

A relevância da epistemologia do ilícito para a proteção de bens jurídicos e a efetividade do princípio *ne bis in idem*

Um estudo comparado entre Brasil e Portugal

The relevance of the illegal epistemology for the protection of legal assets and the effectiveness of the *ne bis in idem* principle

A comparative study between Brazil and Portugal

SANDRO LÚCIO DEZAN*

sandro.dezan@gmail.com e sandro.dezan@ceub.edu.br

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXI · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2020 · pp. 25-45

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.2>

Submitted on September 24th, 2020 · Accepted on 10th November, 2020

Submetido em 24 de setembro, 2020 · Aceite a 10 de novembro, 2020

RESUMO o presente artigo, a partir do método hipotético-dedutivo e de um estudo comparado entre Portugal e Brasil, busca analisar os contornos jurídico-epistemológicos do conceito de “ilícito” e a necessária carga de proteção de bens jurídicos que orienta a sua previsão nos mais diversos ramos do direito punitivo estatal, para constatar a abrangência dos efeitos do princípio *ne bis in idem extramuros* dos ramos epistemológicos. Concluir-se-á a existência de um núcleo intangível, ontológico, entre as variações de prescrições proibitivas, que se asseguram, necessária e adequadamente, nas espécies de objetos protegidos pelos diversos ramos do direito sancionador, público ou privado, para os limites de mais de uma punição pelo mesmo fato base.

PALAVRAS-CHAVE Direito Público Sancionador; Ontologia dos Ilícitos de Direito Público; Proteção de Bens Jurídicos; Efetividade do Princípio *Ne Bis In idem*.

* Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor Titular do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu*, Mestrado e Doutorado, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF; Investigador do Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia, da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; e Coordenador do Grupo de Pesquisa *Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas* do Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF.

ABSTRACT: this article, based on the hypothetical-deductive method and a comparative study between Portugal and Brazil, seeks to analyze the legal-epistemological contours of the concept of “illicit” and the necessary burden of protection of legal assets that guides its prediction in the most various branches of state punitive law, to verify the scope of the effects of the *ne bis in idem* principle outside the epistemological branches. The existence of an intangible, ontological nucleus will be concluded, among the variations of prohibitive prescriptions, which are necessary and adequately ensured in the kinds of objects protected by the different branches of the sanctioning law, public or private, to the limits of more punishment for the same basic fact.

KEYWORDS: Public Sanctioning Law; Ontology of Public Law Offenses; Protection of Legal Assets; Effectiveness of the *Ne Bis In idem* Principle.

I. Introdução

O sistema sancionatório português é notadamente distinto do brasileiro^{1/2} e, por essa razão, a intervenção que ora nos detemos antecedente ao início dos debates de investigação faz-se necessária, nomeadamente com vistas à adequação de sentido entre as definições dos ilícitos de um e de outro modelo punitivo estatal, o luso e o brasileiro, a considerar que utilizaremos aprioristicamente como cerne de toda a pesquisa a experiência brasileira (mormente, de *lege ferenda*, para um contributo ao sistema brasileiro) e não, de fato, a por-

1 Denota-se para as classes sancionatórias extrapenais de Portugal, em especial os ilícitos contraordenacionais, a gênese de ordem germânica, por uma transposição das contravenções, após a paulatina redução de sua aplicação a partir de 1982, com o advento do Código Penal português, ao passo que o direito sancionador brasileiro, para os ilícitos não penais, ou extrapenais, parece-nos firmado em origem do direito sancionador espanhol, sob a especial característica distintiva de não se tratar, o sistema brasileiro, de sistema firmado sob as bases do contencioso administrativo. Mário Ferreira Monte ressalta a distinção ente o ilícito penal, o ilícito administrativo de sentido estrito e os ilícitos de contraordenações. Afirma que “se em Portugal e na Alemanha, por exemplo, se alcançou um nível de distinção aceitável, desde logo formal, ao definir-se claramente o que é contraordenação, com todo um regime que pode dizer-se autónomo – tanto do direito penal quanto do direito administrativo –, expurgando-se as contravenções do ordenamento jurídico, em outros países, porém, continua a não ser sequer pacífica a designação daquele tipo de infração. O que demonstra a dificuldade que, em termos de direito comparado, esta matéria oferece. (...) Temos, por isso, um direito sancionador administrativo que, contudo, não se confunde com o direito de mera ordenação social português nem com o Ordnungswidrigkeitenrecht alemão, inspirador do português” (MONTE, 2014, p. 20-22).

2 Sobre a influência do direito alemão para a concepção atual do sistema punitivo das contraordenações, conferir Azevedo (2011, p. 36-43).

tuguesa, que, entretanto, será referenciada de modo expresse sempre que a abordagem assim o exigir^{3/4}.

Nessa linha de distinção entre os sistemas, por exemplo, a concepção de “ilícito administrativo disciplinar” (categoria comum ao direito sancionador brasileiro) não é de emprego corrente e de sentido apreensível pela legislação, doutrina e tribunais em Portugal, que, por sua vez, valem-se, para a obtenção do mesmo efeito jurídico (sem embargo de que em Portugal há o contencioso administrativo e no Brasil não há), do instituto jurídico “ilícito disciplinar”, simplesmente, diferenciando-o dos ilícitos das *contraordenações* e dos ilícitos administrativos *tout court*; há ainda em Portugal um fecundo debate sobre os limites entre o direito penal e o direito das *contraordenações*, perpassando pelo direito administrativo penal e pelas *contravenções*, para, em fim, firmarem a concepção de *direito de mera ordenação social* e de *ilícitos contraordenacionais* (MONTE, 2014; DIAS 2007, p. 155 e ss.).

O direito brasileiro, ao servir-se da expressão “administrativo” para qualificar o *ilícito disciplinar*, inadvertidamente induz os juristas portugueses – e os demais aplicadores do direito de outros países, que, por ventura, operam sistemas sancionatórios de modelos semelhantes – ao entendimento de que todo e qualquer ilícito administrativo seria de espectro disciplinar, desprezando, destarte, as demais espécies estabelecidas em Portugal, referentes aos (i) ilícitos administrativos em sentido estrito, *tout court*, (ii) aos ilícitos das *contraordenações* e (iii) aos ilícitos disciplinares privados⁵.

3 A considerar que a investigação dedica-se ao fenômeno *ne bis in idem* sob a perspectiva do direito brasileiro, todavia sem olvidar das categorias jurídicas de mesma identidade ou similitudes no direito português, na medida em que este, em muitos casos, servirá de paradigma às conclusões a que se pretendem, imprescindível para a nossa proposta de investigação se faz proceder a um ajuste semântico para a acomodação dos principais conceitos operacionais que serão levados a efeito, mormente o referente às categorias de ilícitos de direito sancionador presentes no Brasil e em Portugal.

4 O sistema de direito sancionador brasileiro apresenta grande similitude com o sistema de direito sancionador espanhol, a exceção da presença do contencioso administrativo para este último e não para o primeiro. Com efeito, as conclusões a que chega Mário Ferreira Monte também se aplicam ao caso brasileiro e, nesse viés, afirma o autor que “por isso, se alguma conclusão pode tirar-se do direito espanhol é que as infracções administrativas são uma opção pela descriminalização, muito clara, desde logo porque coabitam com figuras como as *contravenções* que, ainda que dentro do direito penal, todavia, não são administrativas em sentido estrito. Mas o modelo, por isto mesmo, apresenta peculiaridades que se não registram em Portugal” (MONTE, 2014, p. 30-31). Para uma análise detida das distinções entre o sistema sancionador espanhol e o sistema sancionador português, conferir a ainda Monte (2014, p. 18-30).

