786.

²⁵³ Na comparação com os delitos contra a Administração Pública, Ana Carolina Carlos de Oliveira assinala que é possível, a depender da sentença, que a pena imposta no processo criminal seja mais branda que as sanções aplicadas com base na Lei de Improbidade Administrativa. Isso por que, apesar de a pena máxima cominada para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva etc. ser alta, a sua aplicação em nível mínimo possibilita o emprego de benefícios previstos na lei processual penal (p. ex. suspensão condicional da pena, substituição por medidas restritivas de direito ou cumprimento inicial em regime aberto). (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 197-198).

²⁵⁴ A ideia de que a pena privativa de liberdade é sempre e em todo caso a mais grave é questionada por Gómez Tomillo e Sanz Rubiales. Para eles, em determinadas situações, a restrição da liberdade por certo período pode ser menos drástica do que, por exemplo, a perda definitiva da possibilidade de exercício do meio de sustento (GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 65-67).

²⁵⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. Inelegibilidade por condenação criminal. *Revista Paraná Eleitoral*, v. 2, n. 2, p. 194-195.

alínea “e”, da Lei Complementar n.º 64/1990 que prevê a inelegibilidade daquele que foi condenado, em decisão proferida por órgão judicial colegiado, em relação a certos crimes.²⁵⁶

Assim, como a inelegibilidade decorrente da condenação criminal é limitada a certos crimes, é possível, em tese, que a condenação por ato de improbidade administrativa possa implicar a inelegibilidade antes mesmo da condenação criminal.

Essa circunstância corrobora a afirmação de que nem sempre a condenação por crime é mais impactante na esfera de direitos do condenado do que a condenação por ato de improbidade administrativa e confirma a impropriedade, no plano pragmático, da utilização geral do critério quantitativo para diferenciação entre ilícitos penais e não penais.

Por fim, é importante considerar ainda que não há um direito público subjetivo de que a sanção não penal seja menos grave do que a sanção penal²⁵⁷, o que também esvazia a chamada tese quantitativa, na comparação entre ilícitos penais e ilícitos não penais no ordenamento jurídico brasileiro.

II.7. Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção e direitos coletivos

Ainda no plano do direito material punitivo, é importante analisar a afirmação, feita por parte da doutrina e da jurisprudência de que o direito tutelado nas ações de Improbidade Administrativa seria difuso.²⁵⁸ A partir desta afirmação, considera-se que a Lei

²⁵⁶ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;”

²⁵⁷ Na comparação entre a sanção administrativa e a pena: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

²⁵⁸ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. *Revista dos Tribunais online*, v. 947, set. 2014, p. 7; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 389. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p. 869; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197. MARTINS

de Improbidade Administrativa comporia o microsistema de tutela coletiva.²⁵⁹ Há posição semelhante em relação à ação judicial da Lei Anticorrupção.²⁶⁰ Além disso, em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a ação civil de improbidade administrativa é tratada como *ação civil pública*.²⁶¹⁻²⁶²

Pela conceituação legal²⁶³, os direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas ligados por circunstâncias de fato. Ricardo de Barros Leonel explica que tais direitos se referem a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais não há um vínculo fático ou jurídico bem caracterizado. O objeto é indivisível e compartilhado entre os membros da coletividade. Um exemplo típico, de meio ambiente, é, por exemplo, o direito à limpeza das águas²⁶⁴, que pode dar ensejo à imposição de uma *obrigação* de tratamento da água utilizada em um processo industrial.

Mas nem todos os interesses metaindividuais configuram interesses difusos.²⁶⁵ Como esclareceu Ada Pellegrini Grinover, o interesse à ordem pública, à defesa comum e à segurança pública, por exemplo, apesar de serem inegavelmente supraindividuais, não são direitos difusos; são apenas interesses que todos compartilham.²⁶⁶ Nem todo interesse geral,

JÚNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 263. Também parece ter esta posição José Carlos Baptista Puoli (PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 190-191).

²⁵⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 149-153; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reflexos do novo CPC na ação de improbidade administrativa. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241, ano 28, jan-mar 2016, p. 466; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p. 869).

²⁶⁰ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. *Revista dos Tribunais online*, v. 947, set. 2014, p. 7; CARVALHOSA, CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 263-265.

²⁶¹ O site do Superior Tribunal de Justiça retornava 1909 acórdãos com os termos “improbidade administrativa” e “ação civil pública”, em pesquisa realizada em 04.01.2018.

²⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 910.

²⁶³ Artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

²⁶⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 107.

²⁶⁵ Entre os direitos coletivos *lato sensu*, os direitos difusos são os que detém maior grau de amplitude e abstração. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77).

²⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89.

atrelado à concretização de valores fundamentais da sociedade, pode ser considerado um direito difuso. A grande diferença, como pontua Susana Henriques da Costa, é que os direitos difusos acarretam fruição direta e efetiva de um benefício/prejuízo por parte de seus membros, o que não ocorre nos chamados interesses gerais da mesma maneira.²⁶⁷

Nos processos judiciais punitivos não penais, o pedido de aplicação de sanções punitivas a um agente ímprobo ou corrupto tem, certamente, relação com um interesse da coletividade na tutela da moralidade administrativa e na proteção do patrimônio público. É claro que há um interesse público na punição de agentes públicos corruptos e dos particulares envolvidos e também não se nega que a condenação represente um ganho quanto à probidade administrativa. O interesse subjacente à demanda, porém, não é um direito difuso, mas um interesse geral da coletividade.²⁶⁸⁻²⁶⁹ A natureza pública do interesse não é suficiente para se atribuir ao direito material o rótulo de *difuso*.²⁷⁰

Além disso, por serem processos punitivos, voltados à aplicação de sanções, o interesse público que está à base de tal pretensão é semelhante ao de um processo penal para punição de um crime praticado contra a Administração e nem por isso se afirma que a ação penal seria um instrumento de tutela coletiva. Como bem enfatiza Hugo Nigro Mazzilli, o *ius puniendi* não se inclui entre os interesses difusos; trata-se de um interesse público, que é expressão direta da soberania do Estado.²⁷¹

Por tais razões, o direito tutelado nos processos judiciais punitivos não penais, notadamente em relação à pretensão de aplicação de sanções punitivas não é um direito difuso.²⁷²

²⁶⁷ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 64-65.

²⁶⁸ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 71-77.

²⁶⁹ COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da Ação de Improbidade Administrativa e a sua Conformação Processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245.

²⁷⁰ Nesse sentido: QUEIROZ, Maria Regina Ferro. *Perfil processual da Lei de Improbidade Administrativa*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 126.

²⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 120.

²⁷² COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 136-137. A posição da autora é apenas em relação à improbidade administrativa. No mesmo sentido: MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. *Ação de improbidade administrativa: natureza jurídica e aspectos processuais*. Dissertação de mestrado apresentada

Em paralelo, como bem destacou Eduardo de Carvalho Motta Junior, o objeto imediato da ação de improbidade administrativa é um elemento decisivo na demonstração de que não se trata de ação coletiva: a tutela coletiva volta-se para condenações a prestações – fazer, não fazer, dar ou pagar – e não para a aplicação de sanções punitivas àquele que tenha lesado um bem jurídico coletivo.^{273_274}

Nessa perspectiva, rotular a ação de improbidade administrativa como uma *ação civil pública* é uma imprecisão.²⁷⁵ É importante perceber, ademais, que essa questão não é apenas conceitual, pois o enquadramento amplo do direito tutelado na ação de improbidade administrativa como *difuso* acarreta a incidência do conjunto de institutos do microsistema de tutela coletiva. Isso tornaria plausível, por exemplo, a inversão do ônus da prova em desfavor do réu, que se veria na ingrata posição de ter de efetuar prova de que não praticou improbidade administrativa, o que é incompatível com a garantia presunção de inocência.²⁷⁶

A pretensão punitiva exercida na ação de improbidade administrativa e na ação ajuizada com base na Lei Anticorrupção não é, portanto, um direito difuso, razão pela qual não é possível aplicar, nestas ações, como regra geral, o regime jurídico processual de tutela de direitos coletivos *lato sensu*.

Nesse entendimento, é importante ressaltar o pedido de ressarcimento dos danos causados ao erário, que pode ser cumulado ao pedido de aplicação de sanções punitivas em tais processos. Este pedido, como visto, não configura exercício de *ius puniendi* estatal para aplicação de sanção punitiva e constitui hipótese de responsabilização civil, de índole

ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 74 e seguintes.

²⁷³ MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. *Ação de improbidade administrativa: natureza jurídica e aspectos processuais*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 84.

²⁷⁴ Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues avaliam que a ação de improbidade administrativa é coletiva, mas por força do artigo 17 da Lei, a ação é civil e segue o procedimento ordinário, o que torna inviável pretender-se a utilização do sistema processual coletivo. [JORGE, Flavio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa (Lei 8.429, de 1992). In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 179].

²⁷⁵ Em análise feita a partir dos elementos da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa, José dos Santos Carvalho Filho conclui que os regimes são diferentes (dualidade de ações), não sendo correto, para o autor, cogitar-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Ação civil pública e ação de improbidade administrativa: unidade ou dualidade. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p. 497). Para Pedro Dinamarco, a Lei de Improbidade Administrativa é incompatível com a ação civil pública (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 282-286).

²⁷⁶ A aplicação dessas garantias aos processos judiciais punitivos não penais será examinada no capítulo IV.

compensatória. Por essa razão, em relação a tal pleito, é possível a aplicação do regramento do microssistema dos processos coletivos.²⁷⁷ Mas é preciso ter presente que a cumulação objetiva – pedido de aplicação de sanções punitivas e de reparação de danos no mesmo processo – acaba por implicar a adoção de regimes jurídicos processuais distintos em um mesmo processo, o que pode trazer alguns inconvenientes do ponto de vista prático.

De qualquer maneira, o que não se pode admitir, à luz da garantia do devido processo legal, é que em razão da cumulação de pedido de reparação de danos, o processo que é, por essência, punitivo²⁷⁸, seja submetido integralmente ao regime jurídico de tutela coletiva, o que, na perspectiva dos réus, implicaria a supressão de garantias processuais fundamentais.

No caso da Lei Anticorrupção, avalia-se que houve grave equívoco ao se prever, no artigo 21, a aplicação do rito da Lei de Ação Civil Pública à ação judicial. Tendo em vista que se trata de processo voltado ao exercício de pretensão punitiva, para aplicação de sanções às empresas que praticarem os ilícitos descritos na Lei, a previsão geral de aplicação do rito da Lei de Ação Civil Pública e, por conseguinte, do microssistema de tutela coletiva, por força do artigo 21, é inconstitucional, por violação à garantia do devido processo legal. Nesses processos, a aplicação do regime jurídico processual de tutela coletiva deve limitar-se ao pedido de reparação dos danos causados, se e quando houver.

²⁷⁷ COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da Ação de Improbidade Administrativa e a sua Conformação Processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 254.

²⁷⁸ Diz-se, em essência, pois o pedido de reparação de danos não é necessário em tais processos; já o pedido de aplicação de sanção punitiva é imprescindível para a caracterização da demanda como uma ação por ato de improbidade administrativa ou como uma ação fundada na Lei Anticorrupção.

III. PROCESSO PUNITIVO NÃO PENAL E GARANTIAS

III.1. Considerações iniciais

A relação entre processo punitivo e garantias foi objeto de teorias e de decisões internacionais importantes, que devem ser analisadas na perspectiva do tema deste trabalho.

No plano da proteção internacional dos direitos humanos, a propósito da garantia do processo equitativo, prevista no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁷⁹, criou-se na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos um conceito autônomo de acusação criminal. A partir desta construção, as garantias processuais previstas nos itens 2 e 3 da Convenção, em determinados casos, podem ser estendidas para processos que não são considerados formalmente criminais pelo direito interno.

No contexto do tema central deste trabalho, o exame de precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é fundamental, diante de seu protagonismo na abordagem da relação entre sanção e garantia. O conceito autônomo de acusação criminal para os fins da

²⁷⁹ “Artigo 6º - Direito a um processo equitativo.

1. *Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.*

2. *Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.*

3. *O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:*

a) *Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;*

b) *Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;*

c) *Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;*

d) *Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;*

e) *Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”*

Convenção Europeia foi uma construção precursora, que é referida na doutrina especializada de maneira recorrente. Assim, mesmo considerando que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não tem força normativa no Brasil, a análise é pertinente.²⁸⁰

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também reconhece a aplicação das garantias processuais do artigo 8º²⁸¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, para além do âmbito penal. Mas a opção que se faz pela análise de alguns precedentes desta Corte tem fundamento diverso. Objetiva-se aqui demonstrar que a matéria já foi objeto de decisão, muito embora não se trate de precedentes tão emblemáticos no tema, como são os casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ademais, é importante considerar que eventuais decisões nacionais podem vir a serem impugnadas no cenário internacional perante a Corte Interamericana.

²⁸⁰ Para Javier García ROCA, existem bases para que se possa cogitar de uma globalização de direito. (ROCA, Javier García. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº. 5, 2006, p. 181). Sobre globalização e internacionalização, veja-se ainda: CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro – Bases para sua compreensão*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 31.

²⁸¹ “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

Em paralelo, na doutrina penal há duas importantes construções que abordaram questões relacionadas à densidade das garantias em relação a ilícitos não punidos com penas privativas de liberdade: o Direito de Intervenção, de Winfried Hassemer, e o Direito Penal de duas velocidades, de Jesús-María Silva Sánchez. Tais teorias não foram pensadas com tal propósito, mas no contexto da análise sobre o objeto do Direito Penal, produziram reflexões a esse respeito.

Além disso, na doutrina de Direito Administrativo, especialmente na Espanha, há também teorias interessantes sobre as garantias materiais e processuais na aplicação de sanções administrativas. Em que pesem as sensíveis diferenças em relação aos processos judiciais punitivos não penais brasileiros, a análise é importante, pois o problema sobre o qual se debruçam – a dificuldade de se precisar a densidade das garantias em processos punitivos que não são formalmente penais – é similar ao que se coloca neste trabalho.

É importante ter presente que a análise que se faz não tem o objetivo de examinar todas as premissas e fundamentos de tais teorias, suas reflexões ou mesmo as críticas que lhe foram dirigidas. São propostas teóricas cujo alcance vai muito além da investigação da relação entre processo punitivo e garantias, que é o foco de investigação neste capítulo. Por isso, ao abordá-las, não se tem a pretensão de ser exaustivo; objetiva-se tão somente analisá-las na medida de suas conexões com o tema deste capítulo.

Ao final do capítulo, será analisada, no contexto brasileiro, a relação processual que se estabelece no processo judicial punitivo para que se possa chegar, finalmente, a uma conclusão geral quanto à relação entre processo judicial punitivo não penal e garantias.

III.2. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece no artigo 6º o direito a um processo equitativo. Pela análise do texto da Convenção, o item 1 contém direitos para todo e qualquer processo, ao passo que o item 2 prevê direitos dos *acusados de uma infração* (*charged with criminal offense* ou *accusée d'une infraction*) e o item 3 direitos do acusado (*charged with criminal* ou *accusé*).

Em análise literal, poderia se avaliar que o item 1 seria direcionado ao processo civil, enquanto que os itens 2 e 3 ao processo penal. Não obstante, o exame de precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos revela que essa questão – quais direitos aplicam-se em quais esferas processuais – não se resolve apenas na letra da Convenção.

A jurisprudência desenvolveu-se de forma precursora²⁸² com decisões relevantes desde o final da década de 60, no sentido de atribuir à expressão *criminal charge*²⁸³, assim como à expressão equivalente em francês, um significado autônomo²⁸⁴ e independente da categoria que o direito nacional do Estado membro lhe atribua.²⁸⁵ O simples fato de o direito nacional não enquadrar a infração como tipo penal não é suficiente para afastar a aplicação das garantias processuais do artigo 6º, itens 2 e 3. Cabe à Corte examinar se, a despeito do rótulo jurídico conferido pelo Estado – de ilícito não penal –, a infração deve ser considerada *criminal* para os fins da Convenção.

Nesse raciocínio, o conceito de *acusação* deve ser compreendido no contexto da Convenção Europeia. Pelo que se extrai dos julgados da Corte Europeia, avalia-se que a definição do que deve ser ou não considerado *criminal* para os fins da Convenção não deve ser deixada à discricionariedade do Estado, sob pena de se chegar a resultados incompatíveis com o objeto e finalidade da Convenção.²⁸⁶

²⁸² No caso *Neumeister v. Austria*, de 1968, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o termo *charge* deve ser entendido no sentido da Convenção, o que amplia a incidência das garantias processuais para situações em que não há formal acusação criminal.

²⁸³ Como explica Stefan Trechsel, o elemento determinante para a Corte é a expressão “criminal”; o termo “charged” nem sempre é exigido, em sentido técnico, como requisito para aplicação das garantias processuais do artigo 6º. A bem da verdade, a Corte também construiu um sentido autônomo para a expressão *charged* de modo a evitar que as garantias processuais não fossem adotadas em procedimentos em que a formal acusação somente venha a ocorrer em estágio processual avançado (*Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 13 e 32).

²⁸⁴ No caso *Adolf v. Austria* §30, foi decidido: “*These expressions are to be interpreted as having an ‘autonomous’ meaning in the context of the Convention and not on the basis of their meaning in domestic law (...). The legislation of the State in ascertaining whether at any time there was a ‘criminal charge’ against Mr. Adolf or he was ‘charged with a criminal offense’*”.

²⁸⁵ *Guide on article 6: Right to a fair trial (criminal limb)*. Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014, p. 6.

²⁸⁶ Nesta perspectiva, Denise Luz destaca que: “*se o Estado signatário puder escolher discricionariamente se uma ação ou omissão será tratada como ilícito administrativo e/ou criminal e, assim, escolher o quanto e a qualidade das garantias que dará ao imputado, a operacionalidade do art. 6º da Convenção ficaria subordinada às decisões soberanas de cada país, perdendo a Convenção e a Corte o seu papel supranacional e sua força*”. (LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa de Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 168).

Para a construção do conceito *autônomo* de acusação criminal, a Corte Europeia de Direitos Humanos sistematizou critérios de avaliação da aplicabilidade das garantias do artigo 6º em relação a infrações enquadradas como administrativas pelo direito nacional. Dois precedentes destacam-se na construção deste conceito e serão examinados a seguir.

III.2.1. O leading case Engel and Others v. the Netherlands

No caso *Engel and Others v. the Netherlands*, julgado em 1976, soldados que serviam às forças armadas foram punidos por seus comandantes por prática de condutas ofensivas à disciplina militar. No caso do Sr. Engel, a infração consistia em não estar em casa na data em que havia sido dispensado do serviço e ter descumprido as sanções posteriores que lhe foram impostas. Após a aplicação da sanção, houve recursos às instâncias superiores, inclusive à Suprema Corte Militar, que manteve as penas e, em dois casos, apenas as reduziu.

Ao examinar o caso, a Corte entendeu que a expressão *criminal* deveria ter um conceito autônomo para os fins da Convenção e começou a definir os critérios²⁸⁷ que devem ser levados em conta para essa avaliação.

O primeiro dos critérios, ponto de partida da análise, é a classificação da infração conforme o direito nacional. Este critério tem valor relativo e não impede que a Corte repute que a infração deva ser considerada criminal, a despeito do rótulo jurídico que o Estado lhe atribui. Se, porém, o direito nacional definir a ofensa como criminal, a questão será então tratada como criminal pela Corte, que examinará a realidade substancial do procedimento previsto.

O segundo critério concentra-se no exame da natureza da infração. Esta análise tem mais peso do que o critério anterior e é também mais complexa.²⁸⁸ Em sua avaliação, outros elementos foram apontados em casos mais recentes: (i) se a norma em questão é

²⁸⁷ *Guide on article 6: Right to a fair trial (criminal limb)*, p. 6. No caso *Engel and Others v. the Netherlands*, os critérios estão especificados nos §§ 82-83.

²⁸⁸ Stefan Trechsel afirma, com o perdão da tautologia, que a infração é criminal, para os fins da Convenção, se a sua natureza for criminal. (TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 19).

direcionada a um grupo específico ou tem caráter geral vinculante²⁸⁹; (ii) se o procedimento foi instituído por um órgão público com poderes para impor a sanção aplicada²⁹⁰; (iii) se a norma violada tem finalidade punitiva ou preventiva, de dissuadir²⁹¹; (iv) se a aplicação da pena está atrelada à noção de culpabilidade²⁹²; e ainda (v) se outros Estados membros rotulam a infração como criminal ou administrativa²⁹³.

²⁸⁹ No caso *Bendenoun v. France*, essa questão foi analisada de forma expressa, relativamente a uma infração de natureza tributária: “47. *In the instant case the Court does not underestimate the importance of several of the points raised by the Government. In the light of its case-law, and in particular of the previously cited Öztürk judgment, it notes, however, that four factors point in the opposite direction. In the first place, the offences with which Mr Bendenoun was charged came under Article 1729 para. 1 of the General Tax Code (see paragraph 34 above). That provision covers all citizens in their capacity as taxpayers, and not a given group with a particular status. It lays down certain requirements, to which it attaches penalties in the event of non-compliance. Secondly, the tax surcharges are intended not as pecuniary compensation for damage but essentially as a punishment to deter reoffending. Thirdly, they are imposed under a general rule, whose purpose is both deterrent and punitive. Lastly, in the instant case the surcharges were very substantial, amounting to FRF 422,534 in respect of Mr Bendenoun personally and FRF 570,398 in respect of his company (see paragraph 13 above); and if he failed to pay, he was liable to be committed to prison by the criminal courts (see paragraph 35 above). Having weighed the various aspects of the case, the Court notes the predominance of those which have a criminal connotation. None of them is decisive on its own, but taken together and cumulatively they made the "charge" in issue a "criminal" one within the meaning of Article 6 para. 1 (art. 6-1), which was therefore applicable*”.

²⁹⁰ O requisito está expresso no caso *Benham v. the United Kingdom*: “56. (...) *The second criterion, the nature of the proceedings, carries more weight. In this connection, the Court notes that the law concerning liability to pay the community charge and the procedure upon non-payment was of general application to all citizens, and that the proceedings in question were brought by a public authority under statutory powers of enforcement.*”

²⁹¹ O tema foi examinado no caso *Oztürk v. Germany*, que será examinado no tópico subsequente. Veja-se o seguinte trecho da decisão: “53. *Moreover, the changes resulting from the 1968/1975 legislation relate essentially to procedural matters and to the range of sanctions, henceforth limited to Geldbussen. Whilst the latter penalty appears less burdensome in some respects than Geldstrafen, it has nonetheless retained a punitive character, which is the customary distinguishing feature of criminal penalties. The rule of law infringed by the applicant has, for its part, undergone no change of content. It is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status - in the manner, for example, of disciplinary law -, but towards all citizens in their capacity as road-users; it prescribes conduct of a certain kind and makes the resultant requirement subject to a sanction that is punitive. Indeed, the sanction - and this the Government did not contest - seeks to punish as well as to deter. It matters little whether the legal provision contravened by Mr. Öztürk is aimed at protecting the rights and interests of others or solely at meeting the demands of road traffic. These two ends are not mutually exclusive. Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature.*”

²⁹² No caso *Benham v. the United Kingdom*, decidiu-se: “56. (...) *In addition, the proceedings had some punitive elements. For example, the magistrates could only exercise their power of committal to prison on a finding of wilful refusal to pay or of culpable neglect.*”

²⁹³ No caso *Oztürk v. Germany*, decidiu-se: “53. (...) *In this connection, a number of Contracting States still draw a distinction, as did the Federal Republic at the time when the Convention was opened for the signature of the Governments, between the most serious offences (crimes), lesser offences (délits) and petty offences (contraventions), whilst qualifying them all as criminal offences. Furthermore, it would be contrary to the object and purpose of Article 6 (art. 6), which guarantees to "everyone charged with a criminal offence" the right to a court and to a fair trial, if the State were allowed to remove from the scope of this Article (art. 6) a whole category of offences merely on the ground of regarding them as petty.*”

O terceiro critério definido no caso *Engel* é severidade da pena prevista para a infração. O simples fato de não haver previsão de pena privativa de liberdade não é, porém, suficiente para afastar a possibilidade de enquadramento da infração como criminal, à luz da Convenção Europeia. Essa análise deve ser feita com base na pena máxima prevista para a infração e não na pena efetivamente aplicada ao acusado.

Não é necessário que o segundo e terceiro critérios sejam cumulados.²⁹⁴ Para que o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos seja aplicável, é suficiente a constatação de que a ofensa, por sua natureza, deve ser considerada criminal sob o prisma da Convenção ou que a sanção prevista para a infração, por sua natureza ou severidade, pertença à esfera criminal.

A construção do conceito autônomo de acusação criminal não se esgota no caso *Engel and Others v. the Netherlands*, que apenas começou a definir tais critérios. Outros casos contribuíram para o desenvolvimento dos elementos delineados neste precedente.

É importante esclarecer que quando a Corte reconhece determinada infração como *criminal* para os fins da Convenção, a consequência é que devem ser observadas as garantias processuais do artigo 6º, o que não significa que o Estado deva passar a conferir à infração todas as garantias processuais previstas no direito interno, nem que deva tratá-la como criminal para outros fins.²⁹⁵

III.2.2. O caso *Öztürk v. Germany*

Outro precedente famoso e decisivo na consolidação do conceito autônomo de acusação criminal é o caso *Öztürk v. Germany*, de 1984.

O Sr. Öztürk, cidadão turco e residente na Alemanha, causou, no ano de 1978, um acidente de trânsito por bater em veículo estacionado. Ao chegar ao local, a autoridade policial entregou ao Sr. Öztürk uma notificação, em turco, com informação da prática de direção imprudente. A autoridade administrativa impôs uma multa e demandou o pagamento

²⁹⁴ *Guide on article 6: Right to a fair trial (criminal limb)*, p. 7.

²⁹⁵ LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa de Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 169 e 172.

de custas e honorários. Houve procedimento judicial com a participação de um intérprete e o Sr. Öztürk foi, ao final, condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários do intérprete.

A questão jurídica que chegou à Corte foi se o caso – uma infração administrativa de trânsito – deveria ser considerado *criminal* para os fins da Convenção, pois, em caso afirmativo, o acusado teria direito a ser assistido gratuitamente pelo intérprete (artigo 6º, item 3, “e”). No caso, a infração cometida era originalmente considerada criminal pela lei alemã e, em razão da reforma legislativa descriminalizadora, passou a ser administrativa.

Na decisão, a Corte reconheceu que a infração, por sua natureza e pela sanção aplicada, deveria ser considerada criminal para os fins da Convenção. Reconheceu ainda a aplicabilidade ao caso das garantias processuais penais e determinou o reembolso das despesas com advogado e intérprete.

O aspecto mais relevante do caso é a consolidação da ideia de que a classificação da infração como sendo administrativa – e não formalmente criminal – pelo direito interno não vincula a Corte para os fins da Convenção Europeia de Direitos Humanos.²⁹⁶

III.2.3. Análise do conceito autônomo de acusação criminal

A construção jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que permite definir, com independência em relação à classificação de direito interno, se determinada infração deve ser reconhecida como criminal para os fins da Convenção, como destaca Alejandro Nieto, contribuiu de forma decisiva para a superação da tese de que haveria diferença qualitativa entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos.²⁹⁷

O conceito autônomo de acusação criminal para os fins da Convenção tem o mérito de corrigir incongruências que decorrem da liberdade discricionária de que dispõe o legislador na criação e classificação de ilícitos. A consagração deste conceito assegura que,

²⁹⁶ “§49. *The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention*”.

²⁹⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 148.

independentemente da natureza formal do ilícito, o processo que tenha por objetivo a aplicação de sanção considerada severa deve seguir as rigorosas exigências do devido processo legal, tal como previsto na Convenção.

Não obstante, ao se examinar precedentes desde a década de 60, não parece haver uma coerência de conjunto sobre o fundamento utilizado para respaldar a aplicação integral das garantias do artigo 6º.²⁹⁸ Pelos exemplos referidos no *Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights: right to a fair trial (criminal limb)*, a Corte reconhece a aplicabilidade de todas as garantias do artigo 6º em relação a infrações de trânsito puníveis com multas ou restrições ao direito de dirigir, infrações de ordem tributária em que a pena pecuniária é elevada²⁹⁹ e infrações administrativas que cominem pena de demolição de construção por falta de licença. Todavia, a Corte Europeia entendeu, que não estariam no âmbito das garantias processuais penais do artigo 6º: infrações prisionais, sanções eleitorais, infrações disciplinares profissionais, sanções decorrentes de comissões parlamentares de inquérito, *impeachment* presidencial, extradição e expulsão.³⁰⁰

Além desse problema, a solução engendrada pela Corte – aplicação das garantias previstas para o processo penal a certos ilícitos administrativos punitivos – é extrema, no sentido de que se opta pela outorga da cota máxima de garantias. Parte-se da premissa de que, se não há distinção ontológica entre ilícitos administrativos e penais, o regime jurídico de garantias nos ilícitos administrativos considerados criminais para os fins da Convenção deve ser o mesmo dos ilícitos criminais. Destarte, pela jurisprudência da Corte, ou bem as garantias do artigo 6º, itens 2 e 3, não são aplicáveis, como foi reconhecido em relação a determinados ilícitos administrativos, ou são aplicáveis integralmente. Como observa Mattias Guyomar, a aplicação da ideia autônoma de acusação tem produzido o fenômeno da *processualisation* – “processualização” – da repressão administrativa, pois ao se recheiar o

²⁹⁸ Bertrand Louvel afirma que esta é uma das grandes dificuldades para a aplicação da jurisprudência da Corte Europeia pelas Cortes Supremas francesas. [LOUVEL, Bertrand. La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). In: La sanction: regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Paris: La documentation Française, 2015, p. 111].

²⁹⁹ No caso *Jussila c. Finlande*, a aplicação das garantias do artigo 6º da Convenção foi reconhecida em relação a uma sanção de majoração tributária da ordem de 10% (dez por cento) .

³⁰⁰ *Guide on article 6: Right to a fair trial (criminal limb)*, p. 7-10.

procedimento administrativo sancionador de garantias, o resultado é muito próximo de um verdadeiro processo.³⁰¹

A conclusão de aplicação do regime jurídico de garantias do processo penal aos ilícitos administrativos difere de outras linhas teóricas que serão abordadas no item III.4 e III.5, *infra*, nas quais, a partir de diferenciações quanto aos ilícitos, notadamente em função da severidade da sanção, propõe-se a aplicação de um patamar intermediário de garantias. A diferença, entretanto, parece natural por se tratar de uma solução jurisprudencial para casos específicos e não de teoria sobre a relação entre ilícitos e garantias do processo.

III.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Tal como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos também estabelece distinção entre as garantias processuais previstas no artigo 8º. No item 1, as garantias dirigem-se expressamente às acusações penais e às obrigações caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Já as garantias previstas nos itens 2 a 5, dirigem-se à *acusación penal*, à *persona inculpada de delito* e ao *proceso penal*.³⁰²

³⁰¹ GUYOMAR, Mattias. La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). In: La sanction: regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Paris: La documentation Française, 2015, p. 117.

³⁰² “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

Essa limitação, no entanto, foi superada pela Corte em alguns precedentes.³⁰³

No precedente *Tribunal Constitucional c. Peru*, a Corte Interamericana analisou a alegação de violação às garantias do artigo 8º em processo que tramitou no Congresso Peruano e levou à destituição dos magistrados *Manuel Aguirre Roca*, *Guillermo Rey Terry* e *Delia Revoredo Marsano* do Tribunal Constitucional.

O caso insere-se no contexto político das seguidas reeleições do ex-Presidente Alberto Fujimori. Ele foi eleito Presidente, em 1990, pelo período de 5 (cinco) anos. Nesta época, a Constituição de 1979 não permitia a reeleição imediata. Em 1992, Alberto Fujimori dissolveu o Congresso e o Tribunal de Garantias Constitucionais. Em 1993 foi aprovada, por referendo, uma nova Constituição, cujo artigo 112 passou a autorizar a reeleição.³⁰⁴

Alberto Fujimori foi reeleito em 1995 e, no ano de 1996, foi formado o novo Tribunal Constitucional, composto, por 7 (sete) membros e, entre eles, pelos magistrados *Manuel Aguirre Roca*, *Guillermo Rey Terry* e *Delia Revoredo Marsano*. Ainda em 1996, foi promulgada a Lei n.º 26.657 – *Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución*, que reconhecia a possibilidade de reeleição imediata apenas para mandatos presidenciais iniciados após a data de promulgação da Constituição.

Referida lei foi objeto de ação de inconstitucionalidade, mas a sua procedência exigiria 6 (seis) votos conformes. O projeto de sentença, feito pelo magistrado *Guillermo*

f. derecho da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. derecho de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h. derecho de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

³⁰³ A Corte é o órgão a quem incumbe a interpretação e a aplicação das normas da Convenção, de forma obrigatória para todos os Estados-Partes que tenham reconhecido expressamente a sua jurisdição. Uma das grandes críticas que se faz ao seu funcionamento é que se trata de tribunal inacessível aos particulares: somente podem ser partes a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados. (CARVALHO RAMOS, André de. *Proceso Internacional de Derechos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 236). Não obstante, uma vez iniciada a fase judicial, pelo Regimento Interno, a vítima e seus representantes podem atuar no processo como um assistente litisconsorcial. (CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Derechos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 815).

³⁰⁴ “*El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones*”.

Rey Terry, declarava a *inaplicabilidade* da norma e foi subtraído pelo magistrado García Marcelo, que o acusou de participar de uma maquinação para evitar a reeleição presidencial. No curso do processo, outros documentos foram subtraídos e a magistrada *Delia Revoredo Marsano* fez denúncias ao Congresso a este respeito.

A sentença definitiva foi proferida em 1997 e subscrita apenas pelos magistrados *Manuel Aguirre Roca*, *Guillermo Rey Terry* e *Delia Revoredo Marsano*. Foi declarada a inaplicabilidade da Lei 26.657 para o caso de nova postulação à reeleição, no ano 2000, pelo então Presidente Alberto Fujimori.

No Congresso, foi criada uma Comissão para investigar os atos denunciados pelo Tribunal Constitucional quanto à subtração de documentos. Durante a investigação, porém, houve redirecionamento da apuração e passaram a ser investigadas supostas irregularidades praticadas no curso do julgamento da ação de inconstitucionalidade que versou sobre a reeleição presidencial. Os magistrados *Manuel Aguirre Roca*, *Guillermo Rey Terry* e *Delia Revoredo Marsano* foram denunciados por violação à Constituição à Comissão Permanente do Congresso e, ao final, condenados e destituídos de seus cargos.

Ao julgar o caso, a Corte Interamericana decidiu que as garantias *judiciais* do artigo 8º não se limitam ao processo judicial e devem ser observadas em qualquer instância processual, para que as pessoas possam se defender adequadamente de qualquer tipo de ato emanado do Estado que possa interferir na sua esfera de direitos.³⁰⁵ E, ademais, decidiu-se que o rol de garantias previsto no item 2 aplica-se aos direitos e obrigações civis, laborais, fiscais ou de qualquer outra natureza.

Tal orientação é ainda mais ampla do que o conceito autônomo de *criminal* e a construção dos três critérios utilizadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pois

³⁰⁵ A orientação da Corte Interamericana, segundo José Carlos Remotti Carbonell é que: “(...) *las garantías del debido proceso se proyectan a toda actuación del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionador o que pueda afectar el ejercicio de los derechos. Así, pues, aun cuando el artículo 8 de la Convención tenga el rótulo de garantías judiciales, la Corte ha establecido que garantías del debido proceso no sólo vinculan a las autoridades judiciales en las diversas materias como la penal, civil, laboral o fiscal, etc, sino que alcanzan a todo tipo de procedimientos y órdenes que ejerzan funciones jurisdiccionales, sea administrativa, legislativa o judicial. Bastará entonces que una autoridad pública, aun cuando no sea judicial, dicte resoluciones que puedan afectar derechos para que se encuentre obligada a respetar las previsiones del debido proceso.*” (REMOTTI CARBONEL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho. 2004, p. 343).

projeta a aplicação das garantias do artigo 8º, item 2, para além dos processos penais, não penais e administrativos sancionadores.³⁰⁶

Na mesma linha, no precedente *Baruch Ivcher c. Peru*, a Corte Interamericana examinou a violação das garantias do artigo 8º em relação ao processo que culminou na retirada da nacionalidade peruana, por naturalização, do Sr. Baruch Ivcher.

O Sr. Baruch Ivcher era acionista majoritário, Diretor e Presidente do Canal 2 – *Frecuencia Latina* de televisão, que denunciou graves violações a direitos humanos e atos de corrupção. Após denúncias, o Sr. Baruch Ivcher sofreu ameaças e foi vítima de atos de intimidação. Ainda assim, o canal continuou a denunciar atos ilegais. Depois disto, o Diretor Geral da Polícia Nacional do Peru expediu um informe, em que afirmou que não havia sido encontrado o expediente que deu origem à nacionalidade peruana do Sr. Baruch Ivcher e que tampouco havia sido demonstrada a sua renúncia à nacionalidade israelita. No dia seguinte, foi tornado sem efeito o ato de 1984 que havia concedido a nacionalidade peruana ao Sr. Baruch Ivcher e foram adotadas medidas contra a administração da Companhia de sua titularidade. Após a impugnação de tais atos perante a justiça, com esgotamento das vias recursais, o caso chegou à Corte, por meio da Comissão.³⁰⁷

³⁰⁶ Como resume Federico Thea: “*es cierto que de una lectura literal del artículo 8 podemos distinguir que, mientras en una primera parte medular, encontramos ciertas garantías procesales establecidas de modo general, destinadas a un ámbito de aplicación amplio (inciso 1), en el resto encontramos garantías consagradas de forma más específica que las anteriores, y dirigidas expresa y principalmente a los procesos penales (incisos 2 a 5). Esta interpretación es incorrecta ya que, como lo ha confirmado en forma constante y reiterada la jurisprudencia de la Corte IDH, todo el elenco de garantías procesales establecido en el artículo 8 de la Convención es aplicable, en cuanto se compatible, a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter*” (THEA, Federido. In: REGUEIRA, Enrique M. Alonso. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, p. 132).

³⁰⁷ Para que uma demanda seja processada perante a Corte, é necessário que, primeiro, o particular enderece uma petição à Comissão com exposição do fato e da violação às normas da Convenção. Ao final da primeira fase, a Comissão emitirá um primeiro relatório, em que constatará ou não a ocorrência de violação à Convenção, sem que haja direito a recurso contra essa decisão. Isso significa que, na prática, esse filtro de admissibilidade e de mérito da causa faz com que o papel de principal intérprete da Convenção seja da Comissão e não da Corte Interamericana. Uma vez processada a demanda, as decisões da Corte conferem eficácia *erga omnes* às interpretações dos dispositivos da Convenção. É o que comumente se denomina “coisa interpretada”, que, segundo Javier García ROCA, em análise voltada à Convenção Europeia, possui eficácia distinta da coisa julgada e aproxima as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos das sentenças de um verdadeiro Tribunal Constitucional. (ROCA, Javier García. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº. 5, 2006, p. 142). Há, ainda, coisa julgada interpretada em relação às opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 825).

Ao analisá-lo, a Corte invocou o precedente anterior *Tribunal Constitucional c. Peru* e reafirmou a aplicabilidade das garantias do artigo 8º, item 2, em processos não penais. Decidiu que tanto os órgãos jurisdicionais como os de outro caráter que exerçam funções jurisdicionais devem observar, em sua plenitude, as garantias do devido processo legal previstas na Convenção Americana, no que for cabível. Mais recentemente, essa orientação foi reiterada no caso *Bahena Ricardo e outros c. Panamá*.³⁰⁸

Nos precedentes mencionados acima, os fundamentos utilizados para aplicar as garantias processuais do artigo 8º da Convenção a casos não penais são mais gerais, do ponto de vista teórico, do que aqueles utilizados pelo Tribunal Europeu. Na realidade, a conclusão da Corte Interamericana pela não limitação das garantias judiciais da Convenção aos processos judiciais e criminais é mais uma *afirmação* de extensão, do que, efetivamente, uma construção em que se demonstre por que tais garantias devem ser aplicadas. O resultado, porém, é mais pragmático, uma vez que, a prevalecer o entendimento consagrado nos casos examinados, todo processo jurisdicional desenvolvido nos Estados em que se reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entre os quais o Brasil se insere, independentemente da natureza do direito material, deve observar as garantias do artigo 8º, 2, da Convenção.

III.4. As propostas de Winfried Hassemer e Jesús-María Silva Sánchez

Na doutrina, há também importantes construções teóricas sobre a relação entre sanção e garantia.

³⁰⁸ “124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. 125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.”

Entre os penalistas, dois teóricos contemporâneos têm contribuições importantes sobre o tema da relação entre sanção e garantia: o Direito de Intervenção, de Winfried Hassemer e o Direito Penal de duas velocidades, de Jesús-María Silva Sánchez.

Como explica Ana Carolina Carlos de Oliveira, Winfried Hassemer, juntamente com outros autores da chamada “Escola de Frankfurt”, era um crítico à expansão do Direito Penal e ao seu desenvolvimento moderno, em que passou a haver intervenção penal em novas esferas sociais, incorporação de bens jurídicos universais, *supra*-individuais, uso mais frequente de crimes de perigo abstrato³⁰⁹, de termos vagos e afastamento de garantias em busca de eficiência.³¹⁰ Winfried Hassemer defendia a ampla restrição do Direito Penal, que deveria se pautar pela lógica da intervenção mínima (*ultima ratio*)³¹¹, pela consagração de tipos tradicionais para proteção de bens jurídicos individuais, com exclusão do que não exigisse necessária imposição de pena privativa de liberdade.³¹²

A partir dessa concepção, Winfried Hassemer propôs um modelo alternativo, que chamou de Direito de Intervenção, que seria um novo ramo, fronteiro entre o Direito Penal e o Direito Administrativo e a responsabilidade por atos ilícitos.³¹³ Nesse novo ramo, as garantias e as regulações processuais seriam menos exigentes, em contrapartida ao fato de as sanções serem também menos intensas³¹⁴ e de não haver cominação de pena privativa de liberdade.³¹⁵

³⁰⁹ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Informação Legislativa*, a. 30, n. 118, abr-jun. 1993, p. 273.

³¹⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 15-27.

³¹¹ HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 35.

³¹² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 55.

³¹³ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Informação Legislativa*, a. 30, n. 118, abr-jun. 1993, p. 282.

³¹⁴ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n.º 18, fev-mar. 2003, p. 156.

³¹⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 46.

Para Ana Carolina Carlos de Oliveira, a Lei n.º 8.429/92 estaria situada nesse espaço intermediário que Winfried Hassemer denomina Direito de Intervenção.³¹⁶ Não obstante, como a preocupação do autor centrava-se no problema do Direito Penal, o Direito de Intervenção foi traçado apenas em linhas gerais.³¹⁷ Em que pese o autor tenha sido expresso ao afirmar a lógica segundo a qual, sob a ameaça de sanções menos severas é possível se adotar um modelo processual de garantias e regras processuais menos intensas, a ideia não foi mais desenvolvida, para que se soubesse, na visão do autor, em que medida poderia se dar esse abrandamento.

Em paralelo, a proposta do Direito Penal de duas velocidades de Jesús-María Silva Sánchez³¹⁸, a partir de pressupostos teóricos diferentes, aproxima-se da construção de Winfried Hassemer, enquanto reflexão sobre as alternativas dogmáticas para o cenário de crise do Direito Penal.³¹⁹

Para Jesús-María Silva Sánchez, que é qualificado na doutrina penal como um expansionista, haveria o direito penal de primeira velocidade (chamado de núcleo duro), categoria em que seriam alocados os delitos punidos com pena privativa de liberdade, e o direito penal de segunda velocidade, em que seriam inseridos os ilícitos com sanções mais próximas das sanções administrativas.³²⁰ A diferença mais notável, na comparação com o Direito de Intervenção de Winfried Hassemer, é que a proposta de Jesús-María Silva Sánchez é para dentro do Direito Penal. Para Jesús-María Silva Sánchez, o próprio Direito

³¹⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 201.

³¹⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 32.

³¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001, p. 163.

³¹⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 32.

³²⁰ “Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001, p. 163).

Penal pode comportar um modelo menos garantista quando não houver pena restritiva de liberdade prevista para o ilícito e as sanções forem de pecuniárias e de restrição de direitos.³²¹

O que Jesús-María Silva Sánchez propõe para o Direito Penal de segunda velocidade é a flexibilização de critérios de imputação (p. ex. responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria etc.) e de garantias político-criminais (p. ex. o princípio da presunção de inocência) no plano jurisdicional. O produto, neste caso, seria mais funcional e, tal como propõe, suficientemente garantista.³²²

A proposta de Jesús-María Silva Sánchez, para dentro do Direito Penal, agrada autores de Direito Administrativo Sancionador que situam esse ramo dentro do Direito Penal.³²³

Observa-se, portanto, que as propostas de Winfried Hassemer e Jesús-María Silva Sánchez convergem para modelos – diferentes, é claro – em que a menor severidade das sanções, que seriam pecuniárias e privativas de direitos, pudesse justificar princípios com incidência em menor intensidade, assim como regras processuais mais flexíveis. São perspectivas teóricas que oferecem um contraponto à hipótese de trabalho desta tese. Se, de um lado, o que se sustenta é a necessidade de seguir um modelo mais garantista, em razão do direito material, do seu potencial de restrição de direitos e da relação processual, de outro, o modelo processual penal de garantias não é único, de modo que há substrato teórico que aponta para a possibilidade de construção de um modelo intermediário.

III.5. As propostas de administrativistas espanhóis

³²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001, p. 155-156.

³²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001, p. 160.

³²³ É o caso de Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 63-65). No Brasil, contra a existência de um direito penal administrativo: Regis Fernandes de Oliveira: *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 53.

Na Espanha, o tema da relação entre sanção e garantia é particularmente bem desenvolvido pela doutrina e jurisprudência.

García de Enterría explica que o desenvolvimento das sanções administrativas na Espanha, marcado pela potencialização das faculdades administrativas repressivas, não tem paralelo com qualquer outro país europeu.³²⁴ Para ele, o crescimento desmedido tem duas razões: de ordem política, que é a conveniência de se ter, em períodos autoritários, um poder sancionatório como arma de luta política contra os opositores, e de ordem jurídica, em razão da lentidão e inadequação do sistema penal.

Em sua análise, feita na década de 70, o Direito Administrativo Sancionador era um direito repressivo pré-beccariano, marcado por técnicas grosseiras de responsabilização objetiva, provas por presunções, imposição ao réu da prova de sua inocência etc. Neste contexto, bem como considerando ainda a ausência de legislação que disciplinasse aspectos gerais das sanções e infrações administrativas, a solução encontrada pela jurisprudência foi consagrar a aplicação de técnicas do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador.³²⁵

García de Enterría impulsionou na doutrina a chamada *tese identificadora*, que se baseia na *identidade* entre sanções punitivas – administrativas e penais – e, por conseguinte, na aplicação de garantias idênticas ou, no mínimo, semelhantes. Como explica Cid Moliné, essa tese é majoritária na doutrina espanhola e fundamenta-se na utilização de um critério *formal* de classificação das sanções punitivas, a partir do órgão responsável por sua imposição (autoridade administrativa, no caso das sanções administrativas, e autoridade judicial, em relação às sanções penais).³²⁶

Na linha identificadora, mais recentemente, Gómez Tomillo e Sanz Rubiales propõem que sejam igualadas, ao menos tendencialmente, as garantias em todas as manifestações punitivas do Estado.³²⁷

³²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, p. 399-430. No mesmo sentido: ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 46.

³²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, p. 399-430.

³²⁶ CID MOLINÉ, José. Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de administración pública*, n.º 140, 1996, p. 132.

³²⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013,

Há, no entanto, algumas posições diferentes, que valem ser registradas.

