

***NE BIS IN IDEM* PENAL, PROCESSUAL E NA SANÇÃO ADMINISTRATIVA**

NE BIS IN IDEM IN CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE SANCTIONING

Etéocles Brito Mendonça Dias Júnior*
Ricardo Alves de Lima**

Data de recebimento: 03/03/2021

Data de aceite: 28/04/2021

Última versão do autor em: 02/05/2021

Resumo: O artigo visa a explorar a natureza jurídica e o impacto do princípio do *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira, constitucional e infraconstitucional, em seus aspectos penal, administrativo e processual, demonstrando a importância adquirida pelo mesmo através de sua maturação doutrinária, bem como, a evolução do tema nos principais pactos internacionais de proteção de direitos humanos. Visa, ainda, a apontar seus pontos de tensão com o princípio da separação das instâncias e instigar uma breve reflexão sobre a lógica sancionatória agasalhada em nosso ordenamento jurídico, que resta compartilhada por diversos países europeus de tradição romano-germânica, mas recentemente sofreu nova direção pela jurisprudência definida pelo sistema europeu de proteção de direitos humanos.

* Doutorando em Função Social do Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela PUC-RJ. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela União Educacional de Cascavel. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

** Doutorando em Função Social do Direito pela FADISP. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra/USP. Advogado.

Palavras-chave: *ne bis in idem*; sistemas sancionatórios; coisa julgada; sistema europeu; direitos humanos.

Abstract: The article aims to explore the legal nature and the impact of the *ne bis in idem* principle in the Brazilian legal order, constitutional and below the constitution, in its criminal, administrative and procedural aspects, demonstrating the importance acquired by the same through its doctrinal maturation, as well as, the evolution of the theme in the main international pacts for the protection of human rights. It also aims to point out its points of tension with the principle of separation of instances and instigate a brief reflection on the sanctioning logic wrapped up in our legal system, which remains shared by several European countries of Roman-Germanic tradition, but recently underwent a new direction by the jurisprudence defined by the European human rights protection system.

Keywords: *ne bis in idem*; sanctioning systems; res judicata; european system; human rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. *Ne bis in idem*: origem, conceito, natureza jurídica e guarida na ordem jurídica nacional e internacional; 3. *Ne bis in idem* e o princípio da separação de instâncias. A contraposição e o desequilíbrio na lógica sancionatória; 4. *Ne bis in idem* processual e a proteção da coisa julgada; 5. *Ne bis in idem*: um breve olhar sobre as perspectivas tratadas na jurisprudência penal da união europeia; 5.1 Precedentes jurisprudenciais do TEDH e do TJUE: a) caso *Grande Stevens*; b) caso *Luca Menci*; c) caso *Garlsson Real Estate*. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A premissa essencial do princípio do *ne bis in idem*, no sentido de que ninguém deve ser processado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato, é apenas o *start* dos inúmeros desdobramentos que esse discreto, porém relevantíssimo, direito fundamental pode trazer dentro de uma ordem constitucional democrática, irradiando efeitos para praticamente todos os ramos do direito do ordenamento jurídico, impondo limites ao poder-dever do Estado, o qual por muito se apresenta expansivo e, em alguns momentos, desenfreado e apartado de critérios objetivos e seguros, distanciando-se da principiologia mínima de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Realmente, longe de se apresentar unicamente como um regime de governo das maiorias, a democracia, evidentemente, é medida pela capacidade do Estado reverenciar direitos e garantias fundamentais, contendo os impulsos autoritários. Isso pode ser concretizado, dentre outras formas, através da inserção de limites claros ao poder punitivo estatal, em qualquer área do direito em que o for concretizado.

A falta de interesse do legislador brasileiro em sistematizar de modo suficiente o *ne bis in idem*, por meio, por exemplo, de acréscimos pontuais na parte geral do Código Penal, para assim garantir-lhe ao menos uma previsão legal e expressa, faz com que nosso ordenamento esteja na contramão das modernas legislações penais, *v.g.*, a espanhola e a italiana. Tudo isso, de alguma forma, colabora para apartar o Brasil da tendência internacional que busca uma unificação do poder punitivo, por meio da instituição de um regime unificado da aplicação das sanções às ilicitudes.

Enquanto isso, no direito estrangeiro, solidifica-se de forma progressiva um estatuto internacional mínimo do *ne bis in idem*. É o que se vê na jurisprudência do sistema comunitário europeu de proteção aos direitos humanos, objeto de estudo no decorrer do presente artigo, a qual se pode comparar a uma virada de Copérnico, que certamente não tardará a chegar a outros sistemas regionais de proteção. De fato, a tendência é que o fenômeno se acentue, especialmente em tempos em que, enfim, as instituições começam a apreender suas limitações e reconhecer que um sistema que permite a todos investigar de tudo não é racional, eficiente e tampouco viável.

Apesar de o legislador brasileiro perpetuar sua inação no trato da matéria, em certos momentos, anda para trás, trazendo previsões legais puramente retrógradas, que se afastam da melhor técnica, pois fortificam o *bis in idem* em preposições em que o perigo reside nos detalhes, tal como do novel artigo 22, § terceiro da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentado pela Lei n.º 13.655/2018¹, que, na

¹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 3.º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.html>. Acesso em: 30 abr. 2021.

prática, legítima o *bis in idem* na aplicação de sanções a gestores e servidores públicos, embora com restrições.

A necessidade de estudo do princípio do *ne bis in idem*, portanto, é uma realidade que se renova, seja pela aparente inesgotabilidade do tema, apto a provocar uma série de desdobramentos em distintas áreas do direito sancionador, seja pelas sucessivas quebras de paradigmas provocadas pelo desenvolvimento teórico capaz de influenciar debates instigantes em nível doutrinário e jurisprudencial (no último caso, especialmente na jurisprudência alienígena).

A metodologia utilizada foi a bibliográfica exploratória. Assim, foi realizada uma revisão bibliográfica de doutrinas que regem a matéria, em busca de selecionar os conceitos que trazem à pesquisa os melhores argumentos para o correto exercício da hermenêutica jurídico-penal constitucional do princípio *ne bis in idem*, e uma análise de julgamentos do Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH), do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e do Supremo Tribunal Federal, que enfrentaram parcial ou integralmente a problemática, aproximando o leitor às críticas e aos delineamentos necessários.