5 Por exemplo, para os ilícitos *contraordenacionais*, Mário Ferreira Monte ressalta o problema de essa espécie não ser comum em alguns países (como é o caso do Brasil), e, assim, a demonstrar a dificuldade que se deparam os estudiosos do tema, para a transposição de conceitos. Assinala o autor que “se em Portugal e na Alemanha, por exemplo, se alcançou um nível de distinção aceitável, desde logo formal, ao definir-se claramente o que é *contraordenação*, com todo um regime que pode dizer-se autónomo – tanto do direito penal quanto do direito administrativo –, expurgando-se as *contravenções* do ordenamento jurídico, em outros países, porém, continua a não ser sequer pacífica a designação daquele tipo de infração. O que demonstra a dificuldade que, em termos de direito comparado, esta matéria oferece” (MONTE, 2014, p. 20).

Do mesmo modo, a *qualificação especial* dessa monta, tal qual referida, também induz os estudiosos a questionarem se há ou não no Brasil um ilícito disciplinar que não seja submetido a um regime publicístico, como ocorre em Portugal com o *ilícito disciplinar privado*, do Código do Trabalho.

Pois bem, diante dessas dúvidas que naturalmente surgem ao liame do debate de direito comparado, faz-se imprescindível esclarecer que no Brasil os ilícitos administrativos em sentido estrito, *tout court*, e os ilícitos das contraordenações são englobados por uma só categoria jurídica, a dos “ilícitos administrativos” e estes, quando adjetivados de “disciplinares”, formam outra espécie, também submetida ao *regime jurídico de direito público*, os “ilícitos administrativos disciplinares”.

Para estes últimos, lança-se mão, também e sem maiores problemas, da expressão “ilícito disciplinar”, cuja omissão do vocábulo qualificativo ainda assim referencia o ilícito disciplinar de caráter público, ou seja, o “administrativo”.

Para os casos submetidos ao regime jurídico de direito privado (que, em Portugal, comumente, encontram-se no CT), afigura-se no Brasil a denominação “ilícito disciplinar privado”. Essas questões, apesar da ausência de qualquer pretensão exauriente do tema, devem, aqui, de plano, ser dirimidas e explicadas.

Começemos com o sistema vigente em Portugal.

1. As Concepções De Ilícito Em Portugal

Na ordem jurídica portuguesa há três espécies definidas majoritariamente pela doutrina (MONTE, 2014; ALBUQUERQUE, 2011) de ilícitos pertencentes ao sistema sancionatório, que, de início, quanto à extensão de sua natureza punitiva, ainda não se pode caracterizar-se exclusivamente de *públicas*, por motivo que se verá. São elas: (i) o ilícito disciplinar; (ii) o ilícito das contraordenações ou contraordenacionais, ou, ainda, de mera ordenação social; e o (iii) ilícito penal (MONTE, 2014).

Para os estudiosos do tema, o ilícito administrativo, puro e simples, em sentido estrito, “ilícito administrativo *tout court*”, no sistema luso, em razão de não possuir a função de proteção de bens jurídicos (sequer a função de proteção de *bens jurídicos não penais*, como no caso dos ilícitos contraordenacionais que possuem essa objetividade jurídico-protetiva), não pertence à classe do direito sancionador português, a caracterizar-se, dessarte,

como um sistema sancionador em sentido *stricto sensu*⁶⁷. Com efeito, restam, com características sancionadoras, os ilícitos disciplinares e os ilícitos contraordenacionais.

O ilícito disciplinar (i) verte-se em duas outras subclassificações: (i.a) o ilícito disciplinar previsto no Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Função Pública⁸ (submetido a um regime de direito público, compreendendo, *e.g.*, o Estado e as Entidades) e (i.b) o ilícito disciplinar previsto no Código do Trabalho português⁹ (submetido a um regime de direito privado – e, por este motivo especial, não se há de afirmar categoricamente ser o sistema sancionatório português exclusivamente público, como dito, a compreender, *e.g.*, as pessoas jurídicas, privadas ou públicas, porém regidas pelo direito privado. Idêntico fenômeno se dá para o trato dessa espécie no caso Brasil, pelo mesmo móvel) (MONTE, 2014; AZEVEDO, 2011).

6 Nesse sentido e pela óptica de somente pertencer ao sistema sancionatório o regime regulatório (i) formado a partir de certas garantias materiais e processuais e (ii) caracterizado pela afeição à proteção de bens jurídicos, o que podemos compreender como uma concepção estrita da definição do conceito de sistema sancionatório, Mário Ferreira Monte ensina que “uma coisa seria falar do ilícito administrativo *tout court*, de uma violação das normas do direito administrativo, com as consequências próprias deste ramo do direito, ou seja, de uma *autotutela da função administrativa*. Ao dizer isto, partimos do pressuposto de que existe na ordem jurídica portuguesa um tipo de ilícito administrativo não contraordenacional, ou seja, aquele que corresponderia a um ‘facto ilícito tipificado numa norma jurídico-administrativa’, ao qual se aplique uma sanção que não seja a coima, podendo ser, inclusivamente e por estranho que possa parecer, a multa. E se bem se afirma que não existem diferenças materiais entre o ilícito administrativo e o ilícito de mera ordenação social, a verdade é que o legislador é quem vem a fazer essa distinção, melhor, é quem opta por um ou por outro, quando utiliza ou não a coima como sanção para o ilícito típico. Outra coisa diferente, no entanto, seria subsumir o ilícito de mera ordenação aos princípios e critérios do direito administrativo. Não se pense que as consequências da realização de um comportamento subsumível a um ilícito administrativo ou a um ilícito contraordenacional são as mesmas. Desde o facto de um seguir as normas do Código de Procedimento Administrativo e o outro o processo contraordenacional, passando pelo facto de o recurso das decisões em matéria de ilícito administrativo caber para os tribunais administrativos ao passo que o de matéria contraordenacional cabe para os tribunais comuns, em regra, muitas são as diferenças práticas entre os dois. (...) Importa, no entanto, sublinhar que estas vantagens são aparentes. Quanto mais próximo do sistema penal, obviamente que maiores são as garantias processuais. Algumas, que são apresentadas como vantagens, esquecem outros aspectos que não são menos relevantes. (...) Dito isto, no entanto, compreende-se que não possa aceitar-se qualquer tentativa de subjugar o direito das contraordenações aos quadros do direito administrativo e de atribuir o poder de julgar as decisões em sede de impugnação contraordenacional aos tribunais administrativos. E, por sobre tudo, pelo que acaba de dizer-se, discorda-se frontalmente que não se veja entre os dois ilícitos ‘diferenças substanciais’. **Este é o verdadeiro problema. É que o ilícito de mera ordenação social, já ficou dito, tem como função tutelar bens jurídicos, não penais – ou não carentes de pena –, é certo, enquanto que o ilícito administrativo tem essencialmente uma função de autotutela da atividade administrativa.** Não compreender isto é que inquina todo o raciocínio. A diferença entre uma função e outra é significativa. Tão grande que justifica que o direito subsidiário do direito contraordenacional deva ser o direito e processo penal e não o direito administrativo. E de tal modo que os tribunais competentes para apreciar as impugnações judiciais em matéria contraordenacional devam ser os comuns e não os administrativos. Entre outras razões, salta de imediato uma: a matéria em causa não é administrativa, senão sancionatória. (Sem grifos no original) (MONTE, 2014, p. 31-38).

7 Mormente em face da ausência de uma jurisdição contenciosa administrativa brasileira, a nossa concepção de sistema sancionatório é de caráter amplo, sistema sancionador em sentido lato, de modo a não restringir o conceito à (a) necessidade de proteção de bens jurídicos, passíveis ou não de aplicação de uma pena criminal, e ou de (b) ele ser ou não dotado de certas garantias, materiais ou processuais, fundamentais aos administrados. Com efeito, incluem-se todas as espécies de ilícitos submetidos ao regime jurídico de direito público.

8 Lei 58/2008, de 09 de setembro, revogado pela Lei 35/2014, de 20 de junho.

9 Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, cuja última alteração foi efetivada pela Lei 28/2016, de 23 de agosto.