Alejandro Nieto, em crítica à tese identificadora, pondera que o fato de se afirmar que dois fenômenos são idênticos não significa que devam seguir necessariamente o mesmo regime jurídico.³²⁸ Para ele, essa tese desempenhou a função de servir de cobertura teórica para possibilitar a extensão do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador. Mas essa transposição, em linha que denomina horizontal (do Direito Penal para o Direito Administrativo), é incorreta e deve ser transitória. Segundo o autor, a propósito de um novo sistema, o ideal seria que, em um primeiro nível, sejam reunidos os princípios constitucionais que inspiram toda a atividade repressiva do Estado. Este nível se bifurcaria em dois outros setores, o Penal e o Administrativo, de modo que as adaptações necessárias à aplicação de princípios na área administrativa decorra deste nível constitucional.³²⁹

Na Espanha, aceita-se, de forma quase unânime, em doutrina e na jurisprudência, que princípios do Direito Penal se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador. Este já não é mais o cerne da questão. A principal dificuldade está em determinar quais princípios são aplicáveis e até que ponto devem sê-lo.³³⁰ O Tribunal Constitucional, na Sentença n.º 76/1990, decidiu, a propósito desta transposição, que a *recepção dos princípios de ordem penal pelo Direito Administrativo Sancionador não pode ser feita mecanicamente, sem adaptações e consideração dos aspectos que diferenciam ambos os setores do ordenamento jurídico*. Sobre tal orientação, Alejandro Nieto pondera que passou a haver uma intensa *relativização* da regra de transposição de princípios, de tal modo que não mais se sabia se o essencial era a aplicação dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador ou as adaptações que deveriam ser feitas.³³¹

A posição de Alejandro Nieto é no sentido de afirmar que os princípios da legalidade, reserva de lei, tipificação, culpabilidade, *non bis in idem* e prescrição não tem o mesmo alcance no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionador, mas destaca a dificuldade de graduar a diferença de intensidade, na falta de um critério geral. Vale-se, para tanto, da orientação do Tribunal Constitucional dada na Sentença 181/1990, no sentido de

p. 118. A equiparação proposta, entretanto, é apenas no plano dos *princípios* e não no plano das regras, em que se deve levar em conta as nuances dos ilícitos administrativos e do processo administrativo.

³²⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 151.

³²⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 157.

³³⁰ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 174-175.

³³¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 173-174.

que a transposição de princípios deve ser feita *apenas na medida necessária para preservar valores essenciais e na medida em que as garantias sejam compatíveis com o procedimento administrativo sancionador*.³³²

Outro crítico da tese identificadora, José Cid Moliné propõe a utilização de um critério material de diferenciação das sanções, a partir de sua severidade (e não da autoridade responsável por sua aplicação). Trata-se da chamada *tese diferenciadora*, em que as sanções podem ser divididas em três classes: (i) as sanções materialmente penais, em que há privação da liberdade de atuação (p. ex. sanções privativas de liberdade); (ii) sanções de gravidade intermediária (em que há privação de uma esfera concreta e básica da liberdade de atuação, p. ex. sanções que impedem atividade profissional) e (iii) sanções de gravidade mínima, em que há restrições de liberdade, porém secundárias (p. ex. sanções pecuniárias ou de privação da autorização para conduzir).³³³ Sustenta, ao ensejo, que quanto maior a gravidade das sanções punitivas, maior é o risco de que o dano produzido por sua aplicação supere o benefício derivado de sua previsão (potencial de prevenção), e por isso, as garantias necessárias para evitá-lo devem ser maiores. Assim, sanções materialmente penais devem ser aplicadas com máximas garantias e, entre elas, a garantia de jurisdicionalidade.³³⁴ Isso significa que somente o exercício da função jurisdicional pode resultar na aplicação de tais sanções; não é possível submeter-se voluntariamente ou concordar em recebê-las. É preciso que haja um processo judicial, com plena observância do devido processo legal, para que seja proferida uma decisão final em que se determine a aplicação da pena.

Em relação às outras sanções, o autor propõe que a menor severidade deva ser compensada com o incremento do grau de certeza de sua aplicação, razão pela qual sustenta que seria possível moderar a exigência em relação às garantias (cita como exemplos as garantias da ofensividade, jurisdicionalidade e legalidade formal). No que tange às sanções de gravidade intermediária, porém, a posição do autor não é clara, pois, ao mesmo tempo em que defende a possibilidade de moderação de garantias, sustenta que, por sua proximidade

³³² NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 173-174.

³³³ CID MOLINÉ, José. Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de administración pública*, n.º 140, 1996, p. 142-149.

³³⁴ CID MOLINÉ, José. Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de administración pública*, n.º 140, 1996, p. 132-133.

em relação às sanções materialmente penais, é preferível assegurar-lhes jurisdicionalidade, com atribuição de competência a um juiz.³³⁵

Por fim, Lucía Alarcón Sotomayor, em análise específica sobre o *procedimiento administrativo sancionador*, defende que as mesmas razões que justificam a extensão de garantias do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, justificam também a extensão de garantias do Processo Penal para o procedimento administrativo sancionador.³³⁶ Para ela, nem todas as garantias processuais penais devem incidir nos procedimentos administrativos, assim como nem todas as garantias aplicáveis devem incidir na mesma intensidade.³³⁷

A principal causa desta diferença de regime jurídico, segundo a autora, está relacionada às diferenças entre a Administração e o Poder Judiciário. Na condição de autoridade sancionadora, a estrutura da Administração afasta a ideia de independência e de imparcialidade. Em paralelo, no processo penal é nítida a diferença entre a acusação e o órgão julgador, o que não é possível transportar para o procedimento administrativo. Assim, o princípio acusatório, que está na raiz de muitas das garantias do art. 24.2 da Constituição Espanhola, não incide na mesma medida nas atuações sancionadoras da Administração. Essa percepção, entretanto, não afasta a exigência geral, reconhecida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, de que sejam preservados os valores essenciais previstos nas garantias do artigo 24.2 da Constituição mesmo nos procedimentos administrativos.³³⁸

As construções teóricas acima referidas evidenciam a controvérsia que há, ainda, quanto à relação entre sanção e garantia. No plano processual, é importante perceber que a

³³⁵ CID MOLINÉ, José. Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de administración pública*, n.º 140, 1996, p. 132.

³³⁶ “(...) Las razones son poderosas y convincentes, y se hacen aún más evidentes cuando se comprueba que las fronteras entre lo que son delitos e infracciones administrativas son borrosas y movibles y que las sanciones administrativas alcanzan, en muchos casos, un carácter aflictivo igual e incluso superior al de algunas penas. Ante ello, dejar todas las garantías formales completamente al margen del procedimiento administrativo sancionador sería, no sólo absurdo e injusto, sino peligroso para los derechos de los ciudadanos y casi un estímulo para acrecentar aún más la potestad sancionadora de la Administración. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 32).

³³⁷ Não se trata, segundo a autora, de um processo, mas de procedimento (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 53).

³³⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 37-46.

construção do regime jurídico de garantias envolve análise do direito material, na perspectiva das sanções previstas, e do processo por meio do qual o exercício do *ius puniendi* é exercido.

III.6. Pretensão punitiva e desigualdade estrutural da relação processual

Para além da jurisprudência internacional e das proposições de doutrina sobre a relação entre sanção punitiva e garantias, é importante investigar, na cena brasileira, alguns aspectos da relação processual que se desenvolve nos processos judiciais punitivos, em que o Estado veicula sua pretensão punitiva. Essa análise é importante, pois, na perspectiva do que se tratou no capítulo I, a desigualdade da relação processual deve ter influência direta na conformação do modelo de garantias, à luz do devido processo legal.

No processo penal, a relação que se estabelece entre o Ministério Público e o acusado é também relação entre autoridade e liberdade.³³⁹ O processo judicial em que se veicula o exercício do *ius puniendi* estatal é marcado por uma debilidade *estrutural*, que decorre do lugar em que o acusado é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual Judiciário.³⁴⁰

A desigualdade da relação processual penal, como bem destaca Clarissa Diniz Guedes, não se confunde com o desequilíbrio da relação material; há um desequilíbrio próprio da relação processual e que se estabelece no processo. Diferentemente do processo civil, em que se parte da premissa geral de que as partes são iguais³⁴¹ – embora haja situações

³³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

³⁴⁰ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80-81.

³⁴¹ Apesar desta generalização, considera-se que o processo civil, como bem enfatizava José Carlos Barbosa Moreira, compreende muito mais do que a atividade judicial concernente a relações jurídicas de caráter privado. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out./dez 1996, p. 151).

de desigualdade corrigidas pontualmente – no processo penal o desequilíbrio é *estrutural*.³⁴²⁻
343

Um dos traços marcantes desse fenômeno é a presença do Estado em um dos polos da relação, no desempenho da soberana função de punir, em contraposição à posição do acusado que se submete à ação penal. Com efeito, no processo penal acusatório, a relação processual baseia-se na contraposição entre Estado-acusação³⁴⁴, representado pelo órgão do Ministério Público, instituição autônoma e estruturada, de um lado e, de outro, o acusado, a quem se imputa a prática de um crime.

Nesse modelo, de um lado, o Estado-acusação parte de uma posição de ampla vantagem, se comparado ao acusado.³⁴⁵ Para o desempenho da atribuição de promover a ação penal, o Ministério Público conta com polícia judiciária para a promoção do inquérito, procedimento investigativo com vistas à apuração da infração penal. Além disso, detém amplos poderes de investigação (veja-se, por exemplo, os exemplos previstos no artigo 8º da LC n.º 75/93), que também podem ser utilizados para reunir elementos para a construção

³⁴² Sobre esse desequilíbrio estrutural, afirma: “A disparidade entre a parte pública, amparada por todos os instrumentos de persecução penal, e o réu, estigmatizado e temeroso da perda da liberdade, atua no próprio processo, e decorre da forma pela qual se estrutura a relação das partes neste âmbito. Não é consequência de nenhuma vulnerabilidade de natureza material, observada fora do processo. No processo civil, via de regra, as partes são iguais – e tratadas como iguais – até que alguma peculiaridade, presente no plano da vida, demonstre o contrário. Se, por exemplo, for observada a hipossuficiência econômica ou técnica de uma delas, serão viabilizados instrumentos para suprir esta condição, tais como a assistência judiciária gratuita e a inversão do ônus da prova. Mas a compensação das vulnerabilidades incide de forma pontual e acidental, diversamente do que ocorre no campo do processo penal, em que a estrutura da relação processual exige a criação de métodos mais generalizados – aplicáveis a todos os processos penais – para exercerem o papel de fiéis da balança.” (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 28)

³⁴³ Diversamente do sentido empregado neste trabalho, Michele Taruffo utiliza a expressão – *desequilíbrio estrutural* – para referir-se aos efeitos provocados pela presunção de inocência no âmbito das provas no processo penal, em que o imputado é sistematicamente favorecido e a acusação desfavorecida. Para ele, o *desequilíbrio estrutural* é produto do próprio reequilíbrio garantido constitucionalmente. (TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan. In: *Racionalidad y Estándares de Prueba. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 117). Em outra obra, emprega a expressão *desequilíbrio sistemático* no mesmo contexto (TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 36). Eu criticaria a posição de Taruffo, no rodapé, ou pelo menos deixaria claro que o que ele chama de desequilíbrio não é o mesmo a que se referem Badaró, Ary, e grande parte dos processualistas penais. Na verdade, o que ele (preconceituosa e autoritariamente), chama de “desequilíbrio estrutural” é o próprio reequilíbrio garantido constitucionalmente a uma relação que, em essência, é desequilibrada.

³⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120.

³⁴⁵ Segundo Fernanda Tartuce, a desigualdade entre as partes na persecução penal é evidente (TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 127).

da tese acusatória. Há, portanto, uma desigualdade inicial³⁴⁶ na ação penal, em função do conjunto de instrumentos institucionais de que dispõe o Estado-acusação para dar início à persecução penal.³⁴⁷

Na perspectiva do indivíduo, é importante considerar o fardo que sobre ele recai apenas em decorrência da condição de suspeito, de investigado e, após o oferecimento da denúncia, de acusado. A ação penal faz pairar sobre o acusado, ao menos socialmente, um estigma, atrelado ao estado de dúvida sobre sua idoneidade, que a garantia da presunção de inocência não consegue evitar. É o próprio Estado lhe imputa a prática de uma conduta de elevado desvalor social e que pretende a imposição de penas graves (muitas vezes, privação de liberdade). Independentemente de culpa, o processo penal é uma pena para o acusado.³⁴⁸ Há efetivamente um desequilíbrio na relação processual penal³⁴⁹, materializado na posição de vantagem da acusação desde o início da investigação.

Nesse cenário de desigualdade, Francesco Carnelutti afirmou a necessidade de construção do mecanismo processual a partir das condições realmente existentes, que são substancialmente diversas no processo civil e no processo penal. Por isso é que, para o autor, a paridade de armas entre acusação e defesa, no processo penal, é muito diferente da que existe no processo civil³⁵⁰ e deve levar em conta o desequilíbrio que é essencial da relação que se estabelece no processo em que há exercício da pretensão punitiva estatal.

A proposta de Aury Lopes Jr é que a instrumentalidade do processo penal deve consistir justamente em se conferir máxima eficácia aos direitos e garantias fundamentais.³⁵¹ De fato, no marco garantista, as garantias constitucionais do processo são mais densas e mais numerosas justamente com o objetivo de tentar estabelecer o equilíbrio, ao menos no plano

³⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

³⁴⁷ Para José Carlos Barbosa Moreira, dificilmente se contestará a premissa da superioridade das armas da acusação. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out./dez 1996, p. 148). Segundo Eugênio Pacelli, o Estado, no processo penal, tem ampla superioridade de forças (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 337).

³⁴⁸ Francesco Carnelutti desenvolve bem essa ideia. Para ele, a imputação, em si, ocasiona ao imputado um descrédito e um sofrimento tão mais grave quando mais grave é o delito que lhe é imputado. (CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2, p. 97).

³⁴⁹ A imperfeita simetria entre as partes, no processo penal, é, para Mario Chiavario, de quase impossível eliminação (CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 22-23).

³⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2, p. 44-45.

³⁵¹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80-81.

da relação jurídica processual, por meio da limitação do exercício do poder de punir. Essa equação ideal configura a busca por igualdade substancial³⁵², para que as partes tenham oportunidades equivalentes para fazer prevalecer suas teses (acusatória e defensiva).³⁵³

Além do contraditório e da ampla defesa, que incidem de forma bastante ampla, é fundamental, nessa perspectiva, a garantia da presunção de inocência, em que se protege o acusado do rótulo de *criminoso* antes da apuração legal e definição da culpa, carreando-se à acusação o ônus da prova para que comprove, além de qualquer dúvida razoável, a prática do crime pelo acusado. Veja-se que, no processo penal, a desigualdade é tão acentuada e polarizada (em desfavor do acusado), que as ferramentas de reequilíbrio são conjunturais e permeiam todo o processo (direito de defesa, ônus da prova, *standards* probatórios, coisa julgada, recursos etc.).

O panorama é bastante diferente no processo civil em geral, em que, via de regra, não se tem uma desigualdade *estrutural* da relação processual, como no processo penal. Parte-se da premissa de que há, pelo menos no plano teórico processual, uma equiparação entre autor e réu³⁵⁴ que permite, por exemplo, a *oportunidade* de defesa³⁵⁵, enquanto ônus, a *distribuição* de ônus da prova³⁵⁶ e a formação de *coisa julgada* de modo uniforme para ambas as partes.

As situações de desigualdade são compensadas com mecanismos localizados, que contornam de maneira direcionada situações de desequilíbrio da relação processual. São exemplos disso as normas que disciplinam a participação do incapaz como parte, do réu preso, do hipossuficiente sob a ótica econômica e do próprio Ministério Público. Mesmo a Fazenda Pública, enquanto parte, por se reconhecer que há um desequilíbrio em seu prejuízo, diante da quantidade superlativa de demandas e das limitações da estrutura burocrática do

³⁵² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 123-124.

³⁵³ VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 355-356.

³⁵⁴ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 19-20.

³⁵⁵ No processo penal, a defesa não é uma mera oportunidade (o tema será retomado no capítulo IV), não há distribuição de ônus da prova, que recai integralmente sobre a acusação, e a sentença penal condenatória pode ser objeto de revisão criminal por prazo ilimitado.

³⁵⁶ A ideia de *repartição* do ônus da prova tem como pressuposto tácito a mediação de uma igualdade probatória entre as partes. (PEYRANO, Jorge. La carga de la prueba. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Artigo disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p. 961. Acesso em 06.09.2017).

Estado, dispensa-se tratamento processual diferenciado em alguns aspectos (p. ex., prazos mais amplos, prerrogativa de intimação pessoal, remessa necessária etc.).

A partir desses dois modelos – processo penal e processo civil –, é importante trazer a reflexão para o âmbito dos processos judiciais punitivos não penais.

O processo judicial punitivo não penal compartilha com o processo penal o fato de serem instrumentos de veiculação da pretensão punitiva estatal e essa identificação é o elemento chave para se verificar que, também nos processos voltados à imputação de ilícitos não penais, com aplicação de graves sanções restritivas de direitos, a desigualdade da relação jurídica processual também é estrutural.

Antes do início do processo, na etapa de investigação do ilícito, o Ministério Público detém poderes investigatórios que são fundamentais para a reunião de elementos relacionados à prática do ilícito e de sua autoria. Mesmo se a iniciativa de investigação partir da pessoa jurídica de direito público, que também tem legitimidade ativa para a propositura de ações judiciais punitivas não penais (artigo 17, da Lei n.º 8.429/92 e artigo 19 da Lei n.º 12.846/2013), nada impede que solicitem a realização de diligências ao órgão ministerial.

Os procedimentos administrativos de investigação e os inquéritos civis desempenham papel fundamental na coleta e na reunião de informações sobre a prática de ilícitos não penais. São ferramentas que, como no processo penal, inauguram a posição de desvantagem do particular, que passa a ser objeto de uma investigação estatal.³⁵⁷

Essa posição inicial de vantagem potencializa-se com a instauração do processo judicial punitivo não penal, em que, no exercício da pretensão punitiva estatal, imputa-se a prática de um ilícito de elevada reprovabilidade social, punível com sanções restritivas de direitos fundamentais. O ajuizamento de um processo punitivo não penal pode ter para o indivíduo efeitos tão nocivos quanto os de uma ação penal. O fato de ser o Ministério Público ou, menos frequentemente, o Estado-Administração, o órgão que imputa a prática do ilícito faz recair sobre o particular um questionamento sobre sua idoneidade. Independentemente de culpa ou dolo, responder a uma ação de improbidade administrativa ou uma ação civil

³⁵⁷ É reconhecida ao particular a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário e pleitear o encerramento de um inquérito civil que caracterize utilização abusiva do poder de investigação. (ARRUDA ALVIM. O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil. MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133-146).

por ato de corrupção é um fardo que tem sérias repercussões na vida da pessoa, física ou jurídica. O processo judicial punitivo não penal é também uma pena para o cidadão.

Assim, a desigualdade estrutural que se projeta nos processos judiciais punitivos não penais³⁵⁸ aponta para a necessidade de, a partir do marco garantista e à luz do devido processo legal, construir-se para esses processos um paradigma de garantias que possa fazer frente a essa relação jurídica processual desequilibrada, limitando-se o exercício de poder. Pelas análises feitas até aqui, pode-se afirmar que este paradigma deve ser mais adensado do que o modelo geral do processo civil e deve mirar o paradigma de devido processo legal do processo penal, enquanto referência de cota máxima de garantias, em especial quanto ao *catálogo* de garantias.

III.7. Relação entre o processo judicial punitivo não penal e as garantias constitucionais no direito brasileiro

Ao final deste capítulo, é importante reunir as conclusões alcançadas nos capítulos precedentes para que possa ser estabelecida a relação que se propõe entre processo judicial punitivo não penal e garantias constitucionais do processo no direito brasileiro.

No capítulo I, o exame da relação entre processo e Constituição foi fundamental para que se percebesse que o modelo de garantias, à luz da cláusula do devido processo legal, pode variar em função da natureza do direito material e das características da relação jurídica processual. Do ponto de vista normativo, esta variação tem origem na própria estrutura do devido processo legal, enquanto princípio constitucional.

No capítulo II, foram examinados aspectos materiais das sanções punitivas não penais aplicadas pelo Poder Judiciário. A partir das teorias de comparação entre ilícitos penais e administrativos, viu-se que não se pode considerar que os ilícitos previstos na Lei

³⁵⁸ A afirmação de que há uma desigualdade estrutural na relação jurídica processual em processos judiciais punitivos não penais pode suscitar questionamentos sobre eventual desigualdade de outras relações jurídicas processuais também polarizadas entre Estado e indivíduo (p. ex. ação coletiva voltada para tutela do meio ambiente ou mesmo a execução fiscal de determinado tributo). O exame de eventual desigualdade também nestes processos demandaria análise específica além do objeto deste trabalho. De qualquer maneira, como foi ressaltado, um dos aspectos centrais da origem desta desigualdade é a natureza punitiva da pretensão, que não se verifica nos exemplos acima, em que a pretensão é de cumprimento de obrigações legais.

de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção sejam *ontologicamente* diferentes dos ilícitos penais. Além disso, verificou-se também que a maior gravidade, em tese, que decorre da previsão abstrata da pena privativa de liberdade em muitos crimes nem sempre se concretiza e que em determinadas situações, as sanções previstas em processos judiciais punitivos não penais podem representar para o réu um potencial de restrição de direitos equivalente ou mesmo mais elevado do que o de alguns crimes.

Neste capítulo III, foram revisitadas construções teóricas com propostas diversas quanto à relação entre processo punitivo e garantias. Além disso, verificou-se que, no plano dos direitos humanos, está consolidada a ideia de que a natureza não penal de determinado ilícito não afasta o reconhecimento da incidência de amplas garantias, notadamente quando a natureza do ilícito e a gravidade da sanção indicarem a necessidade de se limitar o exercício do poder punitivo. Viu-se que há uma relação direta entre direito material e garantia, de tal modo que ilícitos graves, punidos com sanções severas (restritivas de direitos fundamentais) no exercício do *ius puniendi* estatal, exigem um processo mais garantista.

Neste cenário, o paradigma de devido processo legal do processo civil em geral, voltado predominantemente para tutelas jurídicas obrigacionais, não serve para os processos judiciais punitivos não penais em que há, como no processo penal, exercício de pretensão punitiva estatal.

Diante de tal conclusão, e em linha de desenvolvimento da hipótese de pesquisa deste trabalho, passa-se a avaliar, a partir da base teórica lançada neste capítulo, o modelo de garantias adequado aos processos judiciais punitivos não penais.

A jurisprudência internacional é, nesta matéria, um importante referencial.³⁵⁹ A análise de julgados do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos evidenciou que, em ambas as Convenções, as garantias previstas para o acusado podem e devem incidir em processos que não sejam formalmente penais.

No âmbito do Tribunal Europeu, como foi analisado, a incidência de garantias processuais amplas para além do âmbito penal depende do exame do ilícito, de sua natureza e da sanção abstratamente cominada. Se o ilícito for apurado por órgão público e tiver finalidade punitiva e preventiva e se a pena cominada for grave, a conclusão é que devem ser observadas as garantias do processo previstas para os ilícitos penais, independentemente

³⁵⁹ LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa de Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 163-164.

do rótulo jurídico de direito material que o direito interno lhe confira. No âmbito da Corte Interamericana, as garantias previstas para o processo penal devem ser observadas em qualquer processo estatal que possa interferir na esfera de direitos do cidadão.

O critério *formal* de pertencimento ao âmbito penal para fins de incidência das garantias do devido processo legal, em sua face processual penal é, portanto, insuficiente. Isto significa que o simples fato de um ilícito não ser enquadrado como penal não autoriza a afirmação de que as garantias do processo penal não seriam aplicáveis. Mais além, tal orientação jurisprudencial evidencia também que a incidência do paradigma mais extenso de garantias depende do exame da natureza do direito material.

Aplicando-se os três critérios referidos na jurisprudência do Tribunal Europeu aos processos judiciais punitivos não penais, verifica-se que os ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção (neste caso, os ilícitos puníveis em sede judicial) poderiam ser considerados *criminais* para os fins da Convenção: não são ilícitos formalmente criminais – o que atende o primeiro critério; trata-se manifestação do poder estatal de punir, exercida em sede judicial, a partir da comprovação de culpabilidade do réu – o que atende o segundo critério da Corte e, as sanções cominadas são de elevada gravidade, com potencial de restrição de direitos fundamentais, o que caracteriza o terceiro critério. Este exercício de aplicação dos critérios utilizados na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos evidencia que, nestes ilícitos, devem ser aplicadas as garantias processuais franqueadas aos acusados em geral.

Em paralelo, por se tratar de ilícitos em que a aplicação de sanção constitui *ato emanado do Estado* com potencial para *interferir na esfera de direitos* dos cidadãos, pode-se afirmar que há também enquadramento ao critério utilizado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a aplicação das garantias previstas para o processo penal no artigo 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, diante da natureza punitiva do direito material, da gravidade das sanções que foram cominadas pelo legislador, bem como na esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pode-se afirmar que nos processos judiciais punitivos não penais, o *catálogo* de garantias do devido processo legal deve ser equivalente ao do processo

penal. Isto significa que as mesmas garantias aplicáveis ao processo penal devem incidir também nos processos judiciais punitivos não penais, com as adaptações necessárias.³⁶⁰

Com efeito, para a imputação de ilícitos graves e aplicação de sanções restritivas de direitos, por força do *ius puniendi* estatal, é imprescindível, à luz da cláusula do devido processo legal que, para além das garantias inerentes a todos os processos (a chamada face *civil* da garantia), sejam também observadas as garantias que foram originalmente voltadas ao processo penal, entre as quais a presunção de inocência, que é absolutamente fundamental na estruturação da relação processual. Este é o referencial mínimo de garantias que deve ser aplicado aos processos judiciais punitivos não penais.

É importante registrar, ao ensejo, a observação de Alejandro Nieto³⁶¹, seguida por Helena Regina Lobo da Costa³⁶², no sentido de que não se trata – ou não deveria se tratar – de aplicação de garantias do processo penal a processos judiciais não penais e sim de garantias constitucionais, aplicáveis ao qualquer processo punitivo estatal, enquanto ramo mais amplo que contém o processo penal e aos processos judiciais punitivos não penais.³⁶³

Tais conclusões dirigem-se às garantias do processo, tal como previstas na Constituição Federal e na Convenção Americana, o que não significa que o *processo* deva passar a ser penal ou mesmo que o *procedimento* a ser adotado seja o do Código de Processo Penal ou da legislação processual penal especial.³⁶⁴ O processo tramita na jurisdição *civil* – no sentido de não penal –, mas o catálogo de garantias processuais deve ser equivalente ao do processo penal.

A partir deste referencial mínimo, é importante considerar ainda que algumas garantias processuais são estruturadas normativamente como princípios, mandamentos de

³⁶⁰ Não faria sentido, por exemplo, a aplicação das garantias processuais dirigidas ao *preso* ou relacionadas à *prisão*, pois nesses ilícitos não há previsão de penas privativas de liberdade.

³⁶¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 157.

³⁶² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese apresentada ao concurso de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 173-178.

³⁶³ Para Fábio Medina Osório, há superioridade teórica na dogmática penal, que deve servir de inspiração garantista para o direito administrativo punitivo, por serem ambas projeções do direito punitivo público. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 203).

³⁶⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 167.

otimização que podem ser realizados em diversos *graus* e que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.³⁶⁵

Diante da possibilidade de gradação das garantias estruturadas em princípios, observa-se que, no espectro máximo, o referencial mais elevado de paradigma de garantias é o previsto para o processo penal, ramo em que, em tese, estão previstos os ilícitos mais graves e as penas mais invasivas na esfera de direitos do particular.

A partir desses referenciais, mínimo e máximo de garantias processuais, bem como considerando a ausência de referencial legislativo, cabe então avaliar se o paradigma de garantias adequado aos processos judiciais punitivos não penais deve ser o mesmo do processo penal ou se, na perspectiva da *sanção prevista abstratamente* e, na esteira das construções teóricas de Winfried Hassemer, Jesús-María Silva Sánchez (apesar de que aqui, estamos fora do Direito Penal) e também de José Cid Moliné, *supra* referidas, seria possível cogitar-se de um patamar intermediário de garantias.

No capítulo II, a partir da análise do direito material, viu-se que os nossos ilícitos punitivos não penais, punidos com sanções graves de restrição de direitos fundamentais não são *ontologicamente* diferentes dos ilícitos penais. O cenário legislativo é de sobreposição de ilícitos a partir da ideia de independência de instâncias. Isto significa que muitas condutas puníveis como ilícitos não penais, no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção são condutas que são também puníveis na esfera criminal.

Em paralelo, a severidade das sanções cominadas, mesmo quando comparadas às penas criminais, tampouco autoriza a afirmação de que haveria uma distinção quantitativa entre tais ilícitos. Na verdade, as sanções judiciais punitivas não penais podem ter potencial equivalente ou até mais drástico de repercussão na esfera de direitos do particular, do que algumas penas do Direito Penal, em especial considerando-se que o sistema processual penal opera com ferramentas que permitem, na prática, o abrandamento da sanção originalmente prevista (p. ex., substituição por penas alternativas, suspensão do processo e também regimes diferentes de cumprimento de pena).

Além disso, a gravidade da sanção – em abstrato ou em concreto – não é o único elemento a ser considerado na avaliação do modelo de devido processo legal. A desigualdade

³⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

estrutural da relação processual também é determinante para a construção de um processo mais garantista.

Nos processos judiciais punitivos não penais, a pessoa a qual, no exercício de uma pretensão punitiva estatal, se imputa uma conduta ilícita também parte de uma situação de franca desvantagem em relação ao Estado-Autor, que tem repercussões ao longo de todo o processo. Neste cenário, as garantias processuais devem incidir de forma ampla para que, ao menos idealmente, possam compensar a desigualdade da relação processual e, na busca por um processo isonômico, tentar equiparar as armas.

Assim, comparando-se ilícitos punitivos não penais, puníveis em sede judicial, com os ilícitos penais, verifica-se que os elementos que justificam a adoção de um patamar mais denso de garantias no processo penal – a gravidade do ilícito, a severidade da sanção e a desigualdade estrutural da relação jurídica processual – também estão presentes nos ilícitos não penais, puníveis em sede judicial. Mesmo no processo penal, em que há crimes que são apenados de forma menos severa e sem pena privativa de liberdade, as garantias são também densas, diante da necessidade de se limitar o exercício da pretensão punitiva.

As teorias que, no Direito Administrativo Sancionador, respaldam a construção de um modelo intermediário de garantias, ou mesmo as nuances de adaptação das garantias penais e processuais penais a que aludem Alejandro Nieto, Gómez Tomillo e Sanz Rubiales e Lucía Alarcón Sotomayor tem estreita relação com o fato de que, neste ramo, o exercício do poder punitivo estatal é feito por meio de *procedimento* administrativo (e, entre nós de processo *administrativo* sancionados). Nos processos judiciais punitivos não penais, essas mesmas adaptações não são necessárias, por se tratar de pretensão punitiva exercida em sede de processo judicial, tal como o processo penal.

Por isso é que, na perspectiva constitucional, o paradigma adequado de garantias constitucionais do processo nos processos judiciais punitivos não penais e, entre eles, nas ações de improbidade administrativa e nas ações fundadas na Lei Anticorrupção, deve ter densidade equivalente ao processo penal.

Considerando-se a estrutura normativa das garantias do processo, que podem ser regras ou princípios, verifica-se que esta equivalência se delineia em relação aos princípios, que possuem esta característica de poderem ser graduados, em função de condicionantes fáticas e jurídicas. Na prática, a equivalência pode ser verificada, por exemplo, em relação

ao princípio da ampla defesa, em que a ampla densidade manifesta-se, essencialmente, sob o viés da indisponibilidade.

A equivalência, entretanto, não implica perfeita identidade de garantias entre o processo penal e o processo judicial punitivo não penal, já que não se aplicam aos processos não penais o conjunto de garantias relacionadas à aplicação de penas privativas de liberdade, que são restritas ao universo penal.

Por fim, é importante registrar que a afirmação geral de um patamar adequado de garantias para os processos judiciais punitivos não penais não encerra a reflexão sobre como cada uma das garantias deve incidir. Não basta simplesmente importar as garantias do processo penal.³⁶⁶ É necessário avaliar como cada garantia deve incidir no processo judicial punitivo não penal, considerando-se suas peculiaridades, notadamente quanto à natureza do ilícito e da sanção e quanto às características da relação jurídica processual.

³⁶⁶ Alejandro Nieto, com subsídio na experiência da Espanha, denunciou o completo fracasso da tentativa de extensão de princípios penais para o Direito Administrativo. Para ele, a transposição automática é impossível e as nuances de adaptação são tão difíceis como inseguras. (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 28).

IV. PROCESSO JUDICIAL PUNITIVO NÃO PENAL E GARANTIAS

IV.1. Considerações iniciais

A partir das análises feitas até aqui, a proposta deste capítulo é examinar as garantias constitucionais do processo, à luz da legislação, da doutrina e, em pontos cruciais, da jurisprudência, e investigar sua incidência nos processos judiciais punitivos não penais.

O exame de cada uma dessas garantias não será feito de forma extensiva, para esmiuçar todas as suas acepções e/ou todos os seus desdobramentos, o que extrapolaria o objeto definido para o trabalho. A investigação que se propõe em relação a cada uma das garantias é apenas na estrita medida de sua relevância e pertinência quanto aos processos judiciais punitivos não penais.

Neste capítulo são analisadas as garantias do juiz natural, do contraditório, ampla defesa e direitos correlatos, da presunção de inocência, do direito à prova, da motivação das decisões judiciais, da razoável duração do processo, da publicidade, do direito ao recurso e da proibição de submissão a novo julgamento. Para fins didáticos, as garantias processuais e seus desdobramentos são analisadas em tópicos separados, mas, apesar disto, todas elas se entrelaçam na estruturação do devido processo legal.

A garantia da igualdade (artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal) não será analisada em tópico específico, por não se tratar, propriamente, de um princípio *processual*, embora sua incidência no processo e em sua conformação, em especial sob a forma da paridade de armas, seja evidente. O princípio da igualdade, sob a face de *paridade de armas*, foi referido em diversos pontos deste trabalho, em especial enquanto vetor de reequilíbrio ideal da relação processual entre Estado e particular, nos processos judiciais punitivos não penais.

Além disso, a garantia do direito de ação, que é usualmente referida no âmbito processual civil, não será examinada neste trabalho, pois, na seara punitiva, a garantia, na

perspectiva do acusado, é justamente de não ser acionado fora das hipóteses legais ou mesmo sem observância do rol de garantias que compõem o devido processo legal.³⁶⁷

Antes de passar propriamente ao exame das garantias processuais, é importante, em linha de premissa, identificar as posições na relação jurídica processual às quais estas garantias se dirigem.

IV.2. Polo passivo nos processos judiciais punitivos não penais

Nos processos judiciais punitivos não penais abordados neste trabalho, o polo passivo pode ser composto por diferentes classes de réus. Com efeito, o polo passivo não é composto apenas por pessoas, físicas ou jurídicas, a quem se imputa a prática de um ilícito não penal; por razões diversas, outras categorias de pessoas também podem ser incluídas na demanda e, nesta medida, faz-se mister investigar se o regime jurídico de garantias mais adensado que se propõe é aplicável também a elas.

IV.2.1. Agente público, particulares e ação de improbidade administrativa

A ação de improbidade administrativa, como já se salientou, volta-se à punição do *agente público*³⁶⁸ ímprobo. Isso significa que não se pode cogitar de uma ação fundada na Lei n.º 8.429/92, em que não tenha sido indicado como réu ao menos um agente público (ou ex-agente público). Se isso ocorrer, a ação não deve ser sequer admitida.³⁶⁹

³⁶⁷ Neste sentido, em relação à ação penal: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 71-74.

³⁶⁸ Veja-se o texto legal que define os agentes públicos puníveis: “Art. 2º *Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*”

³⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária e responsabilização de terceiros na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 28, v. 241, jan-mar. 2016, p. 557-558.

Há controvérsia na jurisprudência sobre a aplicabilidade da Lei aos chamados agentes políticos. Por ocasião do julgamento da Reclamação Constitucional n.º 2138, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (6 votos a 5), concluiu que agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 (Presidente da República, Ministro de Estado, Procurador Geral da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Governador e Secretário de Estado) não respondem por improbidade administrativa.³⁷⁰ Há evidências de que tal orientação jurisprudencial tende a se modificar, notadamente diante da alteração da composição da Corte. Em precedente mais recente, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a um ex-governador.³⁷¹

³⁷⁰ “*EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. (...) II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n.º 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n.º 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei n.º 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei n.º 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. Reclamação julgada procedente.” (Rcl 2138, Rel. Min. Nelson Jobim, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, j. 13/06/2007).*

³⁷¹ “*Medida cautelar inominada incidental’ – Improbidade administrativa – Agente político – Comportamento alegadamente ocorrido no exercício de mandato de governador de estado – Possibilidade de dupla sujeição tanto ao regime de responsabilização política, mediante “impeachment” (Lei n.º 1.079/50), desde que ainda titular de referido mandato eletivo, quanto à disciplina normativa da responsabilização civil por improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92) – Extinção subsequente do mandato de governador de estado – exclusão do regime fundado na Lei n.º 1.079/50 (art. 76, parágrafo único) – Pleito que objetiva extinguir processo civil de improbidade administrativa, em razão de, à época dos fatos, a autora ostentar a qualidade de chefe do Poder Executivo – Legitimidade, contudo, de aplicação, a ex-governador de estado, do regime jurídico fundado na Lei N.º 8.429/92 – Doutrina – Precedentes – Regime de plena responsabilidade dos agentes estatais, inclusive dos agentes políticos, como expressão necessária do primado da ideia republicana – O respeito à moralidade administrativa como pressuposto legitimador dos atos governamentais – Pretensão que, se acolhida, transgrediria o dogma republicano da responsabilização dos agentes públicos – Decisão que negou seguimento à ação cautelar – Interposição de recurso de agravo – Parecer da Procuradoria-Geral da República por seu improvimento – Recurso de agravo a que se nega provimento. (AC 3585 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 02/09/2014).*

Além disso, o tema de Repercussão Geral n.º 576 trata do processamento e julgamento de Prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei n.º 8.429/92 e deve ser julgado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n.º 683235.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Reclamação n.º 2790 divergiu da posição do Supremo Tribunal Federal na Reclamação Constitucional n.º 2138 e decidiu que, com exceção do Presidente da República, os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92).³⁷² Mais recentemente, na edição n.º 40 sobre Improbidade Administrativa – Jurisprudência em Teses, o item 1 exprime a orientação de que os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, ressalvados os atos ímprobos cometidos pelo Presidente da República (artigo 86 da Constituição Federal) e pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A tendência jurisprudencial, portanto, é que se reconheça a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa também aos agentes políticos, com algumas exceções.

Na condição de pessoa a quem se imputa a prática de uma conduta ímproba e a quem se pretende a aplicação de sanção punitiva, o agente público é o réu, por excelência, na ação de improbidade administrativa e, nesta condição, deve lhe ser aplicado o regime de garantias que se propõe neste trabalho.

Além do agente público, a Lei de Improbidade Administrativa prevê a punição de quem, mesmo não sendo agente público, *induzir ou concorrer para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiar sob qualquer forma direta ou indireta* (cf. artigo 3º). Este artigo amplia os sujeitos puníveis por atos de improbidade administrativa e permite a imputação ao particular, pessoa física ou jurídica, da prática de atos ímprobos, nas formas *induzimento, concorrência ou benefício*.

Quando o particular é incluído no polo passivo da demanda junto com o agente público, há litisconsórcio necessário no sentido do particular, em relação ao agente público

³⁷² “(...) 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (...)” (Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. 02/12/2009).

(não pode haver ação de improbidade apenas em face do particular).³⁷³ Por isso, a ação proposta só em face do particular, pessoa física ou jurídica, em que se postule a aplicação das sanções punitivas previstas na Lei de Improbidade Administrativa não pode ser admitida.

Sob a ótica processual, o particular ocupa o polo passivo sob a imputação de ter *induzido, concorrido* ou se *beneficiado* com uma conduta ímproba. Isso significa que, em relação a ele, há também *pedido* de condenação e de aplicação de sanções punitivas. Nesse cenário, o regime processual de garantias que se propõe também se aplica aos particulares incluídos no polo passivo da ação de improbidade administrativa, pois a pretensão punitiva estatal volta-se também contra eles.

IV.2.2. Pessoa jurídica de direito público e ação de improbidade administrativa

Além do agente público e do particular, a pessoa jurídica de direito público – a vítima do ato de improbidade administrativa – também pode vir a ser chamada a integrar o polo passivo da demanda, por força da regra do artigo 17, §3º, da Lei n.º 8.429/92, quando não tomar a iniciativa de propô-la diretamente.³⁷⁴

A regra faz referência à norma da Lei de Ação Popular³⁷⁵, que prevê a inclusão da pessoa jurídica no polo passivo da demanda, mas que lhe confere a prerrogativa de abster-se de contestar o pedido ou de escolher atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

³⁷³ No Superior Tribunal de Justiça, o tema foi pacificado com o seguinte enunciado “*Não é possível o ajuizamento de ação de improbidade administrativa exclusivamente em face de particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.*” (REsp 1171017/PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 25/02/2014).

³⁷⁴ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (...) § 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965.”

³⁷⁵ “Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. (...) § 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.”

Trata-se, na expressão de Rodrigo Mazzei, de uma intervenção móvel, em que cabe à pessoa jurídica de direito público decidir pela adesão ao polo ativo, ao lado do órgão ministerial, ou por permanecer no polo passivo, abstendo-se de contestar o pedido.³⁷⁶

É importante observar que, mesmo quando ocupa o polo passivo, a posição da pessoa jurídica de direito público na relação jurídica processual é substancialmente diferente da posição do agente público ou do particular. Não se imputa ao ente público a prática de ato de improbidade administrativa, nem se pede, em face dele, a aplicação de sanções. Na realidade, a sua integração subjetiva à demanda tem fundamento diverso (p. ex. na hipótese em que se postula o desfazimento de ato administrativo ou a reparação do dano causado, em que a decisão final tem repercussão direta para o ente público)³⁷⁷, mas isso não significa que a pretensão punitiva estatal lhe seja dirigida.

Por tais razões, o regime jurídico processual de garantias que se propõe neste trabalho não se aplica à pessoa jurídica de direito público que figure no polo passivo da ação de improbidade administrativa; as garantias devem seguir o paradigma do processo civil em geral.

IV.2.3. Particular e o processo judicial fundado na Lei Anticorrupção

A ação judicial fundada na Lei Anticorrupção, como já se salientou, volta-se primordialmente à punição de *peessoas jurídicas*³⁷⁸ que pratiquem atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, na forma do artigo 5º da Lei. Isso significa

³⁷⁶ MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, §3º, da LAP e 17, §3º, da LIA). *Revista Forense*, a. 104, v. 400, nov-dez. 2008, p. 244-245.

³⁷⁷ Para Geisa de Assis Rodrigues, no caso da ação popular, a convocação da pessoa jurídica de direito público pode ter por fundamento a realização de medida administrativa que não seria realizada espontaneamente. (RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodvim, 2006, p. 220).

³⁷⁸ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

que a imputação do ilícito e a postulação de aplicação de sanções punitivas dirigem-se à pessoa jurídica que, por ser objeto do exercício da pretensão punitiva estatal, deve receber o regime jurídico de garantias que se propõe neste trabalho.

Além da pessoa jurídica que pratica o ilícito não penal, a *responsabilidade* pelo pagamento da multa e pela reparação integral do dano causado foi atribuída solidariamente às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas (artigo 4º, §2º, da Lei Anticorrupção).³⁷⁹ Nesses casos, o polo passivo poderá ser integrado também por pessoas que não tenham praticado os ilícitos, mas que terão que responder pela repercussão patrimonial de tais sanções.

É importante registrar que a previsão legal de extensão de responsabilidade a terceiros pelo pagamento da multa – que é uma sanção *punitiva* de repercussão patrimonial – é de constitucionalidade duvidosa, à luz do artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal, segundo o qual *nenhuma pena passará da pessoa do condenado*.³⁸⁰⁻³⁸¹ Em observância a tal garantia, a possibilidade de extensão deveria ter sido limitada à reparação civil do dano, que tem índole compensatória.³⁸²

Por participarem do processo na condição de *responsáveis*, a posição processual ocupada pelas sociedades em questão é substancialmente diversa da posição em que figura a empresa à qual efetivamente se atribui a prática do ilícito. As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas não sofrem a imputação de ilícito por força do *ius puniendi* estatal e não correm risco de virem a ser *punidas*: o âmbito de repercussão na esfera jurídica é exclusivamente financeiro.

Por isso, o regime jurídico de garantias mais adensado proposto neste trabalho não se aplica às sociedades empresariais que venham a ser incluídas no polo passivo da ação

³⁷⁹ “Art. 4º (...) § 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.”

³⁸⁰ “Art. 5º. (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

³⁸¹ Para Daltro de Campos Borges Filho e Daniel de Andrade Levy, entretanto, não há violação à garantia constitucional [BORGES FILHO, Daltro de Campos; LEVY, Daniel de Andrade. A sucessão das dívidas resultantes da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) na recuperação judicial. Revista do advogado, a. XXXVI, n. 131, out. 2016, p. 44].

³⁸² Como ocorre, por exemplo, na responsabilidade civil pelo dano causado em razão de crime. Veja-se o teor do artigo 64, do Código de Processo Penal: “Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.”

judicial da Lei Anticorrupção na condição de *responsáveis* pelas repercussões patrimoniais de sanções aplicadas às empresas que efetivamente praticaram ilícitos, até o limite do patrimônio transferido. Para essas sociedades, o regime de garantias é o do processo civil em geral.

A mesma lógica aplica-se às empresas sucessoras que tenham resultado de fusão ou de incorporação (artigo 4º, §1º, da Lei Anticorrupção³⁸³), pois a extensão é apenas de responsabilidade (e não de *imputação* de conduta ilícita) e restringe-se aos efeitos financeiros das sanções. Já em caso de *simulação* ou de *evidente intuito de fraude*, hipóteses em que as demais sanções restritivas de direitos podem vir a ser aplicadas às empresas sucessoras, o regime jurídico de garantias também deve ser mais adensado, como se propõe neste trabalho.

IV.3. Juiz natural

Uma das garantias fundamentais do devido processo legal é a garantia do juiz natural. No plano da teoria geral do processo, essa garantia tem significado político-liberal mais associado ao processo penal, ligado à preservação da liberdade do acusado em face de possíveis desmandos dos detentores do poder.³⁸⁴ Mas a garantia aplica-se, é claro, também ao processo civil.

Nesse amplo espectro de abrangência – do processo penal ao civil –, é possível haver diferenças na incidência das normas em diversos ramos e, especificamente em relação à garantia do juiz natural, há algumas diferenças.³⁸⁵

³⁸³ “Art. 4º. § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados;”

³⁸⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 209.

³⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103-104.

Com distinções, tal garantia está prevista na Constituição Federal (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII)³⁸⁶ e também na Convenção Americana de Direitos Humanos. Na Constituição Federal, a garantia é expressa quanto à competência e quanto à proibição de tribunais de exceção.³⁸⁷ Na Convenção Americana, a garantia assegura, de maneira literal, a independência, a imparcialidade e a pré-constituição do juízo.³⁸⁸⁻³⁸⁹

Muito embora a Constituição Federal não seja expressa quanto à independência e imparcialidade do juízo, tais predicados estão inexoravelmente atrelados à garantia do juiz natural, enquanto condições orgânicas ao exercício da atividade judicante. A independência é mesmo fundamental para permitir que o juiz possa decidir de forma imparcial.³⁹⁰

A partir de tais normas, a garantia do juiz natural delinea-se em quatro núcleos centrais: independência, imparcialidade, vedação aos tribunais de exceção e competência predeterminada.

O aspecto *independência* busca assegurar que a atuação jurisdicional seja livre de interferências de outros Poderes (Executivo ou Legislativo) – independência externa – e de outros órgãos do Poder Judiciário – independência interna³⁹¹ – e mesmo de entidades

³⁸⁶ “Art. 5º. (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

³⁸⁷ Há um déficit na nossa Constituição Federal em relação a outras Constituições (p. ex. italiana, espanhola, portuguesa e argentina) quanto ao requisito da pré-constituição da competência do juízo.

³⁸⁸ “1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

³⁸⁹ Na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a garantia equivalente é mais reduzida, pois não há alusão expressa ao aspecto da pré-constituição da competência do juízo.

³⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23-33.