Dentro desse cenário, o presente trabalho visa a contribuir para a discussão da matéria, apresentando as principais características e desdobramentos do princípio em questão, seu desenvolvimento teórico e algumas consequências de sua interpretação quando da aplicação no direito penal e processual penal brasileiro, e, por fim, identificar tendências jurisprudenciais já detectadas em nível do sistema comunitário europeu de proteção de direitos humanos.

Em um primeiro momento, trataremos do encontro conceitual do princípio *ne bis in idem* dentro de um horizonte nacional (constitucional e infraconstitucional) e internacional (sistema europeu), apresentando suas nuances e delineamentos jurídicos. Na sequência, abordaremos o desequilíbrio, dentro de uma lógica da sanção, causado pela separação de instância administrativa e judicial (penal) quando da dupla punição da mesma conduta, e consequente avanço desse efeito negativo ao instituto da coisa julgada, causando de certo modo, sua relativização e a quebra de seu cariz protetivo.

Por fim, através da análise de julgamentos dos casos internacionais – Grande Stevens, Luca Menci e Garlsson Real Estate – e da conduta crime de apropriação indébita do ICMS, definido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), temos condições de defender que o princípio *ne bis in idem* impõe específica delimitação na persecução penal, relativizando a separação de

instâncias judicial e administrativa e reafirmando a garantia processual penal imposta pelo instituto da coisa julgada material em favor do réu.

Nesse norte, o instituto do *ne bis in idem* só poderá ser mais bem dimensionado quando houver uma reverência à sua importância, papel e funcionalidade dentro do ordenamento jurídico como um instrumento de reforço e de proteção aos direitos e das garantias fundamentais.

2. *Ne bis in idem*: origem, conceito, natureza jurídica e guarida na ordem jurídica e internacional

O consenso doutrinário a respeito da vigência e importância do princípio do *ne bis in idem* nas sociedades democráticas ocidentais não obstaculizou o tratamento legislativo tímido do tema em países como o Brasil, notavelmente carecedor de delineamentos normativos precisos do instituto, visando, sobretudo, à providência salutar para conter eventuais excessos sancionatórios do Estado, e, também, para racionalizar as formas de atuação dos órgãos de persecução penal e controle externo da atividade pública.

O diploma constitucional de 1988² e a legislação infraconstitucional que lhe sucedeu não trataram de forma adequada do tema *ne bis in idem*. No primeiro, o princípio não possui um disciplinamento explícito, aparecendo sucinto no rol do artigo 5.º, sendo sua presença ali detectável através de atividade hermenêutica entrelaçada com outros direitos e garantias fundamentais, tais como: princípio da legalidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da intangibilidade da coisa julgada. O tímido tratamento constitucional do tema acaba sendo, pelo menos em parte, compensado pelo disciplinamento um pouco mais ostensivo em sede de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte signatária, diplomas que serão objeto de estudo no decorrer do presente capítulo.

Quanto à legislação infraconstitucional, percebe-se uma sucessão de perdas de oportunidades para o tratamento legislativo do assunto *ne bis in idem*, especialmente em seu aspecto material. Prova disso seria a Lei n.º 12.846/2013 – Lei Anticorrupção³ – e Lei n.º 13.655/2018

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

³ BRASIL. Lei N. 13.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, *Diário Oficial da União*,

– Lei da Segurança e Eficiência na Administração Pública⁴ –, em que, a despeito da proximidade e o interesse temático, não foi levada adiante pelo legislador qualquer preocupação em disciplinar suficientemente e adequadamente a matéria, especialmente no âmbito do direito administrativo sancionador.

Feitas tais considerações, releva-se salientar os ensinamentos de Luiz Regis Prado, para quem, a despeito da inexistência de recepção expressa na normatização constitucional brasileira vigente, o *ne bis in idem* caracteriza-se, na vertente substancial, como manifestação do princípio da legalidade material ou tipicidade (artigo 5.º, XXXIX da CF) e do princípio constitucional da proporcionalidade. Já no aspecto processual, encontra guarida nos incisos II, XXXVI e LVII do mesmo artigo 5.º, sendo, portanto, decorrência do devido processo legal e da intangibilidade da coisa julgada⁵.

Embora haja certa imprecisão sobre a sua origem, o autor esclarece ser ela provavelmente oriunda do direito romano, ganhando inclusive destaque no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano⁶. No mesmo sentido, Keity Saboya leciona que, para a grande maioria da doutrina, a origem do instituto realmente deriva do direito romano, tendo surgido como consequência lógica do instituto da coisa julgada, derivada do caráter preclusivo do processo, a partir da fase denominada *litis contestatio*, utilizada para solucionar eventual concorrência de ações⁷.

Fábio Medina Osório, por sua vez, indica que o princípio é tributário do devido processo legal anglo-saxônico, em que a cláusula do *due*

Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴ BRASIL. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Dispõe sobre a inclusão no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁵ PRADO. Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 165

⁶ Ibidem, p. 163.

⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

processo of law, em sua vertente substancial, seria sua fonte genuína. Já no sistema brasileiro, estaria constitucionalmente conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e principalmente, no devido processo legal, estando, portanto, implicitamente presente na ordem constitucional⁸.

Todavia, em que pesem eventuais controvérsias sobre sua origem, apenas com o advento da filosofia iluminista obteve o princípio do *ne bis in idem* considerável expansão e protagonismo dentro das ordens constitucionais do mundo ocidental. Ganhou assento na constituição americana (a partir da quinta emenda) e francesa, ambas de 1791, consubstanciando-se, desde então, como princípio máximo de proporcionalidade e justiça, instrumento imprescindível para a delimitação do poder punitivo estatal dentro de uma lógica de racionalidade, razoabilidade e boa-fé acusatória. Nesse sentido, Luiz Regis Prado:

O princípio *ne bis in idem* ou *no bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Por meio dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato). É postulado essencial de natureza material ou substancial – conteúdo material relativo à imposição de pena –, ainda que se manifeste também no campo processual ou formal, quando diz respeito à impossibilidade de persecuções múltiplas. O conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre sujeito (identidade subjetiva ou de agentes), fato (identidade fática) e fundamento (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores). (...) Saliente-se que, no âmbito penal, a identidade fática deve ser obtida por meio da análise do tipo penal em seu conjunto, e não de seus elementos individuais considerados⁹.