Os ilícitos disciplinares, sejam submetidos ao regime jurídico de direito público ou ao regime jurídico de direito privado, são previstos em lei para a *proteção de deveres funcionais* (esta é, em Portugal, a clássica função do ilícito disciplinar: a *proteção de deveres funcionais*) (DIAS, 2013, p. 69 e ss.; SILVA, 2010; CARVALHO, 2014; e COELHO; COUTINHO, 1949, p. 38 e ss.)¹⁰ e, destarte, os infratores são submetidos a penas disciplinares em caso de descumprimento desses deveres.

O *ilícito contraordenacional* (ii), por seu turno, previsto – principalmente, mas sem se descuidar de outros diplomas especiais – no Regime das Contraordenações (RGCO – Decreto-Lei 433/82, de 27 de outubro), encerra infração de caráter nomeadamente público, em que se faz necessária a composição de ofensa a algum *bem jurídico* tutelado e a existência de específica *proibição legal* (esta, uma mera proibição, prevista em lei)¹¹, cuja desobediência submete o infrator ao que se denomina em Portugal de “coima”, espécie de sanção pecuniária^{12/13}.

À vista disso, para a caracterização de um ilícito contraordenacional, deve a norma prescritiva se importar com *bens jurídicos* que não possuam *dignidade penal* e, do mesmo modo, não sejam carecedores de *pena criminal*. O ilícito contraordenacional não possui a função atribuída ao direito penal, em que se denota neste último a função de “tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de bens jurídico-

10 Coelho e Coutinho (1949, p. 38 e 41) asseveram que, em razão disso, “resulta que o ilícito disciplinar é diferente do ilícito penal, que as sanções disciplinares são diferentes das sanções criminais e podem ou não acumular-se entre si”.

11 Como exemplo de ilícito de contraordenação e do seu trato pelo direito português, cf. Rodrigues (2009, p. 575-606).

12 Consoante já afirmado em nota alhures, insere-se nesse contexto a definição do conceito de “coima”, como espécie da sanção natural do regime jurídico das contraordenações, o que se presta a distinção formal entre esta espécie de ilícito e o ilícito penal. “O RGCO opta por um critério formal de distinção entre o ilícito criminal e o ilícito contra-ordenacional, assente na cominação de uma coima. As coimas aplicáveis são muitas vezes consideravelmente mais graves do que as multas, admitindo mesmo o RGCO uma regra de adaptação do valor da coima ao benefício retirado da conduta de infração” (ALBUQUERQUE, 2011, p. 27).

13 Do mesmo modo, alhures em nota referenciada, assinala Paulo Pinto de Albuquerque que “o direito de mera ordenação social é um ramo do direito sancionatório público, com uma ‘conexão’ ao direito penal e ao direito processual penal (acórdão do TC n.º 244/99). Esta ligação refere-se nos seguintes factos: (1) a equiparação das garantias constitucionais da reserva de competência da AR e da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade (artigos 165.º, n.º 1, al.ª d) e 282.º, n.º 3, da CRP); (2) a aplicação subsidiária do direito penal no RGCO (artigo 31.º), (3) a reprodução de regras de punição do direito penal no RGCO (artigos 1.º, a 6.º e 8.º a 16.º), (4) a integração dos regimes das garantias do processo contra-ordenacional no mesmo preceito constitucional das garantias do processo penal (artigo 32.º da CRP), (5) a aplicação subsidiária do direito processo penal no RGCO (artigo 41.º, n.º 1), (6) o conhecimento das contra-ordenações no processo criminal, no caso de concurso de contra-ordenações e crimes (artigo 38.º), (7) o reconhecimento às autoridades administrativas dos direitos e deveres do MP durante a fase administrativa do processo contra-ordenacional (artigo 41.º, n.º 2), (8) a incriminação da violação do segredo de justiça no processo contra-ordenacional nos termos que valem para o processo criminal (artigo 371.º, do CP) e (9) a recorribilidade da decisão administrativa final e das decisões administrativas interlocutórias mais graves junto ao tribunal judicial e não do tribunal administrativo (artigo 55.º e 59.º)” (I ALBUQUERQUE, 2011, p. 29).

-penais); ou, o que é dizer o mesmo, de *bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena*” (DIAS, 2014, p. 114).

Por outro lado, mister anotar que os ilícitos das contraordenações não se firmam como um direito de mera *bagatela penal*. Não se encontram incluídos no campo protetivo do direito penal e de suas normas direcionadas à tutela de bens jurídico-penais. Tampouco espécie do gênero *ilícito administrativo em sentido estrito*. De uma e de outra destas espécies não se tratam e possuem uma autonomia própria para a maioria da doutrina¹⁴, na medida em que tutelam bens jurídicos, característica esta que não se opera diretamente para os ilícitos administrativos estritos e, por outro lado, apesar de (a) *possuírem dignidade penal* a impor um afastamento natural dos ilícitos administrativo estritos e uma aproximação dos ilícitos penais, não necessitam de uma (b) *sanção de caráter criminal*, uma vez que não tutelam bens jurídicos de natureza penal. Com efeito, “tem como função tutelar bens jurídicos, não penais – ou não carentes de pena –, é certo, enquanto que o ilícito administrativo tem essencialmente uma função de autotutela da atividade administrativa” (MONTE, 2014, p. 37-38).

Anote-se, por oportuno e mais uma vez, que o *ilícito administrativo em sentido estrito*, em que pese à sua previsão nas normas administrativas regulatórias do direito luso, não pertence, especificamente, ao sistema sancionatório português, mas sim a um campo de infrações, digamos, “anômalas”, dedicadas apenas à autotutela das *funções* administrativas, cuja desobediência submete o autor da conduta a “multas administrativas” (MONTE, 2014). Grosso modo, é o que no Brasil seriam os ilícitos e as suas respectivas sanções decorrentes do poder de polícia administrativa.

Por outro lado, em Portugal, não se há que defender pertencerem tais classes de infração, as contraordenações, ao campo do direito penal, malgrado dedicarem-se à proteção, a exemplo do direito penal, de bens jurídicos. Pelo que se expôs, a tendência dominante é a

14 Escreve Mário Ferreira Monte a dificuldade, para a maioria dos autores e para a legislação, de delineamento da autonomia científica desta espécie de direito punitivo. Posiciona-se o autor, em “Lineamento de direitos das contraordenações”, assumir “a pretensão de vincar a *autonomia científica e pedagógica* do direito das contraordenações, que, no entanto, se alicerça na *autonomia jurídica, de sentido e dogmática* que assestamos a este ramo do Direito. Se o fazemos ao longo do texto, não é só porque nos parece ser esse o melhor posicionamento. É também porque continua a pairar uma certa confusão relativamente aos limites e à identidade deste ramo do direito. Se, de um lado, a Constituição não tem dúvidas em “encostar” o ilícito de mera ordenação social ao direito penal, tratando-o no âmbito das garantias criminais de nível constitucional, e o Regime Geral das Contraordenações em declarar o direito penal e o direito processual penal como de aplicação subsidiária, de outro lado, ouvem-se vozes que reivindicam o tratamento das questões contraordenacionais à luz do direito administrativo e do procedimento administrativo, ao que se junta a *recente e inusitada pretensão de levar para a jurisdição dos tribunais administrativos algumas matérias contraordenacionais*. Pode ler-se no *Anteprojeto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (CPTA): ‘optou-se por fazer ingressar na jurisdição administrativa (...) as impugnações judiciais de decisões administrativas que apliquem coimas no âmbito dos ilícitos de mera ordenação social por violação de normas de direito administrativo em matéria de ambiente, urbanismo, ordenamento do território, património cultural e bens do Estado’” (MONTE, 2014, p. 13-14).

de que as contraordenações se afastam dos contornos definitórios do ilícito penal propriamente dito, para comporem uma classe autônoma de ilícito¹⁵.

O ilícito penal (iii), previsto no Código Penal português¹⁶ e em legislações especiais, por seu turno, possui a *função subsidiária de proteção de bens jurídicos*, na medida em que tais bens dotam-se de *dignidade penal* e, disso, de *necessidade de pena criminal* quando ofendidos (DIAS, 2014, p. 114).

