



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robrio Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

M556t Merçon-Vargas, Sarah.
Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal / Sarah Merçon-Vargas – Salvador:
Editora JusPodivm, 2018.
320 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-2242-3.

1. Processo Judicial. I. Merçon-Vargas, Sarah. II. Título.

CDD 341.43

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

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 Humanos¹, criou-se na jurisprudência do Tribunal Europeu de

1. "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;

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 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.²

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também reconhece a aplicação das garantias processuais do artigo 8^o da Convenção Americana

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”

2. 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. No julgamento do HC 143641/SP, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou a existência de um direito convencional comum com a Argentina.
3. “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 juízo ou tribunal;
b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

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.

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 Hassemer⁴, e o Direito Penal de duas velocidades, de Jesús-María Silva Sánchez⁵. 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 pro-

-
- 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.”
4. HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n.º 18, fev-mar. 2003; HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Informação Legislativa*, a. 30, n. 118, abr-jun. 1993; HASSEMER, Winfried. Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
 5. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001.

cessuais 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 apresenta neste estudo.

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 julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁶ 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 precursora⁷ com decisões relevantes desde o final da década de 60, no sentido de atribuir à expressão

6. Os julgados referidos neste trabalho podem ser acessados em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%20>.

7. 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.

*criminal charge*⁸, assim como à expressão equivalente em francês, um significado autônomo⁹ e independente da categoria que o direito nacional do Estado membro lhe atribua.¹⁰ 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.¹¹

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.

8. 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).
9. 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’*”.
10. *Guide on article 6: Right to a fair trial (criminal limb)*. Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014, p. 6.
11. 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).

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 critérios¹² 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.¹³ Em sua avaliação, outros elementos foram apontados em casos mais recentes: (i) se a norma em questão é direcionada a um grupo específico ou tem caráter geral vinculante¹⁴; (ii) se o procedimento foi instituído por um

12. *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.

13. 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).

14. 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*

órgão público com poderes para impor a sanção aplicada¹⁵; (iii) se a norma violada tem finalidade punitiva ou preventiva, de dissuadir¹⁶; (iv) se a aplicação da pena está atrelada à noção de culpabilidade¹⁷; e ainda (v) se outros Estados membros rotulam a infração como criminal ou administrativa¹⁸.

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".

15. 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."
16. 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."
17. 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."
18. 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"

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.¹⁹ 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, pertence 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 Europeia 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.²⁰

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 de custas e ho-

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.”

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

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

norários. 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 Europeia de Direitos Humanos 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.²¹

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.²²

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, independentemente da natureza

21. “§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*”.

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

formal do ilícito, o processo que tem 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.²³ 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 elevada²⁴ 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.²⁵ De todo modo, observa-se que o elemento *norma de caráter geral, não direcionada a grupo específico*, considerado no segundo critério, foi fundamental para a incidência do tratamento processual mais protetivo.

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 *processualisa-*

23. 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].

24. 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).

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

tion – “processualização” – da repressão administrativa, pois ao se recheiar o procedimento administrativo sancionador de garantias, o resultado é muito próximo de um verdadeiro processo.²⁶

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*.²⁷

-
26. GUYOMAR, Mattias. La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). *La sanction: regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*. Paris: La documentation Française, 2015, p. 117.
27. “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 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;

Essa limitação, no entanto, foi superada pela Corte em alguns precedentes.²⁸

No caso *Tribunal Constitucional c. Peru*²⁹, 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.³⁰

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

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.”

28. 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. *Processo Internacional de Direitos 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 Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 815).

29. Para acesso aos julgados da Corte: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.

30. “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”.

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 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.³¹ E, ademais, decidiu-se que o rol de garantias

31. 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

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 projeta a aplicação das garantias do artigo 8º, item 2, para além dos processos penais, não penais e administrativos sancionadores.³²

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.³³

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).

32. 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).

33. 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

Ao analisá-lo, a Corte Interamericana 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*.³⁴

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

-
- 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).
34. “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.”

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.

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 abstrato³⁵, de termos vagos e afastamento de garantias em busca de eficiência.³⁶ Winfried Hassemer defendia a ampla restrição do Direito Penal, que deveria se pautar pela lógica da intervenção mínima (*ultima ratio*)³⁷, pela consagração de tipos tradicionais para proteção de bens jurídicos individuais, com exclusão do que não exigisse necessária imposição de pena privativa de liberdade.³⁸

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

36. 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* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 15-27.

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

38. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. Dissertação de

A partir dessa concepção, Winfried Hassemer propôs um modelo alternativo, que chamou de Direito de Intervenção, que seria um novo ramo, fronteira entre o Direito Penal e o Direito Administrativo e a responsabilidade seriam menos exigentes, em contrapartida ao fato de as sanções serem também menos intensas³⁹ e de não haver cominação de pena privativa de liberdade.⁴¹

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.⁴² Não obstante, como a preocupação do autor centrava-se no problema do Direito Penal, o Direito de Intervenção foi traçado apenas em linhas gerais.⁴³ 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 Sánchez⁴⁴, 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.⁴⁵

Para Jesús-María Silva Sánchez, que é qualificado na doutrina penal como um expansionista, haveria o direito penal de primeira velocidade (cha-

mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 55.

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

40. 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.

41. 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* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 46.

42. *Idem*, p. 201.

43. *Idem*, p. 32.

44. 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.

45. 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* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 32.

mado 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.⁴⁶ 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 Penal pode comportar um modelo menos garantista quando não houver pena restritiva de liberdade prevista para o ilícito e as sanções forem pecuniárias e de restrição de direitos.⁴⁷

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.⁴⁸

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.⁴⁹

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

46. “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. Madrid: Civitas, 2001, p. 163).