Desta feita, sua ideia central é a de que ninguém pode ser processado ou condenado duas vezes ou mais pelo mesmo fato, por uma mesma infração protagonizada contra ordenamento jurídico, em uma lógica que se impõe tanto pela necessidade de desfecho e estabilização dos conflitos sociais quanto por um imperativo de justiça e de proporcionalidade, como expõe Keity Saboya:

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 291.

⁹ PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 123-124.

A concepção tradicional do princípio *ne bis in idem* diz respeito à impossibilidade de mais de uma condenação, pelos mesmos fatos, com a conseqüente proibição de múltipla persecução penal, residindo seu fundamento na necessidade de segurança jurídica, como uma limitação ao poder punitivo estatal. O termo *idem* corresponde, substancialmente, aos mesmos fatos, e a expressão *bis* refere-se tanto a novas sanções, como a novos processos¹⁰.

É importante atentar para as distintas vertentes de proteção trazidas pelo princípio em estudo. A diferença aparenta ser sutil, mas nem de longe o é. Por força do *ne bis in idem*, há interdição não só da atividade persecutória e processual, mas também da atividade sancionatória. Quer dizer que o entendimento do *ne bis in idem* como proibição da dupla ou múltipla punição pelo mesmo fato, tendo em conta a identidade de fato, agente e fundamento, não é suficiente para a compreensão de toda a extensão de sua vertente protetiva, que veda igualmente a repetição de investigação e processo pelo mesmo fato já julgado.

Realmente de nada adiantaria bloquear a possibilidade de nova punição por fato já devidamente julgado, se ao Estado fosse possível molestar o *status dignitatis* do cidadão com o desencadeamento de nova atividade processual penal, ainda que fadada ao insucesso. A mera existência de uma ação penal, mesmo que de curta duração, é sabidamente motivo de constrangimentos abundantes para aquele que já vivenciou a experiência de figurar no polo passivo de demanda dessa natureza e, condenado ou absolvido, acreditou que o desfecho trazia a palavra final do poder público sobre o caso. Para Fábio Brun Goldschmidt:

Com efeito, ambas as garantias atendem a propósitos distintos. A interdição de dupla persecução atende a um objetivo de paz social, derivada da estabilidade jurídica, mediante a eliminação da incerteza, que impediria que qualquer cidadão se tranquilizasse acerca de sua situação jurídica. Já a interdição à dupla penalização diz respeito ao limite da culpabilidade, como forma de respeito à garantia da proporcionalidade. Ainda que possa parecer à primeira vista,

¹⁰ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021, p. 149.

uma e outra proibição não são coincidentes. Basta imaginar a situação em que um indivíduo tenha sido sujeito a julgamento por determinados fatos, sendo absolvido. Se a um tempo a interdição do cúmulo de ações impedirá novo julgamento pelos mesmos fatos, a proibição do cúmulo de sanções não obstará essa repetição. Ainda que possivelmente expressões da mesma ideia, as várias proibições realizam funções de natureza diversa¹¹.

Corolário do ideal de justiça, o princípio do *ne bis in idem* pode ter sua natureza jurídica compreendida como direito e garantia fundamental implícito na ordem constitucional brasileira, um princípio constitucional penal vocacionado, fundamentalmente à tutela das liberdades, da segurança jurídica e da culpabilidade.

De fato, é sabido que os direitos fundamentais não se esgotam no rol do artigo 5.º, da Constituição Republicana, e não poderia ser diferente, já que o sistema de proteção das garantias e dos direitos fundamentais está em constante movimento, visando, sobretudo, ao seu aprimoramento, revelando-se nas importantes transformações da realidade social para a redução de injustiças.

Logo, o projeto constitucional traz, dentro de si, ambições de possível durabilidade intergeracional, como fica claro na fixação dos objetivos fundamentais da república, pautas inviáveis de se alcançar no amparo de um rol taxativo e engessado de direitos e garantias fundamentais. Antes, prefere-se a efetiva aptidão de regulamentar, ao menos razoavelmente, boa parte dos aspectos das relações sociais do que a perfeição redacional, invariavelmente utópica.

Por esses e outros fatores, o constituinte originário, então, fixou uma cláusula de abertura ou atipicidade dos direitos fundamentais em seu artigo 5.º, § 2.º da Constituição Cidadã, pela qual os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, extraindo-se dessa solução constitucional, aliada aos demais preceitos constitucionais acima citados, o perfeito agasalho, na ordem jurídica pátria, do princípio do *ne bis in idem* e seu caráter jusfundamental, pois imprescindível para a viabilidade de um sistema penal democrático e indissociável da própria

¹¹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014, p. 07-09.

dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988)¹².

Na legislação infraconstitucional brasileira, parcela significativa da doutrina considera o princípio do *ne bis in idem* incorporado na regra de limitação punitiva do artigo 8.º do Código Penal como instrumento apto a evitar a multiplicidade de julgamento e o apenamento do agente pelo mesmo fato, em caso de pena cumprida, no todo ou em parte, em país estrangeiro, em consonância com o bom senso e interesses superiores de dignidade, justiça e da humanidade¹³.

No nível penal infraconstitucional, o *ne bis in idem* estaria reforçado pelo instituto da detração penal do artigo 42 do Código Penal¹⁴, computando-se na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e de internação¹⁵. O dispositivo em questão deve ter interpretação e aplicação sistemática com o artigo 387, § 2.º do Código de Processo Penal¹⁶, pelo qual o tempo de prisão, em todas essas modalida-

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹³ PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 231. Há, ainda, quem entenda de forma diversa, sustentando ser a principal missão do artigo 8.º do CP aplinar o rigorismo do artigo 7.º, § 1.º do CP, onde o agente será punido pela lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no exterior. Vide: SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito penal*. Parte Geral. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 152-153.

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹⁵ PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 165. Opostamente, onde a detração penal não constitui propriamente uma concretização do princípio do *ne bis in idem*, mas sim uma criação do legislador utilizada para minimizar o rigorismo da inobservância desse mesmo princípio na disciplina legal da extraterritorialidade da lei penal. Vide: FAVORETTO. Afonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 171.