2. Os Ilícitos e as Suas Distinções Epistemológicas Concretas entre Brasil e Portugal

No sistema sancionatório brasileiro, o que se denomina em Portugal de “ilícito disciplinar do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Função Pública” (Lei 58/2008, de 09 de setembro, revogada pela Lei 35/2014, de 20 de junho), classifica-se no Brasil como “ilícito administrativo disciplinar” – ou, simplesmente, ilícito disciplinar – (previsto, em especial, para os servidores públicos federais do Brasil no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações e seguido, por simetria, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios)¹⁷, e, quando se quer referir ao que seria o similar ilícito disciplinar privado, elencado no Código do Trabalho português (Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, cuja última alteração foi efetivada pela Lei 28/2016, de 23 de agosto), refere-se, no Brasil, ao *ilícito disciplinar privado* (geralmente estipulado na Consolidação das Leis do Trabalho)^{18/19}.

O que se denomina em Portugal de *ilícito contraordenacional*, ou ilícito das contraordenações, ou, ainda de mera ordenação social, ingressa como espécie do gênero *ilícito administrativo em um sentido amplo*, em *sentido lato*, do mesmo modo em que assim ingressa no gênero o *ilícito administrativo disciplinar*. Destarte, no Brasil não há uma distinção entre

15 Mário Ferreira Monte aponta a tênue linha que divide essa classificação entre submeter-se ao entendimento de tratar-se de ilícito penal, ou mesmo de ilícito administrativo em sentido estrito, ao esclarecer que “a questão da delimitação do ilícito de mera ordenação social é, como se vê, da maior importância, num duplo sentido: primeiro, no de que se impõe saber quando é que uma conduta é criminosa ou simplesmente contraordenacional – questão dos limites *tout court* do direito das contraordenações, face ao direito penal, com o qual, por se tratar de direito sancionatório, que deve aplicar-se subsidiariamente, partilha linhas de fronteira; depois, estando esta delimitação feita, impõe-se qualificar o ilícito de mera ordenação social, para que também deste modo se saiba o que, embora não sendo crime, pode ou não ser contraordenação, pode ou não ser outra realidade que não o ilícito de mera ordenação social. Claro que a ordem poderia ser outra. Primeiro qualificar-se, para depois se delimitar. Mas parece-nos que a aqui escolhida tem a vantagem de se partir do geral para o particular. Delimitar não exige uma qualificação específica do ilícito, podendo, como veremos, usar-se critérios mais gerais. Ao passo que qualificar a conduta, mesmo depois de delimitadas e distintas em geral, exige um trabalho de filigrana, mais apurado” (MONTE, 2014, p. 18).

16 Decreto-Lei 400/82, de 31 de maio, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1983.

17 Lei 8.112/90, de 11 de dezembro.

18 Decreto-Lei 5.452/43, de 1.º de maio.

19 No Brasil nada obsta a previsão de ilícitos disciplinares em relações estritamente primadas não trabalhistas, a exemplo dos estatutos de condomínios prediais, dos estatutos de sócios de clubes esportivos, de recreio e de outras atividades, desde que sejam lícitas.

o que seria *ilícito administrativo em sentido estrito e ilícito das contraordenações* e sequer há o uso dessa denominação, ou de qualquer regime regulatório distinto para ilícitos com características a elas assemelhadas (as contravenções penais – o que mais se aproximaria no Brasil ao ilícito contraordenacional português e é regida pela Lei 7.210, de julho de 1984, Lei das Execuções Penais (LEP) –, no sistema brasileiro, submetem-se às regras do direito penal e do direito processo penal, uma vez que, a exemplo do crime, compõe espécie do gênero ilícito penal). O sistema alemão, com “o *Ordnungswidrigkeitenrecht* alemão, inspirador do português” (MONTE, 2014, p. 22) à migração dos ilícitos de contravenções para os ilícitos contraordenacionais, com consequente e paulatina extinção daquela primeira espécie (a contravenção), não se insere na realidade brasileira, que, ainda, mantém as contravenções como espécie de ilícito penal, malgrado quase em completo desuso²⁰.

Essas infrações que em Portugal se encaixariam como contraordenacionais seriam – se não tipificadas como contravenções penais e, com efeito, submetidas às regras penais e processuais penais jurisdicionais – apenas mais uma espécie do gênero “ilícito administrativo”, que, por seu turno, também abarca o ilícito administrativo disciplinar, na qualidade de outra espécie.

Quanto à necessidade de os ilícitos administrativos brasileiros que seriam denominados em Portugal de infrações contraordenacionais, o mesmo padrão de exigência se afere, qual seja a necessidade de bens jurídicos e a existência de uma proibição legal, mas, todavia, a sanção aplicada para o descumprimento da lei não se reporta a uma “coima”, mas sim a uma sanção administrativa, desta natureza, também prevista em lei. Quanto aos ilícitos administrativos disciplinares, estes seguem os mesmos exemplos do direito penal, apenas a necessidade de proteção de bens jurídicos, na medida de possuírem *dignidade ético-moral-disciplinar e necessidade de pena disciplinar*.

Em referência ao direito penal, Brasil e Portugal, a par de pormenores de inexpressivos e insignificantes efeitos, nada distinguem em suas teorias essenciais do delito. Ambos compreendem o crime sob o manto de tratar-se de espécie de ilícito dotado de dignidade penal que, por natureza do bem protegido – pela importância do bem jurídico tutelado pela ordem normativo-penal –, atrai a aplicação de uma pena criminal. Por todo o exposto,

20 Como ressalta Mário Ferreira Monte, a distinção entre ilícito penal e ilícito contraordenacional é meramente formal e, todavia, em Portugal e na Alemanha, alcançou-se um nível de distinção aceitável entre um e outro, o que se operou, pensamos, por efeito ativo do princípio da *ultima ratio* do direito penal. Afirma o autor que “Se em Portugal e na Alemanha, por exemplo, se alcançou um nível de distinção aceitável, desde logo formal, ao definir-se claramente o que é contraordenação, com todo um regime que pode dizer-se autônomo – tanto do direito penal quanto do direito administrativo –, expurgando-se as contravenções do ordenamento jurídico, em outros países, porém, continua a não ser sequer pacífica a designação daquele tipo de infração. O que demonstra a dificuldade que, em termos de direito comparado, esta matéria oferece” (MONTE, 2014, p. 20).

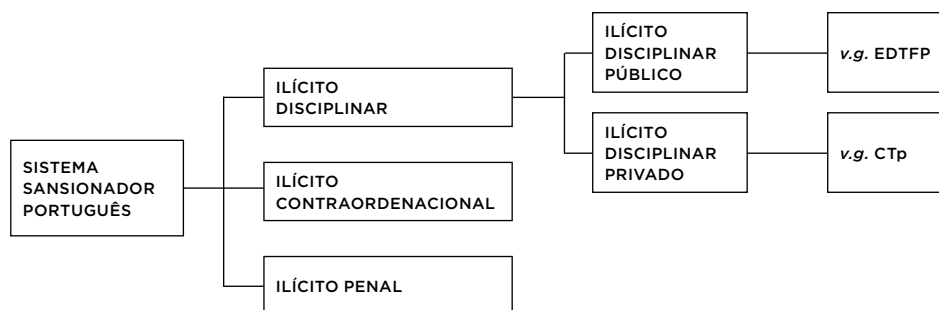
a presente investigação se dedica a explorar o que denominamos no Brasil *ilícito administrativo disciplinar* (esta é a expressão conceitual utilizada no Brasil para o que em Portugal se entende como ilícito disciplinar), que, na legislação portuguesa, reporta-se ao *ilícito disciplinar do Estatuto Disciplinar da Função Pública*.

Não nos deteremos ao estudo dos *ilícitos disciplinares privados*, assim como também não nos deteremos ao estudo dos *ilícitos contraordenacionais*, ou mesmo dos *ilícitos administrativos em sentido estrito* (estes dois últimos, os contraordenacionais e os administrativos em sentido estrito, no Brasil, mesclam-se em uma só categoria, a do *ilícito administrativo*, passível de sanção administrativa (OSÓRIO, 205)). Deter-nos-emos, tão somente, à investigação do *ilícito disciplinar submetido ao regime administrativo de caráter público* em confronto com o ilícito penal, o que não impede inferências e incursões, vez ou outra, a conceitos e nuances das demais espécies de ilícitos.