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

48. *Idem*, p. 160.

49. 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.

oferecem um contraponto à tese central deste trabalho. 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

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.⁵⁰ 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 jurisprudencial encontrada foi consagrar a aplicação de técnicas do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador.⁵¹

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

50. 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.

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

imposição (autoridade administrativa, no caso das sanções administrativas, e autoridade judicial, em relação às sanções penais).⁵²

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.⁵³

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.⁵⁴ 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.⁵⁵

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.⁵⁶ 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,*

52. 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.

53. 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. 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.

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

55. *Idem*, p. 157.

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

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.⁵⁷

A posição de Alejandro Nieto é no sentido de afirmar que os princípios da legalidade, reserva de lei, tipificação, culpabilidade, *ne 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 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*.⁵⁸

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).⁵⁹ 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.⁶⁰ Isso significa que somente o exercício da função jurisdicional pode resultar na aplicação de

57. Idem, p. 173-174.

58. Idem, p. 173-174.

59. 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.

60. Idem, p. 132-133.

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 em relação às sanções materialmente penais, é preferível assegurar-lhes jurisdicionalidade, com atribuição de competência a um juiz.⁶¹

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.⁶² 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.⁶³

A principal causa desta diferença de regime jurídico, segundo a autora, está relacionada às diferenças entre a Administração e o Poder Judiciário. Por cumular as funções de imputação e de sancionamento, a Administração não tem o que na Itália se denomina *terzietà*.⁶⁴ Em paralelo, no processo penal é

61. *Idem*, p. 132.

62. “(...) *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).

63. 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).

64. A ideia de *terzietà* (expressão que passou a constar no artigo 111 da Constituição italiana e que não tem correspondente exato no português), exprime atributo do juízo

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 artigo 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.⁶⁵

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 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.⁶⁶ 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.⁶⁷

enquanto garantia constitucional do processo justo. Refere-se à condição do juiz de *não parte* e a exclusão de funções que sejam típicas de parte. Sobre o tema, veja-se: CABRAL, Antonio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos penal e civil. *Revista de processo*, a. 32, n. 149, jul. 2007.

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

66. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

67. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80-81.

A desigualdade da relação processual penal, como 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 iguais⁶⁸ – embora haja situações de desigualdade corrigidas pontualmente – no processo penal o desequilíbrio é *estrutural*.⁶⁹⁻⁷⁰

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

68. 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).

69. 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)*

70. 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).

entre Estado-acusação⁷¹, 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.⁷² 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 Lei Complementar n.º 75/93), que também podem ser utilizados para reunir elementos para a construção da tese acusatória. Há, portanto, uma desigualdade inicial⁷³ na ação penal, em função do conjunto de instrumentos institucionais de que dispõe o Estado-acusação para dar início à persecução penal.⁷⁴

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.⁷⁵ Há efetivamente um desequilíbrio na relação

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

72. 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).

73. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

74. 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).

75. 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).

processual penal⁷⁶, 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 civil⁷⁷ 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.⁷⁸ 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 da relação jurídica processual, por meio da limitação do exercício do poder de punir. Essa equação ideal configura a busca por igualdade substancial⁷⁹, para que as partes tenham oportunidades equivalentes para fazer prevalecer suas teses (acusatória e defensiva).⁸⁰

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, carregando-se à acusação o ônus de comprovar, 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 estruturais e permeiam todo o processo (direito de defesa, ônus da prova, *standards* probatórios, coisa julgada, recursos etc.).

76. 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).

77. CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 2, p. 44-45.

78. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80-81.

79. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 123-124.

80. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 355-356.

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 réu⁸¹ que permite, por exemplo, a *oportunidade* de defesa⁸², enquanto ônus, a *distribuição* de ônus da prova⁸³ 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 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.

81. CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milão, 1982, v. II, p. 19-20.

82. 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.

83. 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).

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.⁸⁴

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 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 penais⁸⁵ aponta para a necessidade de, a partir do marco garantista e à luz do devido processo legal, construir-se para esses processos

84. 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).

85. 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.

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 do 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 de alguns aspectos processuais teóricos foi fundamental para que se estabelecesse a premissa de que o modelo de garantias processuais, 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 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 tese central, 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.⁸⁶ 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 são 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 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

86. LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: Improbidade Administrativa de Devido Processo. Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 163-164.

(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 que não se restringe a grupo específico, 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 Direito 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 Direito Humanos, pode-se afirmar que nos processos judiciais punitivos não penais, o núcleo duro do devido processo legal, que lhe é essencial enquanto princípio, é composto pelo *catálogo* de garantias previstas para o processo penal, com exclusão das que são voltadas ao preso ou relacionadas estritamente à pena de prisão.

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 Nieto⁸⁷, seguida por Helena Regina Lobo da Costa⁸⁸, no sentido de que não se trata

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

88. 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,

– ou não deveria se tratar – de aplicação de garantias do processo penal a processos judiciais punitivos não penais e sim de garantias constitucionais aplicáveis a qualquer processo punitivo estatal, enquanto ramo mais amplo que contém o processo penal e os processos judiciais punitivos não penais.⁸⁹

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.⁹⁰ 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 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.⁹¹

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

Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 173-178.

89. 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).

90. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 167.

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

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 estrutural da relação processual também é determinante para a construção de um processo mais garantista.

Nos processos judiciais punitivos não penais, a pessoa à 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.