¹⁶ Brasil. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Dispõe sobre o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 13 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

des, deverá ser computado por ocasião da sentença penal condenatória, para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de pena¹⁷.

Além disso, há preocupação no direito penal em não punir duas vezes o mesmo fato na hipótese em que duas ou mais previsões legais tipificam e sancionam uma única ação criminosa, quando o conflito deve ser eliminado através das técnicas de resolução de concurso aparente de normas (princípios da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade)¹⁸. Soma-se a isso o fato de que o legislador penal se preocupa em neutralizar a superposição de penas que possa implicar em *bis in idem*, quando uma mesma ação resulte em dois ou mais crimes, através da regra limitadora do artigo 70 do Código Penal (concurso formal de crimes).

O tímido tratamento normativo brasileiro do *ne bis in idem*, ao menos no que se refere ao direito penal, é compensado, parcialmente, com aquele conferido à matéria em sede de proteção internacional de direito humanos. O princípio do *ne bis in idem* constitui direito e garantia supralegal/convencional expresso, um autêntico direito humano de consagração internacional, repetidamente previsto nos principais tratados internacionais de direitos humanos, como artigo 8.4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁹, o artigo

¹⁷ Há controvérsia doutrinária se as medidas cautelares limitativas da liberdade introduzidas na Lei n.º 12.403/2011 tornam possível descontar o tempo respectivo de cumprimento no total da pena. À luz da taxatividade do caput do artigo 319 do CPP, que seria possível apenas à medida cautelar de internação provisória (artigo 319, VII, CPP), Vide: MARINHO. Alexandre Araripe; FREITAS. André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 453.

¹⁸ Inexiste estatuto legal que regulamenta o conflito aparente de normas, resolvendo-se pela construção doutrinária. A despeito disso o Anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria de 1969, tratava do tema no artigo 5.º “quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) a norma especial exclui a norma geral; a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro, é excluída pela norma atinente a este; c) a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo único: a norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente”. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

¹⁹ O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Dispo-

14.7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁰, e o artigo 20.1, 20.2 e 20.3 do Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional)²¹.

No nível europeu, o artigo 4.1, do Protocolo 7 (1984) à Convenção Europeia de Direitos Humanos²², consta com uma importante exceção em seu artigo 4.2²³, e o artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁴, e artigo 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de

nível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁰ Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. ONU, *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²¹ 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais esta já tenha sido condenada ou absolvida. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça. ITÁLIA, *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, 1998. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Tribunal-Penal-Internacional/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional.html>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²² Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. ITÁLIA, *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²³ As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. ITÁLIA, *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁴ Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado. UE, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x%3A12016P%2FTXT>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

Schengen, de 16/06/1990²⁵, o que realça a importância e visibilidade do princípio em nível internacional como proteção inafastável do cidadão em nível supranacional. Tais previsões, conseqüentemente, alargaram o espectro do debate a respeito de seu alcance e significado. Nesse sentido:

Como inicialmente observado, em conformidade com a série de tratados acima mencionados, constata-se que o princípio *ne bis in idem* é amplamente reconhecido no cenário internacional, tendo sua aplicação voltada não somente “verticalmente”, ou seja, em nível nacional, mas também “horizontalmente” – em nível transnacional, vinculando os juízes e tribunais, de diferentes estados-membros dos organismos internacionais, à proibição da múltipla persecução pelos mesmos fatos²⁶.

Diego Coelho Antunes Ribeiro, em crítica ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas certamente extensível aos demais documentos internacionais, direciona que a redação do dispositivo convencional disse menos do que deveria, pois, dado seu relevo na matéria penal, o *ne bis in idem* deve ser visto não só como vedação da dupla responsabilização, mas também como bloqueio à dupla valoração legislativa ou judicial negativa, pelo mesmo fato, contra o mesmo agente, ainda que em fases distintas da complexa operação de concretização sancionatória. Assim, o *ne bis in idem* possui um inegável significado garantista na análise dosimétrica do delito, sendo “dosimétrico pelo fato de que ninguém pode ter valorada negativamente sua pena em razão de circunstância já previamente reconhecida na dosimetria da pena”²⁷.

²⁵ “Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos fatos, ser submetido a uma ação judicial intentada por outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão condenatória foi proferida.” O Acordo de Schengen foi consolidado no arcabouço normativo da União Europeia com o Tratado de Amsterdam, de 1997. *Convenção de aplicação do Acordo de Schengen*, 1985. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006, p. 237. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021, p. 135-136.

²⁷ RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. *Princípios democráticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 72-73. Concretização deste viés seria o disposto na

Estando em consonância com tal assertiva o alerta feito por Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que o processo de aplicação da pena pode acarretar ofensa ao princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, sem que o magistrado se aperceba, sendo fundamental o cuidado em ponderar uma única vez cada circunstância envolvendo o delito:

Na fixação da pena base, levando-se em consideração os requisitos estabelecidos pelo art. 59 do Código Penal, deve-se usar apenas aqueles que não constituírem, noutros termos, causas legais de aumento ou diminuição de pena. Ilustrando, caso o julgador detecte, em relação ao agente, uma personalidade covarde, pois agrediu e matou um indefeso idoso, antes de promover a elevação da pena-base, precisa atentar para o fato de ser essa circunstância, igualmente, agravante (art. 61, II, h, CP) e causa de aumento de pena (art. 121, §4º, parte final, CP). Se empreender a subida da pena, com base no fator idade da vítima, em tese, poderia fazê-lo por três vezes (personalidade + agravante + causa de aumento). Entretanto, na prática estaria ferindo o princípio de que ninguém deve ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, entendido este como o fato principal (tipo básico) e todas as suas circunstâncias (tipo derivado e outros elementos previstos em lei) ²⁸.

Nesse sentido, o *ne bis in idem* revela suas potencialidades quando atua em conjunto com outros direitos fundamentais e com princípios estruturais da ordem constitucional, em uma relação de complementação e interação de viés garantista e dinâmico, preocupada em atender à vontade perene do constituinte, no sentido de limitar os excessos punitivos em um Estado Democrático de Direito.