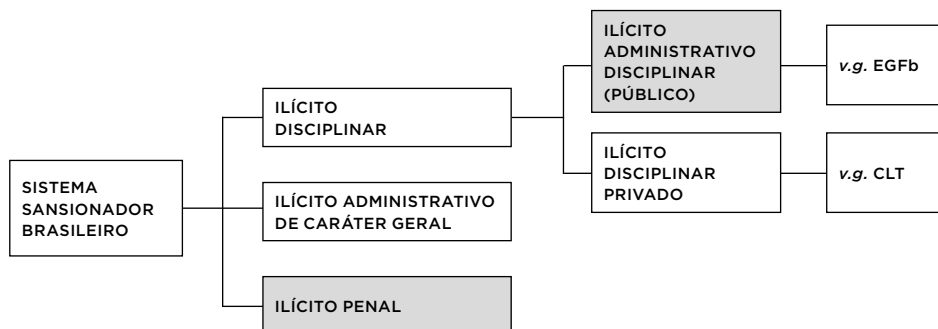
Sob esse esboço, traçamos as diretrizes, em linhas gerais, do *direito sancionador público e privado brasileiro*, compreendido como um direito punitivo geral, subdividido nas espécies proibitivas: (i) *ilícito penal*; (ii) *ilícito disciplinar*: (ii.a) *ilícito administrativo disciplinar*; (ii.b) *ilícito disciplinar privado*; (iii) *ilícito administrativo propriamente dito* (em sentido estrito).

O fluxograma a seguir, em breve síntese e, assim, sem qualquer pretensão exauriente, posto não ser este o objeto investigativo, delinea o *sistema sancionador português* e o *sistema sancionador brasileiro*, certo de que apenas é objeto desta tese, para a análise da aplicação ou não do princípio *ne bis in idem*, as relações ente os bens jurídicos (e aqui, referimo-nos à extensão desses bens submetidos à proteção, como *objetos jurídicos normativos*) protegidos pelo ilícito penal e pelo ilícito disciplinar, sob a óptica do modelo brasileiro, independente de se tratar de bem jurídico dotado ou não de dignidade penal, bastando o papel da tipicidade de um e de outro ramo do direito sancionador, para a eleição do adequado valor a ser protegido.

a. Sistema Sancionador Português:



Sistema Sancionador Brasileiro:

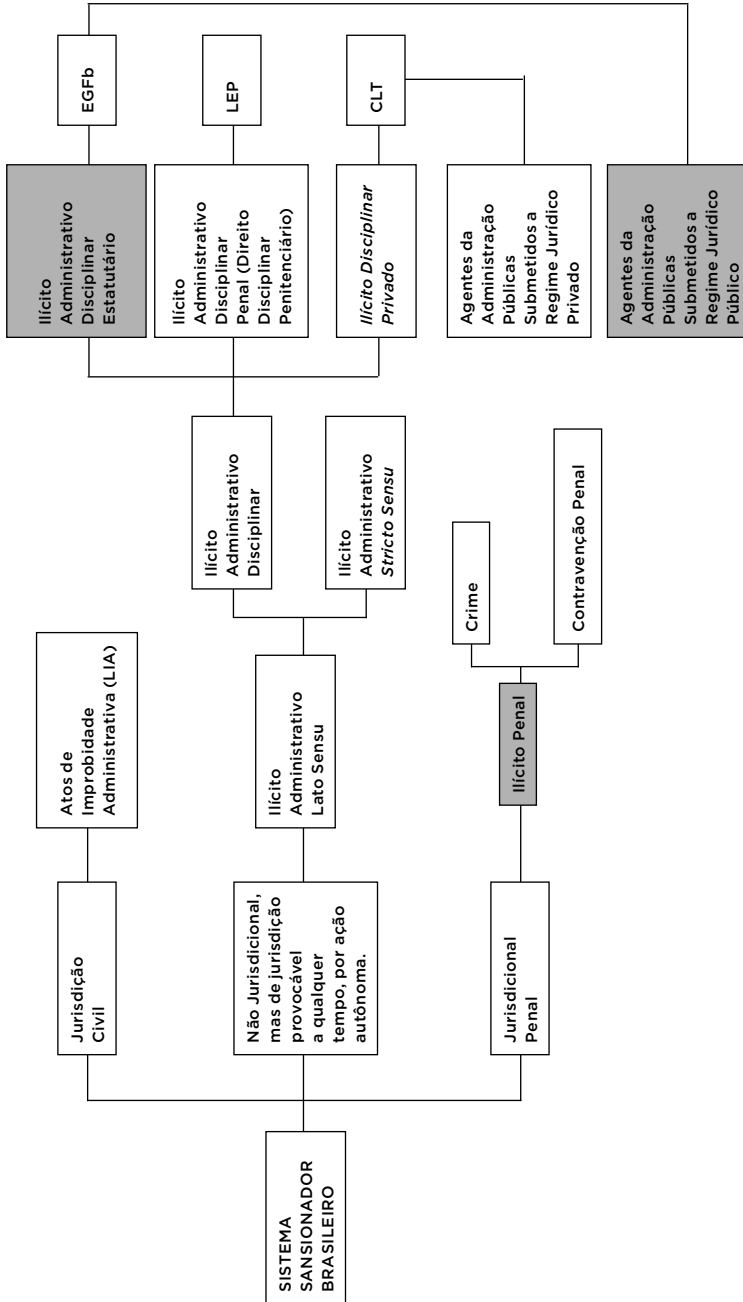


O que se reportou no quadro anterior compreende uma visão resumida do sistema brasileiro, que comporta – assim como também comporta o sistema sancionador português – deslindes detalhados de rol de infrações aos seus diversos sistemas sancionadores.

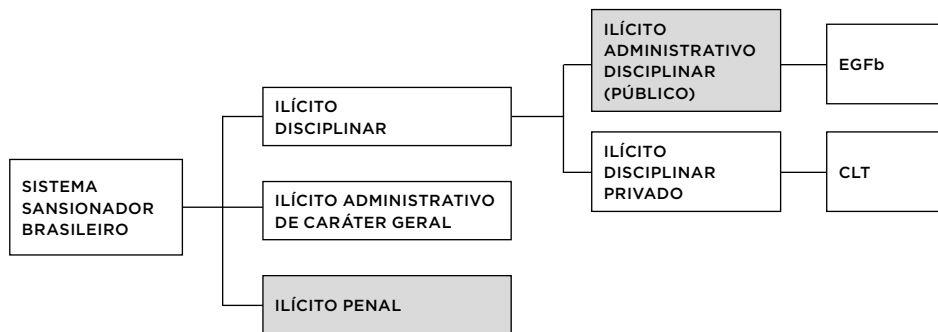
Em uma aceção mais detalhada do Sistema Sancionador Brasileiro – o que não o faremos para o sistema sancionador português –, pode-se perceber a sua (i) face não jurisdicional, não submetida a um “contencioso administrativo”, mas tão somente à *juridicidade* da Administração Pública, e uma (ii) face jurisdicional, para uma ou outra espécie de ilícitos, a saber, os (ii.a) *ilícitos penais* e os (ii.b) *ilícitos civis por atos de improbidade administrativa*.

Com isso, a par do ilícito penal a encontrar-se em um patamar jurisdicional, inserem-se, porém em sede de jurisdição não penal e sim cível, os atos de improbidade administrativa, regidos pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, cujo conteúdo de suas proibições compreende espécie de ilícito civil-administrativo, como dito, de caráter processual jurisdicional.