³⁹¹ Para Ada Pellegrini Grinover que não há subordinação hierárquica do juiz no desempenho de atividades funcionais (GRINOVER, Ada Pellegrini. A independência do juiz brasileiro. In: *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 46). Apesar disso, o juiz tem o dever de consagrar a jurisprudência definida nos Tribunais Superiores, por exemplo, em súmulas vinculantes, recursos repetitivos e incidentes de resolução de demandas repetitivas (artigo 985 e 988 do Código de Processo Civil).

privadas.³⁹² Significa *exterioridade* em relação a todo o sistema de poderes, na expressão de Luigi Ferrajoli³⁹³, o que gera condição para florescer a imparcialidade.³⁹⁴

O predicado da *imparcialidade* determina que o juiz deve ser desinteressado em relação às partes e ao objeto litigioso, tanto do ponto de vista objetivo (com aparência de imparcial), quanto subjetivo (segundo sua íntima convicção).³⁹⁵ Há situações para se temer ou se suspeitar da parcialidade do julgador, de modo que cabe ao legislador prevê-las e vedá-las ou, ao menos, criar condições para evitar que se aperfeiçoem.³⁹⁶

A distinção entre imparcialidade e neutralidade é importante. Ser imparcial não significa ser neutro axiologicamente³⁹⁷ ou politicamente³⁹⁸, até por que não existe ninguém neutro. O juiz, como qualquer pessoa, é produto dos valores da sociedade e isso não tem como ser afastado na atividade da magistratura. Apesar disso, não poderiam ser admitidas condenações ideológicas, sem lastro na Constituição Federal e no Estado de Direito.³⁹⁹ Para evitar que isso ocorra, inserem-se no devido processo legal as garantias de publicidade do processo, motivação das decisões e direito ao recurso, que possibilitam o controle sobre as decisões judiciais.

Em paralelo, o aspecto negativo da norma que se extrai da garantia do juiz natural é a vedação aos *tribunais de exceção*. Tal vedação está relacionada à prévia constituição do órgão em relação à organização judiciária. Como se sabe, os órgãos que integram o Poder Judiciário estão previstos na Constituição Federal (artigo 92) e, neste

³⁹² REMOTTI CARBONEL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho. 2004, p. 327.

³⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 534.

³⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

³⁹⁵ Segundo Irineu Cabral Barreto, é fundamental que o juiz não tenha uma opinião formada sobre a culpabilidade do acusado, em razão do exercício prévio de função de acusação ou de instrução. (BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia de Direitos do Homem Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 157).

³⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-38.

³⁹⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 206.

³⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38-41.

³⁹⁹ Segundo Mario Chiavario, o juiz deve se abster de qualquer manifestação de opção ideológica ou política (CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 52).

sentido, nenhum deles pode ser considerado tribunal de exceção.⁴⁰⁰ Considera-se tribunal de exceção aquele criado *ex post factum*⁴⁰¹, fora da estrutura do Poder Judiciário e que se atribui poder para julgar um caso específico já ocorrido⁴⁰²⁻⁴⁰³ ou para julgar determinada pessoa ou grupo de pessoas, ainda que em relação a fatos futuros.⁴⁰⁴

Sob a ótica da técnica processual, a preexistência do juízo constitui pressuposto processual de existência do processo (pressuposto da investidura, conforme classificação de Cândido Rangel Dinamarco).⁴⁰⁵

Para além do aspecto negativo – vedação aos tribunais de exceção – a garantia do juiz natural pressupõe ainda que haja *prévia determinação legal de competência*.

Esta face da garantia do juiz natural indica a necessidade de prévia definição de competência, conforme critérios incidentes no caso, previstos na Constituição, na legislação ordinária ou nas leis de organização judiciária. Gustavo Henrique Badaró explica que não se trata da observância apenas da norma *constitucional* de competência, mas do conjunto de normas que integram a definição de determinada competência. O que se busca com a fixação prévia de competência é assegurar que haja objetividade e, ao mesmo tempo, não manipulação na individualização do único juiz competente.⁴⁰⁶

A garantia do juiz natural estende-se à pessoa do julgador. Não faria sentido que a norma constitucional assegurasse o juiz natural em relação ao órgão, mas fosse possível manipular, por critérios discricionários, a pessoa do julgador que iria atuar no caso. Isso permitiria, por exemplo, a escolha de magistrados a partir de seu alinhamento no espectro político, o que não tem guarida constitucional. Assim, para que a garantia tenha ampla

⁴⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

⁴⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 543.

⁴⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128-129.

⁴⁰³ Para Ada Pellegrini Grinover, tribunais de exceção são “*órgãos transitórios e arbitrários, designados ad hoc para o julgamento de cada caso concreto*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 17).

⁴⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

⁴⁰⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 211.

⁴⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 147-157.

efetividade, é preciso que haja regras claras e objetivas para designação dos juízes e dos integrantes de cada órgão.⁴⁰⁷

Sob o prisma da técnica processual, diferentemente do que se passa em relação à investidura, a incompetência do juízo tem repercussões na esfera de validade do processo e, nesta perspectiva, é um vício menos grave – e, em geral, passível de convalidação pela coisa julgada – do que o processo julgado por um órgão ou juiz não investido.⁴⁰⁸

Em relação à predeterminação da competência, é necessário estabelecer, à luz da garantia do juiz natural, o termo *a quo* que define a norma de competência incidente no caso. A norma deve ser anterior ao *fato* ou basta que seja anterior à *ação*?

Ao tratar do tema, Gustavo Henrique Badaró afirma não ser razoável, neste ponto, buscar uma solução uniforme nos campos penal e civil.

No processo penal, há razões de ordem histórica e política que justificam utilizar-se como *dies a quo* para aferição da regra de competência o momento da prática do fato a ser julgado.⁴⁰⁹ Apesar de não se seguir, neste ponto, a regra *tempus regit actum*, típica das normas de direito processual, prevista no artigo 2º do Código de Processo Penal, tal posição, para ele, é mais garantista e também mais consentânea com o conteúdo do princípio do juiz natural, por impedir que possa haver manipulação de norma de competência no interregno entre o cometimento do fato e o início do processo.⁴¹⁰ Assim, ao se utilizar a norma de competência anterior ao fato – em vez da norma de competência anterior ao início do

⁴⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

⁴⁰⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 211-213. No mesmo sentido (pela nulidade do processo nessa hipótese): BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 533. Já para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, em caso de violação a uma regra de competência estabelecida constitucionalmente, não há nulidade, mas sim inexistência do processo (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 12 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 44-45).

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 543; LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97. Em sentido diverso, com a posição de que a norma de competência deve ser a do momento em que se inicia a ação penal: RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre o princípio do juiz natural. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel. *Constituição e Processo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 195.

⁴¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 167-175.

processo, critério adotado no âmbito processual civil⁴¹¹ – evita-se a possibilidade de um juiz *ex post factum*.

Em reforço de argumento, Gustavo Henrique Badaró faz distinções em função das diferenças entre a imputação penal e a causa de pedir do processo civil. Afirma, ao ensejo, que no processo penal deve-se levar em conta todo o trecho de realidade que tenha relevância jurídico-penal, ao passo que no processo civil, o elemento que delimita o mérito da causa é o pedido formulado em juízo, o que justifica também a diferença de critério.⁴¹²

Essa é, portanto, uma diferença de desdobramento da garantia constitucional do juiz natural nos processos penal e civil e, nesta medida, merece ser analisada em relação aos processos judiciais punitivos não penais.

IV.3.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

A garantia do juiz natural, no referencial teórico adotado neste trabalho⁴¹³, é uma *regra* constitucional e não um princípio.⁴¹⁴ Trata-se de um direito *definitivo* estabelecido pelo constituinte. Não há, portanto, variabilidade de grau, de modo que, independentemente da natureza do processo ou das características da relação jurídica processual, a garantia do juiz natural deve ser observada.

Isso não significa, entretanto, que o assunto não desperte reflexões interessantes no âmbito dos processos judiciais punitivos não penais. Uma delas é o foro por prerrogativa de função.

⁴¹¹ O artigo 43 do Código de Processo Civil estipula: “*Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.*” Desta forma, como conclui Candido Rangel Dinamarco, novas regras de competências editadas após a ocorrência dos fatos que são fundamento da pretensão e antes do registro ou distribuição do processo impõem-se no processo civil. (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 209).

⁴¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173-175.

⁴¹³ Confira-se, a propósito, no capítulo I o item I.9.

⁴¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

Antecipamos o entendimento de que o estabelecimento de foro por prerrogativa de função em sede constitucional não viola a garantia do juiz natural.⁴¹⁵ Como visto, tal garantia contempla a exigência de se ter uma definição prévia do juiz competente, qualquer que seja ele, desde que investido. O foro privilegiado foi uma escolha do constituinte – e optamos aqui por não entrar no mérito desta opção – por entender que o desempenho de determinadas funções públicas deveria ser amparado pelo elenco de foros privilegiados.

O fato é que, apesar de não ter relação direta com o juiz natural, esse tema já foi objeto de controvérsias jurídicas, em especial no âmbito da improbidade administrativa.

Em 2002, foi promulgada a Lei n.º 10.628, que incluiu no artigo 84, §2º, do Código de Processo Penal, a previsão de extensão do foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa. Em 2005, tal norma foi declarada inconstitucional na ADI 2797, em que se decidiu que a ampliação de competência previstas na Constituição Federal não poderia ser feita por meio de lei ordinária.⁴¹⁶ Esse mesmo entendimento foi consagrado na

⁴¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *In: O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 29.

⁴¹⁶ “ (...) *Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera*

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que tem prevalecido a orientação de que não há foro privilegiado na ação de improbidade administrativa.⁴¹⁷ Não obstante, em alguns precedentes, tem-se chegado ao que seria uma orientação intermediária, em que se afirma a inexistência de foro privilegiado para os agentes políticos, mas somente podem ser aplicadas as sanções de repercussão patrimonial, com vedação à suspensão de direitos políticos e perda do cargo.⁴¹⁸ Não fica claro, em tais casos, se a orientação implica divisão de competências para processamento da ação de improbidade (sem foro privilegiado, para a aplicação de sanções patrimoniais e com foro privilegiado para as sanções mais graves) ou se teria se decidido por uma impossibilidade prática de aplicação aos agentes políticos das sanções de suspensão de direitos políticos e perda do cargo nas ações de improbidade, diante da ausência de previsão constitucional de foro por prerrogativa de função.

explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.” (ADI 2797, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15/09/2005).

⁴¹⁷ “Processo civil. Competência. Ação de improbidade administrativa. A ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. Reclamação improcedente.” (Rcl 12.514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. 13/03/2014).

⁴¹⁸ A orientação consta da publicação *Jurisprudência em Teses*, na edição n. 40, Improbidade Administrativa II: “3) A ação de improbidade administrativa proposta contra agente político que tenha foro por prerrogativa de função é processada e julgada pelo juiz de primeiro grau, limitada à imposição de penalidades patrimoniais e vedada a aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda do cargo do réu.” Veja-se ainda o seguinte precedente: “2. Esta Corte Superior admite a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente. Precedentes.” (REsp 1282046/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 16/02/2012).

Como se observa, o tema não está, ainda, definido na jurisprudência. Há julgados no Supremo Tribunal Federal⁴¹⁹ e no Superior Tribunal de Justiça⁴²⁰ em que se reconheceu competência constitucional implícita que se estenderia às ações de improbidade.⁴²¹

Sob o prisma do sistema constitucional, é paradoxal que haja diferenças de foro por prerrogativa de função em relação às ações penais e às ações punitivas não penais. Diante do escopo punitivo do processo e da desigualdade estruturante da relação jurídica processual que também se estabelece nos processos judiciais punitivos não penais, parece lógico que os mesmos fundamentos que justificam – ou não justificam – a instituição de foro privilegiado

⁴¹⁹ “*Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais.*” (Pet 3211 QO, Rel.: Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. 13/03/2008).

⁴²⁰ “*Constitucional. Competência. Ação de improbidade contra governador de estado. Duplo regime sancionatório dos agentes políticos: Legitimidade. Foro por prerrogativa de função: reconhecimento. Usurpação de competência do STJ. Procedência parcial da reclamação. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. 2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros” (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, ‘seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência’ (voto do Min. Cezar Peluso). 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente, em parte.*” (Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. 02/12/2009).

⁴²¹ Eduardo Cambi entende que não deve haver foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, pela impossibilidade de ampliação de competência constitucional por lei ordinária e pela impossibilidade de extrair essa interpretação implícita da Constituição Federal (CAMBI, Eduardo; BATISTA, Morena Gabriela C. S. P. Foro por prerrogativa de função nas ações civis públicas por improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 233, jul. 2014, 215-220). Já para Gilmar Mendes, é difícil, senão impossível, que autoridades que gozam de foro privilegiado nos crimes comuns e de responsabilidade possam perder o cargo ou ter seus direitos políticos suspensos por sentença proferida por juiz de primeiro grau. Para ele, a hipótese é de extensão ou ampliação de competência implícita no sistema constitucional [Competência para julgar improbidade administrativa. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Silvia (Coord.). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 196-197].

para as ações penais justifiquem também – ou não justifiquem – a sua existência nos processos judiciais punitivos não penais. A ideia é que haja simetria na opção política, por uma questão de racionalidade constitucional. Não se entra, todavia, no mérito político sobre se o foro privilegiado é ou não desejável e em que medida – isto é, se o melhor seria estendê-lo para as ações de improbidade ou excluí-lo inclusive para as ações penais – pois este tema está além do objeto do presente trabalho.

Em síntese e, no que toca ao tema deste item, a previsão de foro privilegiado para os processos punitivos não penais é uma questão de interpretação constitucional – em relação ao texto atual – ou uma questão política – em relação à eventual proposta de emenda constitucional. Mas não se trata de um desdobramento que possa ser inferido da garantia constitucional do juiz natural.⁴²²

Por fim, há ainda uma última questão a ser tratada sob a ótica da garantia do juiz natural nos processos judiciais punitivos não penais.

Em relação ao marco definidor da norma competência, viu-se que há diferenças no campo processual penal e processual civil.

Diante da inespecificidade da regra constitucional, faz-se necessário recorrer ao devido processo legal, enquanto princípio, para se buscar a interpretação que lhe assegure, nesta conjuntura, realização na maior medida possível.

O marco do Direito Processual Civil – a data de início da ação – é certamente menos garantista, na medida em que permite que, no interregno entre a prática do fato e o início da ação, possa haver manipulação de normas de competência. Além disso, a garantia do juiz natural, em sua essência, deve traduzir a garantia de se saber o juiz competente para o julgamento, no momento do cometimento do fato. Por isso, as razões que justificam a adoção do marco da data de ocorrência do fato, no processo penal, também justificam a sua adoção no âmbito dos processos judiciais punitivos não penais.

Em que pese a existência de regulamentação legal e geral no Código de Processo Civil, o termo inicial da predeterminação da competência, nos processos judiciais punitivos

⁴²² A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou, em novembro de 2017, o prosseguimento da proposta de emenda constitucional PEC 333/17, que altera os artigos 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos crimes comuns, e revoga o inciso X do artigo 29 e o § 1º do artigo 53 da Constituição Federal. Há outras 12 propostas de emenda constitucional apensadas, sobre o tema.

não penais, deve ser a data da prática do fato imputado, tal como no processo penal, com fundamento nas garantias do juiz natural e do devido processo legal.

IV.4. Contraditório, ampla defesa e demais garantias

O contraditório e a ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, são princípios fundamentais assegurados a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo. Ainda que não tivessem previsão específica em norma constitucional, tais princípios são pilares fundamentais sob os quais se assenta o devido processo legal.

No plano internacional, tais princípios são absolutamente indispensáveis à ideia de processo equitativo, referida no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴²³ e também no artigo 8º da Convenção Americana de Direito Humanos.⁴²⁴

Para que se tenha dimensão do âmbito de incidência do contraditório e da ampla defesa, pode-se afirmar que tais garantias são fundamentais para legitimação de todo e qualquer ato de poder, dentro e fora do ambiente jurisdicional.⁴²⁵

Na esfera jurisdicional – que é o âmbito da análise deste trabalho – os princípios do contraditório e da ampla defesa são, sob o prisma político, fator de legitimação da decisão proferida por meio da participação; sob o prisma jurídico, requisitos fundamentais para o

⁴²³ “(...) 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; (...) e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

⁴²⁴ “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2.. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;”

⁴²⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157. Seu alcance abrange processos administrativos e processos desenvolvidos em sede privada, tais como em associações, partidos políticos, clubes esportivos, condomínios edilícios etc. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Perspectivas atuais da teoria geral do processo*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão Carneiro; CALMON FILHO, Petrônio. (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1, p. 73).

desenvolvimento da atividade cognitiva e para a formação do convencimento do magistrado; sob o prisma social, elementos essenciais à pacificação dos conflitos, em expressão do princípio democrático.⁴²⁶

Além do contraditório e da ampla defesa, a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos do Homem asseguram também garantias específicas, relacionadas ao exercício do direito de defesa: o direito ao tradutor ou intérprete⁴²⁷, o direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação,⁴²⁸ o direito à autodefesa, à defesa técnica e à comunicação com o defensor e sua escolha⁴²⁹, o direito à assistência judiciária, na forma da lei e o direito de não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado e o direito ao silêncio.⁴³⁰

Para fins didáticos, serão examinados, em tópicos separados: (i) os princípios do contraditório e da ampla defesa; (ii) as garantias específicas atreladas ao direito de defesa e (iii) o direito ao silêncio e o direito de não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado. Na sequência, serão analisados os desdobramentos de tais garantias nos processos judiciais punitivos não penais.

⁴²⁶ GALGANO, Francesco. *Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione*. Contratto e impresa, ano 2000, v. 16, f. 3, p. 1084. Na doutrina nacional: DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 78.

⁴²⁷ “2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;”

⁴²⁸ “2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;”

⁴²⁹ “2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; (...)”

⁴³⁰ Convenção Americana dos Direitos do Homem: “2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”

Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; e LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

IV.4.1. Princípios do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório tem origem na antiguidade grega enquanto princípio de direito natural inerente ao processo judicial. O juiz somente poderia decidir um pedido depois de notificar o requerido e de lhe dar a oportunidade de se manifestar. Nesse modelo, como descreve Leonardo Greco, tratava-se de um contraditório como base para apuração da verdade.⁴³¹

Na idade média, no século XII, a ideia de contraditório desenvolveu-se e deixou de ser mera ciência inicial para tornar-se um método contínuo e preparatório de todas as decisões no processo e instrumento para a investigação dialética da verdade provável.⁴³² O juiz passou a ter, então, o dever de velar pela paridade de armas.⁴³³

A trilha evolutiva veio a ser interrompida no século XVI, com o crescimento do absolutismo monárquico, que reduziu o contraditório à mera audiência bilateral. Na segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, o positivismo jurídico reduziu ainda mais o conteúdo do contraditório, desclassificando-o para uma regra técnica⁴³⁴ a que o órgão jurisdicional tinha a função passiva de observar.⁴³⁵ Na Alemanha nazista, como ressalta Nicola Picardi, chegou a haver proposta de eliminação do contraditório.⁴³⁶

A concepção clássica de contraditório somente volta a renascer no segundo pós-guerra, com a reconstrução do Estado de Direito e o desenvolvimento da teoria da eficácia concreta dos direitos fundamentais, entre eles o amplo acesso à justiça.⁴³⁷ Segundo Nicola Picardi, houve, a partir deste momento, um redirecionamento do interesse do jurista pelo

⁴³¹ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 541-542.

⁴³² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Artigo disponível em: <www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso em: 17.08.2015, p. 2.

⁴³³ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 542.

⁴³⁴ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 543.

⁴³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso em: 17.08.2015, p. 3.

⁴³⁶ Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 1998, p. 677.

⁴³⁷ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 543.

mecanismo de formação do juízo e, antes de tudo, pelo contraditório e pela colaboração das partes na descoberta da verdade.⁴³⁸

Recuperou-se, então, o reconhecimento da importância do diálogo judicial na formação da convicção, a partir da colaboração e cooperação das partes com o órgão julgador.⁴³⁹ Assim, as Constituições produzidas já na segunda metade do século XX, entre elas a Constituição brasileira de 1988, passaram a prever o contraditório e a ampla defesa como garantias fundamentais (artigo 5º, inciso LV). Esse foi, segundo Leonardo Greco, o grande salto de nosso tempo, que culminou na ideia de *contraditório participativo*.⁴⁴⁰ O juiz passa a integrar o contraditório e as partes passam a ter o direito de influenciar eficazmente as decisões judiciais, objetivo absolutamente fundamental do contraditório, na visão de Ada Pellegrini Grinover.⁴⁴¹

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, o termo *contraditório* não aparece, de forma literal, mas seu conteúdo enquanto garantia decorre inexoravelmente do direito de ser ouvido e, claro, do direito à ampla defesa.⁴⁴²

O conteúdo da garantia do contraditório participativo, para Leonardo Greco envolve: (i) audiência bilateral (notificação do ajuizamento da demanda, pois, via de regra, o contraditório deve ser prévio e *a posteriori* apenas excepcionalmente, sendo insuficiente a mera possibilidade de insurgência recursal); (ii) conjunto de prerrogativas resumidas sob o título de ampla defesa (direito a alegações e à produção de provas); (iii) flexibilidade de prazos (possibilidade de dosar prazos de acordo com as necessidades defensivas da parte); (iv) igualdade concreta (o juiz deve atuar de forma ativa para suprir eventuais deficiências, especialmente nas relações jurídicas desiguais, como trabalho e consumo, com intervenção assistencial).⁴⁴³

⁴³⁸ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 1998, p. 680.

⁴³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso em: 17.08.2015, p. 4.

⁴⁴⁰ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 544.

⁴⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 19.

⁴⁴² A ideia de contraditório e ampla defesa como diálogo no processo penal é desenvolvida por Eugenio Pacelli (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 96).

⁴⁴³ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 547-551.

Além de ter se tornado tema central no plano do direito processual, percebe-se que houve, também, uma evolução conceitual para se chegasse à dimensão que atualmente se confere ao princípio do contraditório.

Nota-se um deslocamento de perspectiva: o contraditório deixou de ser visto apenas sob a ótica das partes (binômio informação-reação)⁴⁴⁴ e passou a envolver a figura do juiz.⁴⁴⁵ Esse novo modelo tem origem na influência do chamado princípio da cooperação, que, apesar de ter sido positivado no âmbito processual civil apenas com o advento do novo Código de Processo Civil, era assinalado por Barbosa Moreira em 1988 como *vanguarda*, capaz de resolver em *acorde harmonioso*, a tradicional contraposição entre os modelos “dispositivo” e “inquisitivo”.⁴⁴⁶

Esse novo enfoque, como observou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tem a ver com a inserção do processo no contexto da pós-modernidade, em que a ideia de cooperação expressa-se na figura de um juiz ativo, ao centro da controvérsia e ao menos tempo não autoritário, na medida em que houve também fortalecimento dos poderes das partes e crescimento de sua participação no processo de formação da decisão.⁴⁴⁷

A consagração do princípio da cooperação no processo, entretanto, não deve ser vista de forma romantizada, como se fosse capaz de retirar as partes de sua natural posição adversarial. Como bem enfatiza Daniel Mitidiero, não há como se cogitar de colaboração

⁴⁴⁴ Sobre o tema, Antonio do Passo Cabral é bastante crítico à conceituação clássica da doutrina italiana: “*Muito embora o acerto conceitual das idéias até aqui expostas, a abrangência do princípio limitada às partes interessadas e confinada aos domínios da garantia de ciência-reação denota uma visão individualista do processo. A doutrina italiana, por exemplo, a reboque da definição do art. 101 do Codice di Procedura Civile, adota majoritariamente concepção do contraditório ligada aos efeitos que a decisão venha a produzir, vinculando seu exercício a um potencial prejuízo que a parte possa sofrer com ela. Carnelutti afirma que a direção oposta dos interesses dos litigantes justifica o contraditório e Calamandrei propagou o formato bilateral e egoísta do ‘processo como jogo’*” (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de processo, v. 126, ago-2005, p. 59-81).

⁴⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 22. Mais recentemente: DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46.

⁴⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a “participação do juiz” no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 394.

⁴⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 17.08.2015, p. 8.

entre as partes; a colaboração é apenas do juiz para com as partes.⁴⁴⁸ A principal mudança de perspectiva está, portanto, no papel do juiz em relação às partes, que também passa a ter deveres. Entre tais deveres, está o dever de *consulta*, variante do dever de esclarecimento do qual se extrai a *vedação da prolação de decisões surpresa*, atualmente positivada nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil.⁴⁴⁹ O termo *consulta*, no entanto, deve ser entendido no sentido de possibilidade de debate e não na perspectiva de um juiz passivo que busca autorização das partes para decidir de determinada maneira.⁴⁵⁰

A nova dimensão do contraditório, notadamente na perspectiva da inserção do juiz no contraditório, do dever de consulta e da vedação às decisões surpresa, tanto em relação às questões de fato como em relação às questões de direito, aplica-se também ao processo penal, como destaca Gustavo Henrique Badaró.⁴⁵¹

Em que pesem os inegáveis benefícios da positivação, de forma expressa, da vedação à prolação de decisões surpresa no Código de Processo Civil, a verdade é que, esta dimensão do contraditório tem base constitucional.⁴⁵² Trata-se, na expressão de Douglas Fischer, de um *standard* de interpretação.⁴⁵³ De fato, o modelo constitucional do direito

⁴⁴⁸ MITIDIÉRO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Advogado*, n. 126, 2015, p. 49.

⁴⁴⁹ “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

⁴⁵⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 129.

⁴⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 54-57.

⁴⁵² A regra do artigo 10 do novo Código de Processo Civil não é uma inovação de norma jurídica, mas apenas de texto normativo. (DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36).

⁴⁵³ FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação: influências principiológicas da Constituição e do Novo CPC no processo penal. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; CRUZ, Rogério Schiatti. *Repercussões do novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, processo penal, p. 49.

processual⁴⁵⁴ impõe que o contraditório seja interpretado a partir da Constituição Federal⁴⁵⁵, à luz da cláusula do devido processo legal.⁴⁵⁶ Com isso, é inegável que a decisão proferida com base em fundamento fático ou jurídico que não tenha sido objeto de prévio debate entre as partes viola a garantia do contraditório, no processo civil ou no processo penal, ainda que não haja norma infraconstitucional expressa.⁴⁵⁷

Contraditório e ampla defesa são princípios irremediavelmente conectados, mas não são expressões sinônimas. Como afirmava Ada Pellegrini Grinover, do contraditório nasce o exercício da defesa; mas é a defesa – enquanto poder correlato ao de ação – que garante o contraditório.⁴⁵⁸

No âmbito do processo penal, Gustavo Henrique Badaró afirma que a ampla defesa divide-se em: (i) direito de presença, relacionado ao comparecimento às audiências, o que pode vir a contribuir para o esclarecimentos dos fatos; (ii) direito de audiência, enquanto direito de ser ouvido em juízo, se assim desejar o acusado, pois é também seu direito permanecer calado e não ser obrigado a depor contra si, nem declarar-se culpado (artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e item 2, “g”, da Convenção Americana) e ainda (iii) direito de postular pessoalmente, sem a presença necessária de um advogado, por meio de *habeas corpus* ou revisão criminal.⁴⁵⁹

A possibilidade de exercício da autodefesa não exclui a defesa técnica, feita por advogado, que no processo penal é indisponível e tem fundamento no princípio da paridade

⁴⁵⁴ “A análise do nosso ‘modelo constitucional’ revela que todos os ‘temas fundamentais do direito processual civil’ só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma ‘teoria geral do direito processual civil’ que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais.” JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 159.

⁴⁵⁵ Especificamente sobre a necessidade de interpretação da norma processual sobre o contraditório, à luz da Constituição: LIEBMAN, Enrico Tullio. Il principio del contraddittorio e la Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, n. 2, p. 129.

⁴⁵⁶ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

⁴⁵⁷ MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de processo*, ano 39, v. 233, jul. 2014, p. 58-59.

⁴⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 4.

⁴⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58-59.

de armas (o acusado deve ter condições equivalentes às da acusação para exercer sua defesa, o que impõe a representação por quem detenha conhecimento técnico-jurídico).⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹

Diferentemente do âmbito processual civil, no processo penal não basta que a ampla defesa seja uma *oportunidade*, no sentido de ônus⁴⁶², em que se o réu não apresentar defesa, o processo segue com decretação da revelia e incidência de seus efeitos. A defesa é imprescindível e deve ser efetiva (artigo 261 do Código de Processo Penal), de tal modo que decorrido o prazo legal sem defesa, o juiz deve nomear um defensor para o acusado (artigo 396-A, do Código de Processo Penal), sob pena de nulidade.

Ada Pellegrini Grinover fez interessante escalonamento da garantia da defesa em vários tipos de processos:

“Partindo do processo civil plenamente dispositivo, em que talvez se possa dizer que o contraditório, em seu segundo momento, se satisfaz com a mera possibilidade de reação; passando pelo processo civil indisponível, onde a falta de participação há de ser suprida de alguma maneira, e onde se lança mão de institutos como a intervenção necessária do MP e do curador para o réu revel citado por editais, ou por hora certa; transitando pelo processo trabalhista, onde a inferioridade econômica do trabalhador, numa estrutura capitalista, cria novos hábitos assistenciais no juiz, chega-se finalmente ao processo penal, com seu máximo publicista e seu mínimo de liberdade, é igualmente impossível aplicar pena, pela omissão da defesa”⁴⁶³

A indisponibilidade da defesa e sua viabilização como autodefesa e como defesa-técnica no processo penal, são, como bem enfatiza Clarissa Diniz Guedes, indispensáveis ao reequilíbrio da relação processual penal.⁴⁶⁴

Além disso, a deficiência da defesa apresentada também pode ensejar nulidade, notadamente se for demonstrada a ocorrência de prejuízo para o acusado. Na prática, porém,

⁴⁶⁰ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 68-69. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 234.

⁴⁶¹ Nos processos administrativos disciplinares, no entanto, vige a orientação da Súmula Vinculante n.º 5 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *a falta de defesa técnica em processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*.

⁴⁶² DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 257.

⁴⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo*. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 12.

⁴⁶⁴ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 30.

tal prejuízo é de difícil comprovação. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende-se que a condenação não evidencia, por si, o prejuízo, devendo ser demonstrado o nexo causal entre a deficiência da defesa e a condenação.⁴⁶⁵

A garantia da ampla defesa desdobra-se ainda no direito à prova, legalmente produzida ou obtida⁴⁶⁶, que será tratado em tópico específico.

IV.4.2. *Garantias específicas*

O contraditório e a ampla defesa desdobram-se também em outras garantias na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O direito ao intérprete e ao tradutor deve ser assegurado de forma gratuita ao acusado que não compreenda ou não possa falar o idioma do juízo ou do tribunal. Não há devido processo se o acusado não tem meios para compreender nem mesmo a acusação que lhe é dirigida; trata-se de um corolário lógico do princípio da ampla defesa. Não basta apenas que o advogado do acusado compreenda e fale a língua do juízo, é preciso dar ao próprio acusado meios para compreender o processo.

No caso *Öztürk v. Alemanha*, referido no capítulo III, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu a violação a essa garantia por ter o acusado sido condenado, em processo administrativo sancionador, ao pagamento dos honorários do intérprete. Em paralelo, no caso *Brožicek v. Italy*, a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou a Itália por ter encaminhado ao acusado documentos em italiano, embora o próprio acusado tenha indicado a possibilidade de comunicação em inglês ou francês.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ “(..) Por força da Súmula 523/STF, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”, sendo que referido gravame não decorre simplesmente da ocorrência de um juízo condenatório. Indispensável que o interessado ao menos sinalize nexo causal mínimo entre a irregularidade articulada e o resultado processual desfavorável, sob pena de adoção de exacerbadismo que não se conforma com o postulado *pas de nullité sans grief*, cristalizado no art. 563, CPP. 4. Agravo regimental desprovido.” (RHC 133530 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, j. 02/09/2016).

⁴⁶⁶ SAAD, Marta. *Reconhecimento do exercício do direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

⁴⁶⁷ A norma correlata da Convenção Europeia tem o seguinte teor: “3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a garantia, decidiu que o acusado não teria direito à tradução da denúncia para língua que compreenda, bastando que haja assistência em juízo feita por um intérprete.⁴⁶⁸ Como observa Danyelle da Silva Galvão, deve-se no mínimo assegurar que a denúncia seja traduzida para uma língua que o acusado compreenda, para que não haja dúvida que lhe foi dada *ciência prévia e pormenorizada da acusação*, que é outra garantia específica da Convenção Americana.⁴⁶⁹

O direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação pressupõe que o acusado tenha a possibilidade de ter acesso ao teor da acusação em tempo hábil para preparação da defesa e para poder reunir e apresentar as provas.⁴⁷⁰ Para Perelló Demenech, há três elementos nessa garantia: (i) subjetivo, relativo a quem deve informar e quem deve ser informado sobre o conteúdo da acusação; (ii) objetivo, quanto ao conteúdo da informação e ao grau de detalhamento e (iii) temporal, relativo ao momento em que a comunicação deve ser feita.⁴⁷¹ Essa garantia deve ser assegurada desde o momento em que, em procedimento de investigação, sejam reunidos elementos de prova⁴⁷² e não apenas após o início da ação penal.

No caso *Castillo Petruzzi c. Peru*⁴⁷³, a Corte Interamericana reconheceu a violação a essa garantia, uma vez que os advogados dos acusados não tiveram acesso prévio

a preparação da sua defesa. e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

⁴⁶⁸ “(...) 2. Não há, sequer no Código de Processo Penal, quanto na Declaração Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – ratificado pelo Brasil pelo Decreto n.º 678/92 –, determinação para que se traduza a denúncia oferecida contra réu de nacionalidade estrangeira para a sua língua. Da combinação do art. 193 do Código de Processo Penal com o art. 8.º, item 2, a, b e c do Pacto de São José da Costa Rica, tem-se que se exige, somente, a assistência do acusado em juízo por intérprete, o que por si só se mostra suficiente para a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada e para que este tenha o tempo e os meios adequados para a preparação de sua defesa. Não há, portanto, teratologia no acórdão que não reconheceu o direito líquido e certo do recorrente. 3. Recurso desprovido.” (RMS 19.892/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 04/12/2009).

⁴⁶⁹ É necessário traduzir documentos dos autos para a compreensão do acusado? Artigo disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/e-necessario-traduzir-documentos-dos-autos-para-a-compreensao-do-acusado/>. Acesso em 15.09.2017.

⁴⁷⁰ REMOTTI CARBONEL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho. 2004, p. 341.

⁴⁷¹ DEMENECH, Perelló. El derecho a ser informado de la acusación, In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coords.). *La Europa de los Derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 481.

⁴⁷² Confirma-se o teor da Súmula Vinculante 14, STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

⁴⁷³ O caso tratava do julgamento de quatro cidadãos chilenos processados no Peru, por um tribunal militar sem rosto, pelo crime de traição à pátria. Os quatro acusados foram condenados à pena de prisão perpétua.

aos autos, a despeito dos diversos requerimentos apresentados. Na realidade, os patronos somente puderam tomar ciência do teor da acusação já no curso do processo, por cerca de uma hora, e mesmo assim conjuntamente. Além disso, os advogados tiveram que apresentar defesa técnica no mesmo dia em que tiveram acesso aos autos, o que definitivamente não é prazo hábil para o estudo do caso, definição e execução adequada da estratégia de defesa.

Ademais, a sentença foi proferida no dia seguinte à data em que a defesa foi apresentada, em evidência de que as teses defensivas não foram devidamente consideradas na decisão. Não houve, portanto, tempo razoável entre o conhecimento da imputação e das provas e a apresentação da defesa. Este caso é exemplo de como a excessiva sumariedade do procedimento pode comprometer o pleno exercício do direito de defesa.⁴⁷⁴

Tais circunstâncias reduziram a defesa à mera formalidade, resumida à presença nominal dos defensores no curso do processo⁴⁷⁵, o que não atende às garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos.⁴⁷⁶

O direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação não se limita ao início do processo e deve ser renovado se houver alteração da qualificação jurídica do delito pela acusação. No caso *Fermín Ramírez c. Guatemala*⁴⁷⁷, a Corte Interamericana reconheceu a violação à garantia em razão da alteração dos fatos e da qualificação jurídica original da

⁴⁷⁴ Sobre esse aspecto: RESCIA. Víctor Manuel Rodríguez. *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>. Acesso em 30.11.2015.

⁴⁷⁵ REMOTTI CARBONEL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho. 2004, p. 340-341.

⁴⁷⁶ A decisão final foi pela invalidade do processo por violação aos artigos 8.2.b e 8.2.c da Convenção (dentre outras tantas) e determinação para que seja garantido aos réus um novo juízo, com observância do devido processo legal; alteração das normas de direito interno que violam a Convenção; condenação ao pagamento de quantia aos familiares (10 mil dólares).

⁴⁷⁷ Neste caso, o acusado foi preso preventivamente pelos delitos de homicídio e estupro qualificado; o órgão de acusação fez a denúncia por violação estupro qualificado. Durante o processo, as provas periciais indicaram que o caso não era de estupro seguido de morte, mas de homicídio seguido de violação. O Tribunal, de ofício, indicou, genericamente, a possibilidade de alteração da qualificação jurídica dos fatos e, ato contínuo, em alegações finais orais, a acusação alterou o pedido e requereu a condenação do réu pelo crime de homicídio com agravante de periculosidade do agente e requereu a imposição da pena de morte, sem nova oportunidade de defesa. Na sentença, o Tribunal aplicou dispositivo equivalente ao artigo 383 do nosso Código de Processo Penal e condenou o réu pelo crime de homicídio com agravante de periculosidade e impôs a pena de morte. Todos os recursos posteriores foram improvidos até que a execução da pena veio a ser suspensa por decisão cautelar da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

denúncia, com imposição de pena mais grave (no caso, pena de morte), sem que fosse dada ao acusado nova oportunidade de se defender.⁴⁷⁸

Em paralelo, a Convenção Americana assegura a possibilidade de comunicação privada com defensor de sua escolha, direito que tem relevância destacada nos casos que envolvem prisões cautelares, em que a privação da liberdade do acusado não deve impedir a realização de entrevista com o defensor escolhido. Nesse aspecto, o conteúdo da Convenção Americana é superior ao da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁷⁹, por garantir, expressamente, o direito de entrevista⁴⁸⁰, além de propiciar ao acusado assistência judiciária de forma mais objetiva (sempre que houver insuficiência econômica).

A possibilidade de entrevista privada com o defensor é, de fato, fundamental para a definição da estratégia de defesa. No caso *Castillo Petruzzi c. Peru*, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a violação a essa garantia, uma vez que os advogados somente puderam conversar com os acusados no dia do interrogatório, por tempo restrito, na presença de militares que ouviam tudo.

A Convenção Americana assegura também ao acusado o direito de escolher seu defensor, por se tratar de uma relação de confiança. Mesmo quando o defensor é dativo, o acusado pode substituí-lo por outro de sua preferência.⁴⁸¹

A Constituição da República e a Convenção Americana asseguram também o direito à assistência jurídica gratuita para o acusado.⁴⁸² Tal garantia tem por objetivo evitar que a falta de recursos interfira ainda mais no desequilíbrio da relação jurídica processual, o

⁴⁷⁸ Na Espanha, esta exigência também se aplica aos processos administrativos sancionadores. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 108-110).

⁴⁷⁹ “Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;”

⁴⁸⁰ Segundo Irineu Cabral Barreto, embora não haja previsão expressa na Convenção Europeia, o direito de entrevista com o defensor é imprescindível entre os meios adequados de defesa. (BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 157).

⁴⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 297.

⁴⁸² Convenção Americana dos Direitos do Homem: “2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”

Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXIV – “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

que ocorreria se não houvesse apresentação de defesa técnica por impossibilidade financeira de contratação de um advogado. Para dar concretude à garantia, como ressalta Aury Lopes Jr., o Estado tem o dever de instituir um sistema de defesa tão bem estruturado quanto o Ministério Público.⁴⁸³ A Defensoria Pública é a instituição que representa o potencial de concretização desta garantia, mas os desafios a sua efetivação ainda são grandes.

IV.4.3. Direito ao silêncio e direito a não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado

Ainda no âmbito da garantia da ampla defesa, é importante tratar do direito ao silêncio e do direito a não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado, previstos no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e no artigo 8º, item 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, nossa versão do *privilege against self-incrimination* do Direito anglo-americano, traduzida para o português como direito à não autoincriminação.⁴⁸⁴

O direito ao silêncio está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e o direito de não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado tem assento na Convenção Americana, artigo 8º, item 2, g.⁴⁸⁵⁻⁴⁸⁶ Tais direitos estão atrelados à liberdade de declaração (direito de ser ouvido, em uma mão, e direito de permanecer em silêncio, em outra)⁴⁸⁷, que não pode ser posta em perigo pela conversão do acusado em meio de prova contra si mesmo.⁴⁸⁸ A Convenção Europeia de Direitos do Homem não prevê, de

⁴⁸³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 235.

⁴⁸⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 383.

⁴⁸⁵ “g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;”

⁴⁸⁶ Há previsão equivalente no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “Art. 14. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.”

⁴⁸⁷ TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. (Comp.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 30.

⁴⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121.

maneira expressa, esse direito, embora a Corte Europeia extraia da noção de processo equitativo o direito ao silêncio e o direito de não contribuir à própria incriminação.⁴⁸⁹

À vista de tal garantia, o acusado não tem um dever de colaboração⁴⁹⁰, não tem nem mesmo um dever de verdade⁴⁹¹ e tampouco é lícito induzi-lo ou coagi-lo a contribuir com meios de prova contra sua defesa. Essa afirmação vale para o Ministério Público, na condução de procedimentos preliminares de investigação⁴⁹² e para o juízo⁴⁹³, que deve zelar pela garantia. Essa é uma das diferenças sensíveis entre o processo penal e o processo civil, que ficou evidente após o Código de Processo Civil de 2015, com a previsão expressa do princípio da cooperação, no artigo 6º.⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ CHIAVARIO, Mario, Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (org.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 198.

⁴⁹⁰ Também nesse sentido: FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação: influências principiológica da Constituição e do Novo CPC no processo penal. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, processo penal, p. 58.

⁴⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121.

⁴⁹² Veja-se o precedente do Supremo Tribunal Federal em relação ao processo penal: “O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova ex propria auctoritate, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (nemo tenetur se detegere), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei 8.906/1994, art. 7º, v.g.).” [HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20-10-2009, 2ª T].

⁴⁹³ No processo penal, veja-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: “Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. (...) Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular reperguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares.” [HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2ª T].

⁴⁹⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 126.

A ausência de dever de verdade em relação aos fatos que lhe são imputados⁴⁹⁵ não se traduz, todavia, em direito de mentir.⁴⁹⁶ Em muitos casos, a declaração que falta com a verdade é irrelevante juridicamente, mas há situações em que a mentira pode configurar conduta típica de outros crimes (p. ex., em caso de autoacusação falsa).⁴⁹⁷

O direito ao silêncio também confere ao acusado o direito de a sua abstenção não ser valorada de qualquer forma em seu desfavor.⁴⁹⁸ O exercício do direito ao silêncio ou mesmo a apresentação de versão inverossímil dos fatos em depoimento judicial não pode ser usada pelo juízo como elemento a ser considerado na dosimetria das sanções.⁴⁹⁹ Em se tratando de um direito, o seu exercício não pode acarretar prejuízo ao acusado no processo.⁵⁰⁰

Em relação ao direito ao silêncio, uma das questões mais complexas é a definição de sua compreensão e alcance⁵⁰¹, notadamente em relação a ingerências corporais (p. ex., exames de sangue, alcoolemia, fornecimento de padrões gráficos e de voz). No Brasil, tem-

⁴⁹⁵ A ausência de dever de verdade não é geral e não exige o acusado, por exemplo, do dever de indicar corretamente os dados de sua qualificação (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 450).

⁴⁹⁶ Para Lucía Alarcón Sotomayor, há sim um direito de mentir, decorrente da ausência do dever de verdade. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 193-196).

⁴⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 446.

⁴⁹⁸ Para Eugênio Pacelli, a idoneidade probatória da valoração do silêncio do acusado para fins de construção da certeza judicial é de uma “*pobreza franciscana*”. (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386).

⁴⁹⁹ No processo penal, confira-se a orientação do Supremo Tribunal Federal: “*A fixação da pena acima do mínimo legal exige fundamentação adequada, baseada em circunstâncias que, em tese, se enquadrem entre aquelas a ponderar, na forma prevista no art. 59 do CP, não se incluindo, entre elas, o fato de haver o acusado negado falsamente o crime, em virtude do princípio constitucional – nemo tenetur se detegere.*” [HC 68.742, rel. p/ o ac. min. Ilmar Galvão, j. 28-6-1991, P, DJ de 2-4-1993 e HC 96.190, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010 – grifos não originais].

⁵⁰⁰ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 169.

⁵⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 127.

se dado interpretação até bastante ampla ao direito à não autoincriminação⁵⁰², mais ampla do que se observa, por exemplo, na Alemanha⁵⁰³ e na Inglaterra⁵⁰⁴.

IV.4.4. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

⁵⁰² “A garantia constitucional do ‘due process of law’ abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito à prova; (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de perseguição penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre perseguição penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes (...)” (HC 99289, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23/06/2009).

⁵⁰³ O Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Federal têm admitido, por exemplo, a submissão obrigatória a exames, inclusive sangue, o fornecimento de impressões digitais, o uso de artifícios para forçar uma posição da cabeça, manter uma determinada expressão etc. (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. p. 130).

⁵⁰⁴ Na década de 90, houve limitação ao direito ao silêncio para permitir que juízes e jurados considerem como prova de culpa a ausência de resposta do indiciado à polícia e a recusa do acusado de falar durante o julgamento, o que foi considerado um retrocesso e um retorno ao modelo inquisitivo (O'REILLY, Gregory. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, 1994, p. 402-452).

Feito esse panorama geral, passa-se à análise dos desdobramentos das garantias do contraditório, da ampla defesa e garantias correlatas nos processos judiciais punitivos não penais.

Para tanto, é importante ter presente, já de saída, que o contraditório e a ampla defesa são *princípios* e, nesta conformação, podem ser realizados em diversos graus.

A propósito, Clarissa Diniz Guedes afirma que, diante do desequilíbrio estrutural que há entre as partes nas hipóteses em que o investigado ou acusado é equiparado à condição de objeto de prova, o processo penal representa o setor jurisdicional em que o princípio do contraditório resulta mais imprescindível e, ao mesmo tempo, revela-se de mais difícil aplicação.⁵⁰⁵ Nos processos judiciais punitivos não penais, como se tratou, essa desigualdade também é marcante e evidencia a necessidade de se adotar um patamar mais adensado em relação às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Em linha geral, é importante que se afirme que, no curso do processo, aplica-se aos processos judiciais punitivos não penais a ideia de contraditório participativo, que compreende a figura do juiz e lhe impõe o dever de esclarecimento e de consulta, com vedação à prolação de decisões surpresa. Essa dimensão impede o magistrado de proferir decisão, em desfavor da parte, em matéria de fato ou de direito, sem que haja prévia manifestação, o que vale para o autor e para a defesa.

Em relação às garantias específicas, tratadas no item IV.3.2 acima, tem-se que o fato de ter sido empregada a expressão *acusado* não afasta sua incidência em processos judiciais punitivos não penais, em que também há exercício de pretensão punitiva estatal, imputação de ilícito, aplicação de sanção restritiva de direito e grave desequilíbrio na relação processual. Como visto no capítulo III, essa tem sido a orientação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.⁵⁰⁶

Para além destas linhas gerais, é importante trazer alguns desdobramentos mais específicos da aplicação dessas garantias nos processos judiciais punitivos não penais.

⁵⁰⁵ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 29.

⁵⁰⁶ Nesta linha, Lucía Alarcón Sotomayor defende, com amparo na orientação do Tribunal Constitucional da Espanha, a aplicação do direito a não autoincriminação nos processos administrativos sancionadores. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 184-190).

IV.4.4.1. Inquérito civil, contraditório e ampla defesa

Nos processos judiciais punitivos não penais, como visto precedentemente, há também desigualdade estrutural, caracterizada pela oposição polarizada entre Estado, de um lado, e imputado, de outro. Esta desigualdade pode ser percebida desde os procedimentos de investigação (inquérito civil ou procedimentos preliminares de apuração).

No âmbito do inquérito civil, afirma-se em visão tradicional que, por se tratar de um procedimento voltado para a colheita de elementos destinados primariamente à formação do convencimento do órgão processante, contraditório e ampla defesa não obrigatórios.⁵⁰⁷ Essa é também a posição adotada nos Tribunais Superiores.⁵⁰⁸ Entretanto, modernamente, o inquérito civil, em especial quando instaurado para a apuração de ilícitos não penais, deve ser visto como um instrumento primordial para a formação e reunião de elementos que, em conjunto, formam a justa causa para o ajuizamento da demanda punitiva.⁵⁰⁹ Nesse viés, a

⁵⁰⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 416-419. O autor reconhece, entretanto, que a importância, do ponto de vista prático, da coleta de informações juntos ao investigado. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: 1993, p. 236. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: CPC, 2004, p. 100. SILVA, José Luiz Mônaco da. *Inquérito civil*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 57.