Inobstante, há quem entenda com apoio na doutrina espanhola que a proibição de *bis in idem* pode funcionar como princípio ou regra conforme o uso que receba. No aspecto processual, ao atuar como efeito preclusivo e reforço à coisa julgada, exerceria limites objetivos e, portanto, os efeitos próprios de uma regra. De outro turno, na vertente substantiva, poderia atuar tanto como princípio quanto como regra a depender dos efeitos que gerasse para solução de certas celeumas jurídicas²⁹.

Súmula 241 do STJ “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4 ed. São Paulo Forense, 2015, p. 305-306.

²⁹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014, p. 38-39.

Revela-se necessário salientar que o princípio em espeque não se confunde com o princípio da valoração integral do fato, a despeito deste último também ser umbilicalmente adstrito à matéria delitiva concursal, nos dizeres de Luiz Regis Prado:

Com efeito, o princípio da valoração integral do fato diz respeito à valoração penal total da conduta do agente, seja no sentido de abarcar todos os aspectos relevantes, seja no sentido de valorá-los da forma específica determinada pela lei. Desse modo, erige-se em fundamento tanto do concurso ideal de delito como do concurso de normas penais, visto que ambos exigem a valoração completa do fato. O *ne bis in idem* aparece como complementar da valoração global, de maneira que, obtida esta última, não podem ser realizadas valorações subsequentes. Então, no que toca ao concurso de normas, o princípio da valoração global tem função de fundamento, enquanto o princípio do *ne bis in idem* tem função de limite³⁰.

Os princípios em questão são antes complementares e não excludentes. Consequentemente, ao final, segundo o supracitado penalista, fundem-se no princípio da proporcionalidade, derivando um aspecto negativo (que dá lugar à proibição de excesso) e positivo (indicativo da medida justa ao caso). Quanto ao primeiro, veda-se que a consequência penal ultrapasse a medida do injusto e da culpabilidade (*ne bis in idem*). Já no segundo, impõe-se a necessidade de sua adequação ao conteúdo do injusto e da culpabilidade, na qualidade de valoração global do dano³¹.

Portanto, o *ne bis in idem* é um postulado de observância cogente em qualquer sociedade que se nomine civilizada, incondicionalmente ligado a uma diretriz de proporcionalidade, suficiência, necessidade e equilíbrio tanto no uso do aparato estatal de persecução penal, como no castigo penal fixado à luz do específico desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta supostamente penal sob exame.

3. *Ne bis in idem* e o princípio da separação de instâncias. A contraposição e o desequilíbrio na lógica sancionatória

Por princípio da separação (ou da independência) de instâncias, entende-se a diretriz que reconhece e privilegia a atividade do

³⁰ PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 164.

³¹ *Ibidem*. p. 164-165.

legislador democraticamente eleito, em, dentro dos limites constitucionais formais e materiais, tipificar as ilicitudes e escolher os modelos de apenamento e consequências jurídicas das faltas, assim como subsistemas sancionatórios específicos, alinhados a certos ramos do direito, de modo que melhor atenda ao interesse público primário de pacificação, coexistência social e imperatividade do ordenamento jurídico.

Por força dos princípios da separação de poderes (artigo 2.º, CF/88), do controle (interno e externo, vide artigo 70, CF/88) e democrático (artigo 1.º, *caput* e parágrafo único, CF/88), é legítimo ao legislador, *ab initio*, elencar as condutas de especial gravidade à ordem jurídica, sujeitando-as, conforme sua danosidade social e potencialidade de vulneração de bens jurídicos de grande relevância, a regimes diversos de sancionamento em áreas distintas do direito, sem que isso configure, em regra, violação ao *ne bis in idem*. Nesse sentido:

O princípio da independência das instâncias possui uma dimensão ligada à separação dos poderes e outra ao princípio democrático. Na primeira vertente pretende evitar a submissão de uma esfera dos Poderes estatais às demais, permitindo que cada qual exerça com autonomia e independência sua parcela de *ius puniendi*. Já na segunda, a independência das instâncias reforça a liberdade de conformação conferida ao legislador democrático para atribuir a uma mesma conduta múltiplas sanções em diversos ramos do direito³².

Jorge Munhoz de Souza realça que a doutrina brasileira tende a atribuir interpretação extensiva ao mencionado princípio, o que seria respaldado pelo próprio texto constitucional, em dispositivos como o artigo 37, § 4.º, e o artigo 225, § 3.º da Constituição Federal, que instituem apenamentos variados em searas distintas do direito para uma mesma conduta ilícita, e também pela legislação infraconstitucional, especialmente o artigo 12 da Lei n.º 8.429/29³³, o artigo 125 da Lei n.º

³² SOUZA, Jorge Munhoz de. *Responsabilização administrativa na lei anticorrupção*. In: SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). *Lei anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 169-170.

³³ BRASIL. Lei n.º 8.249, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

8.112/90³⁴ (esse repetido em praticamente todos os regimes funcionais próprios de carreira de estado de que se tem notícia), e mais recentemente, os artigos 18 e 30 da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e no art. 22, § 3.º da LINDB, acrescentado pela Lei n.º 13.655/2018. Trata-se, igualmente, do entendimento jurisprudencial tradicional.

Fábio Medina Osório aponta que a ideia preponderante no país sempre foi a de conferir aplicabilidade restritiva ao *ne bis in idem*, privilegiando a concepção abrangente da independência de instâncias, ao abrigo do argumento de que os fatos acabam assumindo identidades distintas. Isso, desde as diversas perspectivas normativas e valorações autônomas, além da própria autonomia das instâncias fiscalizadoras à luz da separação dos poderes. Seria notável, assim, uma tímida submissão da autoridade administrativa à autoridade judicial, especialmente no terro disciplinar³⁵. Assim:

O sistema vigente valoriza, como vem fazendo, o princípio da independência das instâncias, numa perspectiva de separação de Poderes, em busca de um incremento das atuações estatais na proteção dos bens jurídicos ligados não apenas à probidade, mas a outros valores, dentro ou fora das relações de especial sujeição. A visão consolidada majoritariamente é restritiva, estimulando que um sujeito, por um mesmo fato, responda algumas possíveis intervenções punitivas provenientes de instâncias diversas (...). Assim, como os processos punitivos são autônomos, também as sanções acabam assumindo essa identidade (...)³⁶.