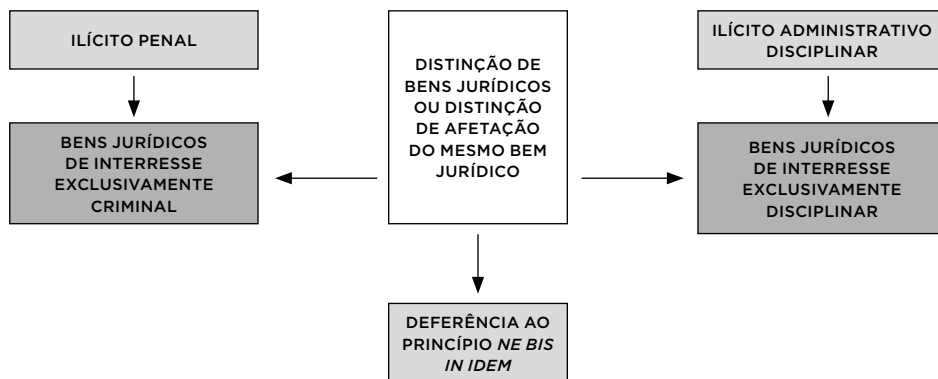
Sem embargo, em razão do objeto de nossa investigação, não nos deteremos à análise de seu conteúdo pormenorizado, pois uma análise mais detida fugiria aos propósitos desta abordagem. Entretanto, apenas os apontamos com escopo ilustrativo para dizer que, pensamos, tratem-se de verdadeiros ilícitos administrativos disciplinares na essência, porém, por diferencial, submetidos a uma espécie de contencioso administrativo “à brasileira”:



i. Sistema Sancionador Brasileiro sob a harmoniosa validade do *ne bis in idem*, pela óptica de bens jurídicos não afetados por *sobreposições legais protetivo-independentes*²¹, entre ilícitos penais e ilícitos administrativos disciplinares:

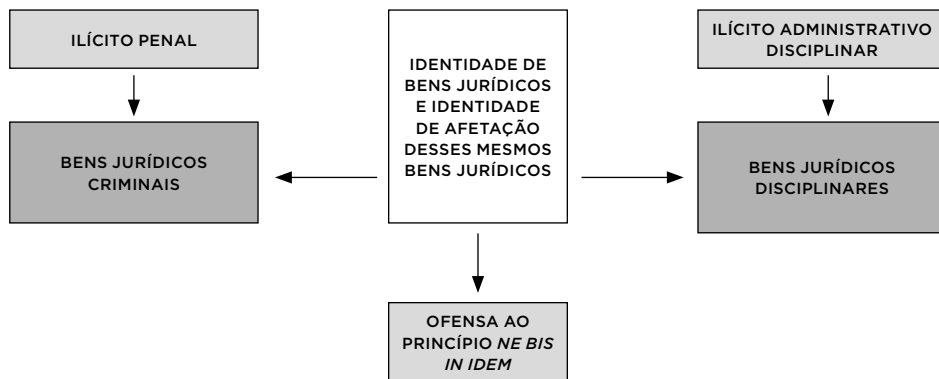


ii. Se há distinção de bens jurídicos protegidos (ou, apesar de se tratar do mesmo bem jurídico, porém com distinção do nível de sua afetação protetiva), há deferência ao princípio *ne bis in idem*:



21 Entendemos por *sobreposições legais protetivo-independentes* a ocorrência de mais de uma norma vigente de direito sancionador, direcionada à tutela de um mesmo bem jurídico e de seu nível de afetação, a possibilitar duas ou mais punições autônomas em razão de um mesmo fato; ao passo que, por *sobreposições legais protetivo-concorrentes*, a ocorrência de mais de uma norma vigente de direito sancionador, direcionadas à tutela de um mesmo bem jurídico e de seu nível de afetação, porém, caracterizadas pelo fato de que a primeira dotada de efetividade ou de eficácia social exclui a segunda e eventuais outras normas de mesma característica, de modo a obstar outros processos sancionadores e punições decorrentes – efeito de controle do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* estatal.

iii. Se há identidade de bens jurídicos protegidos (consideram-se aqui, cumulativamente, o mesmo bem jurídico e o mesmo nível de sua afetação – *sobreposições legais protetivo-independentes*), há ofensa ao princípio *ne bis in idem*:



II. A Relação entre a Proteção de Bens Jurídicos (ou a Proteção a Deveres Funcionais) e a Proibição de mais de uma Norma Punitiva para o Mesmo Fato

Por oportuno, poderíamos, por bem, aceitar o que entende a doutrina pacífica portuguesa de que os ilícitos disciplinares protegem deveres funcionais e os ilícitos penais defendem, originariamente, bens jurídicos (DIAS, 2014; GERMANO, 2010; CARVALHO, 2014) e, em atividade anômala, determinadas prescrições de crime possam vir a estipular, inadvertidamente por obra de superficial debate legislativo, em seu plexo de tipicidade, tão somente deveres funcionais, erigidos indevidamente, assim, a proteção penal (a exemplo do que alguns sustentam em alguns crimes contra o sistema tributário ou ao sistema ambiental, em que não se estaria diante de verdadeiras proteções de bens jurídicos, mas de, tão somente, deveres funcionais); e, dessarte, também reconhecermos a incidência de *bis in idem*, ou seja, de dupla punição ilegal, em razão de um mesmo *fato jurídico*, mas não em face de um mesmo *bem jurídico* concorrentemente protegido, e sim de um mesmo *dever funcional* tutelado, simultaneamente, pelo penal e pelo direito disciplinar. Diríamos: uma tipificação de ilícito penal e uma tipificação de ilícito disciplinar a defenderem, concomitantemente, um mesmo *dever funcional* também é caso de ofensa, em abstrato, ao princípio *ne bis in idem*.

Poderíamos, assim, alegar a ocorrência de *bis in idem* em razão de proteções concomitantes de um mesmo *dever funcional*, tipificado como objeto de proteção penal e disciplinar, (i) *em abstrato*, em razão de meras previsões legais, e, outrossim, também (ii) *em concreto*, à vista de (ii.a) mais de um processo sancionador em curso – um processual penal e outro processual disciplinar – ou em face de (ii.b) nova aplicação de sanção decorrente de um desses processos jurídicos.

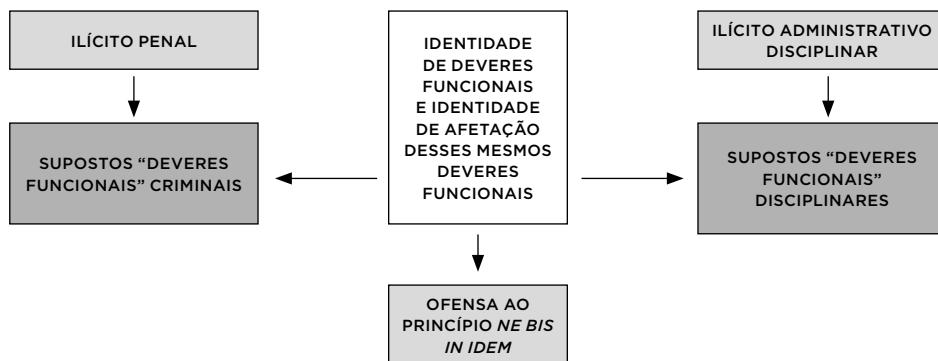
Mas não é o caso, uma vez que sustentamos que os ilícitos disciplinares, a exemplo dos ilícitos penais, na origem teleológica, devem defender *bens jurídicos* relevantes para cada esfera epistemológica do direito sancionador público.

Não se trataria de defesa de deveres funcionais, mas sim, pela natureza punitiva *personificada* da seara penal e da seara disciplinar, de coerção indireta à inalterabilidade de determinados bens juridicamente escolhidos como relevantes para o funcionamento social e corporativo. Nesse momento é que se concebe a “funcionalidade” do corpo social ou institucional como um dever funcional reflexo abrangido pela proteção do próprio bem jurídico que o envolve.