⁵⁰⁸ “Desnecessidade de observância no inquérito civil dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. (...)” (RE 481955 ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 10/05/2011).

“(...) 5. A norma imposta pelo inciso LV, do art. 5º da Constituição da República é expressa no sentido de sua observância no processo judicial e no administrativo. Entretanto, no procedimento meramente informativo, o contraditório e a ampla defesa não são imprescindíveis, salvo se houver restrição de direitos e aplicação de sanções de qualquer natureza, o que inócorre in casu. 6. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinião actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. (Resp. 644.994/MG, Segunda Turma, DJ 21/03/2005). Precedentes desta Corte de Justiça: REsp 750591 / GO, Quinta Turma, DJe 30/06/2008; REsp 886137 / MG, Segunda Turma, DJe 25/04/2008. (...) 8. Como mero instrumento de apuração de dados, o inquérito civil, a símile do que ocorre com o inquérito policial, tem caráter inquisitório, não se aplicando, em decorrência disso, os postulados concernentes ao princípio do contraditório. (...)” (RMS 21.038/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 07/05/2009).

⁵⁰⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 85. Ainda quanto à importância do inquérito civil, veja-se: DALLARI, Adilson Abreu. *Obrigatoriedade de realização de inquérito civil*. Artigo disponível em <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/18151-18152-1-PB.htm>. Acesso em 06.01.2018.

participação do investigado é fundamental para o esclarecimento dos fatos e para a própria avaliação do órgão processante quanto à viabilidade de uma demanda punitiva.

Na perspectiva do órgão ministerial, parece-nos fundamental conhecer a posição do investigado em relação aos fatos apurados antes de ingressar com uma ação judicial, seja por oitiva, seja por manifestação escrita. É claro que há situações em que o sigilo pode ser imprescindível à apuração dos fatos e, nestes casos, a mitigação do contraditório pode ser necessária para impedir que o investigado interfira na coleta de elementos.⁵¹⁰ Entretanto, como regra geral, deve-se reconhecer a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil, ainda que em grau menor.⁵¹¹

É claro que, por ser um procedimento administrativo investigativo, o inquérito civil certamente não comporta contraditório de grau equivalente aos processos judiciais. Por se tratar de um princípio, a incidência deve ser graduada, considerando-se a sua natureza e finalidade. Não obstante, deve-se reconhecer ao investigado ao menos o direito de *ciência* da tramitação do inquérito civil e de *manifestação* quanto aos fatos, em decorrência do direito à ampla defesa.⁵¹²

É importante considerar ainda que a natureza da prova colhida no inquérito civil repercute na sua posterior *avaliação* em juízo, enquanto elemento de convencimento.⁵¹³ Os elementos reunidos em inquérito que sejam de origem pré-constituída, como a cópia de um contrato, por exemplo, podem ser valorados pelo juiz ao sentenciar, exigindo-se apenas que tenham sido submetidos a contraditório no curso do processo judicial. Já as provas de fonte pessoal, como é o caso de oitivas feitas pelo Ministério Público, devem ser repetidas no

⁵¹⁰ Nesse sentido: ARRUDA ALVIM. O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil. MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

⁵¹¹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 105-110. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 4, p. 246-249. Susana Henriques da Costa admite a possibilidade de mitigação do contraditório em procedimentos de investigação, mas afirma que essa mitigação deve ser do tamanho mínimo necessário para o exercício legítimo das investigações estatais, sem comprometimento de outros princípios constitucionais. (COSTA, Susana Henriques da. *Contraditório nas investigações*. No prelo, 2015).

⁵¹² Gustavo Henrique Badaró reconhece, no inquérito policial, a incidência do princípio da ampla defesa: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 124. Joaquim Canuto Mendes de Almeida afirmava que “a inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial.” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 214).

⁵¹³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 419. COSTA, Susana Henriques da. *Contraditório nas investigações*. No prelo, 2015.

curso do processo, em contraditório e sob o crivo de um juiz imparcial, pois não tem aptidão para sustentarem, isoladamente, uma eventual condenação.⁵¹⁴⁻⁵¹⁵

IV.4.4.2. Admissibilidade da demanda e justa causa

Passando à fase judicial dos processos judiciais punitivos não penais, verifica-se que nas ações de improbidade administrativa, assim como no procedimento criminal especial dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, há contraditório prévio antes do recebimento da inicial, que se materializa pela apresentação de uma defesa prévia.

A função dessa fase preliminar é propiciar um momento, no início do processo, de avaliação sobre a plausibilidade da demanda, de modo a impedir o indevido alongamento de demandas que não tenham sequer os requisitos de admissibilidade preenchidos, entre os quais a justa causa, enquanto demonstração da existência de elementos mínimos que atestem a sua viabilidade.⁵¹⁶ À luz do devido processo legal, a justa causa está ligada aos requisitos necessários para exercício do *ius puniendi* estatal e, na perspectiva do requerido, à exigência de que somente se pode iniciar um processo de natureza infamante, cuja mera pendência já é, em si, estigmatizante, se houver suporte probatório que aponte a mínima probabilidade de êxito da demanda.

Na ação de improbidade administrativa, a exigência de justa causa enquanto requisito de admissibilidade da demanda pode ser extraída do artigo 17, §6º, da Lei n.º 8.429/92, segundo o qual a petição inicial deve ser instruída com elementos que evidenciem

⁵¹⁴ Esta ideia, em relação ao processo penal: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 420-421.

⁵¹⁵ Veja-se, a propósito, o que dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

⁵¹⁶ Há controvérsia na doutrina processual sobre a natureza da justa causa, se seria elemento integrante do interesse de agir, da possibilidade jurídica do pedido ou mesmo uma quarta condição da ação. Para Eurico FERRARESI, trata-se de modalidade de impossibilidade jurídica do pedido (*Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 193). No processo penal, a redação do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal sugere que não se trate de condição da ação, mas de requisito específico de admissibilidade. O debate, no entanto, é estéril, pois uma vez fixada a premissa de que se trata de requisito de admissibilidade da demanda, qualquer que seja seu rótulo, a ausência de justa causa deve acarretar a sua extinção.

*indícios suficientes da existência de ato de improbidade administrativa.*⁵¹⁷ Em paralelo, o artigo 17, § 8º, da Lei n.º 8.429/92 determina a rejeição da ação se o juiz se convencer da *inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.*⁵¹⁸ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há alusão, em vários julgados, à necessidade de justa causa na ação de improbidade administrativa.⁵¹⁹

Na Lei Anticorrupção, a exigência de justa causa não está prevista de forma expressa, mas trata-se de um desdobramento do exercício do direito de ação, na perspectiva do requerido. Por ser também um processo judicial punitivo não penal, é imprescindível que haja controle prévio sobre a existência de mínimo lastro probatório para que se admita uma demanda com tanto potencial restritivo da esfera de direitos do réu.

Em interessante construção direcionada ao processo penal, Gustavo Henrique Badaró faz distinção de *grau* quanto à convicção necessária relativa à materialidade delitiva e à autoria para configuração da justa causa. Para o autor, é necessária *certeza* quanto à materialidade do delito para que a justa causa esteja configurada e *probabilidade* quanto à autoria, para que se admita a ação penal em face do acusado.⁵²⁰

Na Lei de Improbidade Administrativa, a expressão legal *indícios suficientes da existência do ato de improbidade* indica que a exigência de suporte probatório inicial é mais branda do que nas ações penais, já que apenas por meio de *indícios* não se configura juízo de certeza. A definição de indício é alvo de controvérsia na doutrina, notadamente quanto à

⁵¹⁷ Art. 17, §6º. A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

⁵¹⁸ Verifica-se, na jurisprudência, a equivocada interpretação que se faz desta norma, no sentido de que apenas nessas hipóteses ação de improbidade deveria ser rejeitada; em todas as outras, a ação deveria ser admitida. “Em observância ao princípio do *in dubio pro societate*, a petição inicial da ação civil pública só será rejeitada quando constatada a “inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita”. [AgRg nos EDcl no AREsp 605.092/RJ, Rel. Min. Marga Tessler (Juíza federal convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, j. 24/03/2015, DJe 06/04/2015]. Todavia, é possível que haja situações, para além destas hipóteses, em que a justa causa não estará configurada. É o caso, por exemplo, da falta de indícios de autoria, como será explicitado.

⁵¹⁹ REsp 1259350/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 22/10/2013; AgRg no AREsp 488.608/RN, Rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, j. 16/12/2014; REsp 1153853/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 03/09/2013; RMS 37.679/RR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15/08/2013; AgRg no REsp 1317127/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 07/03/2013.

⁵²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. As condições da ação penal. In: ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*: passado, presente, futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 410-411.

natureza da operação mental que se faz entre o fato indiciário e o fato principal (indutiva, dedutiva, indutiva-dedutiva, inferência).⁵²¹ Adota-se aqui o conceito de indício enquanto fato provado que permite, por inferência⁵²², concluir pela ocorrência de outro.⁵²³ Mas é certo que, independentemente do conceito de indício que se adote, a lei não exige grau de *certeza* para que a ação seja admitida.

Embora a Lei de Improbidade Administrativa não seja expressa, deve haver também indícios suficientes de que o ato ímprobo foi praticado pelo requerido.⁵²⁴ A petição inicial deve estar fundada em elementos indicativos de que a conduta do requerido qualifica-se como ato de improbidade administrativa, sob pena de a demanda não ter pertinência subjetiva. Na falta de tais elementos, a demanda não deve ser admitida.

Na jurisprudência, verifica-se que muitas vezes se recorre ao princípio *in dubio pro societate* para fundamentar a decisão de recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa.⁵²⁵ A utilização, no entanto, é muitas vezes inadequada, pois o juízo que se apresenta nesta etapa é sobre a existência ou não de *indícios suficientes da existência de improbidade administrativa*. Assim, se houver indícios suficientes, a ação deve ser admitida; se não houver, a ação deve ser rejeitada, sem incidência do referido princípio, pois não há dúvida que justifique a sua invocação. Na conjugação com a norma do artigo 17, § 8º, da Lei n.º 8.429/92 é preciso ter cuidado para não se extrair a interpretação equivocada de que apenas nestas hipóteses e desde que haja prova cabal, a ação deve ser rejeitada.⁵²⁶ Na leitura

⁵²¹ Veja-se a revisão da doutrina italiana e nacional feita por Maria Thereza Rocha de Assis Moura: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24-51.

⁵²² A inferência, segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, compreende todos os processos discursivos, inclusive indução e dedução. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 36).

⁵²³ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 490.

⁵²⁴ Nesse sentido, veja-se o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "*é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público*" (REsp 1.197.406/MS, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013).

⁵²⁵ Por exemplo: REsp 1333744/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 24/10/2017; REsp 1563455/GO, Rel. Min. OG Fernandes, Segunda Turma, j. 03/10/2017; REsp 1666029/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 19/09/2017; REsp 1565848/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 16/08/2016.

⁵²⁶ Veja-se, neste precedente, que o fundamento empregado é contrário ao que se sustenta neste trabalho: "(...) Após o oferecimento de defesa prévia prevista no § 7º do art. 17 da Lei 8.429/1992 - que ocorre antes do recebimento da petição inicial -, somente é possível a pronta rejeição da pretensão deduzida na ação de improbidade administrativa se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência de ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita. Isso porque, nesse momento processual das ações de improbidade administrativa, prevalece o princípio *in dubio pro societate*.

que se propõe de tais disposições legais, a petição inicial deve ser indeferida quando: (i) não houver nos autos *indícios suficientes da existência de improbidade administrativa*, conforme artigo 17, §6º, da Lei n.º 8.429/92; (ii) o juiz se convencer da *inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*, conforme artigo 17, §8º, da Lei n.º 8.429/92.

Veja-se que ao desenhar o procedimento na ação de improbidade administrativa, o legislador acrescentou uma primeira etapa de contraditório sobre a admissibilidade da demanda antes de permitir que seja determinado o seu processamento. O exercício prévio de contraditório permite que a análise sobre a admissibilidade da demanda seja feita pelo juiz com base em elementos trazidos tanto pelo autor como pelo réu. Diante do entendimento tradicional de que o contraditório não é obrigatório em procedimentos de investigação, pode ocorrer que a demanda seja ajuizada sem que o requerido tenha sequer conhecimento do ilícito apurado, o que reforça ainda mais a importância de se ouvi-lo antes de se decidir sobre o recebimento da petição inicial. Ademais, mesmo quando ouvido no curso da investigação, há necessidade de se ouvir o imputado previamente sobre os requisitos de admissibilidade da demanda, como forma de se evitar, sempre que possível, a indevida tramitação de uma ação de caráter infamante. Nesses processos, portanto, o contraditório preliminar quanto à admissibilidade da demanda é necessário⁵²⁷, diante da natureza punitiva do direito material e da desigualdade estrutural da relação processual.

Esclareça-se que uma coisa é proclamar a ausência de provas ou indícios da materialização do ato ímprobo; outra, bem diferente, é afirmar a presença de provas cabais e irretorquíveis, capazes de arredar, prontamente, a tese da ocorrência do ato ímprobo. Presente essa última hipótese, aí sim, deve a ação ser rejeitada de plano, como preceitua o referido § 8º da Lei 8.429/1992. Entretanto, se houver presente aquele primeiro contexto (ausência ou insuficiência de provas do ato ímprobo), o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção de provas, tão necessárias ao pleno e efetivo convencimento do julgador. Com efeito, somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência de: (I) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (II) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; (III) elemento subjetivo apto a caracterizar o suposto ato ímprobo.” (REsp 1.192.758-MG, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Sérgio Kukina, j. 4/9/2014).

⁵²⁷ Em interessante precedente, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho deu provimento a um recurso especial para determinar o retorno dos autos à instância de origem a fim de que o magistrado avaliasse a presença da justa causa ao emitir o juízo de admissibilidade da petição inicial da ação de improbidade administrativa (REsp 952.351/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 04/10/2012).

IV.4.4.3. Ciência prévia e pormenorizada da imputação e citação

Em paralelo, nos processos judiciais punitivos não penais o imputado tem direito a ser cientificado de forma prévia e pormenorizada quanto ao ilícito que lhe foi imputado e quanto às sanções requeridas pelo órgão processante.⁵²⁸

A Convenção Americana de Direitos Humanos não exige forma em particular para a citação⁵²⁹, mas é essencial que a ciência seja dada ao acusado pessoalmente, não sendo suficiente, como foi esclarecido pela Comissão Europeia de Direitos Humanos em relação à garantia análoga, presunções legais de ciência.⁵³⁰

Nessa linha, a citação deve ser feita diretamente ao imputado (pessoa física) ou ao representante legal da pessoa jurídica. É preferível que o ato de citação seja feito por mandado, de modo que o oficial de justiça possa certificar a entrega e a ciência pessoalmente ao requerido. Com tal procedimento, a observância da garantia fica demonstrada no processo de forma inequívoca. A citação por correio, que é a regra no processo civil (artigo 247, do Código de Processo Civil⁵³¹), também é forma de citação pessoal e, por esta razão, não há óbice a sua utilização nos processos judiciais punitivos não penais. É importante ponderar, porém, que seu procedimento permite menos controle sobre a ciência do processo pelo requerido, o que, em tese, pode dar azo a questionamentos sobre a observância da ciência prévia da imputação, especialmente se não houver comparecimento do réu.⁵³²

⁵²⁸ Na Espanha, é amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência constitucional, a incidência deste direito em processos administrativos sancionadores. O administrado deve ser informado quanto ao fato que lhe é imputado, a qualificação jurídica atribuída e as sanções aplicáveis (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 99-109).

⁵²⁹ Essa foi a conclusão a que chegou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Péllissier et Sassi c. France* (Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet penal), p. 42).

⁵³⁰ Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet penal), p. 42.

⁵³¹ “Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto: I - nas ações de estado, observado o disposto no art. 695, § 3º; II - quando o citando for incapaz; III - quando o citando for pessoa de direito público; IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; V - quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma.”

⁵³² No processo administrativo sancionador espanhol, Lucía Alarcón Sotomayor entende que a notificação deve ser dirigida ao acusado, mas não é imprescindível que seja recebida por ele. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 147).

Também não há incompatibilidade, *a priori*, da citação eletrônica, na forma do artigo 246, inciso V, e §1º, do Código de Processo Civil⁵³³ com essa garantia, uma vez que a citação eletrônica também é uma forma de citação pessoal. A citação por hora certa, que tem lugar quando há suspeita de ocultação, também pode ser utilizada, na forma dos artigos 252 e 253, do Código de Processo Civil⁵³⁴, com a nomeação de curador especial se houver revelia.^{535_536}

A citação por edital merece análise especial. Apesar de se tratar de citação ficta, por se basear em presunção legal de recebimento, não há óbice a sua utilização nos processos judiciais punitivos não penais, nas estritas hipóteses legais. Se, após a citação por edital, o réu efetivamente comparecer ao processo, constituir um procurador e apresentar defesa, o que é incomum, o ato de convocação para o processo terá cumprido sua finalidade. Todavia, se não houver comparecimento, não é possível aferir se o requerido efetivamente teve ciência prévia do processo. Sem essa demonstração inequívoca, o processo não deve prosseguir, pois eventual condenação seria nula, uma vez que proferida contra pessoa que não teve sequer ciência da imputação que lhe foi dirigida.

⁵³³ “Art. 246. A citação será feita: (...) V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei. § 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.”

⁵³⁴ “Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar. Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.”

⁵³⁵ Para Danyelle Galvão, tais disposições aplicam-se inclusive ao procedimento de citação por hora certa no processo penal (O novo Código de Processo Civil e os impactos no processo penal. *Revista Brasileira da Advocacia*, a. 2, v. 6, jul-set. 2017, p. 172).

⁵³⁶ O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a constitucionalidade da citação por hora certa no processo penal, inclusive à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos: “*Recurso Extraordinário. Processo penal. Citação por hora certa. Artigo 362 do Código de Processo Penal. Constitucionalidade. Negado provimento ao recurso extraordinário. 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A conformação dada pelo legislador à citação por hora certa está de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. 3. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. 4. O acusado que se utiliza de meios escusos para não ser pessoalmente citado atua em exercício abusivo de seu direito de defesa. Recurso extraordinário a que se nega provimento.*” (RE 635145, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 01/08/2016).

Nesse cenário, a solução mais adequada, à luz da garantia prevista na Convenção e com fundamento no artigo 139, inciso IX, do Código de Processo Civil⁵³⁷, é, tal como no processo penal, a suspensão do processo, para que o processo punitivo não prossiga sem ciência prévia do requerido⁵³⁸, de modo a evitar que sejam praticados atos processuais que possam ser declarados nulos no futuro. A trilha indicada pelo Código de Processo Civil, em caso de citação por edital, em que o réu não constitui advogado, que é a nomeação de um curador especial (cf. artigo 72, inciso II⁵³⁹) não tem o condão de superar a exigência da garantia prevista na Convenção, pois ainda assim a defesa seria exercida sem comprovação de ciência da imputação pelo requerido.

Em relação à garantia de concessão ao acusado de tempo hábil e meio adequados para a preparação da defesa, é importante que, ao determinar a citação, o juiz avalie, com fundamento no artigo 139, inciso VI, do Código de Processo Civil⁵⁴⁰, se o prazo legal de 15 (quinze) dias úteis é suficiente para a preparação da defesa, considerando o volume de documentos que já constam do processo. É bastante usual em processos judiciais punitivos não penais, que a petição inicial seja instruída com o procedimento administrativo de apuração da prática do ilícito, o que, em certos casos, faz com que o processo já se inicie com muitos volumes/eventos. Caso se avalie que o prazo legal é insuficiente para adequada elaboração da defesa, o juiz deverá já no despacho fixar prazo maior, fundamentadamente. Ademais, deve-se conceder ao requerido acesso a todos os elementos em que se baseia a imputação, para que a defesa possa refutá-los propriamente.

Por fim, o direito ao intérprete e ao tradutor também se aplica aos processos judiciais punitivos não penais. Caso o requerido não compreenda ou não fale português, o juízo deve assegurar um intérprete e/ou tradutor gratuitamente para assisti-lo. Observe-se que a garantia vai além daquilo que está assegurado no artigo 162 do Código de Processo

⁵³⁷ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;”

⁵³⁸ No processo penal, para evitar a suspensão por prazo indeterminado, que levaria à imprescritibilidade, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 415: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.” No Supremo Tribunal Federal, a questão da limitação temporal da suspensão, nesta hipótese, foi reconhecida como tema de repercussão geral (Tema 438), no Recurso Extraordinário n.º 600851/RG, ainda não julgado.

⁵³⁹ “Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao: (...) II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.”

⁵⁴⁰ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;”

Civil⁵⁴¹, pois será necessário verter para língua que o imputado compreenda pelo menos o teor da imputação que lhe é dirigida.

IV.4.4.4. Indisponibilidade da defesa técnica e efeito da revelia

Nos processos judiciais punitivos não penais, o exercício da pretensão punitiva estatal, com a imputação de ilícitos graves, punidos com sanções restritivas de direitos fundamentais, assim como a desigualdade da relação processual fazem com que o princípio da ampla defesa deva incidir de forma mais intensa do que no processo civil em geral.

A resistência ao exercício do *ius puniendi* estatal é um elemento imprescindível à luz da paridade armas, enquanto manifestação no processo do princípio da igualdade, para a aplicação de sanções punitivas restritivas de direito. Se o imputado não adota a iniciativa de se defender tecnicamente no processo judicial, o Estado tem o dever de providenciar o exercício da defesa, para que eventual decisão condenatória não esteja baseada apenas em versão unilateral dos fatos. A falta de defesa, além de acentuar o desequilíbrio da relação jurídica processual, traz prejuízos ao exercício dialético do processo, na medida em que não são levantados argumentos capazes de infirmar a tese de imputação.

O prejuízo para o processo é evidente e reduz o material sobre o qual se debruça o juiz ao proferir a decisão final. Por isso é que, nos processos judiciais punitivos não penais, a defesa técnica deve ser indisponível.⁵⁴²⁻⁵⁴³

As diferenças em relação aos ilícitos penais – o fato de ser *crime*, de se cominar pena *privativa de liberdade* – não afastam a necessidade de se reconhecer, também para os

⁵⁴¹ “Art. 162. O juiz nomeará intérprete ou tradutor quando necessário para: I - traduzir documento redigido em língua estrangeira; II - verter para o português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional III - realizar a interpretação simultânea dos depoimentos das partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Língua Brasileira de Sinais, ou equivalente, quando assim for solicitado.”

⁵⁴² Nesse sentido, em relação a processos que denominou sancionadores: (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 22).

⁵⁴³ Na Espanha, o direito à defesa técnica, embora garantido em qualquer processo judicial, não é reconhecido nos processos administrativos sancionadores; a defesa é possível, mas não é imprescindível, nem gratuita. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 252-253).

processos judiciais punitivos não penais, a indisponibilidade da defesa. A gravidade das sanções, que como visto, podem ser equivalentes ou até piores do que as penas, assim como a desigualdade que também caracteriza a relação processual, são determinantes para que se reconheça que um processo desta natureza não deve se encerrar com sentença condenatória, se não tiver sido apresentada defesa pelo réu.

Por tais fundamentos, e como decorrência do princípio da ampla defesa, em caso de não apresentação de defesa pelo réu, deve o juiz nomear um defensor para oferecê-la, a exemplo do previsto no Código de Processo Penal (artigo 396-A, §2º, do Código de Processo Penal⁵⁴⁴). O simples fato de tal desdobramento do exercício pleno do direito de defesa não estar previsto, de forma expressa, na legislação especial não impede que se reconheça a sua imprescindibilidade, como um desdobramento do princípio constitucional da ampla defesa nos processos judiciais punitivos não penais.

Na mesma linha, tampouco se pode cogitar, no caso de não apresentação de defesa, de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Esse efeito da revelia⁵⁴⁵-⁵⁴⁶ previsto no artigo 344 do Código de Processo Civil⁵⁴⁷ é incompatível com o processo judicial punitivo não penal, quer por se tratar de um direito indisponível⁵⁴⁸ (artigo 345, inciso

⁵⁴⁴ “Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (...) § 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.”

⁵⁴⁵ Os efeitos da revelia são consequências jurídicas que podem ou não advir da revelia. (BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 93-94).

⁵⁴⁶ A revelia, segundo, Candido Rangel Dinamarco, é justamente a inércia consistente em não responder. Trata-se de uma espécie do gênero contumácia que equivale a qualquer inércia da parte (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. III, p. 474).

⁵⁴⁷ “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

⁵⁴⁸ Neste sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 153-154.

II, do Código de Processo Civil⁵⁴⁹), quer em razão da presunção de inocência⁵⁵⁰, garantia que será abordada em tópico específico.⁵⁵¹⁻⁵⁵²

IV.4.4.5. Ausência de dever de colaboração

A incidência das garantias constitucionais da ampla defesa, do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação nos processos judiciais punitivos não penais afasta, em

⁵⁴⁹ “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;”

⁵⁵⁰ LOPES JR, Aury. De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal. Artigo disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Acesso em 08.05.2017.

⁵⁵¹ Veja-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito: “(...) 4. Esta circunstância é de extrema relevância em demandas como a sub examine, em que se discute a prática de ato de improbidade administrativa. Isso porque, embora tenha um caráter eminentemente cível, é inegável o caráter sancionatório da demanda, tendo em vista as sanções aplicáveis - que implicam, inclusive, na suspensão transitória de direitos políticos -, e, ainda, a eventual irradiação dos seus efeitos para outras esferas, tais como, na administrativa e no penal. Assim, não só por se tratar de direitos indisponíveis, mas - e ainda o que é mais relevante - tendo em vista a natureza dos interesses envolvidos, sobreleva ainda mais a importância de se garantir exercício do direito de defesa ao requerido a fim de que o sistema de justiça possa prolatar uma resposta à sociedade que efetivamente proteja os interesses públicos envolvidos. 5. No caso em concreto, o próprio Tribunal a quo revelou que, nos presentes autos, houve a incorreta decretação da revelia, sendo certo que, deste ato, houve prejuízos à parte a quem desfavoreceu. Isso porque, expressamente, o Tribunal a quo consignou que não houve a intimação dos patronos da parte ora recorrente para a produção de provas, embora tenha efetivamente existido o despacho (fl. 487 dos autos). Ou seja, embora não tenham sido imputados os efeitos da confissão, ainda assim houve prejuízo para o exercício de defesa da parte ora recorrente uma vez que a conclusão quanto ao julgamento antecipado da lide não levou em consideração se a parte ora recorrente, que é requerida na demanda de improbidade, tinha ou não interesse em produzir provas em sua defesa (embora pretensamente tenha sido intimado para tanto). Posicionamento da doutrina e inteligência da Súmula 231 editada pelo Supremo Tribunal Federal. 6. Incontroversos, assim, os prejuízos causados ao exercício da ampla defesa da parte ora recorrente em face da ilegítima decretação da revelia nos autos sub examine. Isso porque, embora tenha sido consignado que em se tratando de direito indisponível não há presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial (efeitos da revelia), é de se ressaltar que a falta de intimação da parte dos atos processuais, quando prolatado o despacho para a produção de prova pela autoridade julgadora, é efeito que inegavelmente lesa a esfera jurídica da parte ora recorrente. No caso em concreto, o julgamento antecipado da lide se deu com base exclusivamente nas provas produzidas pelo Ministério Público do Estado do Paraná, uma vez que à parte ora recorrente não foi dada a oportunidade de produção de provas. 7. Assim, constatada que a sentença foi de procedência no ponto que declarou a existência de ato de improbidade administrativa na conduta do ora Requerente, sem que ao mesmo tenha sido oportunizada a possibilidade de produção dos elementos de prova que entendesse necessário, sobreleva então a nulidade do processo ante a caracterização do cerceamento de defesa. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido.” (REsp 1330058/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 20/06/2013).

⁵⁵² Denise Luz afirma que o instituto da revelia, próprio do direito processual civil, não se coaduna com as características do processo sancionador, por ser incompatível com o direito ao silêncio. (LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa de Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 151).

relação ao réu a quem a se imputa a prática de um ilícito não penal, os deveres de cooperação e colaboração, previstos no Código de Processo Civil.⁵⁵³ Na realidade, mesmo antes do ajuizamento da demanda, no curso de procedimentos de investigação, o investigado não tem *dever* de colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Além do argumento de hierarquia normativa – garantias constitucionais x dever previsto em legislação ordinária⁵⁵⁴ – o réu, na qualidade de pessoa a quem se imputa um ilícito grave por força de *ius puniendi* estatal, não pode ser coagido a contribuir para o esclarecimento de fatos lhe são desfavoráveis (ou potencialmente desfavoráveis) e que, se comprovados podem ensejar a aplicação de severas sanções restritivas de direitos. Um dever de tal ordem subverteria a lógica fundamental do processo punitivo estatal, em que cabe ao Estado, com o conjunto de ferramentas institucionais de que dispõe, produzir elementos que corroborem a tese de imputação. Exigir que o réu *coopere* ou *colabore*, sob pena de sanção – já que se trata de um *dever* – significa constrange-lo a contribuir ativamente para sua condenação⁵⁵⁵, o que é absolutamente incompatível com a garantia da ampla defesa.

A definitividade da norma do artigo 378 do Código de Processo Civil, portanto, não deve impressionar. O réu nos processos judiciais punitivos não penais não tem dever de colaborar para o descobrimento da verdade, por força do direito à não autoincriminação. Na mesma linha, a norma do artigo 379 do Código de Processo Civil⁵⁵⁶ é plenamente compatível com a posição que aqui se defende, diante da ressalva preliminar de *preservação do direito de não produzir prova contra si própria*. As condutas descritas nos incisos, portanto, não podem ser exigidas dos réus aos quais são imputados ilícitos não penais.

⁵⁵³ “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” “Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

⁵⁵⁴ Mesmo considerando que o princípio da cooperação é um desdobramento do princípio do contraditório – e neste sentido, tem fundamento constitucional – a configuração que lhe foi conferida no Código de Processo Civil, em especial no artigo 378, enquanto regra, não se aplica aos processos judiciais punitivos não penais, por força da garantia constitucional do direito à não autoincriminação.

⁵⁵⁵ Na Espanha, como registra Lucía Alarcón Sotomayor, o Tribunal Constitucional tem entendido que o direito à não autoincriminação sofre modulações no procedimento administrativo sancionador em função de dever de colaborar com a Administração. A autora, no entanto, é firme em defender que só há dever de colaboração em processos e procedimentos não sancionadores. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2007, p. 185-190).

⁵⁵⁶ “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.”

Registre-se, ainda, que o exercício, pelo réu, do direito à não autoincriminação não pode ser valorado de qualquer forma em seu desfavor.⁵⁵⁷ Destarte, se o réu deixar de responder perguntas ou mesmo se apresentar versão inverossímil dos fatos imputados, tais condutas não podem ser levadas em consideração para aferição da verdade dos fatos, de sua culpa ou ainda para a dosimetria das sanções.

É importante ressaltar, porém, que a ausência de dever de cooperação relaciona-se ao esclarecimento dos *fatos imputados* nos processos judiciais punitivos não penais. Isso não significa que não haja dever de cooperação em outras perspectivas, como por exemplo, no fornecimento correto de informações pessoais.⁵⁵⁸

IV.4.4.6. Autodefesa, interrogatório e depoimento pessoal

A autodefesa, que no processo penal é exercida no interrogatório, nos processos judiciais punitivos não penais, pode ser feita pelo réu que desejar no último ato de instrução do processo, a exemplo do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no processo de *impeachment*.⁵⁵⁹

É importante perceber que, nos processos judiciais punitivos não penais, apesar de a autodefesa não ser um direito indisponível – como não é, também, no processo penal – se o réu manifestar vontade de exercê-la, o juiz não poderá indeferir, por se tratar de uma garantia. Eventual indeferimento, nesta hipótese, pode caracterizar cerceamento do direito de defesa, defeito processual que, como se verá, pode acarretar a nulidade do processo.

⁵⁵⁷ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 169.

⁵⁵⁸ No processo penal: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 450. Em sentido semelhante, porém com ênfase no dever de boa-fé: FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação: influências principiológica da Constituição e do Novo CPC no processo penal. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; CRUZ, Rogerio Schiatti. *Repercussões do novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, processo penal, p. 58-59.

⁵⁵⁹ “(...) O interrogatório do acusado, instrumento de autodefesa que densifica as garantias do contraditório e da ampla defesa, deve ser o último ato de instrução do processo de impeachment. Aplicação analógica da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao rito das ações penais originárias. Precedente: AP 528 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário.” [ADPF 378 MC, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 16-12-2015].

Por outro lado, se o juízo, com fundamento no artigo 139, VIII, do Código de Processo Civil⁵⁶⁰, determinar o comparecimento do réu para esclarecimento dos fatos, deve lhe informar do direito de permanecer calado e de não produzir provas contra si mesmo. Nesses casos, não deve incidir a pena de confesso⁵⁶¹, por expressa disposição legal e por ser incompatível com tais garantias.⁵⁶²

Em paralelo, cabe aqui registrar que, por força de tais garantias, o instituto do *depoimento pessoal*, previsto no artigo 385 e seguintes do Código de Processo Civil⁵⁶³, em que o autor pode requerer o depoimento do réu, sob pena de confesso⁵⁶⁴, é incompatível com os processos judiciais punitivos não penais, à vista das garantias fundamentais do direito ao silêncio e não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;”

⁵⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 153-154.

⁵⁶² No processo civil em geral, Moacyr Amaral Santos defendia que a pena de confissão não deve ser aplicada na hipótese de interrogatório determinado pelo juízo para esclarecimento de fatos. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. IV, p. 86-87).

⁵⁶³ “Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena. § 2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte. § 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Art. 386. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.

Art. 387. A parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos.

Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.”

⁵⁶⁴ Não se trata, a rigor, de uma *confissão*; mas de uma presunção relativa (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. III, p. 646-647).

⁵⁶⁵ NASSER, Paulo Magalhães. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 604-605.

Em primeiro lugar, diante da exceção prevista no artigo 388, inciso I, do Código de Processo Civil⁵⁶⁶, que libera a parte de prestar depoimento sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados.⁵⁶⁷ Além disso, como foi tratado no item precedente, o réu a quem se imputa a prática de um ilícito não penal não tem dever de colaboração, nem dever de verdade em relação aos fatos que lhe são imputados, pois isso equivaleria a obrigá-lo a produzir provas contra si, o que viola as garantias do direito ao silêncio e de não produção de provas que possam corroborar a tese de imputação. O Superior Tribunal de Justiça tem interessante precedente em que, em sede de ação de improbidade administrativa, refutou, no mérito, a alegação de violação à garantia do direito ao silêncio em confissão judicial. O aspecto a se destacar em relação a tal caso é que a análise foi feita à luz da norma da Convenção Americana de Direitos do Homem, cuja incidência no caso não foi recusada sob o pretexto de não se tratar de uma ação penal.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ “Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;”

⁵⁶⁷ Em análise do artigo 347 do Código de Processo Civil revogado, que tinha redação idêntica, neste ponto, Moacyr Amaral Santos defendia, em posição divergente da que se sustenta neste trabalho, que caberia à doutrina e à jurisprudência restringir a extensão desta regra, para não se atribuir à parte o poder de escusar-se de depor em relação a fatos criminosos ou torpes que constituam o próprio fundamento da ação ou da defesa (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. IV, p. 110-111).

⁵⁶⁸ “Direito administrativo e direitos humanos fundamentais. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Pacto de São José da Costa Rica. Art. 8º, 2, G. Princípio da vedação à autoincriminação e do direito ao silêncio. Nemo tenetur se detegere. Não violação. Confissão espontânea, perante o juízo, da conduta delituosa. Existência de outros elementos de convicção para a condenação do recorrente. 1. O brocardo nemo tenetur se detegere, que configura o princípio da vedação à autoincriminação ou do direito ao silêncio, veio a ser expressamente reconhecido no Pacto de San José da Costa Rica - promulgado pelo Decreto n. 678, de 1992 -, art. 8º, 2, g, em que se resguarda o direito de toda pessoa acusada de um delito de não ser obrigada a depor ou a produzir provas contra si mesma, garantindo que o seu silêncio não seja interpretado em prejuízo de sua defesa. Precedentes: HC 130.590/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/5/2010; HC 179.486/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/6/2011. 2. O princípio que protege a pessoa acusada de não ser obrigada a produzir provas contra si mesma não implica desconsiderar, de forma absoluta, o teor do depoimento feito, quando, em havendo nos autos outros elementos idôneos de convicção quanto aos fatos verificados e à conduta investigada do confesso, o próprio demandado escolhe confessar o ato delituoso cometido. 3. Na espécie, o Tribunal de origem narra que o recorrente confessou, de forma voluntária, sua participação no esquema fraudulento para saques indevidos do FGTS, discriminando todos os integrantes e o procedimento feito. 5. Consta do acórdão que o teor da confissão não foi o único fundamento de sua condenação, havendo outros depoimentos, que confirmaram a participação do recorrente no esquema fraudulento, elementos documentais, em que consta a sua assinatura, além da alteração de seu patrimônio, em completo descompasso com os rendimentos de seu salário, comprovando sua atuação na operacionalização das fraudes. 6. A convicção firmada pelo Juízo, portanto, deu-se com base numa plêiade de elementos fático-probatórios, e não exclusivamente com base na confissão do recorrente - feita perante o Juízo. Assim, a hipótese prevista no art. 8º, 2, g, do Pacto de São José da Costa Rica não se encontra caracterizada, na espécie em tela, não se vislumbrando, pois, a aludida vulneração à sua normatividade. 7. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1497542/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 18/02/2016).

Em síntese, por força do direito à ampla defesa e das garantias do direito ao silêncio e a não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado, não há que se cogitar de *depoimento pessoal* do réu a quem se imputa a prática de um ilícito não penal. O eventual comparecimento do réu, pessoalmente, em juízo para esclarecer os fatos sobre os quais se funda a ação deve ser precedido da advertência quanto ao direito de permanecer calado, não podendo o seu silêncio ser interpretado em seu desfavor.

IV.4.4.7. Direito ao silêncio, direito à não autoincriminação e exibição de documento

No processo civil, o juiz pode determinar à parte que exiba documento em seu poder, sendo que a recusa considerada ilegítima pode levar o juiz a admitir como verdadeiro o fato que, por meio de tal documento se pretendia provar (artigo 396 e seguintes do Código de Processo Civil). Nos processos judiciais punitivos não penais, em face do direito à não autoincriminação, esse ônus não pode ser imposto a quem se imputa a prática de ilícito.⁵⁶⁹

Com efeito, se o réu tem o *direito* de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si, nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa, tal como tem decidido o Supremo Tribunal Federal⁵⁷⁰, não se pode permitir que lhe seja determinada a exibição de documento e, muito menos, que da recusa possa ser extraída admissão de verdade em relação a qualquer fato.

Assim, nesses processos e nesse caso (determinação de exibição de documento relativo a fato que embasa a pretensão punitiva, dirigida ao réu a que se imputa a prática de ilícito não penal), a imposição do ônus processual de exibir documentos é incompatível com a garantia à não autoincriminação. Não obstante, em caso de determinação de exibição, é possível justificar a recusa, à luz do artigo 404, inciso VI, do Código de Processo Civil⁵⁷¹,

⁵⁶⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 153-154.

⁵⁷⁰ HC 99289, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23/06/2009, cuja ementa foi citada ao final do item IV.4.3.

⁵⁷¹ “Art. 404. A parte e o terceiro se escusam de exibir, em juízo, o documento ou a coisa se: (...) VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.”

com base no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e no artigo 8º, item 2, g, da Convenção Americana de Direitos do Homem.

O Supremo Tribunal Federal tem interessante julgado em que analisou o tema na perspectiva de um Prefeito Municipal que se recusou a exibir documentos públicos em uma ação cautelar de exibição de documentos, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sob a alegação de não era obrigado a produzir prova contra si mesmo.⁵⁷² Nessa hipótese, tal como foi decidido, é mesmo claro o dever de exibição. Entretanto, se o pedido de exibição de documento público fosse formulado, por exemplo, em ação de improbidade administrativa para a comprovação de fato que caracteriza a conduta ímproba e em face de réu agente público, não se poderia lhe impor o ônus de apresentá-lo, sem violação à garantia de não produção de provas contra si. Não se nega que o documento seja público e que o Ministério Público deva ter acesso ao documento. O que se afirma é que, na condição de réu em um processo judicial punitivo não penal, esse *ônus processual* não pode ser imposto e, muito menos, a consequência de admissão de fato como verdadeiro. A solução está no uso de outros métodos para obtenção do documento, inclusive expedição de ofício requisitório ao órgão ou mesmo busca e apreensão.

Por fim, é importante pontuar que, se a determinação for dirigida, por exemplo, contra a pessoa jurídica de direito público, na ação de improbidade administrativa, ou mesmo se dirigida a um dos réus imputados, mas, por hipótese, for relativa apenas a fato relacionado ao dever de indenizar, não há, pelo menos não *a priori*, essa mesma incompatibilidade com a garantia de não autoincriminação, pois o regime de garantias em relação a tal pleito é diferente do que se propõe neste trabalho.

⁵⁷² “*Processual penal. Ação cautelar de admissão de documentos. Legitimidade para o seu ajuizamento pelo Ministério Público. Múnus constitucional cometido ao Parquet. Prefeito. Alegação de que não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Inadmissibilidade. Documentos públicos que se encontram sob a guarda do chefe da Administração Municipal. I - O Ministério Público, a quem incumbe instaurar inquérito civil e promover ação civil pública, além de ajuizar a ação penal (art. 129, inc. I e III da CF), tem legitimidade para ajuizar ação de exibição de documentos. II - Tal legitimidade nada tem a ver com o poder investigatório do Parquet, dizendo respeito, apenas, ao seu direito de acionar o Poder Judiciário, no exercício de suas funções institucionais. III - Prefeito que não se pode negar à exibição de documentos públicos, sob a alegação de ser-lhe facultado omitir-se na produção de provas contra si mesmo, visto que é, em última análise, o chefe máximo da administração pública local. IV - Writ conhecido, a que se nega provimento.*” (HC 93829, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 10/06/2008).

IV.5. Presunção de inocência

A presunção de inocência é também uma garantia fundamental que integra o devido processo legal.⁵⁷³ Para Michele Taruffo, tal garantia espelha uma opção política e moral de evitar que eventuais erros no processo em relação à apuração da verdade dos fatos prejudiquem o acusado inocente.⁵⁷⁴

Na Constituição Federal, essa garantia está prevista no artigo 5º, inciso LVII, sob a fórmula da *não consideração prévia de culpabilidade*, que por força constitucional, é considerada equivalente à presunção de inocência.⁵⁷⁵⁻⁵⁷⁶ Na Convenção Americana, a garantia prevista no artigo 8º, item 2, assegura ao acusado a *presunção de sua inocência até que haja legal comprovação de sua culpa*.⁵⁷⁷

A Constituição Federal é, portanto, mais garantista, na medida em que estabelece como termo *ad quem* do fim da presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao passo que a norma da Convenção não indica qual seria o marco para se considerar que há comprovação legal de culpa.⁵⁷⁸ Tendo em vista o princípio da *primazia*

⁵⁷³ Para Mauricio Zanoide de Moraes, trata-se efetivamente de um princípio (MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 269-273). O Supremo Tribunal Federal, no entanto, no julgamento da ADC n.º 29/DF, entendeu que a norma da presunção de inocência é uma regra e não tem conteúdo principiológico.

⁵⁷⁴ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan. In: Racionalidad y Estándares de Prueba. *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, p. 117.

⁵⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61.

⁵⁷⁶ Mauricio Zanoide de Moraes afasta a possibilidade de se conferir à fórmula *não consideração prévia de culpabilidade* limitações ideológicas de origem nazifascistas. O autor recorreu aos registros dos trabalhos da Assembleia Constituinte para afirmar que a opção por essa expressão – ao invés do emprego da locução *presunção de inocência* – tem origem na preocupação de se utilizar uma linguagem correta, do ponto de vista técnico-jurídico. Além disso, a equivalência da ideia de *não consideração prévia de culpabilidade* à *presunção de inocência* decorre do próprio sistema constitucional e dos ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e devido processo legal (*Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215-225).

⁵⁷⁷ “2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

⁵⁷⁸ Como informa Gustavo Henrique Badaró, considera-se que há comprovação legal de culpa quando proferida decisão com apreciação do mérito da causa (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62).

da norma mais favorável ao indivíduo, a norma da Constituição deve prevalecer sobre a norma da Convenção.⁵⁷⁹

Na Convenção Europeia de Direitos Humanos a norma tem contorno semelhante ao da Convenção Americana, mas garante a presunção de inocência ao acusado de uma *infração*, enquanto sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. A Corte Europeia de Direitos Humanos confere amplo espectro de incidência à presunção de inocência, que vai além do processo penal e deve ser resguardada também em processos administrativos sancionadores.⁵⁸⁰

A garantia da presunção de inocência tem diversos desdobramentos no processo, enquanto norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo.

Na qualidade de norma de tratamento, encerra o direito do acusado de ser tratado, durante o processo, como inocente⁵⁸¹, o que impede que haja tratamento degradante em razão da pendência da ação.⁵⁸² Além disso, a presunção de inocência impõe ao julgador que, em seu estado de ânimo, não parta da convicção ou suposição de culpa.⁵⁸³ A presunção de inocência tem também eficácia externa ao processo por exigir também proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do acusado.⁵⁸⁴

Essa dimensão da garantia impede a aplicação de *sanções* antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em caráter provisório.⁵⁸⁵ Como decorrência da presunção de inocência, todas as prisões anteriores ao trânsito em julgado devem ser excepcionais,

⁵⁷⁹ Quando há conflito entre a norma interna e a norma de direito internacional, prevalece a norma mais favorável ao indivíduo (princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo), conforme artigo 29, “b”, da Convenção Americana de Direitos do Homem (CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 819).

⁵⁸⁰ ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Una presunción de inocencia extensa e y intensa. In: Garcia Roca; Santolaya (Coord.). *La Europa de los Derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 412.

⁵⁸¹ PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo, Atlas, 2013, p. 48.

⁵⁸² GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 38. Por isso, no âmbito penal, deve ser evitado o uso de algemas durante os atos de instrução (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *Revista do Advogado*, n. 42, p. 32).

⁵⁸³ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 14.

⁵⁸⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 230.

⁵⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-64.

fundamentadas nas hipóteses legais e motivadas à luz de elementos do caso concreto, quanto ao *fumus boni iuris* e quanto ao *periculum in mora* (requisitos gerais das medidas de natureza cautelar). Além disso, nem a sentença condenatória, nem o acórdão confirmatório devem ensejar o recolhimento do réu à prisão, pois, pela regra constitucional, a execução da pena somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da decisão condenatória.^{586- 587}

Tal afirmação poderia ser feita com razoável tranquilidade até 2016, quando houve uma reviravolta no tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do HC 126.292/SP, o Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, que *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência*.⁵⁸⁸ O tema foi retomado na apreciação do pedido de liminar, nas ADC 43 e 44, em que o Supremo Tribunal Federal confirmou a reviravolta da jurisprudência e, por maioria de votos⁵⁸⁹, decidiu que a garantia constitucional da presunção de inocência não inviabiliza a execução provisória da pena, após a decisão de segunda instância. Para o Min. Edson Fachin, que abriu divergência em relação ao voto do relator, Min. Marco Aurélio Mello, o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando a condenação for confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso interposto às Cortes Superiores.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal restringiu o significado e o alcance da garantia constitucional da presunção de inocência por permitir que, antes do momento em que a sentença se torna imutável, haja execução provisória da sentença condenatória. Isso significa permitir que o acusado seja tratado como *culpado*, por iniciar o cumprimento da pena, apesar de ainda haver a possibilidade de a justiça concluir por sua inocência.

⁵⁸⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 317.

⁵⁸⁷ Para antecipar a execução da pena, a Proposta de Emenda Constitucional n.º 15/2011, elaborada pelo ex-Min. Peluso propôs a alteração o momento do trânsito em julgado.

⁵⁸⁸ “*Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.*” (HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17/02/2016).

⁵⁸⁹ Vencido o relator, Min. Marco Aurélio Mello, a Min. Rosa Weber, o Min. Lewandowski, o Min. Celso de Mello, e o Min. Dias Toffoli, que votou apenas parcialmente com o relator. A divergência foi aberta pelo Min. Fachin e acompanhada pelo Min. Barroso, pelo então Min. Teori Zavascki, Min. Luiz Fux, Min. Gilmar Mendes e Min. Cármen Lúcia.