Ronaldo Pinheiro de Queiroz aponta que uma mesma conduta pode gerar consequências sancionatórias simultâneas de ordem civil, penal, administrativa e política sem que isso configure afronta ao *ne bis in idem*. Isso porque cada norma violada que esteja vinculada a um subsistema sancionador específico pode gerar uma sanção autônoma relativa à respectiva esfera de responsabilidade. Daí, a independência das

³⁴ BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

³⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 293.

³⁶ *Ibidem*. p. 293-300.

instâncias. Corolário disso é que somente se poderia falar em violação ao *ne bis in idem* quando o infrator é punido mais de uma vez pela mesma conduta, dentro da mesma esfera de responsabilidade³⁷. Exemplificativamente, seria o caso de punição da mesma conduta ilícita na seara administrativa, por dois órgãos de controle administrativo sancionador (como CADE e ANP, ou CADE e PROCON, em enfrentamento à eventual conduta anticoncorrencial).

Contrariamente, se as apurações e punições se dão em esferas distintas de responsabilidade, sob diferentes subsistemas legais sancionatórios vinculados a outras áreas do direito, o entendimento tradicional, inclusive expresso em lei, é claro: não há que se falar em violação ao *ne bis in idem* (como ocorreria se a eventual conduta anticoncorrencial fosse objeto, simultaneamente, de ação penal pela prática do delito do artigo 4.º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90³⁸, e de inquérito administrativo perante o CADE por violação ao artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011³⁹), salvo quando houver previsão legal específica em sentido contrário.

Além disso, a independência das instâncias, quando de fato configurada, seria apenas relativa, tendo em vista que fatores de ordem lógica, fática e jurídica impediriam a concretização duplicada da atividade sancionatória como resposta estatal a uma mesma conduta. Nesse jaez, não seria possível a incidência da penalidade de ressarcimento ao erário na seara da improbidade administrativa (artigo 12, inciso II, da Lei n.º 8.429/92) se, por ocasião de anterior desfecho condenatório de pretensão punitiva penal estatal, já houve exaurimento do efeito da condenação do artigo 91, inciso I, do Código Penal.

A solução é impositiva, porque, segundo magistério de Ronaldo Pinheiro de Queiroz, a reparação do dano ao Erário não se trata de uma pena genuína, mas sim uma consequência da responsabilização civil do ímprobo, no sentido recompositivo (artigo 37, § 5.º da CF/88 c/c art.

³⁷ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: Lei Anticorrupção. SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 169-170.

³⁸ BRASIL. Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

³⁹ BRASIL. Lei n.º 12.529, DE 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

927 do Código Civil)⁴⁰. Então, o agente improbo não tem de ressarcir o mesmo prejuízo causado ao erário duas vezes, sob pena de configuração de excesso de execução e conseqüente de enriquecimento sem causa em prol do ente público (artigo 884 do Código Civil⁴¹).

A relatividade da independência das instâncias também se mostra especialmente sensível ante a circunstância de a instância penal ser prevalecente perante as demais esferas de responsabilidade em casos de absolvição por inexistência do fato ou negativa de autoria. Nesse jaez, de especial relevo para o regramento da matéria o artigo 935 do Código Civil, que estatui a impossibilidade de se discutir a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando essas questões estiverem decididas no âmbito criminal, e o artigo 126 da Lei n.º 8.112/90, que determina o afastamento da responsabilidade administrativa de servidor público em caso de absolvição penal fundada na negativa de existência de fato ou de autoria⁴².

Adverte Sérgio Cavalieri Filho que o artigo 935 do Código Civil tem por substrato nuclear a concepção unitária de jurisdição, defendida, dentre tantos, por *Liebman*, deixando clara a inexistência de independência absoluta entre as jurisdições no direito brasileiro:

⁴⁰ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In. *Lei Anticorrupção*. SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 292-294. Em outra passagem, ao analisar a dupla incidência da sanção de ressarcimento ao erário na Lei de Improbidade e Lei Anticorrupção, o autor leciona: “*ocorre que, no momento da execução da pena, em que haverá a promoção de atos de desapropriação de bens e valores do patrimônio jurídico da pessoa jurídica condenada, tal cumprimento somente ocorrerá uma vez, no plano dos fatos. É dizer, acaso haja primeiro a execução da ação de improbidade administrativa e os bens e valores sejam efetivamente perdidos em favor do ente público lesado, haverá, por consequência, perda de objeto – com relação a esta penalidade específica – na execução da mesma sanção na ação de responsabilização cível, sob pena de desfalar duas vezes o patrimônio da pessoa jurídica – para além do montante acrescido ilicitamente -, perfazendo, por ironia, um enriquecimento indevido para o Estado*”. A mesma solução revelar-se-ia impositiva em caso de concretização de efeito da condenação penal, cumulado com os demais tipos de sancionamento citados no exemplo.

⁴¹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁴² De relevo ainda os artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal, segundo os quais faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito e não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

De outra parte, nos casos em que o fato gerador da responsabilidade criminal e civil é um só, materialmente idêntico, a boa realização da justiça impõe que a verdade sobre ele seja também uma. A ação penal e a indenizatória constituem, em última instância, um duplo processo de responsabilização pelo mesmo fato danoso, não sendo justificáveis decisões conflitantes. (...) A regra básica, admitida por todos os autores, é a repercussão da decisão criminal no juízo cível naquilo que é comum às duas jurisdições, e somente até esse limite. O fato que não foi categoricamente afirmado ou negado no Crime não foi, a rigor, julgado, sendo ampla a decisão do juízo cível a seu respeito⁴³.

Alguns doutrinadores entendem que a existência de subsistemas variados de ilicitudes e responsabilização não podem ser totalmente subtraídos do ordenamento jurídico, sob pena de concentração demasiada de poder em um único órgão de controle e conseqüente inconstitucionalidade. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, disposições estatutárias ou fixadas em sede de poder constituinte estadual que prevejam a reintegração de servidor público absolvido na seara criminal, independentemente da fundamentação, devem ser interpretadas *cum grano salis*, em conformidade com a Constituição Federal e com o trato da matéria nas codificações civis e penais, vez que o entendimento pela repercussão na esfera administrativa em qualquer hipótese de desfecho da pretensão penal estatal implicaria em eliminação completa da independência das instâncias penal e administrativa, vício que, em seu entendimento, configuraria clara ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes⁴⁴.