A equivocada eleição de deveres funcionais dedicada à proteção por tipos penais não compreende objeto da presente pesquisa e, do mesmo modo, não muda a relevância de reconhecimento de haver, nas balizas de tipicidades penal e disciplinar, bens jurídicos dignos de proteção ora penal, ora disciplinar, e, com efeito, carentes, ora de penas criminais e ora de penas disciplinares, a depender da necessidade epistemológica de proteção: (i) a proteção geral, subsidiária e afeta ao direito penal; e (ii) a proteção disciplinar, que perfaz incidência local, setorial, afeta às instituições públicas, mesmo assim dedicadas à proteção social indireta.

Para os que reconhecem a existência de proteção, em alguns casos, de *deveres funcionais* em tipos penais (e não, necessariamente e por equívoco, de bens jurídicos dotados de dignidade penal) – o que nada influi na concepção de mais de uma punição pelo mesmo fato à luz de um sistema sancionador em sentido lato –, o fluxograma a seguir ilustra a ofensa ao princípio *ne bis in idem*, mas, como advertimos, não é o caso da presente investigação. Apontamo-la apenas de forma a demonstrar que a questão não nos passou despercebida e, assim, para afirmar que, independentemente de se tratarem de *bens jurídicos* ou de *deveres funcionais*, a invalidade persiste, como punição plural ofensiva do princípio referenciado. Nesses moldes, o fluxograma a seguir ilustra o que dizemos.

iv. Se se tratasse de identidade de “deveres funcionais” protegidos (consideram-se também aqui, cumulativamente, o mesmo dever funcional e o mesmo nível de sua afetação), haveria ofensa ao princípio *ne bis in idem*:



O que queremos com isso dizer é que não importa se o direito penal e o direito administrativo disciplinar protegem *bens jurídicos* ou *deveres funcionais*, conquanto, a haver identidade de objetos jurídicos tutelados (*bens jurídicos* penais ou *deveres funcionais*) (PRADO, 2015; SILVA, 2013, p. 64-65; OLIVEIRA, 2010)) puníveis ou punidos em decorrência de um mesmo fato base, haver-se-á de falar em ofensa ao princípio *ne bis in idem* e, à vista dessa constatação, o dever de os órgãos encarregados das decisões administrativas e jurisdicionais reconhecerem a legalidade dessa atuação estatal.

Há de se verificar, pela mirada que se ora delinea, a razão jurídica arrimada na concepção de que o princípio *ne bis in idem* deve incidir, com os seus efeitos obstativos de uma segunda sanção ou de um segundo processo, a partir da premissa de (i) considerar-se o *fato identificado como uno*, do fato-base a servir de hipótese de incidência das normas sancionadoras, e não de (ii) considerar-se a *espécie de sanção*, a sua natureza jurídico-punitiva.

Em que pese a toda essa amplitude de viabilidades de incidência do *ne bis in idem* e de possibilidades de investigações variadas sobre os seus aspectos, advertimos que, nos detemos aos limites da defesa da perspectiva fática e constatável de *sobreposições legais protetivo-independentes de bens jurídicos* entre o *ilícito penal* e o *ilícito disciplinar*, cuja facticidade, *in concreto*, deveras, não se apresenta com o caráter de viabilidade jurídico-constitucional, de modo a considerar *inconstitucional* mais de uma punição pelo mesmo fato gerador do processo e da sanção, por ofensa ao princípio *ne bis in idem*.

A seguir, em síntese do que se ora expôs, apresentamos um breve quadro, com vistas a retratar um panorama geral do *sistema sancionador português* e do *sistema sancionador brasileiro*. Porta-se, assim, a incluir os tipos de ilícitos de um e de outro, assim como as suas

principais características afetas ao regime jurídico a que se submetem²² e, ainda, a provável correspondência tipológica comparativa entre os ilícitos desses dois sistemas.

Acautelamo-nos, porém, que se trata de uma análise sem qualquer pretensão exauriente, firmada apenas para situar o nosso objeto de investigação, qual seja, o ilícito administrativo disciplinar em concorrência punitiva com o ilícito penal.

Tabela de visão geral dos Sistemas Sancionadores de Portugal e do Brasil:

COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS SANSIONADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS					
SISTEMA DE DIREITO SANCIONADOR SISTEMA SANCIONADOR	PORTUGAL			BRASIL	
	TIPOLOGIA		SANÇÃO	TIPOLOGIA	SANÇÃO
	1. ILÍCITO DISCIPLINAR	<ul style="list-style-type: none"> • ILÍCITOS DISCIPLINARES PÚBLICOS. (Possuem regime jurídico de direito público e, especialmente, estão previstos no Estatuto dos Funcionários Trabalhadores da Função Pública). 	Sanções Administrativas Disciplinares (Penas não criminais).	<ul style="list-style-type: none"> • ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES, OU, ILÍCITOS DISCIPLINARES. (Possuem regime jurídico de direito público e, em sua maior parte, no geral, no EGFb). 	Sanções Administrativas Disciplinares (Penas não criminais).
		<ul style="list-style-type: none"> • ILÍCITOS DISCIPLINARES PRIVADOS. (Possuem regime jurídico de direito privado, especialmente previstos no Código do Trabalho). 	Sanções Trabalhistas Privadas.	<ul style="list-style-type: none"> • ILÍCITOS TRABALHISTAS. (Possuem regime jurídico de direito privado e, no geral, encontram-se previstos na CLT). 	Sanções Trabalhistas Privadas.
				<ul style="list-style-type: none"> • ILÍCITOS DISCIPLINARES CÍVEIS (Possuem regime jurídico de direito privado e previsto no Código Civil e Legislações Cíveis Especiais). 	Sanções Cíveis (do Código Civil e de Leis Cíveis Especiais).
2. ILÍCITO DAS CONTRAORDENAÇÕES		Coimas	<ul style="list-style-type: none"> • ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS. (Possuem regime jurídico de direito público e estão previstos em Leis Administrativas Esparsas). 	Sanções Administrativas (Multas e outras sanções administrativas).	
3. ILÍCITO ADMINISTRATIVO <i>TOUT COURT</i>		Sanções Administrativas (Multas)			
3. ILÍCITO PENAL	<ul style="list-style-type: none"> • CRIMES OU DELITOS 	Penas de Natureza Criminal, incluindo-se a Multa Criminal.	<ul style="list-style-type: none"> • CRIMES OU DELITOS (Possuem regime jurídico de direito público e estão previstos no Código Penal brasileiro e em Leis Penais Especiais). 	Penas de Natureza Criminal, a abarcar a Multa Criminal.	
			<ul style="list-style-type: none"> • CONTRAVENÇÕES PENAIS (Possuem regime jurídico de direito público e estão previstas na LCP). 		

Tabela 1: comparação entre o sistema sancionador português e o sistema sancionador brasileiro.

22 Todavia, esse panorama elaborado, por razões de corte metodológico (visto que não se trata de objeto de fato, e que, assim, pode o tema de pesquisas de fundamentos e unidade ontológica entre o administrativo – o que, de veras, caracteriza-o como sistema jurisdicional *ab initio* da relação jurídica e, portanto, de natureza disciplinar, na medida em que, a qual, e como se viu, os seus atos são de um início dessa demonstração. Nesse mesmo sentido são as afirmações de Liobregat, a conclusão existente de identidade substancial para o fenômeno sancionador penal e adminis-

trativo, ocasião em que sustenta que “si de todo lo expuesto hata ahora pudiera extraerse alguna conclusión ésta sería, sin a Duda alguna, la constatación de la homogeneidad ontológica de las distintas vertientes del Derecho Sancionador” (LLOBREGAT, 2012, p. 55). Por exemplo, muito se debate em Portugal acerca da autonomia material do ilícito contraordenacional frente ao direito penal e se assinala que há essa autonomia, uma vez que o ilícito contraordenacional é *ético-socialmente indiferente*: a sua conduta, por si só, corresponde a um indiferente *ético-social*, que depende de uma *proibição legal* para se apresentar eticamente relevante para o direito; ou seja, os ilícitos contraordenacionais dependem do desvalor contido na ilicitude, para ser relevante para o direito. Distintamente se afirma para o direito penal, em que se entende que a própria conduta em si, independentemente da ilicitude contida em uma norma proibitiva, um comportamento *ético-socialmente relevante*.