Do ponto de vista técnico-jurídico, a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal somente seria possível se a Constituição tivesse, a título de garantia da presunção de inocência, uma redação semelhante à da Convenção Americana, em que se garante a presunção enquanto não houver *comprovação legal da culpa*. Isso porque, neste caso, a confirmação da sentença condenatória em segunda instância poderia ser considerada comprovação legal de culpa. Todavia, tendo em vista o conteúdo expresso e mais amplo do texto constitucional, que é claro ao estabelecer o *termo ad quem* de ruptura da presunção de inocência como sendo o trânsito em julgado da sentença condenatória – ainda que do ponto de vista político-social possa se considerar que se trata de previsão excessivamente garantista – não há margem interpretativa que permita a execução provisória de sentença.⁵⁹⁰

Há evidências recentes de que a questão ainda não está encerrada no Supremo Tribunal Federal. O Min. Gilmar Mendes, ao conceder liminar no HC 146.818, em setembro de 2017, já alterou o entendimento que havia adotado na apreciação da liminar na ADC 43 e 44. Além disso, tais ações ainda não foram julgadas definitivamente, ocasião em que o tema deve retornar ao plenário.

Além de ser norma de tratamento, a presunção de inocência é também norma *probatória*. O estado de inocência do acusado impõe à acusação o ônus subjetivo da prova, o que significa, o encargo de buscar fontes de prova e de introduzi-las no processo.⁵⁹¹ Sobre o acusado não recai ônus probatório algum⁵⁹², nem mesmo em relação a excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, que, em última análise, constituem negação do fato constitutivo do direito de punir.⁵⁹³

⁵⁹⁰ Acompanha-se, no ponto, a posição de Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61-32).

⁵⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 181; LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

⁵⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 558.

⁵⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 181. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 431-435. No mesmo sentido: JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3, p. 159-170. Em sentido diverso: LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3, p. 756-758; PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 334.

Além disso, as provas devem ser produzidas com observância das garantias constitucionais, entre elas o direito ao silêncio, o direito de confrontação das testemunhas de acusação⁵⁹⁴ e a vedação do uso de provas ilícitas.⁵⁹⁵

Por fim, enquanto *norma de juízo*, a presunção de não culpabilidade consagra fórmula para o momento de análise das provas produzidas pelo julgador. Somente pode ser proferida sentença de condenação se estiver provada a culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável. Se houver dúvida sobre os fatos (ônus⁵⁹⁶ da prova no aspecto objetivo), o acusado deve ser absolvido (o que historicamente denomina-se *in dubio pro reo*). Sob a ótica técnico-jurídica, o rompimento da presunção de inocência, enquanto garantia, está atrelado ao emprego de um *standard* probatório mais rigoroso, em que a condenação decorre de comprovação de culpa, além de qualquer dúvida razoável.⁵⁹⁷⁻⁵⁹⁸ Como ressalta Antonio Magalhães Gomes Filho, somente a prova cabal do fato pode superar a presunção de inocência do imputado.⁵⁹⁹

Em todas essas dimensões, a garantia da presunção de inocência aplica-se aos processos judiciais punitivos não penais, como será exposto a seguir.

⁵⁹⁴ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 38.

⁵⁹⁵ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 462-463.

⁵⁹⁶ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró faz ponderada crítica sobre o emprego da expressão ônus, neste caso, pois a regra de julgamento dirige-se ao juiz e não às partes (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 238).

⁵⁹⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63; GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 39.

⁵⁹⁸ Para Diana Montero e Alonso Salazar, a prova deve ser *plena* quanto à responsabilidade criminal do acusado. (*Derecho defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Artigo jurídico disponível em: <http://corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>. Acesso em 30.11.2015).

⁵⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

IV.5.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

Como se tratou, na Convenção Europeia de Direitos Humanos a presunção de inocência é garantida ao acusado de uma *infração*, enquanto sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. Pelo próprio texto da norma, a garantia estende-se para além dos processos formalmente penais. Com isso, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece que a garantia deve ser resguardada também em processos administrativos sancionadores.⁶⁰⁰

No Brasil, este alcance além do universo do processo penal não está expresso, já que a Constituição Federal e a Convenção são alusivas à *sentença penal* e ao *acusado de delito*. Apesar disso, doutrina⁶⁰¹ e jurisprudência⁶⁰² reconhecem a sua aplicação a processos não penais de natureza punitiva.

Tal amplitude deriva do reconhecimento de se trata de garantia que decorre do próprio devido processo legal, pois não seria possível cogitar-se da aplicação de graves sanções restritivas de direito, por força de pretensão punitiva estatal, sem a demonstração de que houve prática de ilícito pelo réu. Trata-se de uma garantia essencial ligada ao exercício do *ius puniendi* estatal.⁶⁰³ A estrutura do processo é incompatível com a *distribuição* de ônus probatórios⁶⁰⁴, sob pena de configurar-se um modelo arbitrário, em que se exigiria do réu, na condição de imputado, a produção de provas para comprovação de sua inocência.

Sob a ótica do direito material, a imposição de sanções de natureza gravíssima, com restrições a direitos fundamentais, não pode ser operada sem que se demonstre de forma

⁶⁰⁰ ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Una presunción de inocencia extensa e y intensa. In: Garcia Roca; Santolaya (Coord.). *La Europa de los Derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 412.

⁶⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 396-397; LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 228; GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 38; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 533.

⁶⁰² No Supremo Tribunal Federal, p. ex. ADC n.º 29/DF; ADPF 144/DF. No Superior Tribunal de Justiça, REsp 769.350/CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 06/05/2008.

⁶⁰³ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 340-341.

⁶⁰⁴ Para Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283).

lícita e com observância das garantias do devido processo legal, a prática do ilícito não penal pelo réu. Já sob o prisma do processo, a regra da presunção de inocência é um elemento fundamental de contrapeso na desigualdade da relação processual punitiva não penal: cabe ao órgão de imputação produzir as provas que demonstrem a efetiva prática do ilícito pelo réu, sob pena de improcedência da demanda punitiva.⁶⁰⁵

Nos processos judiciais punitivos não penais, a presunção de inocência tem alguns desdobramentos específicos, que merecem ser analisados de forma destacada.

IV.5.1.1. Impossibilidade de execução provisória das sanções punitivas

Em relação ao aspecto norma de tratamento, a presunção de inocência obsta a execução provisória das sanções punitivas aplicadas na sentença.⁶⁰⁶

Em se tratando de ação de improbidade administrativa, por exemplo, as sanções de *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário* não podem ser executadas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A própria Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 20, é expressa neste sentido em relação às penas de *perda de função pública e de suspensão de direitos políticos, que somente podem ser efetivadas com o trânsito em julgado da sentença condenatória*. Não obstante, por força da norma constitucional, a presunção de inocência impede a execução provisória de todas as sanções punitivas.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ No processo penal, veja-se, nesta linha: CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 22-23.

⁶⁰⁶ Na Espanha, Lucía Alarcón Sotomayor defende que a presunção de inocência, em um procedimento administrativo sancionador, é rompida com a decisão administrativa sancionadora, de modo que, a partir de tal decisão, pode haver execução provisória da sanção sem violação à garantia da presunção de inocência. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2007, p. 469-474).

⁶⁰⁷ O que, como visto, não abrange a responsabilização pelo dano causado, nem medidas cautelares como o afastamento de agente público e indisponibilidade de bens.

Pela orientação atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à presunção de inocência, no entanto, a tendência é que, quanto às demais sanções⁶⁰⁸, se autorize a execução provisória quando a condenação for confirmada em segundo grau, salvo se for conferido efeito suspensivo a eventual recurso às Cortes Superiores.⁶⁰⁹ Assim, somente a *indisponibilidade de bens*, por não ser uma sanção punitiva⁶¹⁰, e a *condenação ao ressarcimento integral do dano*, que se submete à teoria geral da responsabilização civil, é que comporta execução provisória e independe de trânsito em julgado para que o réu possa sentir seus efeitos.

Nessa perspectiva, a Lei Complementar n.º 135/2010 – a chamada Lei Ficha Limpa – alterou o item artigo 1º, I, “I”, da Lei Complementar n.º 64/1990 e passou a prever a inelegibilidade das pessoas que forem condenadas à *suspensão de direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito*, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

Ao julgar o tema, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a referida previsão não violaria a garantia da presunção de inocência, em síntese, por ter criado apenas uma condição de elegibilidade.⁶¹¹ Tal conclusão revela alteração do entendimento da Corte sobre a matéria, externado no julgamento da ADPF n.º 144⁶¹², ajuizada contra interpretação judicial

⁶⁰⁸ Em relação às sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos, a execução provisória pressupõe análise da constitucionalidade do artigo 20, à luz da atual interpretação que o Supremo Tribunal Federal confere à garantia da presunção de inocência.

⁶⁰⁹ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido a interpretação a *contrario sensu* do artigo 20, da Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de que somente as sanções especificadas no *caput* não comportariam execução provisória: “2. Nos termos do art. 20 da Lei 8.429/1992 - LIA, a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos apenas se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória. 3. Por outro lado, em relação às penalidades de ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo período de cinco anos, não existe na Lei de Improbidade Administrativa a mesma previsão, sendo omissa o diploma quanto a esse aspecto.” (REsp 1523385/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 13/09/2016).

⁶¹⁰ O Min. Humberto Martins valeu-se do princípio da presunção de inocência para justificar a necessidade de efetiva demonstração dos requisitos para o deferimento de medida cautelar de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: (REsp 769.350/CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 06/05/2008).

⁶¹¹ ADC 29, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16/02/2012.

⁶¹² “(...) Relação entre processos judiciais, sem que neles haja condenação irrecorrível, e o exercício, pelo cidadão, da capacidade eleitoral passiva - Registro de candidato contra quem foram instaurados procedimentos judiciais, notadamente aqueles de natureza criminal, em cujo âmbito ainda não exista sentença condenatória com trânsito em julgado - Impossibilidade constitucional de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando inócua

que definia como causa de inelegibilidade a mera instauração de procedimentos judiciais, sem condenação criminal transitada em julgado. Nesta ocasião, decidiu-se que apesar de o Congresso Nacional poder definir, por lei complementar, “*outros casos de inelegibilidade*”, conforme artigo 14, §9º, da Constituição Federal⁶¹³, a garantia da presunção de inocência, que somente é afastada por sentença condenatória transitada em julgado, deve ser respeitada.

Assim, na linha da orientação anterior do Supremo Tribunal Federal, entende-se que a alteração introduzida pela Lei Complementar n.º 135/2010 no artigo 1º, inciso I, “I”, da Lei Complementar n.º 64/1990 mitiga o conteúdo da garantia da presunção de inocência,

condenação criminal transitada em julgado - Probidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato eletivo, ‘vita anteacta’ e presunção constitucional de inocência - Suspensão de direitos políticos e imprescindibilidade, para esse efeito, do trânsito em julgado da condenação criminal (CF, art. 15, III) - Reação, no ponto, da Constituição democrática de 1988 à ordem autoritária que prevaleceu sob o regime militar - Caráter autocrático da cláusula de inelegibilidade fundada na Lei Complementar nº 5/70 (art. 1º, I, “n”), que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida denúncia por suposta prática de determinados ilícitos penais - Derrogação dessa cláusula pelo próprio regime militar (Lei Complementar nº 42/82), que passou a exigir, para fins de inelegibilidade do candidato, a existência, contra ele, de condenação penal por determinados delitos - Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da LC nº 42/82: Necessidade de que se achasse configurado o trânsito em julgado da condenação (RE 99.069/BA, Rel. Min. Oscar Corrêa) - Presunção constitucional de inocência: um direito fundamental que assiste a qualquer pessoa - Evolução histórica e regime jurídico do princípio do estado de inocência - O tratamento dispensado à presunção de inocência pelas declarações internacionais de direitos e liberdades fundamentais, tanto as de caráter regional quanto as de natureza global - O processo penal como domínio mais expressivo de incidência da presunção constitucional de inocência - Eficácia irradiante da presunção de inocência - Possibilidade de extensão desse princípio ao âmbito do processo eleitoral - Hipóteses de inelegibilidade - Enumeração em âmbito constitucional (CF, art. 14, §§ 4º a 8º) - Reconhecimento, no entanto, da faculdade de o Congresso Nacional, em sede legal, definir ‘outros casos de inelegibilidade’ - Necessária observância, em tal situação, da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º) - Impossibilidade, contudo, de a lei complementar, mesmo com apoio no § 9º do art. 14 da Constituição, transgredir a presunção constitucional de inocência, que se qualifica como valor fundamental, verdadeiro ‘cornerstone’ em que se estrutura o sistema que a nossa Carta Política consagra em respeito ao regime das liberdades e em defesa da própria preservação da ordem democrática - Privação da capacidade eleitoral passiva e processos, de natureza civil, por improbidade administrativa - Necessidade, também em tal hipótese, de condenação irrecorrível - Compatibilidade da Lei nº 8.429/92 (art. 20, “caput”) com a Constituição Federal (art. 15, V, c/c o art. 37, § 4º) - O significado político e o valor jurídico da exigência da coisa julgada - Releitura, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da Súmula 01/TSE, com o objetivo de inibir o afastamento indiscriminado da cláusula de inelegibilidade fundada na LC 64/90 (art. 1º, I, “g”) - Nova interpretação que reforça a exigência ético-jurídica de probidade administrativa e de moralidade para o exercício de mandato eletivo - Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente, em decisão revestida de efeito vinculante.” (ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 06/08/2008).

⁶¹³ “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

por permitir, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, que haja juízo de culpa em prejuízo do acusado, no âmbito eleitoral.⁶¹⁴⁻⁶¹⁵

Em relação às sanções previstas na Lei Anticorrupção, tem-se também que por força do princípio da presunção de inocência, as sanções previstas de *perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou que sejam controladas pelo Poder Público* não podem ser executadas em caráter provisório, antes do advento do trânsito em julgado da decisão final condenatória.

Em paralelo, ainda na perspectiva da garantia enquanto norma de tratamento, aquele que responde a um processo judicial punitivo não penal deve ser tratado, ao longo do processo, como um inocente. A própria linguagem empregada para se referir ao réu deve ser escolhida com cuidado, evitando-se o uso de termos que possam significar a antecipação de juízo de culpa.

IV.5.1.2. Ausência de ônus probatório para o réu

Do ponto de vista probatório, a incidência da garantia da presunção de inocência afasta, nos processos judiciais punitivos não penais e em relação aos pedidos de aplicação de sanções punitivas, a regra geral prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil, de distribuição do ônus da prova.⁶¹⁶ Nesses processos, por força da presunção de inocência, o

⁶¹⁴ Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lei da Ficha Limpa fere a presunção de inocência. Conjur, 13.03.2012. Artigo disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia>. Acesso em 21.08.2017.

⁶¹⁵ Pode-se afirmar, entretanto, que a conclusão do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da Lei Ficha Limpa é coerente com a interpretação que, em 2016, foi conferida ao princípio da presunção de inocência, quanto à possibilidade de execução provisória após confirmação da condenação em segundo grau.

⁶¹⁶ Como já se referiu, a ideia de *repartição* do ônus da prova tem como pressuposto a igualdade probatória entre as partes. (PEYRANO, Jorge. La carga de la prueba. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Artigo disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>, p. 961. Acesso em 06.09.2017).

ônus deve recair exclusivamente sobre o autor da ação⁶¹⁷, a quem compete comprovar a prática do ilícito pelo réu, sob pena de improcedência.⁶¹⁸

Pelos mesmos fundamentos, em processos judiciais punitivos não penais não pode haver inversão de ônus da prova em prejuízo do réu, nem por força da norma do artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil, nas hipóteses legais previstas ou mesmo sob o pretexto da defesa do interesse público e social⁶¹⁹, nem por força do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como foi abordado no capítulo II. Com efeito, atribuir ao réu o ônus de provar que não praticou o ilícito imputado – ou mesmo que não teve enriquecimento – revolveria, em ato de flagrante arbitrariedade, a estrutura do processo punitivo, que é baseada no ônus exclusivo do órgão de imputação para a comprovação da prática do ilícito, sob pena de improcedência por falta de provas.

Outro aspecto de fundamental importância nos processos judiciais punitivos não penais é a definição de critérios objetivos para aferição do conjunto de provas necessário para a condenação (os chamados modelos de constatação ou *standards* de prova).

Diante da natureza punitiva do direito material e tendo em vista a garantia da presunção de inocência, a decisão condenatória proferida em processo judicial punitivo não penal deve adotar rigoroso modelo de constatação, sendo insuficiente, para romper a presunção, o modelo da preponderância de provas, que é típico de demandas que versam sobre matéria patrimonial. O tema será analisado no item IV.6, especialmente na perspectiva de qual é o paradigma adequado.⁶²⁰

⁶¹⁷ Acompanha-se, no ponto, a conclusão de Marcos Vinícius Pinto (PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 366-371).

⁶¹⁸ No procedimento administrativo sancionador espanhol, Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales defendem que o ônus da prova dos fatos relativos à causas de exclusão de ilicitude e de culpabilidade é do infrator (GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013, p. 847).

⁶¹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição do ônus da prova no processo de improbidade administrativa e o CPC 2015. Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 241, ano 28, jan-mar. 2016, p. 513; PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 378.

⁶²⁰ Para Jordi Ferrer Beltrán, porém, a presunção de inocência não implica a adoção de *standard* específico de prova, o que significa dizer que poderiam ser utilizados modelos diferentes, sem violação ao conteúdo da garantia. (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 145).

Outro aspecto interessante da garantia da presunção de inocência nos processos judiciais punitivos não penais é a sua interação com os atos administrativos, que gozam de presunção de legalidade. Por ser uma presunção legal relativa, há no processo uma alteração do ônus probatório: cabe ao particular demonstrar a ilegalidade do ato, que se presume legítimo.

No processo penal as presunções legais relativas não são admitidas em favor da acusação, por força da garantia constitucional da presunção de inocência.⁶²¹ Admiti-las implicaria transferir o ônus da prova ao acusado, o que seria inadmissível.

Nos processos judiciais punitivos não penais, em que essa garantia também tem plena incidência, a presunção de legalidade dos atos administrativos não tem o condão de alterar a distribuição do ônus processual, que é – e deve ser – daquele que imputa a prática de um ilícito não penal.⁶²²

Essa questão foi objeto de decisão pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Anghel v. Romênia*, em que o Sr. Anghel recebeu um auto de infração, por ter, supostamente, empregado termos vulgares com lesão à honra e à dignidade de uma servidora. Esgotadas as instâncias judiciais da Romênia, o caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com alegação de que o processo teria violado o artigo 6º da Convenção Europeia, em especial a presunção de inocência, na medida em que ao impugnar, em juízo, o processo que resultou na lavratura de auto de infração e multa, exigiu-se que o acusado infirmasse a presunção de legalidade do ato administrativo, o que na prática implicaria exigir a produção de prova de sua inocência.⁶²³

O Tribunal entendeu que a infração, embora não tivesse natureza criminal na Romênia, deveria ser considerada criminal para os fins do artigo 6º, por sua natureza e pela gravidade da pena prevista – mesmo considerando que a sanção aplicada ao acusado tenha

⁶²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 493.

⁶²² Neste sentido, em relação ao procedimento administrativo sancionador: ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 32-303. Em sentido diverso, Fábio Medina Osório entende que no âmbito do Direito Administrativo Sancionador cabe ao acusado produzir contraprova que desmoralize a validade e eficácia da prova acusatória ou que a coloque sob censura (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 406-408).

⁶²³ Confira-se o trecho da decisão: «*l'obligation du contrevenant de renverser la présomption de légalité et de bien-fondé du procès-verbal de contravention porterait atteinte au droit au respect de sa présomption d'innocence.*»

sido pecuniária. Quanto à presunção de inocência, asseverou-se que os julgadores não devem partir da ideia preconcebida de que o acusado cometeu a infração que lhe foi imputada; pelo contrário, o ônus de comprovar a prática do ato ilícito é da acusação e eventual dúvida deve beneficiar o acusado.⁶²⁴ Entendeu-se, portanto, que a presunção de legalidade dos atos administrativos não rompe a presunção de inocência e não retira do órgão acusador o ônus de comprovar a prática do ilícito administrativo.

Na mesma linha, nos processos judiciais punitivos não penais, por força da garantia da presunção de inocência, a presunção de legalidade dos atos administrativos não retira do órgão de imputação o ônus de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a prática do ilícito não penal pelo réu.

IV.5.1.3. In dubio pro reo

Outro desdobramento importante da presunção de inocência, enquanto norma de juízo, nos processos judiciais punitivos não penais é a consagração da fórmula *in dubio pro reo*, para o momento do julgamento. Somente pode ser proferida sentença de condenação se estiver provada a culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável. Se houver dúvida sobre os fatos imputados ou sobre a autoria, a demanda deve ser julgada improcedente.

O tema, por estar também atrelado ao direito à prova, será examinado de forma mais detida no item IV.6, a seguir.

IV.6. Direito à prova

⁶²⁴ Veja-se o trecho da decisão: “La Cour rappelle qu'en matière pénale la question de l'administration des preuves doit être envisagée à la lumière des paragraphes 2 et 3 de l'article 6. Le premier consacre le principe de la présomption d'innocence. Il exige, entre autres, qu'en remplissant leurs fonctions les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé.”

Não é possível conceber um modelo justo de processo que não esteja fundado na verdade⁶²⁵ como fator de legitimação.⁶²⁶ Mesmo considerando as diferenças notáveis entre o processo penal e o processo civil, a noção geral de prova como instrumento e método para se alcançar a verdade é, certamente, comum.⁶²⁷ O processo, civil ou penal, é um instrumento epistêmico que objetiva a reconstrução da verdade; tanto em um como no outro, a decisão só é justa se estiver fundada na determinação correta e verídica dos fatos.⁶²⁸

É preciso superar – se é que ainda não se superou⁶²⁹ – a criticada distinção entre verdade formal e verdade material, pois a natureza do direito material ou do bem jurídico não altera o dever de busca pela verdade.⁶³⁰

Eugenio Florian e Francesco Carnelutti protagonizaram, no início do século XX, interessante embate acadêmico acerca da comparação entre a prova civil e a prova penal. Em resposta à posição de Eugenio Florian, que sustentava a existência de íntimas e substanciais diferenças entre ambas as provas⁶³¹, a partir das diferenças entre os fins público e privado

⁶²⁵ Para Michele Taruffo a verdade do processo é relativa, pois a prova de determinado fato não significa, necessariamente, que tal fato seja verdadeiro, mas que há elementos de prova considerados suficientes em relação a ele. (TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 97). Para Jordi Ferrer Beltrán, a questão, no processo, é daquilo que pode ser *tido como verdadeiro* (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 73-78).

⁶²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 220.

⁶²⁷ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 74.

⁶²⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 97. Leonardo Greco afirma em caráter mais geral que não se justifica a pretensa diferença entre o processo civil e o processo penal em matéria probatória. (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4, 2003-2004, p. 217).

⁶²⁹ José Carlos Barbosa Moreira destacava que a afirmação de uma verdade material para o processo penal e uma verdade formal para o processo civil é uma repetição “*qual papagaio mil vezes desmentida*”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out/dez 1996, p. 152).

⁶³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115-116.

⁶³¹ E não apenas no âmbito probatório. Para o autor, a diferença de objeto do processo (no processo penal é uma relação de direito público; no processo civil a relação quase sempre é de direito privado) tem implicações de grande transcendência para ambos. (FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934, p. 20).

do processo penal e civil⁶³², Francesco Carnelutti afirmou que o direito processual é substancialmente uno e que a teoria da prova também é, sendo idênticas as estruturas das provas civil e penal.⁶³³ Apesar disso, Francesco Carnelutti reconhece que a diferença de escopos dos processos tem repercussões na esfera probatória (p. ex., o processo civil é o reino do documento, enquanto que no processo penal predomina a prova testemunhal) e especialmente na avaliação das provas, diante da máxima do *in dubio pro reo*.⁶³⁴⁻⁶³⁵

Não nos parece correto sustentar conceitos diferentes de prova no processo penal e no processo civil, na perspectiva de sua finalidade. O que se percebe, como destaca Clarissa Diniz Guedes, é que, apesar do objetivo comum, há diferenças relacionadas à natureza e à intensidade dos limites jurídicos impostos à atividade probatória, assim como há diferenças no plano da valoração da prova e nos critérios de julgamento. No processo penal, muitas dessas limitações têm o papel de compensar desigualdades processuais típicas da relação processual que se estabelece entre acusação e acusado, no exercício do poder estatal de punir (p. ex., o direito ao silêncio e a garantia da presunção de inocência).⁶³⁶ A questão será retomada no tópico seguinte.

A consagração do direito à prova é elemento essencial de um regime processual democrático. Na Constituição Federal, o direito à prova decorre, de forma insuprimível, do direito de ação, da ampla defesa⁶³⁷ e do devido processo legal. No plano internacional, há

⁶³² A crítica original foi feita à obra *Prove penali*, publicada em 1924, mas em artigo publicado em 1926, Eugenio Florian reportou-se à crítica de Carnelutti e reafirmou sua opinião. (FLORIAN, Eugenio. Le due prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. III, parte I, a. 1926, p. 221-230).

⁶³³ CARNELUTTI, Francesco. Prove civili e prove penali. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. II, parte I, a. 1925, p. 3-5.

⁶³⁴ CARNELUTTI, Francesco. Prove civili e prove penali. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. II, parte I, a. 1925, p. 10-14.

⁶³⁵ A posição de Carnelutti deve ser lida em seu tempo, pois anos mais tarde, o próprio autor fez a afirmação geral de há grande diversidade entre o processo civil e o processo penal, diversidade esta que reconheceu não ter identificado em seus escritos mais antigos (anteriores ao magistério na Universidade de Roma). (CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2, p. 35-36).

⁶³⁶ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 66-76.

⁶³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 19-21; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 168; SAAD, Marta. *Reconhecimento do exercício do direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos⁶³⁸ e também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.⁶³⁹

O direito à prova corresponde ao direito de produzir e de apresentar todas as provas relevantes para a demonstração da verdade dos fatos que são a base da pretensão e da defesa.⁶⁴⁰ Na perspectiva do acusado, o direito à prova abrange tanto o direito de produzir provas no interesse da defesa, como também o direito de participar, em contraditório, das provas produzidas pela acusação como um desdobramento do princípio da igualdade.⁶⁴¹ A condenação fundada apenas em prova testemunhal produzida sem a participação do acusado viola o direito à prova.⁶⁴²

A relação entre prova e contraditório é fundamental, notadamente na perspectiva da valoração racional dos elementos reunidos no processo. É natural que aos elementos de informação reunidos em inquérito sem contraditório seja atribuído menor dimensão de peso, exigindo-se, para a condenação, provas produzidas sob o crivo do contraditório que sejam capazes de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a prática do ilícito imputado. Isso não significa que peças de informação produzidas em procedimentos de investigação não tenham valor probatório algum. Nestes casos, deve-se assegurar ao acusado a possibilidade de contestar esses elementos no processo, assim como deve ser assegurada a possibilidade de produzir, em juízo, outras provas para refutá-los.⁶⁴³ O direito à contraprova decorre também do princípio do contraditório e é um aspecto fundamental do direito à prova.⁶⁴⁴

É importante perceber que o direito à prova, no processo penal, subsiste apesar da garantia da presunção de inocência, regra que afasta o ônus probatório do acusado, de

⁶³⁸ “2. (...) f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

⁶³⁹ “Art. 14 (3) e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;”

⁶⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 79.

⁶⁴¹ CHIAVARIO, Mario, Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (org.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 238.

⁶⁴² CHIAVARIO, Mario, Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (org.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001, p. 241.

⁶⁴³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 76.

⁶⁴⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 314.

modo que cabe à acusação a produção de provas que demonstrem o crime e sua autoria.⁶⁴⁵ Isso porque a prova para o acusado, embora não seja um ônus, no sentido de que a não produção não lhe traz prejuízos (o ônus é todo da acusação), é um direito que lhe deve ser assegurado.

Em relação aos meios de prova, a Convenção Americana de Direitos Humanos alude apenas às testemunhas⁶⁴⁶ e à perícia, mas tal exemplificação não deve ser interpretada de forma estrita, como se tivessem sido excluídas da garantia outros meios de prova. Como esclarece Antonio Magalhães Gomes Filho, a referência a testemunhas deve-se à tradição anglo-saxônica de produção de prova testemunhal, inclusive quanto a questões técnicas, mas a garantia se estende a qualquer tipo de prova em direito admissível.⁶⁴⁷

O direito à prova admite legítimas restrições⁶⁴⁸, de ordem constitucional e legal, que decorrem da proteção de outros valores que são também dignos de proteção. Nesse tema, tem-se, de um lado, o direito à admissão da prova e, de outro, o correlato direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes.⁶⁴⁹

Uma dessas legítimas restrições é a proibição de provas ilícitas, garantia que consta do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. É usual na doutrina a afirmação de que, na categoria *gênero* das provas ilegais, há provas *ilícitas*, que resultam de violação de norma de direito material no momento da obtenção da prova e não podem ser *admitidas* no processo e as *ilegítimas*, que decorrem de violação de norma de processual, na etapa de produção da prova, razão pela qual são *nulas*.⁶⁵⁰ Esta distinção tem alguns problemas, como

⁶⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 300-301.

⁶⁴⁶ Na Convenção Europeia, não há sequer menção a outros meios de prova: “3. *O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;*”

⁶⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 74.

⁶⁴⁸ Para Gustavo Henrique Badaró, o direito à prova sofre limitações lógicas (exclusões de provas impertinentes e irrelevantes), epistemológicas (como é o caso do artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal – p. ex. a materialidade delitiva somente pode ser comprovada por meio da materialidade delitiva) e políticas (provas obtidas por meios ilícitos). (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 220).

⁶⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 88-89.

⁶⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas Ilícitas, Interceptações e Escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 135. GOMES FILHO, Antonio MAGALHÃES. *Provas*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo;

aponta Gustavo Henrique Badaró, pois pode ser que a violação da norma de direito material seja verificada no momento da produção da prova ou que haja violação simultânea de norma material e processual.⁶⁵¹

São provas ilícitas, por exemplo, as provas obtidas com violação à intimidade, à vida privada, à honra, a imagem (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal), com violação de domicílio fora das exceções constitucionais (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal) e com ilegal violação ao sigilo de comunicações (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal).⁶⁵² É o caso de conversa ambiental ou telefônica captada ou interceptada por um terceiro, sem prévia autorização judicial.⁶⁵³

Apesar disso, não são consideradas ilícitas, em geral, as imagens obtidas em vias públicas⁶⁵⁴, em áreas comuns de edificações⁶⁵⁵, em estabelecimentos comerciais, as escutas ambientais de pessoas que falavam normalmente em voz alta, assim como a gravação de conversa ambiente⁶⁵⁶ ou telefônica⁶⁵⁷ por um dos interlocutores, mesmo sem consentimento do outro.

Revista dos Tribunais, 2008, p. 265-266. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 405-406.

⁶⁵¹ Propõe, ao ensejo, que sejam consideradas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação de garantias constitucionais que asseguram as liberdades públicas e as garantias processuais. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 412).

⁶⁵² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 99-100.

⁶⁵³ Assim: “As referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. (...)” [HC 106.244, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17-5-2011].

⁶⁵⁴ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

⁶⁵⁵ “Filmagem realizada pela vítima, em sua própria vaga de garagem, situada no edifício em que reside. Gravação de imagens feita com o objetivo de identificar o autor de danos praticados contra o patrimônio da vítima. Legitimidade jurídica desse comportamento do ofendido. Desnecessidade, em tal hipótese, de prévia autorização judicial. Alegada ilicitude da prova penal. Inocorrência. Validade dos elementos de informação produzidos, em seu próprio espaço privado, pela vítima de atos delituosos.” (HC 84.203, rel. Min. Celso de Mello, j. 19-10-2004, 2ª T, DJE de 25-9-2009).

⁶⁵⁶ Neste sentido, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.” (RE 583.937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19-11-2009).

⁶⁵⁷ “A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita.” (AI 578.858 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 4-8-2009, 2ª T, DJE de 28-8-2009).

As provas ilícitas, qualquer que seja o conteúdo de direito material violado, não podem, ao menos não como regra geral, ser admitidas e, se o forem, não poderão produzir efeitos no processo (isto é, não poderão embasar o julgamento fático), sob pena de nulidade. Apesar disso, o uso da prova ilícita em benefício do réu tem sido admitido em doutrina. A exceção à norma constitucional decorre da ponderação entre normas constitucionais, com indicação de que a comprovação da inocência deve se sobressair à origem ilícita da prova utilizada.⁶⁵⁸

A vedação à admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito é uma garantia que se dirige a todo e qualquer processo.⁶⁵⁹ Na prática, porém, muitas das discussões em torno do tema são travadas no âmbito do processo penal, em que as atividades investigativas são mais aparelhadas e há autorização constitucional excepcional para violação de sigilo para fins criminais (artigo 5º, inciso XII).⁶⁶⁰

Outra dimensão fundamental do direito à prova são os critérios de decisão, que impõem ao juiz a utilização de parâmetros racionais de avaliação dos elementos probatórios produzidos no processo. Neste prisma, extrai-se do direito à prova a vedação à prolação de decisão que seja produto de avaliação baseada em critérios intuitivos e/ou subjetivos.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 85, 2010, p. 409; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out/dez 1996, p. 147; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 188.

⁶⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 220.

⁶⁶⁰ No Código de Processo Civil de 2015, não há sequer uma norma que trate do tema das provas ilícitas. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

⁶⁶¹ A expressão *livremente*, que constava do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 (“o juiz apreciará livremente a prova (...)”) foi suprimida no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” A supressão, segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, tem por objetivo evitar “*decisionismo particularista*” por parte dos magistrados. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 576). Mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a “*livre*” convicção já era compreendida como livre convencimento motivado ou como persuasão racional, que não se confundem com a liberdade irrestrita dos sistemas de íntima convicção (GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. Standards probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 11, v. 18, n. 2, mai-ago. 2017, p. 90).

No plano dos critérios de decisão, há relevantes diferenças entre o processo civil e o processo penal⁶⁶², em função da garantia da presunção de inocência enquanto norma de juízo.

Sabe-se que, pelo princípio da persuasão racional, o juiz deve avaliar as provas a partir de critérios objetivos.⁶⁶³ Nessa perspectiva, a doutrina propõe critérios, *standards* ou modelos de constatação a serem utilizados como forma de conferir conteúdo positivo⁶⁶⁴ ao princípio do livre convencimento.⁶⁶⁵ São parâmetros lógico-rationais que têm por finalidade orientar o julgador quanto ao grau de prova exigido para que determinada hipótese fática seja justificada racionalmente.⁶⁶⁶⁻⁶⁶⁷

Nem todas matérias comportam tratamento idêntico a esse respeito.⁶⁶⁸ O critério pode variar em função do contexto processual, da finalidade do processo, dos valores ético-políticos considerados prioritários e da regulamentação da divisão de cargas probatórias entre as partes.⁶⁶⁹

No direito anglo-saxão, são aceitos tradicionalmente critérios distintos para o processo civil e para o processo penal, em relação às decisões finais de mérito⁶⁷⁰: para o

⁶⁶² CARNELUTTI, Francesco. Prove civili e prove penali. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. II, parte I, a. 1925, p. 10.

⁶⁶³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

⁶⁶⁴ Para Ferrajoli, o princípio do livre convencimento não representa, em si, um critério positivo de decisão verdadeiramente alternativo ao critério da prova legal; equivale simplesmente à refutação da prova legal como suficiente para determinar a condenação e a pena (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 2. ed. Roma: Laterza, 1990, p. 117-118).

⁶⁶⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 103.

⁶⁶⁶ GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. Standards probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 11, v. 18, n. 2, mai-ago. 2017, p. 90.

⁶⁶⁷ Em sentido diverso, Jordi Ferrer Beltrán, afirma que os *standards* são critérios para se saber quando ou sob quais condições os elementos probatórios são suficientes para que se aceite determinada proposição como verdadeira no raciocínio decisório (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 78).

⁶⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 156.

⁶⁶⁹ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan. In: *Racionalidad y Estándares de Prueba*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, p. 119. No mesmo sentido: WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Temis, 1985, p. 172-173.

⁶⁷⁰ Como destaca Michele Taruffo, nada impede que o legislador estabeleça *standards* diferentes e inclusive inferiores para algumas decisões, como é o caso das decisões sobre medidas cautelares. (*La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 109).

processo civil, o critério é o da probabilidade prevalente (*preponderance of evidence*), enquanto que para o processo penal, o critério é o da prova além da dúvida razoável (*proof beyond any reasonable doubt*).⁶⁷¹

O critério da probabilidade prevalente, segundo Michele Taruffo, está fundado em quatro premissas: (i) a decisão do juiz é o resultado da eleição de uma hipótese entre diferentes alternativas possíveis; (ii) essa eleição deve ser feita a partir de critérios racionais; (iii) é racional a eleição que adota como verdadeira a hipótese de fato mais bem fundada e justificada pelas provas⁶⁷²; (iv) a utilização de probabilidade deve ser feita como um conceito de grau.⁶⁷³ Assim, entre diversas hipóteses possíveis, deve o juiz eleger aquela que tem o grau mais elevado de probabilidade, atentando-se ainda para a regra *mais provável que não* (o grau de confirmação positiva deve ser superior ao grau de probabilidade da hipótese negativa correlata).⁶⁷⁴

Em paralelo, o critério da prova além da dúvida razoável é típico do processo penal e justifica-se, sob o prisma político e moral, na perspectiva de que uma sentença de condenação somente deve ser emitida quando houver certeza da culpabilidade do acusado. Sob o prisma técnico-jurídico, o *standard* mais rigoroso de prova decorre das garantias do acusado, e em especial da presunção de inocência, que só será rompida quando for alcançado grau de certeza que justifique a condenação.⁶⁷⁵

Em termos práticos, é muito difícil precisar, de forma analítica, esse modelo de constatação, notadamente em função do elemento *dúvida razoável*. Michele Taruffo é um crítico das tentativas de utilização da probabilidade estatística para a sua determinação, pois

⁶⁷¹ Para Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, entretanto, não pode haver uma certeza para o processo penal e outra para o processo civil. Para ele, a certeza processual significa convencimento judicial racional além de qualquer dúvida razoável (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55).

⁶⁷² Para Gascón Abellán, o fato de a prova ser direta, dedutiva ou indireta produz, em princípio, diferentes probabilidades: “*La distinción, basada em la estructura lógica de la verificación, tiene también relevancia epistemológica, pues cada uno de estos tres procedimientos arroja, aunque sea en principio, una diferente calidad de certeza: certeza absoluta, en la prueba directa y en la prueba deductiva; simple probabilidad, en la prueba indirecta o inductiva.*” (*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 93).

⁶⁷³ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 103-107.

⁶⁷⁴ Para exemplificar, o fato que tem 30% de probabilidade de ser verdadeiro tem, por outro lado, 70% de chance de não ser.

⁶⁷⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 113-116.

há várias versões do que se considera margem tolerável de erro. Propõe, ao ensejo, a sua substituição por critérios equivalentes como o da *certeza*, da *quase certeza* ou da *altíssima probabilidade* ou, o que avalia como sendo ainda mais adequado, reconhecer que se trata de um conceito jurídico indeterminado que deve ser caracterizado pelo juiz em cada caso.⁶⁷⁶ Essa solução é, certamente, mais adequada do que estipular, arbitrariamente, um percentual como margem aceitável de probabilidade de o fato não ser verdadeiro; mas é preciso destacar que tal método faz recair sobre o juiz o dever de motivação específica, para que evidencie, à luz do conjunto de elementos fático-probatórios, por que se considerou que o fato estava ou não provado além de qualquer dúvida razoável.

Além desses dois grandes *standards*, há campo para a construção legislativa e jurisprudencial de outros paradigmas intermediários, a partir da consideração da importância relativa dos bens jurídicos que estão em jogo.⁶⁷⁷ Danilo Knijnik, com inspiração no direito estadunidense, propõe a utilização do *standard* intermediário da *prova clara e convincente*, em processos não penais cujos valores transcendam a dimensão patrimonial. Trata-se de exigência mais elevada do que a mera preponderância de prova e menos rigorosa do que a prova além de qualquer dúvida razoável.⁶⁷⁸

IV.6.1. *Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais*

Nos processos judiciais punitivos não penais, o direito à prova é também uma das garantias com desdobramentos importantes, pois a natureza punitiva da pretensão, assim como a desigualdade estrutural da relação processual impõe limitações a sua amplitude, na perspectiva do órgão de imputação.

Tal limitação à atividade probatória tem fundamento nas garantias processuais dos acusados em processos de natureza punitiva, em que se exercita o poder estatal de punir.

⁶⁷⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 113-115-116.

⁶⁷⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 139-140. É importante ressaltar, porém, que a posição deste autor, é diferente quanto à função desempenhada pelos *standards*.

⁶⁷⁸ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38-39.

Nesses processos, como visto em relação ao contraditório e à ampla defesa, assegura-se ao réu o direito ao silêncio e o direito a não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado, o que afasta, por exemplo, o dever de colaboração quanto ao esclarecimento dos fatos imputados e a utilização de depoimento pessoal como meio de prova.⁶⁷⁹ Além disso, a garantia da presunção de inocência também tem importantes repercussões na perspectiva probatória.

Essas limitações ao direito à prova, que também incidem nos processos judiciais punitivos não penais, são formas de compensar o desequilíbrio da relação processual que se estabelece entre o autor e particular a quem se imputa a prática de um ilícito não penal grave, punido com penas restritivas de direitos fundamentais, no exercício do poder estatal de punir.

Em relação ao direito à prova e seus desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais, é importante examinar algumas situações em particular.

IV.6.1.1. Impossibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor do réu

Uma das questões mais fundamentais quanto ao direito à prova nos processos judiciais punitivos não penais é a definição do ônus da prova e a possibilidade de inversão. Este tema é particularmente controverso, à vista da posição doutrinária e jurisprudencial que inclui a ação de improbidade administrativa no microsistema de tutela coletiva, conforme se tratou no capítulo II.

Como se afirmou no item IV.5, *supra*, a incidência da garantia da presunção de inocência, na perspectiva probatória, afasta, nos processos judiciais punitivos não penais, a regra geral prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil, de distribuição do ônus da prova. Nesses processos, o ônus deve recair exclusivamente sobre o autor da ação⁶⁸⁰, a quem compete comprovar a prática do ilícito pelo réu, sob pena de improcedência.

⁶⁷⁹ Sobre tais limitações, veja-se o item IV.4.4, *supra*.

⁶⁸⁰ PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 366-371. No procedimento administrativo sancionador espanhol, veja-se a posição de Lucía Alarcón Sotomayor (*El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2007, p. 389-405). Para ela, o ônus de provar os fatos constitutivos da

Por se tratar de *ius puniendi* estatal, nos processos judiciais punitivos não penais e em relação aos pedidos de natureza punitiva, não pode haver inversão de ônus da prova em prejuízo do réu, nem por força da norma do artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil, nas hipóteses legais previstas ou mesmo sob o pretexto da defesa do interesse público e social⁶⁸¹, nem por força do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, diploma normativo que, como foi abordado no capítulo II, não se aplica à pretensão sancionadora.⁶⁸²

Com efeito, inverter o ônus da prova implicaria atribuir ao réu o ônus de provar que não praticou o ilícito que lhe é imputado – ou mesmo que não teve enriquecimento –, sob pena de ser condenado, o que revolveria a estrutura do processo punitivo, que é baseada no ônus exclusivo do órgão de imputação para a comprovação da prática do ilícito, sob pena de improcedência por falta de provas. A postura passiva do réu, em relação às provas, não pode implicar consequência desfavorável, nem vantagem para o órgão de imputação, que, no exercício do *ius puniendi* estatal deve esmerar-se para comprovar a prática do ilícito pelo réu, aí sim, sob pena de a demanda ser julgada improcedente.

IV.6.1.2. Poderes instrutórios do juiz e suas limitações

Ainda no âmbito do direito à prova, um dos temas fundamentais é a questão dos poderes instrutórios do juiz. A abordagem que se faz, aqui, no entanto, é sucinta e limita-se à exposição da posição que se adota na medida de sua conexão com o objeto do trabalho.

pretensão sancionadora é da Administração; já os fatos que excluem ou extinguem devem ser provados pelo imputado, embora também recaia sobre a Administração o ônus probatório da comprovação da culpabilidade.

⁶⁸¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição do ônus da prova no processo de improbidade administrativa e o CPC 2015. Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 241, ano 28, jan-mar. 2016, p. 513; PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCP. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 378.

⁶⁸² Para Ricardo de Barros Leonel, na hipótese do artigo 9º, inciso VII, da Lei n.º 8.429/92, haveria inversão do ônus da prova implícito, de modo que caberia ao réu comprovar que seu aporte econômico era de origem lícita (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 151). A posição adotada neste trabalho é a de que, mesmo nesta hipótese, não há inversão do ônus da prova e cabe ao autor comprovar que houve aquisição, *para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*.

A partir de uma visão publicista do processo, que lhe reconhece escopos que vão muito além do interesse das partes, defende-se uma posição ativa do juiz na atividade de instrução do processo, com iniciativas probatórias na hipótese de dúvida sobre algum fato da causa.⁶⁸³⁻⁶⁸⁴ O reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz costuma ser associado à incidência do princípio *inquisitivo*. Todavia, o emprego dessa expressão no processo civil, como pontua Michele Taruffo, deve ser evitado por invocar o espectro da Santa Inquisição e por aludir a um modelo de processo que, puramente, não existe e nem nunca existiu.⁶⁸⁵

Há controvérsia quanto à influência do direito material na configuração dos poderes instrutórios do juiz. Alguns autores consideram que a natureza do direito material é irrelevante para se reconhecer poderes instrutórios ao juiz, pois mesmo quando o objeto do processo é privado, a função jurisdicional é pública e guiada pela busca da verdade.⁶⁸⁶ Flávio Luiz Yarshell, no entanto, afirma que a natureza do direito deve ter influência sobre a maior ou menor amplitude de poderes instrutórios do magistrado – nos direitos disponíveis, os poderes instrutórios seriam menores e nos direitos indisponíveis, seriam maiores –, embora sem negar que mesmo em litígios sobre direitos disponíveis, entre maiores e capazes, o juiz possa ter alguma iniciativa probatória.⁶⁸⁷

Nos processos judiciais punitivos não penais, porém, a natureza indisponível do direito não acentua os poderes instrutórios do magistrado. Muito pelo contrário, por se tratar

⁶⁸³ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 29, 2006; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual*: sétima série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23-24; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70-72; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79-155; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 82-91.

⁶⁸⁴ Não se trata, entretanto, de um *dever*, até por que o não exercício dos poderes instrutórios não acarreta *sanção* ao magistrado (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 78).

⁶⁸⁵ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 29, 2006, p. 250. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41-42.

⁶⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 91-101; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 90; CASTRO, Daniel Pentead de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 293-294.

⁶⁸⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118-136.

de exercício de *ius puniendi* estatal, a iniciativa probatória do juiz deve ser mais restrita do que se depreende da norma do artigo 370 do Código de Processo Civil⁶⁸⁸, em especial para que não se ponha em risco um dos eixos centrais do processo, que é a separação das funções de imputar e julgar.

Na perspectiva do réu, a desigualdade da relação processual é, em boa medida, contornada em âmbito probatório pela garantia da presunção de inocência, que lhe retira todos os ônus. Nesse caso, eventual iniciativa probatória do magistrado, enquanto ferramenta judicial de compensação do desequilíbrio entre as partes, seria de questionável utilidade.⁶⁸⁹ Na perspectiva do autor, a questão central passa pela avaliação dos limites aos poderes de instrução do juiz para o esclarecimento de dúvida fática.

Uma importante limitação é a impossibilidade de desempenho de atividades que sejam essencialmente *investigativas*⁶⁹⁰, como lançar-se à busca de *meios de prova*⁶⁹¹, que é atividade típica do órgão de acusação.⁶⁹² Eventuais dúvidas por parte do magistrado somente podem ensejar atividade instrutória de ofício quanto à prova produzida e não para suprir falta ou deficiência da atividade de investigação pelo órgão que imputa o ilícito.⁶⁹³

⁶⁸⁸ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

⁶⁸⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126-129.

⁶⁹⁰ Para Leonardo Greco, o juiz não deve transforma-se num *investigador sistemático*, sob pena de por em risco sua imparcialidade (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 164, out. 2008, p. 46).

⁶⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 90-91. Assim, é possível, como elucida Gustavo Henrique Badaró, determinar, de ofício, a oitiva de testemunha referida no processo, cuja fonte de prova, portanto, já se conhece. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 386-387). No processo civil em geral, Fábio Peixinho Gomes Corrêa sustenta que o juiz deve sim considerar outros meios de prova que possam complementar o quadro probatório (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 264-265).