Nessa dimensão, a doutrina de Helena Regina Lobo da Costa, direciona-se pela ocorrência do *ne bis in idem* transversal, tendo em vista a acentuada aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, levando a uma relativização do princípio de separação de instâncias, sobretudo, em proteção aos direitos fundamentais, vejamos:

Para além deste cenário internacional, o reconhecimento da vedação do *bis in idem* entre as esferas penal e administrativa

⁴³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 663-664.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 781.

pelo direito brasileiro não encontra óbice algum na Constituição; pelo contrário: harmoniza-se muito mais aos ditames constitucionais do que a mal fundada e incoerente ideia de que as instâncias seriam independentes. Isto porque, em um ordenamento jurídico que leve a sério a necessidade de limitação do poder do Estado, não se deveria admitir a possibilidade de uma pessoa ser punida diversas vezes pelo mesmo ato, sendo submetida a múltiplos processos – ainda que essa punição não se caracterize estritamente como pena e esses processos não sejam estritamente processos penais, já que hoje o direito administrativo sancionador tem uma capacidade de ingerência em direitos fundamentais, que deve ser delimitada juridicamente de modo rigoroso⁴⁵.

No mesmo sentido, Bruno Tadeu Buonicore e Gilmar Mendes, em recente artigo, abordam o tema do *ne bis in idem*, analisando o julgamento da Reclamação 41.557/SP, perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual proferiu importante decisão que delimitando o espaço entre Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador estende a esse ramo a aplicação das garantias individuais provenientes do direito penal, vejamos:

Proferiu decisão no sentido de demarcar, em sua face procedimental, o espectro de alcance do princípio do *ne bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. O objetivo deste breve artigo é apresentar o cerne da fundamentação do voto vencedor, que desenvolve linha argumentativa na direção de reconhecer a dimensão de proximidade entre as esferas normativas em questão e, conseqüentemente, estender as garantias individuais tipicamente penais para o espaço do Direito Administrativo Sancionador⁴⁶.

Sob outro ângulo, a ampla admissibilidade de criação legislativa de conseqüências sancionatórias diversas para toda e qualquer espécie de violação à ordem jurídica deve igualmente ser rechaçada, sob pena de administrativização indiscriminada do direito penal, mesmo em situações em que inexistam bens jurídicos fundamentais a serem tutelados pela

⁴⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021, p. 6.

⁴⁶ BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021, p. 4.

norma penal, em manifesta ofensa aos princípios da fragmentariedade, lesividade, proporcionalidade, coerência e de *ultima ratio*.

Pierpaolo Cruz Bottini ressalta que, ainda que existam muitos elementos em comum entre direito penal e direito administrativo, os dois sistemas jurídicos apresentam importantes diferenças quantitativas e qualitativas, cada qual munido de autonomia, princípios, diretrizes e competências específicas, muitas vezes em nada coincidentes:

O direito administrativo regulamenta e organiza o funcionamento social e protege as instituições públicas, mediante normas genéricas mais flexíveis, uma vez que as sanções impostas não acarretam a violação da dignidade humana. Assim, o conceito de autoria no direito administrativo aproxima-se da responsabilidade objetiva, a distinção entre autores e partícipes é menos clara, a descrição dos tipos tem menor precisão, e a sanção prevista tem o objetivo de advertência ou de reparação, desprovida de qualquer referência à culpabilidade do autor e à prevenção especial.

O direito administrativo, por tutelar a esfera coletiva como um ente organizacional, desprovido de relação com os indivíduos que a compõe, pode prescindir dos referentes apontados no apartado anterior, o que não ocorre com o direito penal que, por suas características mais rígidas, deve observar princípios e limites mais rigorosos. A finalidade da norma penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais, enquanto a norma administrativa tem o escopo de ordenar as relações em determinado âmbito de atuação: logo, o descumprimento de regras administrativas não corresponde, necessariamente, à subsunção da norma penal, embora em determinados casos, este fato possa ocorrer⁴⁷.

O autor prossegue seu raciocínio ressaltando a disfuncionalidade da administrativização do direito penal e chamando a atenção para os malefícios da criminalização desnecessária de atos de mero descumprimento de regras da administração, em um direcionamento que se afasta da concepção antropológica de bem jurídico⁴⁸.

As premissas básicas das críticas, sem dúvidas, podem ser transportadas para a interação do direito penal com outros ramos do direito (civil,

⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149-150.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 150.

ambiental, econômico, tributário, etc.), já que a criminalização difusa de praticamente todas as formas de ilicitude vulneraria sobremaneira o caráter fragmentário do direito penal, subvertendo suas principiologias e funcionalidades fundantes, transformando-o em mero instrumento de reforço de mandamentos de outras searas do ordenamento e de incentivo de comportamentos para o atendimento de interesses de ordenação social que poderiam e deveriam ser regulados unicamente na instância extrapenal.

Assim, talvez em lugar de dar uma interpretação extensiva ao princípio da separação das instâncias, fosse o caso de se tornar prevalente, em nome de uma tutela reforçada dos direitos fundamentais, uma interpretação moderada do mesmo princípio, no sentido de ser fixada, preferencialmente pela via legislativa, uma preponderância *prima facie* de resposta punitiva unificada em situações em que determinado ramo do direito apresenta arcabouço sancionatório com consequências suficientes para a concretização exauriente das finalidades punitivas, de modo que o advento de nova punição, dentro de outro subsistema sancionatório, revelar-se-ia desnecessária e desproporcional.

É a proposta apresentada, dentre outros juristas, por Fábio Medina Osório⁴⁹, e que tem linha de sedimentação no direito penal do sistema europeu de proteção de direitos humanos, conforme será apontado no capítulo de encerramento deste estudo.

4. *Ne bis in idem* processual e a proteção da coisa julgada

A proteção da coisa julgada (artigo. 5.º, inciso XXXVI, da CF/88) é garantia fundamental ínsita ao Estado Democrático de Direito, e instrumento imprescindível para consolidação da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. De fato, não há que se falar em efetiva tutela das liberdades e respeito à dignidade da pessoa humana em ordenamentos jurídicos onde é conferida ao poder público a prerrogativa de rever as decisões jurisdicionais definitivas a seu bel-prazer, com a possibilidade de inclusive transformar a exceção (a rescindibilidade) em regra, submetendo os jurisdicionados a perpétuos contextos de indefinição de suas situações processuais adstritas às pretensões materiais e existenciais relevantes, portanto, um verdadeiro constrangimento pessoal.