Nas palavras de Figueiredo Dias, para o direito das contraordenações, que depende de uma proibição legal para criar a ilicitude, há uma conduta “axiológico-socialmente neutra”, ao passo que para o direito penal, há uma conduta “axiológico-socialmente relevante” (DIAS, 2014, p. 161 e 162).

A *distinção material* entre os ilícitos penais e os ilícitos contraordenacionais, para Figueiredo Dias, opera-se nessas balizas de reprovação *ético-moral de condutas*, independentemente de prescrição legal que introduza a concepção de *ilicitude*, para o direito penal, e da necessidade de proibição legal criadora da *ilicitude* para as condutas de natureza contraordenacional. A essência da distinção encontra-se na base da inata reprovação social de umas condutas e de outras não²³. Para o direito penal a ilicitude seria natural, afeta à própria concepção de conduta reprovada como crime, ao passo que os demais ilícitos e, *v.g.*, os ilícitos contraordenacionais estão a depender de uma proibição, *prescrição proibitiva prevista em lei*, supridora formal dessa “contrariedade social”, a formalizar a ilicitude, que para o direito penal seria natural.

Por outro lado, distintamente do que ocorre com os ilícitos contraordenacionais e os ilícitos penais, para o direito administrativo disciplinar e o seu ilícito, não vislumbramos essa distinção material entre este último, o disciplinar, e o ilícito penal. Entendemos haver

23 Assinala Figueiredo Dias que “necessário é que a perspectiva da ‘indiferença ético-social’ se dirija não imediatamente aos ilícitos – que supõem já realizada a valoração legal –, mas às **condutas** que os integram. Existem na verdade condutas às quais, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas às quais não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social. A conduta, independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso **axiológico-socialmente relevante**, no segundo caso **axiológico-socialmente neutra**. O que no direito de mera ordenação social é axiológico-socialmente neutro não é o ilícito, mas a *conduta em si mesma*, divorciada da proibição legal; sem prejuízo de, uma vez conexo com esta, ela passa a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social. É este o critério decisivo que está na base do princípio normativo fundamentador da **distinção material** entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social” (DIAS, 2014, p. 161 e 162). (Grifos do original).

uma reprovação “axiológico-socialmente relevante” também para os casos de condutas disciplinares, as quais são, por essência, correspondentes também, a exemplo do direito penal, a “um mais amplo desvalor moral, cultural ou social”, consoante afirma Figueiredo Dias para o direito penal (DIAS, 2014, p. 161-162).

O que difere, sob essa óptica, o direito penal do direito disciplinar é o campo de abrangência do primeiro, que possui um caráter geral e abstrato sobremaneira superior ao campo de abrangência da norma disciplinar, restrita às relações especiais de sujeição, afetadas, no Brasil, aos servidores públicos, e, em Portugal, aos trabalhadores que exercem função pública. Esse também é o posicionamento de Figueiredo Dias, ao assinalar que “diferentemente do que sucede com o direito das contra-ordenações, os comportamentos integrantes do ilícito disciplinar **não podem dizer-se axiologicamente neutros**, como tão-pouco pode afirmar-se que o ilícito respectivo é aqui constituído pela proibição” (grifos do original) (DIAS, 2014, p. 168-169).

Com efeito, não por esse motivo teríamos uma distinção material e ontológica entre os ilícitos penal e administrativo disciplinar.

Não obstante, Figueiredo Dias sustenta que a relação entre o agente público e o Estado é firmada no *princípio da lealdade administrativa*, a se lhe assegurar, ao agente administrativo, uma série de *direitos* decorrentes da profissão e, por outro lado, também uma série de *deveres* que se lhe impõem no interesse da coletividade, da comunidade jurídica, constituindo-se, dessarte, antes de tudo, uma “relação de dever que serve o interesse público em nome da integridade e da confiança” e os comportamentos que violem essa relação de dever, relação especial de sujeição pública, passa a agredir a integridade e a confiança pertencentes ao serviço público e, assim, “comete, sob determinados pressupostos, um ilícito disciplinar e torna-se passível de medidas (sanções) disciplinares” (DIAS, 2014, p. 169).

Com base nessas premissas, Figueiredo Dias assinala a distinção entre o ilícito disciplinar e o ilícito penal, na medida em que aquele trata de um ilícito interno, *interna corporis*, “exclusivamente virado para o serviço” (DIAS, 2014, p. 169), ao passo que o ilícito penal trata de ilícitos abrangentes, *extramuros* do serviço público. Sem embargo, ainda assim consideramos a ausência de distinção ontológica entre essas duas espécies de ilícitos, o penal e o disciplinar.

III. Considerações Finais

Em conclusão, imprescindível apontar que, apesar das possíveis e variáveis classificações epistemológicas para a concepção de ilícitos entre ordens normativas punitivas diversas, a exemplo do que se ora pesquisou nas experiências entre Brasil e Portugal, há de se ter

assente a existência de um núcleo intangível, ontológico, entre as variações de prescrições proibitivas, que se firmam, necessariamente, nas espécies de objetos protegidos pelas diversos ramos do direito sancionador, público ou privado.

A concepção de *bem jurídico* naturalmente adequado à proteção normativa de cada ramo epistemológico, de acordo com sua essência finalística, faz-se primordial, por obra do legislador e, sem embargo, em juízo de adequação, por obra do julgador, para dar, não somente eficácia normativa, mas, sim, eficácia social a uma ordem punitiva estatal justa e, *exempli gratia*, afastada de excessos sancionadores, sobressanções, a exemplo do *bis in idem*.

Para encerrar com uma ilustração afeta ao ilícito administrativo disciplinar, podemos afirmar que não basta apenas o desinteresse do direito penal pelo fato (princípio da *ultima ratio* e princípio da fragmentariedade penal), mas, sim, o interesse da Administração Pública pelo fato rejeitado pelo ramo jurídico-criminal, a ponto de ele ir de encontro, ferir, os interesses públicos relevantes para o Estado-administração. Com efeito, na hipótese de desinteresse simultâneo, do direito penal e do direito disciplinar, por ausência de interesse público sancionador em sentido amplo, mister reconhecer a atipicidade do fato em ambas as searas sancionadoras – penal e administrativa disciplinar.

Nisso, ainda a título ilustrativo, há de se denotar que as tipificações da disciplina interna do serviço público se relacionam primeiramente com o interesse público, não se sujeitando, ao menos de forma direta, às razões de outros ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do regime geral das contra-ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- AZEVEDO, Tiago Lopes de – *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- CARVALHO, Américo Taipa de – *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- COELHO, Francisco Pereira e COUTINHO, Manuel Rosado – *Direito criminal. Lições do Prof. Dr. Eduardo Correia ao Curso do IV Ano Jurídico*. Volume I. Coimbra: Atlântida II, 1949.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito penal português. As consequências do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito penal. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Tomo I, 2. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LLOBREGAT, José Garberí – *Derecho administrativo sancionador práctico. Comentarios, jurisprudencia y normativa reguladora*. Volume II. *Los derechos fundamentales del inculpaado en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Editorial Bosch, 2012.
- MONTE, Mário Ferreira – *Lineamentos de direitos das contraordenações*. 2.^a edição. Braga: AEDUM, 2014.

- OLIVEIRA, Miguel Tassinari de – *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2010, 169 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito das Relações Sociais, Pontífica Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina – *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PRADO, Luiz Regis – *Bem jurídico e constituição*. 7.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RODRIGUES, Marta Felino – «O regime dos ilícitos de mera ordenação social relativos ao comércio eletrónicos (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro)». In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 19. N.º 4, out/dez 2009, p. 575-606.
- SILVA, Germano Marques da – ***Direito penal português: introdução e teoria da lei penal***. 3.^a edição., Lisboa: Verbo, 2010.
- SILVA, Ivan Luiz da – «O bem jurídico penal como limite material à intervenção criminal». In: *Revista de Informação Legislativa – RIL*, Ano 50 Número 197, p. 64-74 jan./mar. 2013, p. 64-65.