⁶⁹² PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 336.

⁶⁹³ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 336-337.

Além disso, a iniciativa oficiosa deve ser complementar e subsidiária⁶⁹⁴⁻⁶⁹⁵ à atividade das partes e nunca substitutiva ao autor da ação.⁶⁹⁶ Ademais, antes determinar, de ofício, a produção de determinada prova, o juiz deve ouvir as partes, em respeito ao princípio do contraditório, inclusive para saber se há uma razão que justifica o fato de tal prova não ter sido produzida até o momento. As iniciativas probatórias que ultrapassem esses limites tendem a comprometer a imparcialidade do juiz, sendo que, por se tratar de processo punitivo estatal, é preciso manter bem delimitadas as funções de imputar e julgar.

IV.6.1.3. Interceptação de comunicações e prova emprestada

Em exceção ao direito ao sigilo das comunicações, a Constituição Federal admite interceptação, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual

⁶⁹⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 90. Em sentido análogo, para José Manuel de Arruda Alvim Netto, a iniciativa oficiosa tem natureza supletiva e subsidiária (ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 835).

⁶⁹⁵ Veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, embora no processo penal: “(...) 1. A estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham em um mesmo sujeito processual as funções de defender, acusar e julgar, mas não elimina, dada a natureza publicista do processo, a possibilidade de o juiz determinar, mediante fundamentação e sob contraditório, a realização de diligências ou a produção de meios de prova para a melhor reconstrução histórica dos fatos, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade. 2. Não fora assim, restaria ao juiz, a quem se outorga o poder soberano de dizer o direito, lavar as mãos e reconhecer sua incapacidade de outorgar, com justeza e justiça, a tutela jurisdicional postulada, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Uma postura de tal jaez ilidiria o compromisso judicial com a verdade e com a justiça, sujeitando-o, sem qualquer reserva, ao resultado da atividade instrutória das partes, nem sempre suficiente para esclarecer, satisfatoriamente, os fatos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva. 3. O uso, pelo magistrado, de seus poderes instrutórios, presentes em inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal, não autoriza, porém, posturas de vanguarda ou de protagonismo judicial. 4. Entretanto, sob uma ótica que busca a realização do processo justo e tendo em vista as peculiaridades do Tribunal do Júri, em que o juiz-presidente apenas prepara e regula a realização do julgamento pelos juízes populares, deve ser prestigiada a atividade probatória deflagrada pelo Juiz que determina, de ofício, a oitiva em plenário de testemunhas arroladas extemporaneamente na fase do art. 422 do CPP, mas já ouvidas em juízo na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, porque de forma residual e em consonância com os arts. 209 e 497, XI, ambos do CPP, para a correta compreensão de importantes fatos relatados durante a produção da prova oral. 5. Recurso ordinário não provido.” (RHC 87.764/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 03/10/2017).

⁶⁹⁶ Nesta linha, no processo penal: PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 336-337. Para José Roberto dos Santos Bedaque, a atividade probatória deve ser exercida não em substituição às partes, mas “junto com elas”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 110.

penal (artigo 5º, inciso XII).⁶⁹⁷ A interpretação dessa norma é alvo de ampla polêmica na doutrina, em especial sobre a definição de seu núcleo inviolável e do âmbito possível de interceptação, por decisão judicial.⁶⁹⁸ Ademais, o grande avanço das formas de comunicação desde a Constituição Federal é mais um elemento que amplia a controvérsia.

Não será feita, aqui, a análise desta norma constitucional, na perspectiva do que pode ou não ser interceptado, por ordem judicial, na investigação criminal ou para a instrução processual penal, pois isto vai além dos limites predefinidos do objeto deste trabalho. Para os fins propostos, duas questões são importantes: avaliar se pode haver interceptação de comunicações para outros fins, além do processo penal e, ademais, avaliar se a interceptação realizada na forma da lei processual penal e para fins penais pode ser usada em processos judiciais punitivos não penais.

Em relação ao primeiro aspecto, o legislador constitucional foi expresso no sentido de que a permissão excepcional de interceptação deve ter por fim uma investigação criminal ou a instrução processual penal.⁶⁹⁹⁻⁷⁰⁰ Por se tratar justamente de exceção a uma garantia, a regra constitucional não deve ser interpretada de forma ampliativa, para permitir interceptações em hipóteses que não estejam previstas. Não há margem interpretativa para se autorizar judicialmente interceptação de comunicação para a fins de investigação ou de instrução processual não penal. É fundamental que a interceptação seja feita no contexto de uma investigação criminal ou para a instrução processual penal e na forma da lei processual penal.⁷⁰¹

⁶⁹⁷ “Art. 5º (...) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

⁶⁹⁸ A redação empregada, especialmente a parte “salvo, no último caso” permite dúvidas sobre qual seria o último caso (apenas comunicações telefônicas? De dados e das comunicações telefônicas?). Para se ter um panorama das diversas posições da doutrina e jurisprudência a este respeito, veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 506-510.

⁶⁹⁹ José Carlos Barbosa Moreira critica, neste ponto, a opção constitucional de distinguir o processo penal do processo civil, já que o processo civil compreende muito mais que apenas relações jurídicas de caráter privado (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out./dez 1996, p. 151-152).

⁷⁰⁰ Eduardo Cambi afirma que a expressão *penal*, após instrução processual, foi incluída pela Comissão de Redação no texto já aprovado pela Assembleia Constituinte. Afirma, ao ensejo, que há inconstitucionalidade formal e que a norma deve valer para todos os processos. (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90-96).

⁷⁰¹ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 299; DIDIER JR, Fredie; BRAGA,

Com isso, chega-se ao segundo aspecto, que é analisar se, uma vez realizada a interceptação telefônica para investigação criminal ou instrução processual penal, a prova produzida pode ser utilizada em processos judiciais punitivos não penais para a comprovação do mesmo fato, sem violação ao direito de exclusão das provas ilegais.

Na expressão de José Carlos Barbosa Moreira, em linha favorável à utilização de provas produzidas na investigação penal ou para fins de instrução processual penal em outros processos, pode-se afirmar que a hipótese representa o risco de “*arrombar-se um cofre já aberto*”; em sentido oposto, pode-se argumentar que a prova ilícita, “*expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela*”.⁷⁰²

O mecanismo processual que permite a transladação da prova de um processo a outro é o da prova emprestada⁷⁰³, que ingressa no novo processo sob a forma de documento, mas que tem a potencialidade de manter seu valor probatório originário.⁷⁰⁴

O requisito fundamental para o transporte da prova para outro processo é o contraditório, razão pela qual se exige, em doutrina, que a prova a ser emprestada tenha sido produzida, no processo anterior, entre as mesmas partes⁷⁰⁵ ou, ao menos, com a participação da parte contra a qual a prova será usada no novo processo.⁷⁰⁶⁻⁷⁰⁷

Diante do caráter estrito da exceção constitucional, não se pode permitir que, por via de prova emprestada, a norma constitucional seja desvirtuada, o que poderia ocorrer na hipótese em que, sob o pretexto de instauração de inquérito penal para apuração de suposto crime, se objetivasse a colheita de elementos para a caracterização de um ilícito não penal.

Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 100-101.

⁷⁰² José Carlos Barbosa Moreira critica, neste ponto, a opção constitucional de distinguir o processo penal do processo civil, já que o processo civil compreende muito mais que apenas relações jurídicas de caráter privado (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out./dez 1996, p. 153).

⁷⁰³ A matéria é regulada no Código de Processo Civil: “Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

⁷⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de processo*, ano 23, n. 91, jul-set, 1998, p. 93-94.

⁷⁰⁵ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

⁷⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de processo*, ano 23, n. 91, jul-set, 1998, p. 95; CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 54.

⁷⁰⁷ Para Ada Pellegrini Grinover, é requisito também que o contraditório tenha sido instituído perante o mesmo juiz, em especial nas provas orais (GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1996, p. 63).

Não obstante, uma vez produzida a prova excepcional, na forma da Constituição Federal e da lei processual penal, com autorização judicial para fins de investigação criminal ou para a instrução processual penal, não há óbice à sua utilização como prova emprestada em processos judiciais punitivos não penais.⁷⁰⁸ Para isso, é imprescindível que a prova esteja relacionada ao mesmo fato, que o processo anterior tenha sido entre as mesmas partes e que sejam reconhecidas aos réus amplas garantias processuais, na forma como se propõe neste trabalho.⁷⁰⁹

A ilicitude somente estaria caracterizada se a prova excepcional fosse produzida em hipótese que não se amoldasse à exceção constitucional. Todavia, tendo sido produzida de forma lícita, não viola a garantia constitucional a sua utilização, como prova emprestada, em processos que também constituem exercício de *ius puniendi* estatal, nos quais também se objetiva a aplicação de graves sanções restritivas de direitos fundamentais e que também deve ser aplicado o catálogo de garantias processuais do processo penal.

Além dos requisitos identidade de fato a ser provado e de partes, e da plena observância do contraditório, a exigência de observância de amplas garantias é fundamental, pois a própria limitação da possibilidade de quebra de sigilo ao âmbito penal tem relação com a maior amplitude e densidade das garantias constitucionais no processo penal.

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, admite-se, sem maiores exigências e sem os requisitos propostos neste trabalho, o uso de provas lícitamente obtidas por meio de interceptação em sede de investigação criminal como prova emprestada nas ações de improbidade administrativa.⁷¹⁰⁻⁷¹¹

⁷⁰⁸ Em sentido diverso, relativamente à quebra do sigilo de comunicações: GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 298-302. Para Eduardo Talamini, a prova produzida sob abrigo do artigo 5º, XII, e da Lei 9.296/96 no processo penal é inaproveitável para qualquer outro fim, muito embora reconheça a possibilidade de utilização na hipótese de prova irrepetível ou de difícil repetição, por força do princípio da proporcionalidade. (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de processo*, ano 23, n. 91, jul-set, 1998, p. 112).

⁷⁰⁹ Esta afirmação não vale, entretanto, para outros processos que não sejam judiciais punitivos não penais.

⁷¹⁰ No Supremo Tribunal Federal: “A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes.” (RMS 28774, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 22/09/2015). “Prova lícitamente obtida por meio de interceptação telefônica realizada com autorização judicial para instruir investigação criminal pode ser utilizada em processo administrativo disciplinar.” (RMS 24194, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 13/09/2011).

⁷¹¹ No Superior Tribunal de Justiça: “2. A jurisprudência dessa Corte Superior admite a utilização como prova emprestada, em demandas de improbidade administrativa, da degravação de diálogos interceptados em

IV.6.1.4. Critérios de decisão e standard probatório

Na perspectiva do réu, há desdobramentos importantes em relação aos critérios de decisão nos processos judiciais punitivos não penais. Viu-se, ao ensejo, que o processo civil e o processo penal operam em extremos, com modelos de constatação muito diferentes (preponderância de provas, no processo civil e prova além de qualquer dúvida razoável, no processo penal). Entre eles, há um modelo de constatação intermediário, que, como visto, é indicado para processos não penais cujo bem da vida não seja meramente patrimonial (prova clara e convincente).⁷¹²

Nesse cenário, é importante refletir sobre o modelo de constatação adequado aos processos judiciais punitivos não penais, à luz das garantias do processo e, notadamente, à luz da garantia da presunção de inocência. A análise deve ser feita considerando o direito material e os valores consagrados no ordenamento jurídico.⁷¹³

Nos processos judiciais punitivos não penais, como já se demonstrou, a natureza punitiva do direito material, seu potencial de restrições de direitos e a incidência da garantia da presunção de inocência apontam a necessidade de se adotar um patamar de prova mais adensado do que o da mera preponderância de provas, modelo típico dos processos civis de natureza patrimonial.⁷¹⁴

sede de ação penal.” (AgInt no REsp 1645255/AP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 17/08/2017). “2. *A jurisprudência do STJ é firme pela licitude da utilização de prova emprestada, colhida na esfera penal, nas ações de improbidade administrativa.*” (REsp 1297021/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 12/11/2013). “8. *Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, as quais deverão ser submetidas ao contraditório durante a fase instrutória.* 9. *Embora a determinação judicial de interceptação telefônica somente caiba no âmbito de inquérito ou instrução criminal (Lei 9.296/1996), isso não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em Ações de Improbidade que envolvem os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.* 10. *Entendimento que segue a mesma lógica da jurisprudência do STJ e do STF, que admitem o aproveitamento da interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares.*” (REsp 1122177/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 03/08/2010).

⁷¹² Conforme item IV.6, *supra*.

⁷¹³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44.

⁷¹⁴ Nessa linha: “*O standard probatório exigido para eventual condenação com fundamento na Lei 12.846/2013, portanto, dada a natureza das suas sanções, claramente restritivas de direitos, deve ser mais rigoroso se comparado ao das ações cíveis de natureza meramente ressarcitória. (...) Quanto maior a sanha punitiva do legislador, maior é a possibilidade de serem cometidas arbitrariedades e, portanto, maior é a*

A questão que se apresenta é avaliar se a maior densidade se contenta com o modelo intermediário ou se, por força da garantia constitucional da presunção de inocência, o *standard* de prova nos processos judiciais punitivos não penais deve ser o da prova além de qualquer dúvida razoável, equivalente ao *standard* do processo penal.

Sob a perspectiva do direito material, deve-se considerar que embora não haja previsão fora do âmbito formal penal de penas privativas de liberdade, as sanções punitivas não penais são graves – podendo chegar a ser potencialmente mais graves do que as penas previstas para crimes correlatos. Além disso, a gravidade de sanções punitivas como perda da função pública, suspensão de direitos políticos, dissolução compulsória da pessoa jurídica é indiscutível, pois a sua aplicação pelo Poder Judiciário concretiza restrições de direitos fundamentais.

A proposta de Danilo Knijnik é que nas ações de improbidade administrativa o *standard* probatório seja variável tendo em vista a sanção cuja aplicação se postula. Para as sanções de forte caráter penal, como a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos, afirma que o modelo adequado é o do processo penal – prova além de qualquer dúvida razoável. Já para as demais sanções, defende o uso do modelo intermediário – prova clara e convincente – mesmo em relação ao pedido de ressarcimento do dano.⁷¹⁵

Tal relação de gradação entre a sanção e modelo de constatação revela-se pouco operacional, pois implica a adoção, em um mesmo processo – e em uma mesma decisão final de mérito – de *standards* diferentes de prova, o que é de difícil execução e demonstração. Além disso, nem mesmo no âmbito do processo penal, em que também há sanções mais e menos graves, essa relação é estabelecida, pois o *standard* adotado para a condenação⁷¹⁶ é o de prova além de qualquer dúvida razoável, mesmo nos crimes punidos de forma menos severa.

Para além do direito material, o elemento decisivo nessa análise é a presunção de inocência, enquanto regra de julgamento que também incide nos processos judiciais punitivos não penais. Além de impor o ônus da prova à acusação, exige-se um elevado grau

preocupação do jurista/aplicador do direito com os apenados e com a observância do devido processo legal.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, v. 947, ano 2014, p. 267, set. 2014)

⁷¹⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos júzcos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 168-169.

⁷¹⁶ Para decisões cautelares ou interlocutórias, o *standard* de prova pode ser menos rigoroso, como aponta Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 437-438).

de certeza para o rompimento do estado jurídico de não culpabilidade, por meio do *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável.⁷¹⁷

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Barberá, Messegué y Jabardo v. Spain*, decidiu que o princípio da presunção de inocência impõe à acusação o ônus de produzir prova *além de qualquer dúvida razoável* para que o réu possa vir a ser condenado.

Tais elementos apontam para a necessidade de se utilizar o paradigma da prova além de qualquer dúvida razoável nos processos judiciais punitivos não penais.⁷¹⁸⁻⁷¹⁹ Nesses processos, a condenação pressupõe a demonstração racional, com lastro nos fatos imputados e nas provas produzidas, de que o réu praticou o ilícito imputado, além de qualquer dúvida razoável. Se não houver provas suficientes para tal demonstração, a demanda deve ser julgada improcedente; se houver provas suficientes para a condenação, mas houver também prova capaz de levantar *dúvida* sobre o cometimento do ilícito ou sobre a sua autoria, a demanda também deve ser julgada improcedente, em face da regra *in dubio pro reo*, que é um dos desdobramentos da presunção de inocência.

A garantia da presunção de inocência, enquanto norma de juízo, traduz a opção política e moral de que o exercício do poder punitivo estatal, com aplicação de sanções que restringem direitos fundamentais depende da demonstração racional e cabal de que o ilícito foi praticado pelo réu. Sem isso, a decisão condenatória violaria a presunção de inocência e

⁷¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 436, em relação ao processo penal. Especificamente em relação às ações de improbidade administrativa, veja-se: PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 387 e COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 368.

⁷¹⁸ Nessa linha: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 540; PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 388.

⁷¹⁹ Para Guilherme Recena Costa, entretanto, o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa deve ser intermediário – prova clara e convincente (COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 368).

o direito à prova, na dimensão que assegura ao réu o direito à utilização de critérios objetivos de convencimento do julgador.

IV.7. Motivação das decisões judiciais

Além do artigo 5º, da Constituição Federal, outros dispositivos constitucionais também consagram garantias do processo.⁷²⁰ O artigo 93, IX, inserido em Capítulo relativo ao Poder Judiciário, ao estabelecer que *todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade* impõe aos magistrados um *dever* de motivação.⁷²¹ Trata-se, conforme classificação de Luigi Ferrajoli, de uma garantia de segundo grau⁷²², por cumprir a função de possibilitar controle sobre a efetividade de outras garantias.⁷²³

Enquanto garantia política, a motivação das decisões, associada à garantia da publicidade, é um instrumento de controle da forma que se exerce a função jurisdicional; uma espécie de prestação de contas que transcende o processo e as partes e serve à própria sociedade.⁷²⁴ Tem função endoprocessual, para que as partes possam conhecer as razões de convencimento do magistrado, com possibilidade de impugnação em sede recursal e função extraprocessual, para que possa ser objeto de controle pela sociedade, em um contexto de democracia participativa.⁷²⁵

⁷²⁰ Na Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como na Convenção Europeia, não há referência expressa a um direito à motivação.

⁷²¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 78.

⁷²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 573.

⁷²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

⁷²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67-69. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. In: BADARÓ, Gustavo. *Direito Penal e Processo Penal: processo penal I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Coleção Doutrinas Essenciais, p. 277.

⁷²⁵ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 706-707.

Sob o prisma normativo, por impor um dever *definitivo*, trata-se de uma *regra* e não de um princípio⁷²⁶, como costumeiramente se alude.⁷²⁷ Esta conclusão é importante, pois engessa a possibilidade de afastamento do dever de motivar, em caso de conflito de normas, além de dificultar o emprego de soluções interpretativas ruins baseadas no uso inadequado do princípio da proporcionalidade.

Em perspectiva técnico-processual, Rodrigo Ramina de Lucca explica que motivar uma decisão judicial significa “*expor de maneira ordenada, lógica, clara e coerente as razões pelas quais se decide de determinada maneira*”.⁷²⁸ Trata-se de um requisito formal das decisões judiciais, ligado à sua racionalidade, eficiência e também a sua legitimidade, enquanto ato de poder.

Em perspectiva instrumental, Antonio Magalhães Gomes Filho demonstra que o dever de motivação das decisões tem íntima relação com outras garantias processuais: (i) em relação à garantia do juiz natural, é a motivação que permite aferir se houve efetivo respeito à imparcialidade e à independência; (ii) em relação ao contraditório, a motivação evidencia se a decisão é produto da dialética do processo, isto é, se a participação das partes foi efetivamente relevante para a decisão final quanto ao mérito da demanda; (iii) em relação à garantia do duplo grau, a motivação evidencia eventuais vícios decisórios que vão ensejar a interposição de recursos; (iv) em relação à publicidade, a motivação é imprescindível para avaliação da legitimidade de eventuais restrições à publicidade, interna ou externa.⁷²⁹ É claro, portanto, seu entrelaçamento com outras garantias do processo.

Do ponto de vista da estrutura racional, a motivação não é um discurso livre⁷³⁰; e, como ressalta Ennio Amodio, deve seguir o modelo normativo, extraído das normas processuais e dos princípios do sistema.⁷³¹

⁷²⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 80-88. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

⁷²⁷ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180.

⁷²⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 79.

⁷²⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67-88.

⁷³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 106-107.

⁷³¹ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1977, v. 27, p. 204.

Tradicionalmente, a motivação deve compreender os fatos e o direito, ainda que não haja esta divisão metodológica na decisão.⁷³² A motivação de direito abrange atividades de identificação da norma aplicável ao caso e de interpretação, o que pode envolver exame de constitucionalidade e de validade da norma, no plano do espaço e do tempo. Já a motivação de fato compreende, em linhas gerais, a exteriorização das razões que determinam a escolha do material probatório a ser utilizado, a partir do conjunto das provas admitidas, pertinentes e relevantes do processo. Compreende também a valoração desses elementos e a extração de conclusões sobre as afirmações de fato da causa. Nesse processo, faz-se também a análise da qualificação jurídica dos fatos, operação em que se determina a relação entre a *fattispecie* legal e a *fattispecie* que foi apurada no processo.⁷³³

Em clara reação da advocacia, o Código de Processo Civil passou a prever, de forma expressa, hipóteses em que não se considera a decisão fundamentada.⁷³⁴ A rigor, não há inovação em relação ao conteúdo do dever constitucional de motivação⁷³⁵, mas a norma é oportuna por explicitar deveres específicos em relação à atividade de fundamentação das decisões judiciais.

A valoração das provas no processo é feita pelo juiz de forma racional, que como regra⁷³⁶, não está adstrito a critérios legais que estabeleçam de forma estrita o valor de cada meio de prova.⁷³⁷ Ainda assim, o convencimento deve ser motivado, para que a racionalidade do processo de valoração da prova esteja expressa na decisão.

⁷³² CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 74-75.

⁷³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108-141.

⁷³⁴ “Art. 489. (...) § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

⁷³⁵ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 711.

⁷³⁶ Há algumas exceções legais, como é o caso do artigo 158 do Código de Processo Penal, que exige a prova exame de corpo de delito, quando a infração deixar vestígio.

⁷³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, p. 374-375.

A motivação, enquanto garantia, deve ser expressa, clara, coerente e lógica⁷³⁸. Antonio Magalhães Gomes Filho acrescenta que a motivação deve ser íntegra, no sentido de *completude*, e demonstrar que foram levados em conta todos os elementos de fato e de direito potencialmente úteis produzidos no processo, em consideração ao caráter dialético do processo. Além disso, deve ser *correta*, no sentido de fazer referência a elementos que, de fato, constam no processo.⁷³⁹⁻⁷⁴⁰

IV.7.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

As ideias desenvolvidas no item precedente valem para a motivação enquanto garantia constitucional, que se aplica a todas as decisões judiciais e, portanto, ao processo penal e ao processo civil.

Do ponto de vista do conteúdo da garantia constitucional, não há diferença em relação à motivação no processo penal e no processo civil. Em ambos os processos – e em todos os outros –, a decisão judicial tem que ser fundamentada, no sentido de expor, de forma clara, coerente, completa, lógica e correta, as razões de fato e de direito que dão sustentação à decisão.

O dever constitucional de motivação, por ser uma *regra*, não se altera em função do objeto do processo. Seja para determinar a imposição de uma pena privativa de liberdade, seja para determinar o pagamento de quantia, a decisão judicial deve ser motivada e não se pode afirmar que em um caso a motivação deva ser mais densa do que em outro. Em todo e qualquer caso, a motivação deve ser suficiente para se aferir as circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes para a decisão à luz da norma incidente no caso concreto, assim como para se verificar que o juiz efetivamente apreciou as teses de imputação e da defesa, à luz dos elementos de prova.

⁷³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 18.

⁷³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143-149.

⁷⁴⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 217-231.

No processo penal, exige-se indicação dos *motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão* (artigo 381, III, do Código de Processo Penal), assim como no processo civil é elemento essencial da sentença *a fundamentação, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito* (artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil).

Isso não significa que a motivação deve ser idêntica em todos os processos. O modelo teórico da motivação não é necessariamente o mesmo para o processo civil, penal e para os atos administrativos.⁷⁴¹ Além de atender às exigências que decorrem do conteúdo da própria garantia constitucional, a motivação deve ser construída levando-se em consideração as normas de direito material e processual aplicáveis ao caso.

Nos processos judiciais punitivos não penais, como já se afirmou, a motivação deve evidenciar o modelo de constatação utilizado pelo juiz e, em caso de condenação, deve estar clara a suficiência das provas produzidas para o rompimento da presunção de inocência, a partir do *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável.⁷⁴²

Além disso, outra etapa que exige especial atenção é a aplicação de sanções. Não basta que a decisão contenha afirmações genéricas de que a conduta é grave, que poderiam constar de qualquer sentença condenatória. O magistrado deve motivar, em relação a cada um dos réus, a aplicação de cada uma das penas previstas abstratamente⁷⁴³⁻⁷⁴⁴, a partir dos elementos fático-probatórios, considerando o estado anímico do agente nos casos em que isso for relevante para a configuração do ilícito.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1977, v. 27, p. 204.

⁷⁴² No processo penal, veja-se: LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 243.

⁷⁴³ SILVA, João Paulo Hecker da. Fundamentação da Sentença nas Ações de Improbidade Administrativa In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 260; OLIVEIRA NETO, Olavo. Breves Considerações Acerca do Conteúdo e da Eficácia das Decisões Proferidas na Ação de Improbidade Administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 358.

⁷⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento assentado e correto de que não há obrigatoriedade de aplicação cumulada das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa: Jurisprudência em Teses – Edição n.º 40: “13) O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.”

⁷⁴⁵ Veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o elemento subjetivo da conduta nos ilícitos que caracterizam improbidade administrativa: “(...) Segundo iterativa jurisprudência desta Corte, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do agente como incurso nas previsões da LIA é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação dos princípios da Administração Pública) e, ao menos, pela culpa

Além disso, na ação de improbidade administrativa, a fundamentação em relação à dosimetria das sanções deve evidenciar que foram seguidos os critérios legais previstos no artigo 12, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92.⁷⁴⁶ Na mesma linha, nas ações fundadas na Lei Anticorrupção a fundamentação deve ser expressa quanto ao emprego dos critérios legais previstos para a aplicação de sanções, especialmente o artigo 7º⁷⁴⁷ e nos artigos 17 a 22, do Decreto 8.420/2015, quando houver aplicação judicial das sanções administrativas, na forma do artigo 20 da Lei.⁷⁴⁸ Em paralelo, a motivação deve ser específica também sobre o período da sanção (prazo de duração) e sobre a sua intensidade (valor da multa), conforme artigo 12, da Lei n.º 8.429/92 e artigo 7º da Lei n.º 12.846/2013.

A ausência de tais elementos pode ter repercussões na esfera de validade do processo, como será tratado no capítulo V.

IV.8. Razoável duração do processo

nas hipóteses do art. 10º (prejuízo ao erário). (...)” (REsp 1.192.056-DF, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para o acórdão Min. Benedito Gonçalves, j. 17/4/2012).

⁷⁴⁶ “Art. 12. (...) Parágrafo único. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

⁷⁴⁷ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.”

⁷⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 127-129.

A Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o direito à *razoável duração do processo*.⁷⁴⁹ Tal garantia foi incluída na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.⁷⁵⁰

Como bem destacam Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, o processo é um instituto essencialmente dinâmico e feito para prolongar-se no tempo.⁷⁵¹ Não há dúvida, no entanto, de que no revés dessa característica, a excessiva duração do processo é nociva aos interesses da justiça e ao interesse das partes (ou ao menos de uma das partes). Neste cenário, garante-se ao jurisdicionado o direito a que o processo tenha uma duração *razoável*, embora seja uma tarefa complexa precisar, de forma objetiva, a partir de quanto tempo essa duração deixa de ser razoável. A equação é particularmente complexa, pois, de um lado, não se deseja um processo excessivamente curto, em que o preço a se pagar pela celeridade seja o atropelo de garantias fundamentais, ao passo que, de outro, tampouco se cogita de um processo que, de tão longo, materialize a negação da justiça.⁷⁵²

Há dois enfoques principais para a garantia da duração razoável. O primeiro, próprio do âmbito criminal, consiste do direito de ser julgado em prazo razoável na hipótese de privação da liberdade, por decisão cautelar. Esse enfoque desagua na discussão sobre se o excesso de prazo deve acarretar a concessão de liberdade ao acusado para continuar respondendo ao processo. Essa é a face da garantia que rende o maior número de julgados tanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O segundo enfoque, de maior amplitude, materializa o direito de se obter, em qualquer processo, um provimento jurisdicional tempestivo. Essa é a dimensão da garantia que nos interessa.⁷⁵³

⁷⁴⁹ “1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁷⁵⁰ “Art. 5º (...) LXXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação..”

⁷⁵¹ BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

⁷⁵² BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

⁷⁵³ O primeiro enfoque da garantia da duração razoável do processo não será aprofundado neste trabalho, tendo em vista que as penas privativas de liberdade são, via de regra, próprias do Direito Penal, razão pela qual não tem desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais.

Uma das grandes dificuldades de se dar efetividade à essa garantia é a falta de parâmetros legais objetivos para se avaliar qual seria o prazo razoável. Neste cenário, a jurisprudência internacional tem feito esforços para tentar definir critérios mais objetivos.

Um deles é o termo inicial a partir do qual se pode exigir a razoável duração do processo, tema que foi decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Neumeister v. Austria*. Com base nesse precedente, Gustavo Henrique Badaró afirma que o início pode se dar antes mesmo do processo, na instauração de inquérito, quando já há restrição de direitos do cidadão.⁷⁵⁴ O autor sustenta que o termo final da garantia deve ser o momento do julgamento definitivo, com trânsito em julgado, o que inclui o prazo de julgamento dos recursos.⁷⁵⁵ No âmbito processual civil, o Código de 2015 explicitou que, nesse prazo, inclui-se ainda a realização de atividades satisfativas.⁷⁵⁶

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Wemhoff v. Germany*, sistematizou o que veio a ser conhecido como doutrina dos sete critérios para valoração da duração do processo. Mais recentemente, esses sete critérios foram reduzidos a três, que vêm sendo utilizados também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: (i) complexidade do caso; (ii) comportamento da parte e (iii) comportamento das autoridades judiciárias. Para Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Aury Lopes Jr, é fundamental considerar também o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade⁷⁵⁷ na ponderação dos bens jurídicos em jogo. De qualquer maneira, na ausência de uma definição legal do que seria prazo razoável, é muito difícil comprovar a violação desta garantia.

Além disso, outro aspecto a ser considerado é o que deve ser feito em caso de violação. As Cortes Internacionais de Direitos Humanos, na esfera dos processos penais, têm adotado soluções compensatórias, até porque, quando a questão chega para julgamento no plano internacional, o acusado normalmente já foi solto e só resta a solução pecuniária.

Fredie Didier Jr., no âmbito do processo civil, aponta algumas possibilidades e, entre elas, a representação à corregedoria ou ao Conselho Nacional de Justiça, com base no

⁷⁵⁴ Também nessa linha: BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 144-145.

⁷⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80-81.

⁷⁵⁶ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁷⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40-50.

artigo 235, do Código de Processo Civil, o ajuizamento de mandado de segurança contra omissão judicial e ação de indenização, caso a demora traga prejuízos às partes.⁷⁵⁸ As consequências não estão, portanto, relacionadas à esfera de validade do processo.

IV.8.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

A garantia da razoável duração do processo, em que pese dirigir-se a todo e qualquer processo, inclusive ao processo administrativo, tem conotações diferentes na esfera processual penal e processual civil, em razão de sua natureza principiológica.

Essa diferença não está apenas nas prisões cautelares do processo penal, que tornam o excessivo alongamento do processo um fardo muito mais pesado para o acusado. Mesmo nos processos penais em que não há prisão, o indevido alongamento da ação tende a ser mais nocivo do que o excessivo alongamento de um processo não penal. A acusação, feita pelo próprio Estado, de ter praticado um crime é estigmatizante para o acusado e faz recair sobre ele um fardo que se alongará, no mínimo, até o julgamento do processo de forma definitiva. O processo em si é uma pena⁷⁵⁹, por trazer sofrimento psicológico ao réu.⁷⁶⁰ Neste cenário, o excessivo alongamento do processo, em violação à garantia constitucional, é altamente prejudicial ao acusado.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Aury Lopes Jr. destacam que o prolongamento indevido do processo pode fulminar a garantia da presunção de inocência do acusado⁷⁶¹, com repercussões na vida social, profissional, financeira e familiar do acusado. O indevido arrastamento no tempo potencializa o gasto com honorários advocatícios e pode levá-lo a uma grave situação financeira, em especial quando há indisponibilidade de bens, o que inviabiliza a possibilidade de utilização de patrimônio para custeio de gastos ordinários.

⁷⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 96.

⁷⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

⁷⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2, p. 97.

⁷⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

Nos processos judiciais punitivos não penais, o impacto da excessiva duração do processo sobre o réu se dá de forma equivalente ao processo penal.

Os ilícitos não penais, punidos judicialmente com severas sanções restritivas de direitos fundamentais, possuem reprovabilidade social equivalente aos crimes correlatos e, a depender das circunstâncias do caso e das características do réu, podem até ter efeitos mais nocivos. Para uma pessoa que exerça função pública, a ação de improbidade administrativa pendente, por exemplo, pode ser tão estigmatizante quanto uma ação penal.⁷⁶²

Em paralelo, a estrutura do processo judicial punitivo não penal, em que o réu também se vê no polo oposto ao do Estado, que, por força do *ius puniendi* lhe imputa a prática de um ilícito grave, é também sintomática quanto ao sofrimento causado pela mera pendência do processo. Neste cenário, a tendência é que o alongamento indevido do processo seja ainda mais degradante para o réu, do que o excesso de prazo em processos judiciais não penais.

Tais elementos devem ser considerados tanto na perspectiva legislativa de uma futura definição de critérios para se avaliar o que deve ser considerado prazo razoável de duração do processo, como na análise de casos concretos, em que haja alegação de violação a tal garantia constitucional.

IV.9. Publicidade do processo

A publicidade do processo está prevista na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Mesmo quando não havia previsão expressa na ordem constitucional, a publicidade era entendida como uma decorrência política do princípio do devido processo legal.⁷⁶³ Com efeito, publicidade e transparência são verdadeiros predicados do Estado Democrático de Direito, que não compactua com a prática de atos secretos, insuscetíveis de conhecimento e fiscalização pelo povo. José Frederico Marques avaliava,

⁷⁶² Confira-se, a propósito, o que se tratou no item III.7.

⁷⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Dos princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 133.

por essa razão, que a garantia da publicidade é uma das mais importantes, na perspectiva político processual.⁷⁶⁴

A publicidade tem, basicamente, duas funções: proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos – o que permite ainda o controle sobre a imparcialidade e independência do juízo – e permitir que a opinião pública exerça controle sobre os serviços da justiça.⁷⁶⁵

Na Constituição, a garantia é ampla⁷⁶⁶, pois se volta para todos os julgamentos do Poder Judiciário, ao passo que na Convenção Americana, dirige-se expressamente apenas ao processo penal.⁷⁶⁷ Conjugando-se ambos os textos, a publicidade é uma garantia que deve incidir como regra em todos os processos judiciais. A sua restrição deve ser excepcional, nas hipóteses previstas na Constituição e fundamentada à luz de elementos do caso concreto.⁷⁶⁸

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 alterou a redação do artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desde então, para Gustavo Henrique Badaró, a interpretação a ser dada é a de que a preservação à intimidade pode excepcionar a regra geral da publicidade, mas não se poderá restringir a publicidade nem mesmo para preservação da intimidade quando isso prejudicar o interesse público à informação.⁷⁶⁹ Há, portanto, uma regra, uma exceção e uma exceção da exceção.

Em relação aos procedimentos investigativos, em que pese o fato de a garantia da publicidade ser expressa apenas quanto a atos do *processo*, não se pode negar ao acusado o acesso aos documentos já produzidos.⁷⁷⁰ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou

⁷⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II, p. 116.

⁷⁶⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 63.

⁷⁶⁶ “Art. 5º. (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

Art. 93. (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

⁷⁶⁷ “5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

⁷⁶⁸ No Código de Processo Civil, houve ampliação dos interesses que justificam a tramitação em segredo de justiça (art. 189, I, interesse público ou social).

⁷⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.

⁷⁷⁰ O entendimento do Supremo Tribunal Federal é o de algumas diligências podem ser realizadas de forma sigilosa, para assegurar o seu sucesso. Veja-se: “4. Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. (...) Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado

a Súmula Vinculante n.º 14⁷⁷¹, que, porém, como registra Gustavo Henrique Badaró, não resolveu boa parte dos problemas práticos que se enfrenta para se ter acesso aos inquéritos policiais, já que muitas vezes não se inclui o nome do investigado ou do indiciado, o que é frequentemente utilizado como óbice ao acesso aos autos.⁷⁷²

IV.9.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

Assim como a garantia da motivação, a publicidade dos processos é uma *regra* constitucional, de modo que não há variação de grau de incidência em relação aos processos judiciais punitivos não penais como nas garantias estruturadas sob a forma de *princípios*. Por isso, os processos judiciais punitivos não penais devem ser públicos, salvo quando configuradas as exceções constitucionais.

A publicidade deve ser a regra também nos *procedimentos* preliminares de investigação, conduzidos pelo *Parquet* ou pela pessoa jurídica de direito público, que não

e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (...) 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados (...) não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte." (HC 88190, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 29.8.2006).

⁷⁷¹ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

⁷⁷² Veja-se a decisão do STF a esse respeito: “O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo o Parquet sonegar, selecionar ou deixar de juntar aos autos quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu advogado. O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.” [HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20-10-2009, 2ª T, DJE de 20-11-2009]. A orientação vale também para investigações não penais, pois a publicidade do procedimento investigativo deve ser a regra independentemente da natureza da infração apurada.

podem negar ao investigado ou a seus procuradores acesso aos autos, onde constem – e devem constar – todas as diligências e atos realizados.⁷⁷³⁻⁷⁷⁴

No âmbito do processo, o Código de Processo Civil trata do tema no artigo 189, em que quase reproduz, nos incisos I e III, as hipóteses constitucionais.⁷⁷⁵ Conjugando-se tais situações com a regra constitucional, a publicidade do processo somente pode ser restringida para preservação da intimidade e, ainda assim, somente se a restrição não trazer prejuízo ao interesse público à informação.

Nos processos judiciais punitivos não penais referidos neste trabalho, é relevante considerar que os ilícitos usualmente envolvem questões atreladas à gestão do patrimônio público, o que reforça o interesse público à informação. Se há efetivamente indícios de que houve prática de ilícitos graves por um agente público, há, em princípio, interesse público em permitir que a sociedade acompanhe a tramitação do feito. O sigilo, portanto, deve ser excepcional e amplamente fundamentado.

Nesses processos, é usual que o requerimento de restrição da publicidade venha acompanhado do argumento de que a ação foi ajuizada com fins eleitoreiros, com o propósito de manchar a imagem do agente público perante a sociedade. Essa é uma questão que deve ser analisada com cautela, pois, uma vez confirmado o propósito, a solução está mais ligada ao juízo de admissibilidade da demanda do que à restrição da publicidade do processo.

Há casos, no entanto, em que se avaliou que a publicidade deveria efetivamente ser restringida. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática do Min. Napoleão Nunes Maia Filho manteve a decisão de decretação de segredo de justiça em uma ação de improbidade administrativa movida contra um magistrado, por referendar a decisão recorrida no sentido de que a publicidade do processo poderia causar tumulto nos processos em que o réu atua como juiz.⁷⁷⁶

⁷⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 71.

⁷⁷⁴ Para Marino Pazzaglini Filho, o princípio da publicidade aplica-se, como regra, no inquérito civil, mas pode ser afastado em casos de supremacia do interesse público ou para a preservação de sigilo de dados (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 179).

⁷⁷⁵ “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; (...); III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; (...).”

⁷⁷⁶ “Recurso Especial nº 1.430.549 - PR (2014/0010432-5) (...) Decisão direito sancionador. Ação civil pública por supostos atos de improbidade administrativa. Agravo de instrumento interposto pelos réus objetivando a aposição de segredo de justiça no feito. Acórdão do TJ/PR que, reformando decisão de primeiro grau, deferiu o pedido, ao fundamento de que a publicação dos atos processuais causará tumulto nos processos

IV.10. Direito ao recurso

Apesar de não haver norma expressa na Constituição que assegure o duplo grau de jurisdição⁷⁷⁷, tem-se entendido que se trata de um princípio implícito, que pode ser inferido da garantia do contraditório e da ampla defesa⁷⁷⁸ e da estruturação de órgãos e competências do Poder Judiciário.⁷⁷⁹ Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos é expressa em assegurar ao acusado o direito ao recurso.⁷⁸⁰ Há também previsão de conteúdo equivalente no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.⁷⁸¹

O direito ao recurso, garantia de bastante destaque na jurisprudência da Corte Interamericana⁷⁸², é um dos pontos de maior diferença em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷⁸³ em tema de processo equitativo, por ser nesta muito mais restrito. Na

judiciais em que o demandado, juiz de direito, exerce as suas funções. O rol do art. 155 do CPC/73 é exemplificativo, não exaustivo, sendo autorizado o segredo de justiça noutras situações também merecedoras de tutela jurisdicional, por envolverem a preservação de outras garantias, valores e interesses fundamentais, como o direito à intimidade da parte (CF, art. 5º, X), ao sigilo de dados (CF, art. 5º, XII), o resguardo de informações necessário ao exercício profissional (CF, art. 5º, XIV) ou para atender a interesse público, relacionado à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII) Precedente: RESP 1.082.951/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJE 17.8.2015. In casu, a corte local, em aferição dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, impermeáveis a alterações em sede de recorribilidade especial, aduziu que seria justificável o segredo de justiça nos autos (AGRG no ARESP 636.609/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJE 18.5.2015), motivo pelo qual não há falar-se em violação do art. 155 do CPC/73 pelo aresto a quo. Parecer do MPF pelo provimento do apelo raro. Recurso especial do MP/PR a que se nega seguimento.” (Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 02/09/2016).

⁷⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22-23.

⁷⁷⁸ “Art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

⁷⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 815.

⁷⁸⁰ “2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: j) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

⁷⁸¹ “Art. 14. (...) 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”

⁷⁸² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 115.

⁷⁸³ Art. 2º, do Protocolo 7: “Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal

1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.

Convenção Europeia, o direito ao recurso, que originalmente não estava nem garantido e foi acrescentado por meio do Protocolo 7, é assegurado em caso de declaração de culpabilidade ou de condenação. Não obstante, o item 2 estabelece exceções, entre as quais a hipótese de o julgamento ter sido proferido pela mais alta jurisdição.

O direito ao recurso, tal como previsto na Convenção Americana, é direito de recorrer da sentença condenatória, de modo que eventual irrecorribilidade de decisões interlocutórias não é incompatível com a norma convencional, se não houver preclusão para que a matéria possa ser objeto de recurso ao final, a ser interposto contra a sentença.⁷⁸⁴

Ao se analisar o direito ao recurso na Convenção, é importante perceber que a perspectiva é diferente do processo civil. O direito previsto na Convenção é uma garantia do *acusado* contra a decisão condenatória e não um direito *bilateral*. Trata-se de um reforço da presunção de inocência, que do ponto de vista da Convenção, é superada pela sentença condenatória, enquanto instrumento de comprovação legal da culpa. É como se a presunção de inocência, que milita em favor do acusado, não pudesse ser superada apenas a partir de uma única decisão condenatória; é necessário uma confirmação por órgão superior.⁷⁸⁵ Para Julio Maier, da garantia prevista na Convenção, extrai-se a exigência de que, para execução de uma pena, é necessária *dupla conformidade judicial*, se o condenado assim postular.⁷⁸⁶

Trata-se de uma garantia que se adequa ao perfil acusatório do processo penal e que complementa a garantia da presunção de inocência. Sob o prisma político, o direito ao recurso é fundamental para evitar decisões judiciais autoritárias, que se tornariam definitivas se não houvesse um mecanismo que possibilitasse a sua reversão.

Não há garantia equivalente para o órgão de acusação, embora também não haja vedação a que venha a ser instituído por lei. A *garantia*, no sentido próprio do termo, é apenas do condenado.⁷⁸⁷

2. *Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição*”.

⁷⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44-47.

⁷⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 72-78.

⁷⁸⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, t. I, p. 713.

⁷⁸⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, t. I, p. 708.

O texto normativo da Convenção estabelece que o recurso deve ser examinado por *órgão superior*, singular ou colegiado, exigência que é apontada pela doutrina processual civil mesmo à luz do princípio do duplo grau de jurisdição.⁷⁸⁸⁻⁷⁸⁹ Pela norma da Convenção, tem-se entendido que não é imprescindível que se trate de órgão de cúpula.⁷⁹⁰ É possível que o julgamento do recurso seja feito, por exemplo, por turma de juízes de primeiro grau, como acontece nos juizados especiais (artigo 98, I, da Constituição Federal).⁷⁹¹

O direito ao recurso pode ser exercido para a correção de *error in iudicando* e *in procedendo* e, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve oportunizar reexame integral da decisão recorrida⁷⁹², o que abrange questões de fato⁷⁹³, de direito e de prova.⁷⁹⁴ Além disso, as formalidades de admissibilidade devem ser mínimas, para que não representem obstáculos ao exercício do direito ao recurso.⁷⁹⁵

Segundo Julio Maier, o direito ao recurso, conjugado com a garantia do *ne bis in idem*, implica a impossibilidade de se conferir ao órgão acusador o direito de recorrer da sentença absolutória, pois isto traria para o acusado um novo risco de condenação e uma nova persecução penal.⁷⁹⁶ Tal interpretação é bastante extremada, pois a garantia conferida ao condenado não implica automática vedação à interposição de recurso pela acusação.⁷⁹⁷

⁷⁸⁸ Para José Carlos Barbosa Moreira, o duplo grau pressupõe que o reexame seja feito por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2013, p. 238).

⁷⁸⁹ Para Ana Cândida Menezes Marcato, no entanto, o conceito de duplo grau de jurisdição não exige que o reexame seja feito por órgão de hierarquia superior, apenas que seja feito por órgão diverso. (A reforma do Código de Processo Civil e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. *Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade de São Paulo*, 2006, p. 23). Também nesse sentido, Nelson Nery Junior (NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44).

⁷⁹⁰ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161.

⁷⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

⁷⁹² Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, § 89.

⁷⁹³ Em relação à matéria de fato, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhece que o direito ao recurso compreende a possibilidade de o julgador de órgão superior participar do contraditório quanto à prova que fundamenta a condenação, a fim de que a revisão não se limite à mera avaliação dos fatos e provas feita pelo juiz de piso.

⁷⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

⁷⁹⁵ Caso *Mohamed v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, § 99.

⁷⁹⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, t. I, p. 715-717.

⁷⁹⁷ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 187.

Além disso, a devolução da causa à instância superior, por força de recurso, enquanto um prolongamento da relação jurídica processual que já existe, não caracteriza nova persecução violadora da garantia do *ne bis in idem*. O que não há, efetivamente, é um direito da acusação ao recurso, mas disto não se pode concluir que haja um impedimento à previsão de recurso em favor da acusação.

No plano infraconstitucional, um dos importantes desdobramentos do direito ao recurso, ligado a sua personalidade⁷⁹⁸, é a vedação à *reformatio in pejus*, que no processo penal, de forma diversa do processo civil, tem regra expressa na legislação.⁷⁹⁹ Este é um aspecto importante da sistemática recursal, mas por ter fundamento infraconstitucional⁸⁰⁰, não será objeto de análise neste trabalho.

No processo penal, uma das grandes questões envolvendo o direito ao recurso é como compatibilizá-la com a distribuição de competências no âmbito do sistema recursal, em especial na hipótese em que a condenação sobrevém em grau de recurso.

No caso *Mohamed c. Argentina*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que, diferentemente da norma do Protocolo 7, artigo 2º, da Convenção Europeia, a norma da Convenção Americana não excepciona o direito ao recurso na hipótese de a condenação ser proferida em segunda instância, após absolvição em primeira,⁸⁰¹ razão pela qual o direito ao recurso deve ser assegurado inclusive neste caso. Decidiu-se ainda que a previsão legal de interposição de recurso extraordinário federal, em que não se aprecia matéria de fato ou de prova, contra a decisão condenatória de segunda instância não supre a exigência da Convenção.

Este aspecto é também latente nas hipóteses de foro por prerrogativa de função, que também foi objeto de decisão recente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁷⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

⁷⁹⁹ “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

⁸⁰⁰ No processo civil, a vedação da *reformatio in pejus* é um desdobramento lógico do princípio dispositivo. Nesta linha: BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 224; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 201.

⁸⁰¹ No mesmo sentido, veja-se a decisão no caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, § 96, julgado em 30 de janeiro de 2014.

No julgamento do caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, a Corte decidiu que, muito embora o estabelecimento de foros por prerrogativa de função não seja incompatível com a Convenção, é preciso garantir ao acusado o direito ao recurso, em caso de condenação. Decidiu-se ainda que tal direito seria garantido se o julgamento do recurso pelo Tribunal fosse feito em primeiro lugar pelo presidente ou por uma turma e depois pelo pleno, com exclusão daqueles que participaram do julgamento. A decisão sugere que o caminho, nestes casos, é o fracionamento do órgão e a divisão de competências como forma de assegurar o direito ao recurso.

Nesse mesmo caso, a Corte também foi expressa ao rechaçar o argumento de que o julgamento direto pelo Tribunal de mais elevada hierarquia – em tese, composto por magistrados mais experientes ou mais preparados – teria o condão de afastar o direito ao recurso. Entendeu-se que o direito ao recurso pressupõe efetivamente reanálise por órgão superior.

No Brasil, a questão do direito ao recurso, na perspectiva do foro privilegiado foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal n.º 470, no caso conhecido como mensalão. Por maioria de votos, decidiu-se pelo cabimento de embargos infringentes, com fundamento no artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, contra a decisão condenatória do Plenário, em que tenha havido, pelo menos, quatro votos absolutórios.⁸⁰² O fato, porém, é que os embargos infringentes previstos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não atendem ao *standard* de recurso exigido pela Corte Interamericana, à luz da Convenção.⁸⁰³ Além de ser um recurso de cabimento restrito, o julgamento é feito também pelo plenário, de modo que não se trata de um recurso julgado por órgão *superior*.

⁸⁰² Veja-se a ementa de um dos acórdãos em que essa matéria foi decidida: “(...) É manifestamente incabível a interposição de embargos infringentes sem que existam, no mínimo, quatro votos absolutórios, como estabelecido no artigo 333, I, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. O agravante, em nenhuma das condenações objeto do presente recurso, atende a esse requisito legal de cabimento dos embargos infringentes. (...) O número de votos absolutórios exigidos pelo regimento para o cabimento dos Embargos Infringentes é objetivo, inexistindo qualquer exceção ou mitigação, com base, por exemplo, no número de ministros votantes presentes à sessão de julgamento cujo acórdão se pretende impugnar. O direito ao duplo grau de jurisdição não dispensa a necessidade de que sejam observados os requisitos impostos pela legislação para o cabimento de um recurso, qualquer que seja ele. É a lei que cria o recurso cabível contra as decisões e estabelece os requisitos que autorizam a sua interposição, ausente previsão de recurso *ex officio* ou reexame obrigatório, independentemente do preenchimento dos pressupostos recursais específicos. Agravo regimental desprovido.” (AP 470 EI-décimos quintos-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 22/05/2014).

⁸⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

IV.10.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

A garantia do direito ao recurso prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos também se aplica aos processos judiciais punitivos não penais, pois, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – e também da Corte Europeia, como se tratou no capítulo III – as garantias processuais não se restringem ao processo penal.

Nos casos em que, no exercício do *ius puniendi* estatal, houver imputação de ilícitos graves e aplicação de severas sanções restritivas de direitos fundamentais, com expressiva desigualdade da relação processual, o catálogo de garantias deve ser amplo, o que inclui o direito do réu de recorrer da sentença condenatória para um órgão superior.

Além disso, como se tratou acima, o direito ao recurso é também uma extensão da presunção de inocência, garantia estrutural nos processos judiciais punitivos não penais como forma de reequilibrar a relação jurídica processual.

Assim, deve-se reconhecer ao réu nos processos judiciais punitivos não penal o direito de recorrer da sentença condenatória a um órgão superior, a fim de que as sanções determinadas somente lhe sejam aplicadas após a confirmação do rompimento da presunção de inocência, a partir de uma segunda análise do caso.

Mas, como no processo penal, é preciso ter presente que nos processos judiciais punitivos não penais o direito ao recurso é uma garantia do réu, a quem se imputa a prática de um ilícito grave, contra a sentença condenatória. Este é um desdobramento importante, já que, no âmbito do processo civil, não é usual que o recurso seja visto nessa perspectiva subjetiva. Não há, portanto, garantia de direito ao recurso para o órgão de imputação.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – e portanto, no plano legal – há ainda controvérsia sobre a sujeição da sentença de carência ou de improcedência proferida em ação de improbidade administrativa à remessa necessária. Na Segunda Turma, a sentença sujeita-se à remessa necessária, por aplicação analógica da Lei de Ação Popular: “(...) 3. Por ‘aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n. 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário’ (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 29/5/2009). 4. A sentença que rejeita a inicial da ação de improbidade, por sua manifesta improcedência, sujeita-se ao reexame necessário. (...)” (AgInt no REsp 1596028/MG, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, j. 26/09/2017. Na Primeira Turma, entretanto, prevalece o entendimento, que nos parece acertado, de que a sentença não se sujeita à remessa necessária: “1. Conheço e reverencio a orientação desta Corte de que o art. 19 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), embora refira-se imediatamente a outra modalidade ou espécie acional, tem seu âmbito de

Nos processos judiciais punitivos não penais, em que não há previsão – ou ao menos não explicitamente⁸⁰⁵ – de foro por prerrogativa de função, o direito ao recurso é exercido por meio da apelação, em que, com ampla devolutividade, toda matéria de fato, de prova e de direito pode ser levada à apreciação do órgão *ad quem*.

Ao longo do processo, há também previsões pontuais de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias. Na atual sistemática, é cabível agravo de instrumento nas hipóteses do artigo 1015, do Código de Processo Civil, em que se destacam as decisões que versem sobre tutela provisória, mérito, exclusão de litisconsorte e redistribuição de ônus da prova. Nas ações de improbidade administrativa, há também previsão legal de cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que receber a petição inicial (artigo 17, § 10, da Lei n.º 8.429/92). Não há previsão equivalente para a ação da Lei Anticorrupção e, embora fosse desejável a coerência do sistema, neste ponto – o que se alcançaria com a previsão de agravo de instrumento contra a decisão inicial de recebimento da demanda –, não se pode afirmar que haja violação ao direito ao recurso. Além de não se tratar de sentença condenatória, o direito ao recurso não pressupõe recorribilidade imediata, desde que a decisão final de mérito possa ser revista de forma ampla.

Nesses processos, é importante avaliar como assegurar o direito ao recurso na hipótese de condenação proferida em segunda instância, em julgamento de recurso contra uma sentença de improcedência. Neste caso, o cabimento de recurso excepcional, de função nomofilática, que não possibilita a revisão de fatos e provas, não atende à garantia do direito ao recurso, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para dar amparo sistêmico à garantia, é necessário que se preveja o cabimento de recurso contra acórdãos condenatórios proferidos

aplicação estendido às ações civis públicas, diante das funções assemelhadas a que se destinam - proteção do patrimônio público em sentido lato - e do microssistema processual da tutela coletiva, de maneira que as sentenças de improcedência de tais iniciativas devem se sujeitar indistintamente à remessa necessária (REsp. 1.108.542/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJe 29.05.2009). 2. Todavia, a Ação de Improbidade Administrativa segue um rito próprio e tem objeto específico, disciplinado na Lei 8.429/92, e não contempla a aplicação do reexame necessário de sentenças de rejeição a sua inicial ou de sua improcedência, não cabendo, neste caso, analogia, paralelismo ou outra forma de interpretação, para importar instituto criado em lei diversa. 3. A ausência de previsão da remessa de ofício, nesse caso, não pode ser vista como uma lacuna da Lei de Improbidade que precisa ser preenchida, razão pela qual não há que se falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente; deve-se assegurar ao Ministério Público, nas Ações de Improbidade Administrativa, a prerrogativa de recorrer ou não das decisões nelas proferidas, ajuizando ponderadamente as mutantes circunstâncias e conveniências da ação. (...)” (REsp 1220667/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 04/09/2014).

⁸⁰⁵ Sobre o tema, confira-se o que se tratou no item IV.2.

no julgamento da apelação interposta contra sentença de improcedência em processos judiciais punitivos não penais ou no julgamento de remessa necessária. O julgamento de tal recurso poderia ser inclusive da competência do próprio órgão *ad quem*, em composição diversa daquela que julgou a apelação ou a remessa necessária.

IV.11. Proibição de submissão a novo julgamento

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a garantia da proibição de submissão do acusado absolvido a um novo julgamento.⁸⁰⁶ Há norma semelhante no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, embora com conteúdo mais restrito.⁸⁰⁷ Não há previsão equivalente na Constituição da República.⁸⁰⁸

Esta regra, por vezes referida simplesmente como *ne bis idem*, tem conteúdo de direito material e processual. Sob o prisma material, assegura-se o direito de não ser *punido* duas vezes pelo mesmo fato. Já em sua face processual, o *ne bis in idem* significa a proibição de não ser julgado novamente pelo mesmo fato.⁸⁰⁹ A separação, entretanto, entre esses dois âmbitos nem sempre pode ser feita de forma muito clara e, em última análise, a configuração da proibição de submissão a novo julgamento está atrelada àquilo que se entende como vedado, do ponto de vista material da garantia.

⁸⁰⁶ “4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

⁸⁰⁷ “Art. 14. (...) 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.” (sic). Víctor Lizarraga Guerra adverte que a alusão à *delito* é mais restritiva do que fórmula utilizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que se refere aos mesmos fatos. (LIZARRAGA GUERRA, Víctor. Fundamento del “*ne bis in idem*” en la potestad sancionadora de la Administración Pública. Artigo disponível em perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120908_02.pdf. Acesso em 01.09.2017).

⁸⁰⁸ A Constituição Federal prevê, no âmbito das competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a revisão criminal (artigos 102, I, “j”, 105, I, “e” e 108, I, “b”) e não esclarece se essa revisão seria apenas em benefício do condenado ou se seria também admitida a chamada revisão *pro societate*. Neste cenário, Gustavo Henrique Badaró entende que a vedação à revisão *pro societate* decorre da norma da Convenção Americana. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 969-971).

⁸⁰⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese apresentada ao concurso de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 699.

O fato é que, a análise, do ponto de vista material, sobre se o processo judicial punitivo não penal configura *bis in idem* em relação ao processo penal relativamente ao mesmo fato ou em relação ao processo administrativo relativo ao mesmo fato, é um tema que extrapola os limites estritos definidos para este trabalho.⁸¹⁰ Por isso, a análise da garantia será feita apenas e tão somente em relação à face processual (impedimento de submissão a

⁸¹⁰ Apesar de escapar ao objeto da tese, pode-se afirmar que, para além do aspecto de garantia, no plano da racionalidade do sistema jurídico como um todo, não nos parece que faça sentido movimentar a máquina judiciária duas – ou mais vezes – para punir um mesmo sujeito, com sanções diferentes, em relação aos mesmos fatos, sob o pretexto da independência das instâncias. Sobre o tema, é interessante analisar o caso *Sergey Zolotukhin v. Russia*, que tramitou no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O Sr. Sergey foi acusado de ter entrado em área militar restrita juntamente com sua namorada. Já na delegacia, o Sr. Sergey, que estava bêbado, proferiu ofensas verbais aos servidores que estavam no local. Depois de ser conduzido ao escritório do chefe de polícia, o Sr. Sergey proferiu novas ofensas verbais e fez ameaças de violência física ao Chefe de Polícia. Na viatura policial, o Sr. Sergey ameaçou de morte o Chefe de polícia. Diante de tais fatos, foi-lhe imputada a prática da infração administrativa consistente em usar linguagem ofensiva em local público e não responder às reprimendas, com aplicação da pena de detenção administrativa por três dias. Dias depois, foi aberto inquérito policial pela prática do crime de causar desordem e resistir à força policial, que culminou no indiciamento do Sr. Sergey. Em sede judicial, o acusado foi condenado pela prática criminosa imputada, tendo o Tribunal confirmado a sentença de primeira instância.

Em petição dirigida ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Sr. Sergey alegou que teria havido violação ao artigo 4º, do Protocolo 7, que enuncia a proibição de dupla punição pelo mesmo fato. Para apreciar se teria havido de fato violação à vedação do *ne bis in idem*, a Corte Europeia foi minuciosa. Examinou detalhadamente os tipos – criminal e administrativo – em que o Sr. Sergey foi enquadrado e esmiuçou os critérios a serem levados em consideração ao se verificar se houve mesmo dupla punição. Como no âmbito da Convenção Europeia, a vedação é que haja dois julgamentos ou punições *penais* pelo mesmo fato, o Tribunal examinou, em primeiro lugar, se a sanção administrativa imputada deveria ser considerada criminal para os fins da Convenção. A conclusão foi afirmativa, pela natureza da infração e severidade da pena prevista abstratamente. Fixada esta premissa, a Corte passou a analisar se estaria presente, no caso, o elemento *idem*, isto é, se as infrações administrativa e criminal eram de fato idênticas. Depois de explicitar três teorias empregadas em casos anteriores sobre como essa aferição de identidade de elementos entre as infrações deve ser feita, o Tribunal verificou a necessidade de uniformizar o entendimento sobre o tema.

Decidiu-se pela adoção do critério dos elementos essenciais, por meio do qual o Tribunal deve examinar o relatório de fatos contido na primeira decisão como ponto de partida para examinar se a nova imputação efetivamente diz respeito aos mesmos fatos. No caso, o Tribunal concluiu que os fatos em relação aos quais o acusado seria denunciado eram, substancialmente, os mesmos que foram utilizados para imposição de sanção administrativa e que, por essa razão, houve violação ao artigo 4º, do Protocolo 7. É interessante observar que, neste precedente, o Tribunal Europeu fez referência ao texto da Convenção Americana e reconheceu que se trata de norma mais favorável à vítima, por não exigir que o processo anterior tenha sido criminal.

Esse precedente demonstra que, à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, as instâncias administrativa e criminal não são independentes, de modo que a anterior condenação em sede administrativa impede o processamento de ação penal posterior, em relação aos mesmos fatos.

Mais recentemente foi julgado também o caso *Grande Stevens and Others v. Italy*, em que o Tribunal Europeu invalidou processo criminal, em razão de já terem sido aplicadas sanções administrativas punitivas aos acusados, relativamente à mesma conduta. No caso *Affaire Kapetanios et Autres c. Grèce*, julgado no ano de 2015, o Tribunal seguiu a mesma orientação e entendeu que a absolvição criminal deve impedir a condenação administrativa posterior, sob pena de violação ao *ne bis in idem*.

um novo processo judicial punitivo não penal da mesma espécie⁸¹¹), desconsiderando-se eventuais outros processos punitivos que sejam relativos aos mesmos fatos.

A garantia assegura ao acusado absolvido⁸¹² por sentença transitada em julgado que não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.⁸¹³ Impede, na visão de Rogério Schietti Machado Cruz, a formação, a continuação ou sobrevivência da nova relação processual.⁸¹⁴ O texto da norma poderia ter sido ainda mais garantista se tivesse previsto expressamente que a proibição também alcança aquele que foi anteriormente condenado, para evitar que haja nova ação e novo sancionamento mais gravoso⁸¹⁵, sem ter que se recorrer ao argumento técnico dos limites objetivos da coisa julgada.⁸¹⁶

Giovanni Leone explicava que o *ne bis in idem* tem dois elementos essenciais: a identidade de pessoas e de fatos. A identidade de fatos deve ser averiguada a partir de um juízo de relação entre o processo concluído e o novo processo e refere-se a mesma *conduta*, ainda que com novo rótulo jurídico ou acrescida de outros elementos.⁸¹⁷ A identidade refere-

⁸¹¹ Não será objeto de análise, por exemplo, se o trânsito em julgado de uma sentença absolutória proferida em sede de ação de improbidade administrativa impediria, por força da garantia do *ne bis in idem*, o ajuizamento de ação para aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção. Esta análise é, precipuamente, de direito material e, por isto, escapa ao recorte de objeto deste trabalho.

⁸¹² A norma do artigo 14, item 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto n.º 592/92 é mais ampla por impedir novo processo na hipótese de absolvição ou de condenação definitiva anterior pelo mesmo delito: “7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.”

⁸¹³ Há norma de conteúdo similar no Protocolo 7, anexo à Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas, diferentemente da Convenção Americana, admite-se a revisão criminal *pro societate*, desde que prevista em lei, em caso de fatos novos ou de verificação de vícios graves no processo original:

“Art. 4.º. Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15.º da Convenção.”

⁸¹⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 11.

⁸¹⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “ne bis in idem” e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, jul-set. 2005, p. 42.

⁸¹⁶ Os limites objetivos delineiam a extensão da matéria imunizada pela coisa julgada, à luz do objeto da sentença e do processo. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133).

⁸¹⁷ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, v. 3, p. 339-343.

se ao mesmo *comportamento* e o fato de virem a ser conhecidas novas circunstâncias desta mesma ação ou omissão não autoriza a segunda persecução penal.⁸¹⁸

Na prática, nem sempre é simples aferir se a conduta refere-se a um único fato ou a fatos diversos, passíveis de divisão para fins persecutórios, sem violação à garantia. Julio Maier sugere que, nesta análise, devem ser utilizadas as regras sobre concurso material ou formal de crimes, permitindo-se a segunda ação penal apenas na hipótese de fatos independentes (concurso material).⁸¹⁹

Na interpretação de Rodolfo Tigre Maia, sob o prisma processual, a garantia representa proibição da realização de novo processo e/ou de nova investigação, após o indivíduo ter sido anteriormente julgado pelo mesmo fato ou por já estarem em curso processo ou investigação instaurados por idêntico motivo.⁸²⁰⁻⁸²¹

Para a incidência da garantia, é importante que tenha havido formação de coisa julgada material, sendo insuficiente para evitar o novo processo a coisa julgada meramente formal. Assim, como regra, a rejeição de denúncia não impede nova ação penal, salvo em caso de inadmissão por extinção da punibilidade ou por atipicidade de conduta, hipóteses que são consideradas sentenças de improcedência *prima facie*. Na mesma linha, a decisão de arquivamento de inquérito também não faz coisa julgada, a não ser nessas hipóteses.⁸²²

Sob a ótica técnico-processual, o novo processo que reproduz o anterior, em todos os seus elementos, pode ser obstado sob o fundamento da existência de *coisa julgada* (função negativa). Se no novo processo forem inseridos novos elementos relacionados ao mesmo fato que foi objeto de ação penal anterior, a coisa julgada, cujos limites objetivos, no

⁸¹⁸ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 198.

⁸¹⁹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, t. I, p. 606-613.

⁸²⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “ne bis in idem” e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, jul-set. 2005, p. 54.

⁸²¹ Para Valeria L. Anselmino, a garantia também proíbe a tramitação simultânea de processos relativos ao mesmo fato perante autoridades distintas. (“Ne bis idem” La prohibición contra la doble persecución penal. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad Nacional de La Plata*, 2013, ano 10, n. 43, p. 104).

⁸²² CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 165-179.

processo penal, estão atrelados à toda a realidade histórica (artigo 110, §2º, do CPP)⁸²³ e independem da qualificação jurídica conferida, obsta o seu processamento.⁸²⁴

Na hipótese de instauração de novo processo quando o processo anterior ainda está em curso, o fenômeno processual é o da litispendência. Também neste caso, a garantia do *ne bis in idem* pode ser invocada para evitar o desenvolvimento de nova relação jurídica processual a culminar em novo julgamento, relativo aos mesmos fatos, nos termos da lei processual penal vigente.⁸²⁵

IV.11.1. Desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais

Preliminarmente, é importante afirmar a incidência da garantia do *ne bis in idem* nos processos judiciais punitivos não penais. A alusão a *acusado* na norma da Convenção Americana de Direitos Humanos não deve ser interpretada como indicativa apenas do réu no processo penal, mas em sentido amplo, na esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁸²⁶, de modo a abranger também aqueles a quem se imputa um ilícito grave, punido com sanções restritivas de direitos fundamentais, no exercício do *ius puniendi* estatal, ainda que formalmente não penal.

Isso significa que, nos processos judiciais punitivos não penais, a sentença de improcedência, quando transita em julgado, independentemente do fundamento, impede o ajuizamento de nova ação relativamente ao mesmo fato. Mesmo se a causa de pedir no novo processo for integrada por novo elemento relacionado ao mesmo fato ou se houver alteração da tipificação do ilícito, ainda assim o conteúdo da garantia impede o processamento da nova

⁸²³ “Art. 110. (...) § 2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.”

⁸²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 552-553.

⁸²⁵ “Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de: (...) III - litispendência;”

⁸²⁶ Nessa linha, veja-se o que se tratou no Capítulo III, sobre o conceito autônomo de acusação criminal.

demanda. No âmbito processual civil, portanto, a garantia do *ne bis in idem* traz proteção que vai além do efeito negativo da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva.⁸²⁷⁻⁸²⁸

Além disso, na ação de improbidade administrativa, especificamente, a decisão inicial que rejeitar a ação sob o fundamento da *inexistência de ato de improbidade* ou de *improcedência da ação*, quando se tornar definitiva, também impede o ajuizamento de nova demanda, por serem hipóteses de improcedência *prima facie*. Nesses casos, permitir nova persecução punitiva violaria a garantia do réu de não ser submetido novamente a julgamento em relação aos mesmos fatos pois, na primeira demanda, a conclusão foi de absolvição (assim entendida a improcedência, ainda que *prima facie*).

Em paralelo, e também por força da garantia de proibição de submissão a novo julgamento, iniciado um processo judicial punitivo não penal, não poderá ser admitida a instauração de novo processo ou mesmo de nova investigação entre as mesmas partes, relativamente aos mesmos fatos. Afinal, se não pode haver nova persecução punitiva, não faria sentido que pudesse haver nova investigação.

Além disso, a garantia tem outro desdobramento muito importante, que é o de obstar o cabimento de ação rescisória de sentença de improcedência, proferida em processo judicial punitivo não penal, demanda essa que equivale à revisão *pro societate*⁸²⁹. Na mesma linha, a garantia também obsta o cabimento de ação rescisória contra a sentença que tenha rejeitado a demanda inicialmente, ao fundamento da *inexistência de ato de improbidade* ou de *improcedência da ação*, por serem hipóteses de improcedência *prima facie*, em que há julgamento de mérito. Mesmo considerando que a demanda rescisória tem elementos diferentes da demanda punitiva original, trata-se de um novo processo relativo aos mesmos

⁸²⁷ A propósito, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes explica que, por estar vinculada à causa de pedir, a coisa julgada na sentença de improcedência limita-se a impedir nova discussão com base nos mesmos fatos, mas não impede a propositura de nova demanda, com base em fatos existentes na época da primeira demanda, mas que não foram invocados pelo autor. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92). Assim, nos processos judiciais punitivos não penais, o impedimento à propositura de nova demanda com base nos mesmos fatos decorre da garantia de *ne bis in idem*.

⁸²⁸ Antonio do Passo Cabral afirma que a função negativa da coisa julgada é muito aproximada do princípio mais amplo do *ne bis in idem* (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 101).

⁸²⁹ Para Gustavo Henrique Badaró, “*não se pode considerar a vedação do bis in idem como limitada à repetição de ações penais condenatórias idênticas. Uma ação condenatória que resulte em absolvição e uma revisão criminal pro societate pelo mesmo fato violam a garantia do art. 8.4 da CADH*” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 970).

fatos, o que esbarra na garantia prevista no artigo 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

V. VIOLAÇÃO DE GARANTIAS NOS PROCESSOS JUDICIAIS PUNITIVOS NÃO PENAIIS

V.1. Considerações iniciais

No capítulo anterior, tratou-se das garantias constitucionais do processo e de sua aplicação nos processos judiciais punitivos não penais. Neste capítulo, a proposta é tratar, de forma geral, das consequências da violação das garantias no processo, na perspectiva da teoria das nulidades.

Além disso, serão também abordadas algumas situações específicas, em caráter exemplificativo, que tem relação com os desdobramentos das garantias constitucionais nos processos judiciais punitivos não penais, tratados no capítulo precedente.

V.2. Pressupostos teóricos

Além de analisar o devido processo legal e seus desdobramentos nos processos judiciais punitivos não penais, é importante examinar as consequências que devem decorrer da violação de garantias. Afinal, o respeito às formas também é uma exigência do devido processo legal.⁸³⁰

Para isso, é importante estabelecer os pressupostos teóricos adotados em relação à teoria das nulidades, pois como se sabe, há controvérsias bastante centrais neste tema. Não se tem, porém, o propósito de traçar uma revisão geral, o que foge do escopo deste trabalho.

⁸³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13.

Os atos jurídicos são vistos, tradicionalmente, a partir de três planos: existência, validade e eficácia. Para os fins deste trabalho, a abordagem é restrita aos atos processuais⁸³¹, em que o regime de nulidades é diferente do sistema de nulidades dos atos de direito privado.

A existência do ato⁸³² diz respeito à presença dos elementos essenciais⁸³³, que compõem a sua fisionomia e que o caracterizam como tal. Sem esse *mínimo*⁸³⁴, o ato não tem existência.⁸³⁵ Não é nem mesmo um ato processual. A sentença proferida por um não-juiz, por exemplo, é sentença inexistente, uma não-sentença. Nesse plano, é fundamental atentar para a distinção entre existência material e existência jurídica.⁸³⁶ Um processo presidido por um não-juiz pode ter existência material (há autos, físicos ou eletrônicos), mas não tem existência jurídica, pois lhe falta um elemento essencial.

A validade é o plano lógico subsequente ao da existência. Só atos existentes podem ser válidos ou inválidos. Se o ato inexistente, não faz sentido cogitar-se de sua validade ou de sua nulidade. A validade de um ato processual está atrelada à observância da *forma* prescrita em lei.⁸³⁷⁻⁸³⁸ Se o ato reúne elementos mínimos exigidos para enquadramento na

⁸³¹ Na lição de Calmon de Passos, são atos processuais aqueles que são praticados no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo podem ser praticados. (PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43).

⁸³² O plano da existência dos atos e a pertinência de sua distinção em relação ao plano da validade, tema controverso no direito substancial, é majoritariamente reconhecida no direito processual (PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 91). Registre-se, aqui, a posição resistente de Leonardo Greco (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. II, p. 270-276).

⁸³³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 600-601; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 790. Eduardo Talamini alude à elementos *nucleares*, sem os quais o que se tem é uma vazia aparência do ato (*Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 281)

⁸³⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 603.

⁸³⁵ Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, a inexistência é a ausência *absoluta* de algum dos elementos exigidos pela lei (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20).

⁸³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 792.

⁸³⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 605.

⁸³⁸ Para J. J. Calmon de Passos, entretanto, a nulidade não se restringe aos vícios de forma e deve abranger também os vícios de substância (PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 108-109). Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que os atos nulos são aqueles em que *falta adequação ao tipo legal* (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20)

hipótese de incidência da norma (existe, portanto), mas há vício em um de seus requisitos, diz-se que o ato é imperfeito e suscetível de ter decretada a sua nulidade. A decretação da nulidade, porém, depende do concurso de outros elementos que serão avaliados a seguir. A sentença proferida por um juiz incompetente, portanto, pode ter sua nulidade decretada, por que defeituosa; mas é sentença.

A inobservância da forma prescrita *pode* dar origem à nulidade. *Pode*, por que, no processo, as nulidades só existem quando pronunciadas e, quando isso não ocorre, o ato, mesmo imperfeito, tem aptidão para produzir efeitos.⁸³⁹ Por isso, é precisa a observação de J. J. Calmon de Passos, no sentido de que o ato processual, quando atípico, é apenas ato imperfeito, mas não ainda um ato nulo, o que somente será se a nulidade for decretada.⁸⁴⁰ Veja-se que a nulidade não decorre imediatamente da imperfeição do ato, mas da sua decretação. Desta forma, ato processual cuja nulidade não tenha sido decretada judicialmente será acobertado pela coisa julgada, que é, por assim dizer, uma sanatória dos defeitos do processo.

Essa é principal relevância prática da distinção, no plano processual, entre ato inexistente e ato nulo. O ato inexistente, enquanto não-ato, é impotente para a produção de efeitos, de modo que nem mesmo a coisa julgada pode convalidá-lo; ele sobrevive a ela.⁸⁴¹ Em alguns casos, a coisa julgada nem se formará (p. ex. em caso de inexistência da própria sentença). A inexistência jurídica, diferentemente da nulidade, portanto, prescinde de decretação judicial, embora a sua declaração judicial seja útil.

Com tais contornos, a nulidade é uma *sanção*⁸⁴²⁻⁸⁴³ – embora não uma sanção *punitiva*, no sentido empregado neste trabalho – prevista em lei como consequência jurídica da prática de um ato defeituoso; mas nem toda imperfeição deve levar à decretação de

⁸³⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 99.

⁸⁴⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 107.

⁸⁴¹ PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 99.

⁸⁴² Nessa linha, com referência a outros autores, veja-se: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25.

⁸⁴³ Contra a caracterização da nulidade como sanção, confira-se: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 140.

nulidade – há outros pressupostos legais.⁸⁴⁴ Há, no sistema processual, como bem aponta Cândido Rangel Dinamarco, uma graduação de intensidade entre os tratamentos dados aos defeitos dos atos processuais, que vão desde a completa indiferença, no espectro mínimo, até a inexistência jurídica.⁸⁴⁵ Os atos nulos situam-se, logicamente, neste intervalo.

Nesse contexto, é usual a classificação das nulidades em absolutas e relativas.⁸⁴⁶

⁸⁴⁷ A diferença, segundo Cândido Rangel Dinamarco, é que nas nulidades ditas absolutas a exigência formal prevista na lei tem por objetivo preservar o correto funcionamento dos órgãos e serviços judiciários. O que está em jogo, portanto, é o interesse público da justiça, de modo que se trata de irregularidade que o juiz tem o dever de verificar, mesmo quando não há provocação das partes. As nulidades relativas, diferentemente, devem ser alegadas pelas partes quando a violação à lei lhe for prejudicial, sob pena de preclusão.⁸⁴⁸⁻⁸⁴⁹ Essa distinção, porém, não é de grande relevância neste trabalho, pois as violações das garantias do processo estão, sempre, atreladas ao próprio desempenho da atividade jurisdicional.⁸⁵⁰

⁸⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

⁸⁴⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 599.

⁸⁴⁶ Essa classificação, entretanto, foi duramente criticada por J. J. Calmon de Passos, sob o argumento de que não há nulidade quando não existe prejuízo para os fins de justiça do processo (função jurisdicional). PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 141-142. Veja-se, também, a posição crítica de Daniel Zaclis (ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 88-89). Para Antonio do Passo Cabral, como o Código de Processo Civil de 2015 adotou a lógica do máximo aproveitamento dos atos do processo, independentemente da natureza do vício, não cabe mais classificar as nulidades em absolutas/relativas e cominadas/não cominadas. (CABRAL, Antonio do Passo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 440).

⁸⁴⁷ José Antonio Pimenta Bueno, ao tratar do tema, alude à interessante denominação utilizada, à época, entre os franceses: nulidades no interesse da lei (para as nulidades absolutas) e nulidades no interesse das partes (para as nulidades relativas). (BUENO, José Antonio Pimenta. 2. ed. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. Rio de Janeiro: 1858, p. 3)

⁸⁴⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 610-615.

⁸⁴⁹ Nessa mesma linha, no processo penal, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que as nulidades absolutas são as de gravidade flagrante, pois o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito. Já as nulidades relativas seriam aquelas em que cabe à parte prejudicada pleitear ou não a invalidação do ato. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21).

⁸⁵⁰ GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. II, p. 265.

Quando o ato, apesar de defeituoso, puder alcançar a finalidade que para ele se projetou, não se deve decretar nulidade. Esta é a regra prevista no artigo 277, do Código de Processo Civil.⁸⁵¹ Assim, para que incida a sanção de nulidade, o ato processual praticado de forma atípica deve deixar de realizar o escopo para o qual se destina e acarretar um prejuízo.⁸⁵² Essa é a regra da instrumentalidade das formas, que estabelece um equilíbrio racional entre os pilares da legalidade e da liberdade⁸⁵³ e é, por essa razão, essencial à compreensão do sistema de nulidades.⁸⁵⁴

No equilíbrio entre forma e liberdade, o respeito às formas é uma exigência que também decorre da garantia do devido processo legal.⁸⁵⁵⁻⁸⁵⁶ Mas nem por isso o culto à forma pela forma pode ser considerado um valor em si. Diante de uma violação à forma prevista em lei, deve-se buscar o equilíbrio a partir da avaliação funcional da norma desrespeitada. Nas hipóteses em que o vício de forma não tiver trazido prejuízo à finalidade que a norma buscava alcançar, não há fundamento racional para que se decrete a invalidade do ato ou do processo. Na posição de José Roberto dos Santos Bedaque, mesmo na hipótese de inexistência jurídica, o vício pode ser desconsiderado se não tiver comprometido os fins pretendidos pela norma.⁸⁵⁷

Nesse enquadramento, parte da doutrina sustenta que o prejuízo, nas hipóteses de nulidade absoluta, seria presumido⁸⁵⁸ ou evidente⁸⁵⁹. Mas a gravidade do vício ou, por outro viés, a fundamentalidade da norma violada, não deve conduzir à presunção de prejuízo, enquanto requisito para a decretação de uma nulidade. A atipicidade pode ser irrelevante

⁸⁵¹ “Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

⁸⁵² DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 615-617. O prejuízo é, neste enquadramento, uma projeção da instrumentalidade das formas. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 51).

⁸⁵³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 548.

⁸⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 414-417.

⁸⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva: 1997, p. 86.

⁸⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13.

⁸⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 457-458.

⁸⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 442.

⁸⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

mesmo quando atingir garantias fundamentais.⁸⁶⁰ O prejuízo deve ser demonstrado⁸⁶¹ – não do ponto de vista probatório, como se exige a prova de um fato constitutivo, mas em termos lógico-argumentativos⁸⁶² – para que seja evidenciada em que medida a atipicidade impediu ou dificultou a plena consecução do contraditório enquanto poder de influência.⁸⁶³

Não é correto, portanto, estabelecer uma relação direta de implicação entre a relevância do interesse protegido pela garantia processual e a gravidade da consequência que deve advir da sua violação. Por mais nobre que seja o escopo da norma processual violada, se não houver prejuízo para uma das partes, os atos processuais poderão ser aproveitados, sem que haja decretação de nulidade.⁸⁶⁴ Veja-se, por exemplo, a hipótese de ausência ou de vício de citação, seguida do comparecimento espontâneo ao processo. Nesses casos, ainda que atípico o ato processual, a finalidade buscada pela norma foi atingida (convocação do réu para integrar a relação jurídica processual).⁸⁶⁵

Ademais, pela regra estabelecida no artigo 282, §2º, do Código de Processo Civil, antes de decretar a nulidade, o juiz deve analisar o defeito processual na perspectiva do desenvolvimento futuro do processo. Se for possível decidir o mérito em favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, a nulidade não deve ser decretada.

Além da doutrina tradicional, Antonio do Passo Cabral trouxe novas reflexões importantes em tema de nulidades processuais, no plano da *teoria geral do processo* (e não apenas no âmbito processual civil). A proposta é interessante – e inovadora – por tratar das nulidades na perspectiva da repercussão dos vícios na relação jurídica processual.⁸⁶⁶ Diante

⁸⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 275.

⁸⁶¹ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado – Faculdade de São Paulo, 2015, p. 89-117.

⁸⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 524.

⁸⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 481-492; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 795.

⁸⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 481-492; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 795.

⁸⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de processo*, v. 60, out-dez, 1990, p. 31 e seguintes.

⁸⁶⁶ A proposta parte do conceito de *significação comunicativa dos vícios para caracterizar a nulidade*. O critério utilizado para justificar a invalidação é a *avaliação da interferência deletéria na perfeição do*

da conformação do sistema, em que se observa haver um direcionamento valorativo das nulidades, exigência legal de *decretação* da nulidade e abundância de regras que relativizam as invalidades, o autor parte da premissa de que há uma diretriz de validade *prima facie* dos atos processuais. Para ele, os defeitos que merecem a reprimenda da invalidade são apenas aqueles que autorizam a inversão desta prioridade e que exigem motivação acentuada.⁸⁶⁷ Essa é uma premissa que nos parece correta. Além disso, por se tratar de uma proposta de tratamento do tema em sintonia com a ideia contemporânea de contraditório participativo, os desdobramentos sugeridos são bastante atuais.

Um deles é a vedação de pronúncia de nulidade de ofício pelo juiz sem prévio contraditório.⁸⁶⁸ Muito embora tal afirmação atualmente tenha base legal no Código de Processo Civil, no plano da teoria geral do processo é importante estabelecer a conexão entre o princípio do contraditório e o regime de nulidades. A conclusão pela aplicação da sanção de nulidade não pode ser produto de um raciocínio solitário do juiz, notadamente por que a sua decretação pode ter efeitos bastante drásticos no processo. É imprescindível, então, que haja prévia oportunidade de diálogo quanto ao vício, quanto ao prejuízo decorrente da atipicidade e quanto aos efeitos da decretação da nulidade no processo.

Outro desdobramento importante é a existência, para o juiz, de um dever de prevenção de nulidades⁸⁶⁹, atrelado ao *dever de esclarecimento* que, modernamente, se extrai do princípio da cooperação.⁸⁷⁰ Se não puder evitar o vício, o magistrado deve remediá-lo rapidamente, o que contribui para minimizar os potenciais impactos deste defeito na cadeia dos atos do procedimento e evitar atrasos no desenvolvimento do processo.

A mais inovadora das contribuições de Antonio do Passo Cabral é a relação que estabelece entre preclusão e formalismo. Para ele, a preclusão deve atingir qualquer tipo de defeito no processo, o que permite a convalidação inclusive das nulidades ditas absolutas.⁸⁷¹

ambiente discursivo em que se desenvolve a relação processual. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 278).

⁸⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 275, 200.

⁸⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 239-243.

⁸⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 243-247.

⁸⁷⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015, p. 128.

⁸⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 253, 326.

Em relação às preclusões temporais, afirma que as faculdades argumentativas defensivas não são eternas e sofrem limitações diante de outros interesses relevantes do processo.⁸⁷² Isto vale também para juiz, considerando-se a divisão do processo em fases, dentro das quais seria cabível a decretação da nulidade, mas não mais posteriormente.⁸⁷³ Também se poderia extrair preclusões lógicas para a alegação de nulidades, a partir do princípio da boa-fé e da proteção de expectativas legítimas (contradição comportamental violadora da confiança), inclusive em relação às omissões que denomina *conclusivas*⁸⁷⁴. Com isso, a omissão em alegar a matéria por tempo significativo geraria um padrão de conduta estável que impediria, por preclusão lógica ou pela proibição do *venire contra factum proprium*, a alegação em momento posterior.⁸⁷⁵⁻⁸⁷⁶

Essa é uma dimensão importante que, modernamente, deve ser incluída na *teoria* das nulidades do processo e desenvolvida como um caminho para evitar, por exemplo, as situações em que as partes deixam de alegar a existência de vícios no processo para se beneficiarem dos efeitos mais drásticos de uma decretação de nulidade em momentos mais avançados da marcha processual.⁸⁷⁷ Todavia, é preciso ter cuidado para que, neste objetivo, não se retire das partes os espaços legítimos de exercício de estratégias defensivas, fundadas na liberdade (que em algumas situações tem fundamento legal) de alegar certas matérias a qualquer tempo e grau de jurisdição.⁸⁷⁸

⁸⁷² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 260.

⁸⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 260-267.

⁸⁷⁴ Para o autor, não é qualquer inércia que se torna normativamente relevante. A inação deve corresponder à sinalização comunicativa de uma avaliação programada da conduta omissiva. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 325).

⁸⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 335.

⁸⁷⁶ Essas conclusões foram reafirmadas pelo autor à luz do novo Código de Processo Civil (CABRAL, Antonio do Passo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 444-446).

⁸⁷⁷ Essa trilha perpassa, inevitavelmente, pela interpretação da norma do artigo 278, do Código de Processo Civil: “Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.”

⁸⁷⁸ Veja-se, por exemplo, o artigo 485, §3º, do Código de Processo Civil: “§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”

Por fim e, retornando, ao ponto inicial para a conclusão deste item, o plano da eficácia diz respeito à aptidão do ato jurídico para a produção dos efeitos previstos.⁸⁷⁹ Os atos processuais inexistentes, por serem não atos, não reúnem os elementos necessários para a produção de efeitos. Já os atos defeituosos e, em tese, suscetíveis de virem a ser declarados nulos produzem efeitos, o que ocorre até que sobrevenha a decisão que decrete a nulidade e lhe subtraia a eficácia.⁸⁸⁰

V.3. Forma no processo judicial punitivo não penal

O tema das nulidades processuais, embora possa ser estudado no plano da teoria geral do processo, deve ser investigado levando-se em consideração os diferentes papéis que a forma pode desempenhar, à vista da natureza do direito material.

O processo penal, por exemplo, é um processo *necessário*, no sentido de que não pode haver aplicação de pena ao acusado, sem prévio processo; nem mesmo se o acusado consentir. Para Aury Celso Lima Lopes Junior, tal particularidade evidencia que o processo penal tem um caráter *instrumental* mais acentuado que o processo civil.⁸⁸¹ O processo é, neste cenário, um instrumento de proteção de direitos e garantias individuais, de tal modo que as formas são *garantias* do acusado contra o exercício do poder punitivo estatal.^{882_883}

Essa peculiaridade do processo penal tem repercussão no tema das nulidades do processo, pois se forma é garantia, a sua violação é também relevante. Para Antonio do Passo

⁸⁷⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 596.

⁸⁸⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 605-606.

⁸⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. A instrumentalidade garantista do processo penal. Artigo disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17011-17012-1-PB.htm>>. Acesso em 22.10.2017, p. 7-10. No mesmo sentido: ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 24.

⁸⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 795.

⁸⁸³ Mesmo no âmbito do processo civil, a forma é apontada como modo mais seguro para se evitar o arbítrio dos julgadores. Veja-se, com citação de outros autores nesta mesma linha: (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5).

Cabral, a desigualdade candente entre o indivíduo acusado e o Estado repressor, faz com que, no processo penal, o *standard* para que a um ato atípico seja imputada a invalidação no processo, seja diverso do processo civil.⁸⁸⁴

A ideia de instrumentalidade das formas, em que se estabelece uma relação de equilíbrio entre forma e finalidade, é aceita, pode-se dizer, majoritariamente, no âmbito do Direito Processual Civil.⁸⁸⁵ Já no processo penal, a sua aplicação é vista com reservas pela doutrina.⁸⁸⁶ Para Jorge Coutinho Paschoal, há uma grande dificuldade em se demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, especialmente quando se exige demonstração de que, uma vez praticado o ato conforme a lei, o resultado seria diferente.⁸⁸⁷ Nessa linha, Daniel Zaclis sustenta que o problema da aplicação da instrumentalidade das formas não está no prejuízo enquanto pressuposto da nulidade; está na forma como se exige a demonstração de prejuízo. Para o autor, o exame da jurisprudência em matéria penal revela uma *discricionariiedade endêmica* no tema das nulidades.⁸⁸⁸

A partir da afirmação do papel da forma enquanto garantia no processo penal, Gustavo Henrique Badaró propõe que se faça uma *inversão de sinais*, de tal modo que, a atipicidade do ato, em regra, traga prejuízo à finalidade da norma. Assim, a parte que alegar uma nulidade teria que demonstrar apenas a atipicidade do ato, invertendo-se a lógica do processo civil, de modo que a eficácia do ato atípico dependeria da demonstração que o vício não trouxe prejuízo.⁸⁸⁹ Nessa linha, Daniel Zaclis avança e sugere que haja uma *presunção*

⁸⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 349-350.

⁸⁸⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 548; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, *passim*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Sariaeva, 1997, p. 206. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 44-47. Fredie Didier Jr prefere a alusão à ausência de nulidade sem prejuízo, enquanto variação dessa mesma ideia (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador, 2015, v. 1, p. 404). Teresa Arruda Alvim, a partir dessa ideia, refere-se a princípio da transcendência (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170). Contra a ideia de instrumentalidade das formas: PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

⁸⁸⁶ A frase de Aury Lopes Jr é sintomática: “(...) não me venham falar de ‘instrumentalidade das formas’ e ‘informalismo processual’, pois aqui o fenômeno é completamente diferente.” (LOPES JR, Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Conjur*, 27.06.2014).

⁸⁸⁷ PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul-dez, 2014.

⁸⁸⁸ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado – Faculdade de São Paulo, 2015, p. 144-145.

⁸⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 795-796.

de lesão decorrente da violação da forma prevista em lei e que o critério indicador da ocorrência da lesão seria a perda de uma oportunidade processual.⁸⁹⁰

O prejuízo, nessa visão, não é manifesto⁸⁹¹, nem presumido e continua a ser um *pressuposto* para a decretação da nulidade. Há uma inversão da lógica tradicional para que se considere, *a priori*, que toda atipicidade processual gera prejuízo, salvo demonstração lógico-argumentativa em sentido contrário. Nessa linha, os autores não refutam a aplicação da instrumentalidade das formas ao processo penal; apenas adaptam a lógica aplicada a um de seus elementos à instrumentalidade garantista do processo penal.

Nos processos judiciais punitivos não penais, como já explicitado, o processo é também necessário e, nesta medida, constitui instrumento fundamental para assegurar que a aplicação de sanção punitiva seja precedida de um *processo justo*, em que sejam observadas garantias fundamentais. Os princípios e regras do devido processo legal são indispensáveis, no marco garantista, para um processo punitivo não penal tendente à paridade de armas, já que, como visto, há uma desigualdade estrutural, entre o Estado que imputa a prática de um ilícito grave, punível com sanções restritivas de direitos e o particular a quem se atribui tal prática.

Também no processo judicial punitivo não penal, a *forma* é uma garantia e nesta medida, o tratamento adequado das nulidades é garantia das garantias.⁸⁹² Por isso é que, na linha do que afirmou Antonio do Passo Cabral, em relação ao processo penal, nos processos judiciais punitivos não penais, o referencial do que se considera uma atipicidade relevante, tendente a levar à nulidade do ato processual e, por vezes, do processo, deve ser diferente.

Nesses processos, a dimensão de peso da função desempenhada pela norma que estabelece a forma do ato processual é mais intensa do que no processo civil tradicional. Na perspectiva do exercício do *ius puniendi* estatal, com aplicação judicial de sanções severas

⁸⁹⁰ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 162-169.

⁸⁹¹ Em caso de violação de garantias fundamentais, o prejuízo decorrente da atipicidade do ato, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes seria *manifesto*. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21).

⁸⁹² PIÑEIRO BERTOT, Maria Inés. La nulidad como 'garantía de garantías'. In: CHIARA DIAZ, Carlos Alberto (Coord). *Las nulidades y los medios de impugnación en el proceso penal*. Buenos Aires: Delta, 2004, p. 192-210.

aos réus, a forma dos atos processuais deve ser seguida com maior rigor. Isso não quer dizer que não se lhes aplique o princípio da *valides prima facie* a que alude Antonio do Passo Cabral ou que a lógica da instrumentalidade das formas não deva incidir. Significa, apenas, que na avaliação do defeito identificado no processo para fins de decretação da nulidade, esse viés garantístico mais intenso da forma deve receber também maior valor.

Esse raciocínio nos conduz, concretamente, à afirmação de que, certos defeitos formais que, no processo civil tradicional, possam ser considerados meras irregularidades por se avaliar que a finalidade da norma violada foi atingida, nos processos punitivos não penais devem levar à decretação da nulidade. Trata-se de ser mais rigoroso com a exigência de observância das normas processuais estabelecidas para dar concretude às garantias do processo, por se considerar que normas tem um papel mais destacado de limitação do poder estatal de punir, em vista da natureza punitiva do direito material e da desestruturação da relação jurídica processual.

Essa afirmação é plenamente compatível com a norma do artigo 277 do Código de Processo Civil, pois não se rejeita a possibilidade de aproveitamento de atos processuais praticados de forma atípica, com atingimento da finalidade prevista e sem prejuízo para as partes. A diferença está em se reconhecer que a finalidade da norma é, nesses casos, mais difícil de ser atingida na ausência de rigor formal do ato processual.

V.4. Vícios que podem levar à inexistência jurídica

Como visto, os defeitos dos atos processuais podem ter diferentes repercussões no processo. Os vícios considerados mais graves, que implicam a ausência de um elemento essencial do ato processual, configuram hipótese de inexistência jurídica.

Na doutrina, as hipóteses de inexistência jurídica do processo são usualmente atreladas à falta dos pressupostos de existência do processo.⁸⁹³ Adota-se, aqui, a posição de que são pressupostos processuais a propositura de demanda⁸⁹⁴ e a investidura jurisdicional

⁸⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 791.

⁸⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2017, v. II, p. 66; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 313; BARBOSA MOREIRA, José

do órgão.⁸⁹⁵ Em caso de petição inicial sem pedido, por exemplo, o processo não existe por falta de *demand*a, que é elemento essencial. Em paralelo, ato processual praticado por tribunal de exceção ou por um não juiz (p. ex. juiz não investido ou mesmo aposentado) é também juridicamente inexistente.⁸⁹⁶ Nesse caso, falta o elemento *jurisdição*. Assim, se o processo se desenvolver inteiramente perante um tribunal de exceção ou for conduzido por um não juiz, o processo deve ser inteiramente refeito.⁸⁹⁷

Tais vícios, por impedirem à própria existência do processo, são insuscetíveis de serem relevados sob a alegação de ausência de prejuízo. Nesses casos, há mero simulacro de processo, o que impede o aproveitamento de eventuais atos (a rigor, não-atos) praticados.

A ausência de elementos essenciais do ato processual também pode implicar a sua inexistência jurídica. É o caso, por exemplo, da defesa técnica apresentada por quem não é advogado.⁸⁹⁸ Nessa situação, a inexistência jurídica de defesa pode implicar a nulidade do processo judicial punitivo não penal, por se tratar de direito indisponível. Entretanto, se o vício não vier a ser detectado no momento de sua ocorrência e sobrevier sentença de improcedência da demanda punitiva, não há prejuízo que ampare a decretação da nulidade.

V.5. Vícios que podem levar à nulidade

Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86.

⁸⁹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2017, v. II, p. 66; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 313; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 90-91; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211-213; CINTRA, Lia Carolina de Araújo. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização. *Revista de processo*, a. 37, v. 214, dez. 2012, p. 116.

⁸⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 524-528; TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 324-328.

⁸⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 791; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 524.

⁸⁹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2017, v. II, p. 692.

Em paralelo, alguns vícios dos atos processuais podem repercutir na sua esfera de validade.

No plano da garantia do juiz natural, é o caso, por exemplo, dos atos processuais praticados por juiz incompetente. Não se trata de hipótese de inexistência jurídica, pois juiz, ainda que incompetente, é juiz.⁸⁹⁹ Por isso é que a incompetência absoluta do juízo para a prática do ato processual pode impactar a validade, independentemente do *status* da norma que cria a regra de competência (constitucional⁹⁰⁰ ou não).⁹⁰¹ Nesse caso, com a remessa dos autos ao juiz competente (artigo 64, §3º, do Código de Processo Civil), deve ser dada às partes a oportunidade de se manifestarem sobre os atos processuais praticados, para que possa ser proferida decisão quanto ao aproveitamento dos atos decisórios anteriores.⁹⁰²

Nos processos judiciais punitivos não penais, a tramitação perante juízo cuja competência tenha sido estabelecida por lei posterior à data dos fatos caracterizadores, em tese, do ilícito, configura hipótese de nulidade. O juízo competente, neste caso, é aquele estabelecido por atos normativos vigentes à época dos fatos, não se aplicando as alterações legislativas ou infralegais posteriores a esse marco temporal.

Em paralelo, os vícios dos atos processuais praticados por juiz impedido ou mesmo suspeito situam-se, também, no plano da *validade*, pois, ainda que *parciais* – ou presumidamente *parciais* – são atos jurisdicionais (existentes, portanto). O artigo 146, §7º, do Código de Processo Civil⁹⁰³ é, aliás, expresso nesse sentido.

Em paralelo, a citação é o ato fundamental de convocação do requerido para o processo, para sua integração à relação jurídica processual. Nos processos judiciais punitivos

⁸⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 326.

⁹⁰⁰ É importante registrar, neste ponto, a posição divergente de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. Para eles, em caso de violação a uma regra de competência estabelecida constitucionalmente, não haveria nulidade, mas inexistência do processo (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 12 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 39).

⁹⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 489-490; TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 326; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 528-534;

⁹⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 489-490.

⁹⁰³ “Art. 146. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas. (...) § 7º O tribunal decretará a nulidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou de suspeição.”

não penais, a citação é também o ato em que se faz a comunicação, prévia e pormenorizada, ao requerido da imputação que lhe é dirigida (conforme artigo 8º, 2º “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos).

A natureza da consequência que deve decorrer da falta ou do vício da citação é um tema controverso na doutrina. Muitas das divergências estão atreladas aos diferentes enquadramentos conferidos ao ato de citação. Não nos parece acertado incluir a citação entre os pressupostos processuais.⁹⁰⁴ A existência do processo é anterior à citação, de modo que, como apontou José Carlos Barbosa Moreira, não faz sentido tratar como *pressuposto* algo que constitui *objeto* da atividade processual.⁹⁰⁵

A citação é indispensável à *validade* dos atos processuais que lhe seguirem⁹⁰⁶⁻⁹⁰⁷ e a sua falta ou o defeito da sua realização são vícios gravíssimos do processo, por violação ao princípio do contraditório. O artigo 239 do Código de Processo Civil é, alias, expresso em relação ao tema.⁹⁰⁸ Por sua importância fundamental, a falta ou o vício da citação sobrevivem à coisa julgada (artigo 525, §1º, I, do Código de Processo Civil) e podem ser alegados por qualquer meio.⁹⁰⁹ Não obstante, mesmo o vício citatório deve ser alegado pela parte no primeiro momento que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão.⁹¹⁰

⁹⁰⁴ Nesse sentido: DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II, p. 523; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador, 2015, v. 1, p. 607-608. Registre-se a posição divergente de José Manuel de Arruda Alvim, para quem a citação é exigência para a existência do processo em relação ao réu, de modo que a ausência de citação acarretaria a inexistência do processo (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, p. 228-240). No mesmo sentido de Arruda Alvim: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 354.

⁹⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84.

⁹⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 460-465; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador, 2015, v. 1, p. 607-608. No processo penal: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 374.

⁹⁰⁷ No sentido de que a hipótese seria de inexistência jurídica: TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 338-345;

⁹⁰⁸ “Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido. § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução. § 2º Rejeitada a alegação de nulidade, tratando-se de processo de: I - conhecimento, o réu será considerado revel; II - execução, o feito terá seguimento.”

⁹⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 465.

⁹¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 445.

Também no curso do processo, a violação do princípio do contraditório, que pode se materializar, por exemplo, na ausência de intimação do réu para manifestação quanto a um documento novo juntado pode ensejar a decretação dos atos decisórios posteriores. Neste caso, não é necessário que o ato decisório tenha se fundado no documento em questão; nem que se demonstre que a decisão seria diferente se o réu tivesse tido a chance de se manifestar previamente – o que, aliás, é impossível de se demonstrar racionalmente. Basta que se demonstre que o documento era apto, *em tese*, a motivar um comportamento diverso⁹¹¹ – mesmo que, para o juiz em questão, o conteúdo do documento não tenha, concretamente levado a uma decisão diferente.

As violações ao direito à prova são também defeitos que podem ter repercussão no plano da validade do ato processual.⁹¹² O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal é expresso em estabelecer que *todas as decisões judiciais serão públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade*. A sanção processual foi corretamente estabelecida pelo constituinte⁹¹³, pois a falta ou a deficiência da motivação⁹¹⁴, assim como a falta de publicidade dos atos do processo⁹¹⁵ são defeitos que podem atingir as decisões judiciais no plano de sua validade.

⁹¹¹ CABRAL, Antonio Passos. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 285.

⁹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 143-193.

⁹¹³ Para Michele Taruffo, há hipóteses em que a falta ou deficiência da motivação deve implicar a inexistência jurídica da sentença. Isto ocorre sempre que falte à sentença conteúdo mínimo necessário, entendido como: a) enunciação das normas aplicáveis, verificação dos fatos e qualificação jurídica; b) demonstração de vínculos de implicação e de coerência entre os enunciados e c) qualificação dos enunciados particulares à luz das regras de juízo empregadas na valoração, o que permite verificar se as eleições feitas pelo magistrado são racionalmente corretas. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 388-394).

⁹¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 139-140; DINAMARCO, Candido Rangel. O dever de motivar e a inteireza da motivação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I, p. 945-946; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. In: BADARÓ, Gustavo. *Direito Penal e Processo Penal: processo penal I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Coleção Doutrinas Essenciais, p. 277; CABRAL, Antonio Passos. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 294. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 310-311. Para Rodrigo Ramina de Lucca, a falta de motivação ou a motivação inadequada acarretam a nulidade da decisão judicial, salvo nas hipóteses em que a falta de fundamentação implique falta de dispositivo (sentença *infra petita*) e nos casos de incongruência entre a motivação e a causa de pedir (sentenças *extra e ultra petita*). (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 244-247).

⁹¹⁵ ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. José Roberto dos Santos Bedaque pondera, entretanto, que mesmo sem publicidade, mas estando as partes presentes, a prova oral foi produzida e se nenhum terceiro revelou interesse em participar, não há prejuízo que justifique a decretação da nulidade. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 491-492).

Nos processos judiciais punitivos não penais, há situações especiais, ligadas à violação de garantias constitucionais que merecem ser tratadas de forma específica. As análises que seguem, entretanto, não são e nem pretendem ser exaustivas; justificam-se à luz dos desdobramentos especiais a que se chegou no capítulo IV.

V.5.1. Inobservância do rito especial na ação de improbidade administrativa

Na ação de improbidade administrativa, o princípio do contraditório tem um desdobramento específico, consubstanciado em um procedimento especial, em que há uma fase preliminar de admissibilidade da demanda. O requerido, primeiramente, é *notificado* para a apresentação de defesa preliminar e, somente será *citado* se a demanda vier a ser recebida (artigo 17, §§7º a 9º, da Lei n.º 8.429/92).

A falta de notificação para apresentação de defesa prévia configura uma grave inobservância deste procedimento especial. Com a supressão dessa etapa, o requerido perde a oportunidade de influenciar a decisão do magistrado em contraditório preliminar e, por conseguinte, de obter decisão que inadmita a demanda antes mesmo de ser determinada a sua citação. Este é o prejuízo de se atropelar o rito específico, notadamente quando sobrevier decisão que receba a petição inicial.⁹¹⁶⁻⁹¹⁷

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, muito embora se reconheça que a inobservância dessa fase pode acarretar a nulidade do processo⁹¹⁸, são raríssimos os casos em que se reconhece a ocorrência de prejuízo.⁹¹⁹ Nesse cenário jurisprudencial, fica difícil vislumbrar o que seria considerado prejuízo para justificar a decretação da nulidade.

⁹¹⁶ Antonio do Passo Cabral lembra que as formalidades tem um conteúdo garantístico importante, de modo que a flexibilização do procedimento não pode significar a asfixia dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos. (CABRAL, Antonio Passos. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 306).

⁹¹⁷ Se, mesmo sem a defesa prévia, a demanda vier a ser inadmitida, não há prejuízo que justifique a decretação de nulidade.

⁹¹⁸ Veja-se a edição n.º 38 da *Jurisprudência em Teses*, Improbidade Administrativa I: “4) A ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*).”

⁹¹⁹ Em pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça, dos 47 precedentes encontrados sobre o tema, em apenas um o prejuízo foi reconhecido: (REsp 883.795/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 11/12/2007).

Mas não seria adequado exigir do requerido a demonstração de que, com a apresentação de defesa prévia, a demanda seria inadmitida.

A finalidade dessa fase é estabelecer um diálogo inicial sobre os requisitos de admissibilidade da ação de improbidade administrativa e, com a sua supressão, a perda dessa oportunidade de *prévio* debate é um prejuízo claro quando sobrevém decisão que admite a petição inicial. O fato de o magistrado poder reavaliar a admissibilidade da demanda posteriormente não anula o prejuízo de quem perdeu a chance de demonstrar que nem deveria ser réu em uma ação de improbidade.

A questão passa pelo exame do momento em que esse defeito no procedimento é alegado. Quando a alegação é feita pela parte no primeiro momento em que lhe cabe falar nos autos, por petição ou por meio de recurso de agravo contra o recebimento da inicial com a supressão da fase inicial de admissibilidade, a nulidade deve ser decretada. Nesse caso, as consequências da decretação da nulidade para o processo são menores, pois a alegação é contemporânea ou pouco posterior à ocorrência do defeito.

Essa situação é diferente de quando, por exemplo, a alegação de violação ao procedimento só é apresentada pelo réu no recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente a ação de improbidade administrativa. Neste caso, o prejuízo se descaracteriza, notadamente se na contestação foram apresentados argumentos em relação à admissibilidade da demanda. Além disso, eventual decretação da nulidade teria implicações para todo o processo, inclusive com a desconsideração de atos independentes válidos (p. ex. os atos instrutórios que tenham sido realizados sem vícios), de modo que o dano, para o processo, seria relevante. Teresa Arruda Alvim afirma que, por força do princípio da economia processual, há uma tendência de se “*passar por cima*” das nulidades⁹²⁰ para evitar a perda de atos processuais.⁹²¹ Nesse cenário, tendo o réu participado do processo, com a

⁹²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170. Veja-se, com referência à autora: CABRAL, Antonio Passos. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 347.

⁹²¹ Esta tendência de relativização de defeitos também foi observada na Espanha por Lucía Alarcón Sotomayor. Em processos administrativos em geral, o fenômeno é amplo e bastante acentuado na jurisprudência. Nos processos administrativos sancionadores, porém, reconhece-se mais relevância aos vícios do procedimento, muito embora também se verifique uma tendência a convertê-los em irregularidades que não ensejam nulidade, se não houve efetiva ausência de defesa. (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007, p. 88-98).

apresentação de resposta e participação dos atos instrutórios sem arguir essa nulidade, tem-se que a alegação, nesse momento, foi atingida pela preclusão.⁹²²⁻⁹²³

V.5.2. Vício ou falta de citação

Como já se tratou, a citação nos processos judiciais punitivos não penais tem algumas peculiaridades importantes⁹²⁴, que merecem ser enfrentadas na perspectiva do tema das nulidades processuais, notadamente diante do dever do juiz de prevenir a sua ocorrência.

Por força do direito ao intérprete e tradutor, previsto no artigo 8º, item 2, “a” da Convenção Americana de Direitos Humanos, em se tratando de pessoa que não compreenda ou não fale português, ao menos a petição inicial deve ser traduzida para língua que possa compreender. A realização de citação, com entrega da contrafé em português ao réu que não compreenda a língua, é nula, por violação à regra convencional do direito à tradução, se for

⁹²² No âmbito do processo penal, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento semelhante, embora fundado na premissa diversa de que a nulidade seria *relativa*: “A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do CPP constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão. Precedentes. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade processual por mera presunção. Precedentes. A jurisprudência deste STF assentou o entendimento de que o art. 514 do CPP tem por objetivo “dar ao réu-funcionário a possibilidade de evitar a instauração de processo temerário, com base em acusação que já a defesa prévia ao recebimento da denúncia poderia, de logo, demonstrar de todo infundada. Obviamente, após a sentença condenatória, não se há de cogitar de consequência de perda dessa oportunidade de todo superada com a afirmação, no mérito, da procedência da denúncia” (HC 72.198, DJ de 26-5-1995; HC 97.033, rel. min. Cármen Lúcia, j. 12-5-2009, 1ª T, DJE de 12-6-2009, HC 89.517, rel. min. Cezar Peluso, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 12-2-2010; HC 95.712, rel. min. Ayres Britto, j. 20-4-2010, 1ª T, DJE de 21-5-2010 e HC 89.686, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 12-6-2007, 1ª T, DJ de 17-8-2007 – grifos não originais).

⁹²³ Nessa linha, veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que, em ação civil pública na qual se apuram atos de improbidade administrativa, a ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nesse sentido: AgRg no REsp 1225295/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 06/12/2011; REsp 1233629/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2011; REsp 1184973/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/10/2010; REsp 1134461/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 12/08/2010. 2. Ademais, tendo havido sentença condenatória, esvazia-se a tese de que seria necessária a observância da fase preliminar de defesa, em razão de possível e eventual prejuízo, uma vez que esta tão somente tem a finalidade de evitar a propositura de ações temerárias. A respeito, dentre outros: STF, HC 111711, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-238; HC 89.517/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 115520, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-095.” (REsp 1101585/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 21/11/2013).

⁹²⁴ Veja-se, a propósito, o item IV.4.4.3.

demonstrado o prejuízo dela decorrente. Como regra, a simples incompreensão da imputação já evidencia prejuízo, salvo se, por qualquer outra razão, o réu conseguir, por outro meio, compreender a inicial e puder exercer, plenamente, sua defesa no prazo legal (imagine-se, por hipótese, que o cônjuge ou amigo do réu seja brasileiro e lhe traduza a petição inicial, com auxílio na contratação de advogado e na preparação da defesa).

Em paralelo, diante da garantia de concessão ao acusado de tempo hábil para a preparação de sua defesa (artigo 8º, 2, “c” da Convenção Americana de Direitos Humanos), é importante que o magistrado avalie se o prazo legal é suficiente para a apresentação de defesa no caso concreto (artigo 139, inciso VI, do Código de Processo Civil) ou, ao menos que, em caso de requerimento do réu de concessão de prazo adicional, esse específico direito seja levado em consideração e decidido fundamentadamente. Se o réu puder demonstrar que o prazo legal não era suficiente para a apresentação de defesa (p. ex. em caso de petição inicial instruída com volume incomum e excessivo de documentos) e que a não concessão de prazo adicional pelo juiz violou a garantia prevista na Convenção, com prejuízo para sua defesa, a nulidade deve ser decretada, concedendo-se prazo adicional para que a defesa técnica possa ser elaborada propriamente.

Ademais, a citação deve ser feita *pessoalmente* ao requerido (pessoa física) ou ao seu representante legal (pessoa jurídica), pois a ciência da imputação é um direito subjetivo do acusado, conforme interpretação consagrada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação à garantia equivalente prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos. A citação que não for feita de modo pessoal é suscetível de ensejar nulidade, se for demonstrado que a sua realização não deu, ao requerido, ciência prévia da imputação que lhe é dirigida, com prejuízo para sua defesa.

Ainda na perspectiva da validade dos atos processuais, é preferível que, nesses processos, notadamente na perspectiva da prevenção de nulidades, a citação seja feita por mandado, para que o oficial de justiça possa certificar a entrega e a ciência do réu quanto à imputação que lhe é feita. Não se pode afirmar que a realização de citação pessoal por outros meios seja uma *irregularidade*, mas em caso de não comparecimento do réu ao processo, se for demonstrada a inaptidão do meio pelo qual a citação foi realizada, com prejuízo para a defesa, poderá se configurar hipótese de nulidade. Conforme se tratou no capítulo anterior, em caso de realização de citação por edital, sem que o requerido compareça ao processo, nem constitua advogado, o processo deve ser suspenso até o seu comparecimento. Eventuais

atos decisórios praticados são nulos, por violação à garantia de ciência prévia e pormenorizada da acusação.

Por fim, é importante afirmar que a sentença proferida em processo judicial punitivo não penal de extinção processual ou de improcedência proferida sem comprovação de ciência do requerido quanto à demanda não deve ser considerada nula, por ausência de prejuízo.⁹²⁵ Se a apresentação de defesa nem foi necessária para que o juiz reconhecesse a inadmissibilidade da demanda ou decretasse a sua improcedência, o escopo de se integrar o requerido ao contraditório foi atendido mesmo sem a sua participação. Nessa hipótese, a violação da forma não resultou prejuízo a requerido, que se sagrou vencedor mesmo sem ter sequer integrado a relação jurídica processual.

V.5.3. Ausência de defesa

Tendo o réu sido citado, mas não comparecendo ao processo, é imprescindível para a validade de eventual decisão condenatória futura, que lhe seja nomeado um defensor para apresentação de defesa técnica, pois a sua ausência, em processos judiciais punitivos não penais, pode ensejar nulidade do processo, por se tratar de direito indisponível.⁹²⁶

⁹²⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador, 2015, v. 1, p. 608. A afirmação do autor, entretanto, é para qualquer sentença favorável ao réu e não especificamente em processos judiciais punitivos não penais.

⁹²⁶ Nesse sentido, veja-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal em relação a processo administrativo punitivo: *“Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. Nemo inauditus damnari debet. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípua destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O STF, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao due process of law, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, impositivas em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. (...). Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar,*

Ainda que não haja norma explícita nesse sentido – e que se trate, nessa medida, de uma nulidade não cominada – o defeito no processo é grave e decorre da eficácia direta da garantia constitucional da ampla defesa⁹²⁷, aplicada aos processos judiciais punitivos não penais. A resistência, por meio de defesa técnica, à pretensão punitiva estatal é um elemento indispensável na equação de equilíbrio das posições na relação jurídica processual, de modo que a prolação de decisão condenatória, à míngua de defesa técnica, viola o paradigma de devido processo legal aplicável aos processos de tal natureza.

É importante que o juiz avalie também a qualidade da defesa técnica apresentada, pois a sua completa inaptidão também trará risco à validade de eventual decisão condenatória futura. É difícil estabelecer, em linhas gerais, o grau da deficiência de defesa que deve levar à nulidade, pois a defesa exercida, ainda que ruim, do ponto de vista técnica, é defesa e nessa medida não há violação à garantia. A inaptidão deve ser grave, comprometedora do exercício do direito de defesa, para ter o condão de interferir na validade do processo.⁹²⁸

A não realização do interrogatório do réu, quando requerida para exercício do direito à autodefesa é também causa de nulidade do processo, por grave violação à garantia da ampla defesa.⁹²⁹

fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa.” [ADI 2.120, rel. min. Celso de Melo, j. 16-10-2008, P, DJE de 30-10-2014 – grifos não originais].

⁹²⁷ Na expressão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de *formalidade de cunho nitidamente constitucional* (RE 459.131, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 12-8-2008, 1ª T, DJE de 12-9-2008 e HC 102.019, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-8-2010, 1ª T, DJE de 22-10-2010 – grifos não originais).

⁹²⁸ Veja-se o teor da Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal: *“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”*. Ainda sobre o tema: *“A colidência de teses defensivas é apenas invocável, como causa nullitatis, nas hipóteses em que, comprovado o efetivo prejuízo aos direitos dos réus, a defesa destes vem a ser confiada a um só defensor dativo, eis que – consoante adverte a jurisprudência do STF – “Não se configura a nulidade, se o defensor único foi livremente constituído pelos próprios acusados” (RTJ 58/858 – RTJ 59/360 – 69/52 – RTJ 88/481 – RTJ 110/95). A indisponibilidade do direito de defesa – que traduz prerrogativa jurídica de extração constitucional – impõe ao magistrado processante o dever de velar, incondicionalmente, pelo respeito efetivo a essa importante garantia processual, cabendo-lhe, inclusive, proclamar o réu indefeso, mesmo naquelas hipóteses em que a ausência de defesa técnica resulte do conteúdo nulo de peça produzida por advogado constituído pelo próprio acusado.” (HC 70.600, rel. min. Celso de Mello, j. 19-4-1994, 1ª T, DJE de 21-8-2009 e HC 99.485, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 9-11-2010, 1ª T).*

⁹²⁹ Nesse sentido, no processo penal: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 449.

V.5.4. Oitiva do réu sem advertência quanto ao direito ao silêncio

A oitiva do réu em juízo, seja para o exercício do direito à autodefesa, seja por força de convocação do juízo para esclarecimento dos fatos, com fundamento no artigo 139, VIII, do Código de Processo Civil, deve ser precedida da informação dada ao réu quanto ao seu direito de permanecer calado e de não produzir provas contra si mesmo. Com efeito, a garantia constitucional não é apenas o direito ao silêncio, mas o direito a ser *informado* do seu direito de permanecer calado (artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal).⁹³⁰

⁹³⁰ No direito português, as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia têm o dever de esclarecimento ou de advertência sobre os direitos decorrentes do princípio *nemo tenetur* (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 126).

A inobservância dessa garantia pode ter repercussões na esfera de validade do ato processual⁹³¹⁻⁹³², se for demonstrada a ocorrência de prejuízo para o réu.⁹³³⁻⁹³⁴ Tal prejuízo estará evidenciado, por exemplo, se o interrogatório for valorado na sentença como elemento apto a dar subsídio à condenação e não houver nos autos outros elementos capazes de demonstrar, além de qualquer dúvida razoável, a prática do ilícito imputado.

É também violadora da garantia do direito ao silêncio e do direito a não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado, a decisão condenatória fundada na

⁹³¹ Na orientação que se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a nulidade não deve decorrer apenas da demonstração de que o direito ao silêncio não foi advertido ao acusado: “(...) Não há nulidade automática na tomada de declarações sem a advertência do direito ao silêncio, salvo quando demonstrada a ausência do caráter voluntário do ato. Ademais, a presença de defensor durante o interrogatório do investigado ou acusado corrobora a higidez do ato. Precedente citado. (...)” (AP 530, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 09/09/2014). E ainda: “(...) 1. As garantias da ampla defesa e do contraditório restam observadas, não prosperando o argumento de que a falta de advertência, no interrogatório, sobre o direito dos réus permanecerem calados, seria causa de nulidade apta a anular todo o processo penal, nos casos em que a higidez do ato é corroborada pela presença de defensor durante o ato, e pela opção feita pelos réus de, ao invés de se utilizarem do direito ao silêncio, externar a sua própria versão dos fatos, contrariando as acusações que lhes foram feitas, como consectário de estratégia defensiva. 2. A falta de advertência sobre o direito ao silêncio não conduz à anulação automática do interrogatório ou depoimento, restando mister observar as demais circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve ou não o constrangimento ilegal. (HC 88.950/RS, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 25/9/2007, HC 78.708/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 9/3/1999, RHC 79.973/MG, Relator Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, Julgamento em 23/5/2000.) (...)” (RHC 107915, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 25/10/2011).

⁹³² No inquérito, a violação à garantia pode comprometer a admissibilidade da prova em juízo. Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental –, de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP, art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. O privilégio contra a autoincriminação – nemo tenetur se detegere –, erigido em garantia fundamental pela Constituição (...) importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não.” (HC 80.949, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001, 1ª T, DJ de 14-12-2001 e HC 69.818, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 3-11-1992, 1ª T].

⁹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96-97.

⁹³⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem seguido o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação às repercussões da violação da garantia para o ato processual: “(...) 1. O STJ, acompanhando posicionamento consolidado no STF, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 04/05/2016). No caso em tela, o impetrante nem sequer apontou em que consistiria eventual prejuízo. Destaque-se que a condenação, por si só, não pode ser considerada como o prejuízo, pois, para tanto, caberia ao recorrente demonstrar que a informação acerca do direito de permanecer em silêncio, acaso tivesse sido franqueada ao recorrente e aos corréus, ensejaria conduta diversa, que poderia conduzir à sua absolvição, situação que não se verifica os autos.” (RHC 61.754/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 25/10/2016).

aplicação da pena de confissão ao réu, que como visto, é incompatível com a natureza do processo judicial punitivo não penal e com o exercício do poder estatal de punir.

Nesses casos, o fato de não haver norma infraconstitucional que imponha ao juiz o dever de advertir o réu quanto ao direito ao silêncio e que impeça o juiz de aplicar a pena de confissão não afasta a possibilidade de se extrair tais deveres da garantia constitucional do devido processo legal, à luz do paradigma necessário e adequado aos processos judiciais punitivos não penais.

V.5.5. Erro no modelo de constatação para prolação de sentença condenatória

O emprego de *modelo de constatação* de prova inadequado para a prolação de decisão judicial também pode ter repercussões na esfera de validade do ato processual.

Ao ensejo, é importante a distinção, apontada por Michele Taruffo, entre os *inputs* que o juiz extrai do contato direto com a prova e as regras e os critérios que usa para interpretar estes *inputs*.⁹³⁵ O modelo de constatação é justamente o critério racional utilizado para definição do grau de suficiência de prova necessário para a condenação. A identificação do modelo de constatação adequado é uma etapa lógica que precede a própria decisão e deve estar expressa no provimento jurisdicional. O equívoco na definição do modelo pode ter repercussões na esfera de validade do ato decisório.⁹³⁶

Nos processos judiciais punitivos não penais, como foi tratado no capítulo IV, o modelo de constatação adequado para as decisões finais, ligado à garantia da presunção de inocência, é o da prova além de qualquer dúvida razoável. Isso significa que as sentenças de condenação devem evidenciar, a partir do conjunto probatório constante dos autos, com alto grau de certeza, que o ilícito punitivo não penal foi praticado pelo réu. Veja-se que não basta que haja *preponderância de provas* na comprovação do ilícito e de sua autoria ou de que a prova produzida seja *clara e convincente* em relação ao cometimento do ilícito pelo réu. Para a condenação, é preciso que a prática do ilícito pelo réu esteja comprovada além de qualquer

⁹³⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 27.

⁹³⁶ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31-34.

dúvida razoável. O *standard* aplica-se tanto para a prática do ilícito como para a sua autoria em relação ao(s) réu(s).

A adoção de modelo de constatação que proporcione grau de certeza inferior ao *standard* adequado aos processos judiciais punitivos não penais pode implicar a nulidade do ato decisório, em especial se for demonstrado o prejuízo decorrente de sua utilização. É o caso, por exemplo, quando se demonstra que, se o juiz tivesse seguido o critério racional adequado, não teria havido condenação ou mesmo que a condenação poderia ter sido mais branda.

Além disso, a ausência de indicação do modelo utilizado na decisão é também um vício de motivação.⁹³⁷ A explicitação do critério utilizado é fundamental para permitir que haja controle objetivo sobre a decisão final, de modo que a sua ausência também pode comprometer a validade do ato decisório.

V.5.6. *Novo processo judicial punitivo não penal relativo aos mesmos fatos*

A proibição de submissão a novo julgamento, quando violada, gera para o réu o direito de obstar o início da investigação ou do início do processo e, se já iniciado, gera o direito de encerrá-lo no momento em que se encontrar, sob pena de nulidade. Se, todavia, o direito que decorre de tal garantia não vier a ser exercido e o réu já absolvido vier a ser réu em novo processo relativamente aos mesmos fatos, com a prolação de nova decisão, o novo processo deve ser declarado nulo, por violação ao *ne bis in idem*.

Como regra, entende-se que deve prevalecer a decisão proferida no primeiro processo, pois o segundo, a rigor, nem poderia ter sido iniciado. Todavia, se no segundo processo sobrevier uma decisão mais favorável ao réu (p. ex., improcedência por falta de provas no primeiro processo e improcedência por declaração de inexistência de ato de improbidade administrativa no segundo) deve prevalecer o processo em que foi proferida a decisão mais favorável ao réu.⁹³⁸ Isso porque, se a garantia visava justamente blindar o réu

⁹³⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, p. 36.

⁹³⁸ No sentido de que no processo penal deve prevalecer a decisão mais favorável ao acusado, veja-se: LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, v. 3, p. 343; CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem)*:

da possibilidade de responder mais de uma vez pelos mesmos fatos, e se a garantia não foi suficiente para evitar que isso acontecesse (o réu, afinal, respondeu a um segundo processo e obteve resultado mais favorável), não há como se negar o benefício decorrente do segundo processo apenas em privilégio do argumento técnico de que o correto seria que o segundo processo nem deveria ter existido.⁹³⁹ Se a garantia foi violada e resultou em situação concreta mais favorável, nada mais justo do que se lhe reconhecer validade e eficácia em benefício daquele que teve seu direito violado.

Além disso, a prolação de decisões diferentes em relação a uma mesma pretensão punitiva gera dúvida objetiva sobre a correção de todas as decisões. Nesse caso, a dúvida deve ser aplicada em favor do réu, que já sofreu as consequências de ter que responder a um processo judicial punitivo não penal mais de uma vez, prevalecendo a decisão que lhe for concretamente mais favorável.

limites no direito brasileiro. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 12.

⁹³⁹ Para Julio Maier, as garantias só podem ser interpretadas em favor do acusado, nunca de forma contrária (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, t. I, p. 602).

CONCLUSÃO

A pesquisa e a análise realizadas neste trabalho confirmam a hipótese proposta nesta tese de que, nos processos judiciais punitivos não penais, em que há exercício de pretensão punitiva estatal, as garantias constitucionais devem ser mais numerosas e mais densas do que nos processos judiciais não penais, voltados a tutelas jurídicas obrigacionais.

Nos processos judiciais punitivos não penais, a natureza punitiva do direito material, em que, no exercício do *ius puniendi* estatal, há imputação de ilícitos graves, puníveis com sanções restritivas de direitos fundamentais, deve implicar, à luz do devido processo legal, a incidência de um paradigma mais adensado de garantias. Em paralelo, viu-se que, diferentemente do processo civil, em que se tem, como regra, um processo entre partes, ainda que com desigualdades localizadas (p. ex. desigualdade econômica), nesses processos a relação jurídica processual é estruturalmente desigual, diante da presença do Estado, no exercício soberano da função de imputar a prática de um ilícito e de punir o particular. No marco garantista, essa posição de vantagem, ocupada no processo pelo Estado, deve ser idealmente compensada no processo com o estabelecimento de maiores garantias processuais para os réus, enquanto limitações ao exercício do poder estatal de punir.

Essas peculiaridades do processo judicial punitivo não penal, à luz da garantia do devido processo legal, devem implicar a adoção de um marco garantista mais adensado, que tenha como limite mínimo, o reconhecimento da incidência do *catálogo* de garantias previstas para os demais processos judiciais punitivos, como é o caso do processo penal.

Isso significa que, além das garantias asseguradas no plano constitucional a todo e qualquer processo, devem ser aplicadas também as garantias da presunção de inocência e seus desdobramentos quanto ao *standard* de convencimento, o direito ao recurso e o *ne bis in idem*, além de direitos específicos que se desdobram das garantias do contraditório e da ampla defesa (direito ao intérprete e tradutor, ciência prévia e pormenorizada da imputação, direito ao silêncio, direito de entrevista com o advogado). Excluem-se deste catálogo apenas as garantias atreladas à imposição de penas privativas de liberdade, por se tratar de pena não prevista para esses ilícitos punitivos não penais.

Essas garantias estão previstas na nossa Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, cujas normas possuem *status* de normas constitucionais.

Em paralelo, é importante considerar também que algumas garantias processuais são estruturadas normativamente como princípios, mandamentos de otimização que podem ser realizados em diversos graus e que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Diante da possibilidade de gradação das garantias, observa-se que, no espectro máximo, o referencial mais alto de paradigma de garantias é o previsto para o processo penal, ramo em que, em tese, estão previstos os ilícitos mais graves e as penas mais invasivas na esfera de direitos do particular.

A partir desses referenciais, máximo e mínimo de garantias processuais, buscou-se estabelecer o paradigma constitucionalmente adequado de garantias para os processos judiciais punitivos não penais. Para tanto, a natureza punitiva do direito material, a gravidade das sanções previstas em abstrato e a desigualdade estrutural da relação jurídica processual foram os elementos considerados nesta avaliação.

A análise específica dos ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção (em sua aplicação *judicial*), da severidade das sanções cominadas e da relação jurídica processual que se forma para sua aplicação, evidencia que não há uma diferença ontológica em relação ao ilícito penal e que tampouco seria possível afirmar que há efetivamente uma diferença quantitativa entre os ilícitos. A previsão da pena privativa de liberdade no ilícito penal não é um referencial seguro para se afirmar, em toda e qualquer hipótese, que o ilícito penal é mais grave e tem mais repercussões na esfera de direitos do particular. Além disso, o paradigma de garantias do processo penal é aplicável inclusive aos crimes punidos com penas mais leves, sendo relevante considerar que mesmo quando há previsão de privação de liberdade, o sistema processual penal opera com a possibilidade de penas alternativas por transação penal, de suspensão do processo e da pena e de regimes diferentes de cumprimento de pena. Isso significa que a previsão abstrata da pena privativa de liberdade nem sempre culmina no efetivo aprisionamento.

Além deste aspecto material, demonstrou-se que a relação jurídica processual que se estabelece para aplicação de sanções punitivas não penais também é estruturalmente desigual, o que evidencia a necessidade de adoção de um paradigma mais garantista para a limitação do exercício do poder punitivo estatal.

Com isso, chegou-se à conclusão de que, nesses ilícitos não penais, o paradigma adequado de garantias, extraído da cláusula do devido processo legal, deve ser equivalente

ao do processo penal. Não por aplicação de analogia, em linha horizontal (do processo penal para o processo judicial punitivo não penal), mas como um desdobramento das garantias constitucionais do processo (em linha vertical).

Com tal conclusão, não se afirma que o *processo*, nesses ilícitos, deva ser ou passar a ser penal ou mesmo que o *procedimento* a ser adotado seja o do Código de Processo Penal ou da legislação processual penal especial. O processo tramita na jurisdição não penal, mas o catálogo de garantias deve ser mais amplo e mais denso.

Essa conclusão é uma diretriz geral que deve ser aplicada nos processos judiciais punitivos não penais e que tem repercussões concretas no modo de ser do processo. Por isso, no capítulo IV, demonstrou-se que o paradigma mais denso de garantias permeia o processo e implica o reconhecimento de desdobramento específicos, tal como a indisponibilidade da defesa, a ausência de ônus probatório para o réu (e a impossibilidade de inversão em seu desfavor), a ausência de dever de verdade e colaboração na perspectiva do direito ao silêncio, a exigência de certeza além de qualquer dúvida razoável para condenação, a impossibilidade de execução provisória de sanções punitivas, o direito ao recurso contra a sentença condenatória, o não cabimento de ação rescisória da sentença de improcedência etc.

Mas não serão aqui retomadas cada uma das conclusões parciais a que se chegou quanto aos desdobramentos das garantias constitucionais nos processos judiciais punitivos não penais. Reproduzi-las em sequência, desacompanhadas dos argumentos que as embasam poderia soar superficial e prejudicar a compreensão das ideias defendidas neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Arazandi, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Una presunción de inocencia extensa e y intensa. In: Garcia Roca; Santolaya (Coord.). *La Europa de los Derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El garantismo procesal*. Arequipa: Adrus, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Disponível em: <www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso em: 17.08.2015.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf). Acesso em: 17.08.2015.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.

ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1977, v. 27.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANIBAL JUNIOR, Vanderlei; FONSECA, Sergio Roxo. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9372/natureza-penal-da-sancao-por-improbidade-administrativa#ixzz3aQMeX1AV>>. Acesso em: 17.05.2015.

ANSELMINO, Valeria L. “Ne bis idem” La prohibición contra la doble persecución penal. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad Nacional de La Plata*, 2013, ano 10, n. 43.

ARRUDA ALVIM. O controle judicial da legalidade da instauração de inquérito civil. MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal. *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, set. 2008.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. As condições da ação penal. IN: ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente, futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Manual dos Recursos Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. In: BADARÓ, Gustavo. *Direito Penal e Processo Penal: processo penal I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Coleção Doutrinas Essenciais.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARATTI, Giorgio. *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. *Estudos de Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out./dez 1996.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2013.

_____. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Reflexões críticas sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual*: sétima série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Sobre a “participação do juiz” no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia de Direitos do Homem Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de processo*, v. 60, out-dez, 1990.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES FILHO, Daltro de Campos; LEVY, Daniel de Andrade. A sucessão das dívidas resultantes da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) na recuperação judicial. *Revista do advogado*, a. XXXVI, n. 131, out. 2016.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A garantia do devido processo legal – aplicação contra excesso do Ministério Público. *Revista Forense*, v. 327, jul-set. 1994, p. 150.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lei da Ficha Limpa fere a presunção de inocência. *Conjur*, 13.03.2012. Artigo disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia>. Acesso em 21.08.2017.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O modelo constitucional do direito processual civil*. Disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>>. Acesso em 15.05.2017.

BUENO, José Antonio Pimenta. 2. ed. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. Rio de Janeiro: 1858.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Nulidades no Processo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, v. 126, ago-2005.

CACHÓN CADENAS, Manuel. Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica. In: ARMENTA DEU, Teresa (coord). *La convergência entre proceso civil y penal: una dirección adecuada?* Madrid: Marcial Pons, 2013.

CALMON DE PASSOS, J. J. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; BATISTA, Morena Gabriela C. S. P. Foro por prerrogativa de função nas ações civis públicas por improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 233, jul. 2014.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, jan. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960.

_____. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2.

_____. Prove civili e prove penali. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. II, parte I, a. 1925.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa: unidade ou dualidade. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Daniel Pentead de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIAVARIO, Mario, Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (org.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001.

_____. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro – Bases para sua compreensão*. São Paulo: Edipro, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CINTRA, Lia Carolina de Araújo. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização. *Revista de processo*, a. 37, v. 214, dez. 2012.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da Ação de Improbidade Administrativa e a sua Conformação Processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese apresentada ao concurso de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. *Contraditório nas investigações*. No prelo, 2015.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa*. Projeto vencedor do programa "Pensando o Direito" da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ). Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011 (Publicação de relatório de pesquisa).

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Lei n.º 12.846/13 – Lei Anticorrupção empresarial: considerações sobre o processo como instrumento de controle da administração sancionadora. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. Obrigatoriedade de realização de inquérito civil. Artigo disponível em <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/18151-18152-1-PB.htm>. Acesso em 06.01.2018.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Inelegibilidade por condenação criminal. *Revista Paraná Eleitoral*, v. 2, n. 2.

- DEGOFFE, Michel. *Droit de la sanction non pénale*. Paris: Economica, 2000.
- DEMENECH, Perelló. El derecho a ser informado de la acusación, In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coords.). *La Europa de los Derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- DIDIER JR, Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015.
- _____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2
- _____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. O dever de motivar e a inteireza da motivação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2016, v. I.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. II.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. III.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2017, v. II.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La Ley del más débil*. Madri: Editorial Trotta, 2006.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 2. ed. Roma: Laterza, 1990.

FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação: influências principiológica da Constituição e do Novo CPC no processo penal. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; CRUZ, Rogerio Schietti. *Repercussões do novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, processo penal.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934.

_____. Le due prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. III, parte I, a. 1926.

GALGANO, Francesco. Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione. *Contratto e impresa*, ano 2000, v. 16, f. 3.

GALVÃO, Danyelle da Silva. É necessário traduzir documentos dos autos para a compreensão do acusado? Artigo disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/e-necessario-traduzir-documentos-dos-autos-para-a-compreensao-do-acusado/>. Acesso em 15.09.2017.

_____. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 68-69.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GALVÃO, Danyelle. O novo Código de Processo Civil e os impactos no processo penal. *Revista Brasileira da Advocacia*, a. 2, v. 6, jul-set. 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 85, 2010.

_____. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *Revista do Advogado*, n. 42.

_____. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3. ed. Cizur Menor: Arazandi, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

_____. GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4, 2003-2004.

_____. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. II.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 164, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A independência do juiz brasileiro. *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. As garantias constitucionais do processo. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *Dos princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. In: *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Prova emprestada. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1996.

_____. *Provas Ilícitas, Interceptações e Escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *As nulidades no processo penal*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Recursos no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais penais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, 2014.

GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. Standards probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 11, v. 18, n. 2, mai-ago. 2017.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

GUYOMAR, Mattias. La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). In: *La sanction: regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*. Paris: La documentation Française, 2015.

_____. *Les sanctions administratives*. Yssey-les-Moulineaux: LGDJ Lextenso éditions, 2014.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n.º 18, fev-mar. 2003.

_____. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Informação Legislativa*, a. 30, n. 118, abr-jun. 1993.

_____. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945.

IRTI, Natalino. *L'etat della decodificazione*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3.

JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JORGE, Flavio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa (Lei 8.429, de 1992). In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária e responsabilização de terceiros na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 28, v. 241, jan-mar. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 4. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2008.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Bauru: Manole, 2005.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, v. 3.

LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Il principio del contraddittorio e la Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, n. 2.

LOPES JR, Aury. De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal. Artigo disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Acesso em 08.05.2017.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Conjur*, 27.06.2014.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. A instrumentalidade garantista do processo penal. Artigo disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17011-17012-1-PB.htm>>. Acesso em 22.10.2017.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O ônus da prova no processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3.

LOUVEL, Bertrand. La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). In: *La sanction: regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*. Paris: La documentation Française, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo

Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, v. 947, ano 2014, set. 2014.

LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa e Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “ne bis in idem” e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, jul-set. 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, t. I.

MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de processo*, ano 39, v. 233, jul. 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANN, Kenneth. Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law, *The Yale Law Journal*, 1795, 1991-1992.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *A reforma do Código de Processo Civil e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade de São Paulo, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.

_____. *Instituições de Direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas. In: MILARÉ, Édís. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

_____. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTES, Heinz; MATTES, Herta. *Problemas de derecho penal administrativo: Historia y derecho comparado*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa. Artigo disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6540/do-excessivo-carater-aberto-da-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 24.06.2015.

_____. Os vinte anos da Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://gomesdemattos.com.br/artigos/OS_VINTE_ANOS_DA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.pdf> Acesso em 11.10.2017.

MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, §3º, da LAP e 17, §3º, da LIA). *Revista Forense*, a. 104, v. 400, nov-dez. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar. Competência para julgar improbidade administrativa. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (Coord.). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Atlas, 2004.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Advogado*, n. 126, 2015.

MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993.

MOLINÉ, José Cid. Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de administración pública*, n. 140, 1996.

MONTERO, Diana; SALAZAR, Alonso. Derecho defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artigo jurídico disponível em: <http://corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>. Acesso em 30.11.2015.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, fev. 2014.

MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. *Ação de improbidade administrativa: natureza jurídica e aspectos processuais*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NASSER, Paulo Magalhães. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reflexos do novo CPC na ação de improbidade administrativa. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241, ano 28, jan-mar 2016.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva: 1997.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA NETO, Olavo. Breves Considerações Acerca do Conteúdo e da Eficácia das Decisões Proferidas na Ação de Improbidade Administrativa. In: In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O'REILLY, Gregory. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 766, ago. 1999.

_____. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul-dez, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Pequeno dicionário jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A editor, 2004.

PEREIRA NETO, Miguel. Lei Anticorrupção e ética. *Revista do advogado*, a. XXXIV, n. 125, dez. 2014.

PEYRANO, Jorge. La carga de la prueba. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Artigo disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf969>>, p. 961. Acesso em 06.09.2017.

PIASECI, Débora da Cunha. *Da fundamentação da pena: uma análise descritivo-crítica da função preventiva geral positiva*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito, área de Ciências Penais, da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2006.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 1998.

PIÑEIRO BERTOT, Maria Inés. La nulidad como 'garantía de garantías'. In: CHIARA DIAZ, Carlos Alberto (Coord). *Las nulidades y los medios de impugnación en el proceso penal*. Buenos Aires: Delta, 2004

PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

QUEIROZ, Maria Regina Ferro. *Perfil processual da Lei de Improbidade Administrativa*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito: Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REMOTTI CARBONEL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho. 2004.

RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. El debido processo legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>. Acesso em 30.11.2015.

RINCÓN, José Suay. La potestad sancionadora de la administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar. *Documentación administrativa*, 2008, n. 280-281.

ROCA, Javier García. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº. 5, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodvim, 2006.

_____. Anotações sobre o princípio do juiz natural. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel. *Constituição e Processo*. Salvador: Juspodvim, 2007.

ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. *Revista dos Tribunais*, v. 947, set. 2014.

ROUGEVIN-BAVILLE, M. M. La sanction en matière administrative dans le droit français. Disponível em <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-2.pdf>, p. 260. Acesso em 14.12.2017.

SAAD, Marta. *Reconhecimento do exercício do direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. IV.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009.

_____. Perspectivas atuais da 'teoria geral do processo'. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001.

SILVA, Bruno Freire E. Algumas peculiaridades e polêmicas dos elementos da ação civil por improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 228, fev. 2014.

SILVA, João Paulo Hecker da. Fundamentação da Sentença nas Ações de Improbidade Administrativa In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Luiz Mônico da. *Inquérito civil*. São Paulo: Edipro, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003.

STEINER, Sylvia, *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINI, Eduardo. A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009.

_____. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 29, 2006.

_____. Tres observaciones sobre 'por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar', de Larry Laudan. In: *Racionalidad y Estándares de Prueba*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005.

TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. (Comp.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

THEA, Federido. In: REGUEIRA, Enrique M. Alonso. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013.

TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del'Uomo. *Rivista de Diritto Processuale*, n. 49, 1994.

VIDIGAL, Luiz Eulálio Bueno. Por que unificar o direito processual. *Revista de processo*, v. 7, n. 27, out-dez-1982.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Temis, 1985.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Distribuição do ônus da prova no processo de improbidade administrativa e o CPC 2015. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241, ano 28, jan-mar. 2016.

_____. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais*: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924.

ZOCKUN, Maurício. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