⁴⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 303-326.

Instabilidade e incerteza total do futuro não combinam com o caráter antropocêntrico de um Estado Constitucional, Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior:

O direito colima a paz social e um dos meios para alcançá-la é a segurança, a estabilidade, que o sistema jurídico oferece conservando situações no tempo ao lado da previsibilidade de comportamentos. Afinal, é herança do constitucionalismo liberal a criação de um “sistema absolutamente incompatível com a surpresa” e que “postula absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados” como consequência do prestígio à segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito como limite negativo à atuação estatal e garantia fundamental da pessoa nos vários aspectos daí derivados (liberdade, propriedade, personalidade etc.) protegendo situações jurídicas subjetivas consolidadas. Explica a literatura que a segurança jurídica é consistente no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída⁵⁰.

Ao revés, em um autêntico processo penal democrático, é impositiva a regra de que a coisa julgada deve ser vista como medida de segurança jurídica para tutela dos direitos fundamentais e um limite claro ao poder de persecução e punição penal. Como lembra Ana Paula de Barcellos, a ordem jurídica nacional gravita em tono de dois grandes valores fundamentais: a segurança e a justiça, sendo o inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição claramente vocacionado para a tutela do primeiro:

A coisa julgada é garantia tradicional do direito constitucional brasileiro, que preserva os jurisdicionados até mesmo contra as tentativas de interferência do próprio Legislativo, que, embora seja o único órgão constitucionalmente legitimado para inovar com definitividade na ordem jurídica, jamais poderá fazê-lo para desconstituir situações jurídicas subjetivas decorrentes

⁵⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. JÚNIOR. Wallace Paiva Martins. *Tratado de direito administrativo*. vol. I. Teoria geral e princípios do direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 625-626.

de decisões transitadas em julgado (...). A leitura correta do dispositivo é que nem mesmo a lei pode prejudicar a coisa julgada, o que significa a natural exclusão de quaisquer outros atos jurídicos⁵¹.

Por ocasião de sua incidência no processo penal, em que há possibilidade de interferência no *status libertatis*, seara na qual eventual erro judiciário será sempre irreversível, a cautela deve ser redobrada para a preservação da garantia constitucional em espeque. Não por outro motivo, adverte Keity Saboya que, sendo a tutela da liberdade um princípio inerente ao Estado democrático de direito, exige-se para a revisão de sentenças transitadas em julgado e acobertadas pela autoridade da coisa julgada, um fundamento material inequívoco, o qual corresponde, no processo penal brasileiro, somente às hipóteses de condenação injusta ou de erro judiciário em prejuízo da defesa⁵².

A decisão final *pro reo*, uma vez esgotados os recursos cabíveis, reveste-se de imutabilidade absoluta, não admitindo o ordenamento jurídico pátrio a chamada revisão criminal *pro societate*. Para Aury Lopes Júnior, a coisa julgada é uma construção artificial do direito, que, por exigência política ou de pacificação social, sempre se revela como um artifício a serviço do cidadão, estabelecido em sede constitucional (artigo 5.º, XXXVI) com natureza jurídica de garantia individual, principalmente para assegurar o *ne bis in idem*, ou seja, para impedir que alguém seja julgado novamente pelos mesmos fatos:

Portanto, a coisa julgada atua em uma dupla dimensão: constitucional (como garantia individual) e processual (preclusão e imutabilidade da decisão). Em qualquer das duas dimensões, no processo penal (eis mais um fundamento da inadequação da teoria geral do processo) a coisa julgada está posta a serviço do réu, ou seja, uma garantia do cidadão submetido ao processo penal⁵³.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula De. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 170.

⁵² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021, p. 110-111.

⁵³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 920.

Tal principiologia aumenta demasiadamente a responsabilidade dos órgãos de persecução penal no apontamento de autoria, materialidade e imputação penal aplicáveis ao caso, com descrição clara e detalhada de todo o fato natural que deu ensejo ao litígio penal, pois eventual erro ou omissão que afaste o objeto da pretensão punitiva estatal da realidade fática não poderá, posteriormente, servir de justificativa para retomada de situações processuais já definitivamente encerradas.

À luz da garantia constitucional e convencional do *ne bis in idem*, não é possível a renovação da acusação, tendo como objeto o mesmo fato natural, mas com diferente classificação jurídica feita pelo órgão acusatório. Por fato natural, entende-se o comportamento, o fato da vida, atribuído à pessoa integrante do polo passivo da relação processual penal.

Para Paulo Rangel, o aditamento à denúncia (artigo 384 do CPP) é a formalidade processual existente para corrigir eventuais erros e omissões na acusação, ainda dentro da mesma relação jurídica processual penal. A ausência de tal providência pelo órgão acusatório, em situações em que o fato narrado na exordial não corresponda, no todo ou em parte, ao apurado nos autos, implicará na absolvição do acusado da imputação feita ou na condenação apenas do crime descrito na denúncia, ainda que esse não abranja toda a inteireza do fato criminoso, e sem o aditamento da denúncia a absolvição representa uma medida de justiça, e “uma vez absolvido por esse fato, com eventual trânsito em julgado, não mais poderá ser trazido aos bancos da justiça por vedação expressa à punição duas vezes pelo mesmo fato (*no bis in idem* – art. 8.º, 4, do Pacto de San José da Costa Rica)⁵⁴.

O ponto nevrálgico para sabermos se estamos ou não diante de uma dupla imputação e, portanto, de uma situação violadora do *ne bis in idem*, explica Aury Lopes Jr., é identificar a presença do mesmo fato natural e do mesmo imputado. À luz da garantia constitucional do *ne bis in idem*, a moléstia na liberdade individual não pode se dar através da repetição do processamento penal do mesmo sujeito passivo pelos mesmos fatos, sendo indiferente que eles possam ser contemplados sob distintos ângulos penais, formais e técnicos. Ou seja, a coisa julgada penal fica circunscrita, subjetivamente, pela identidade da pessoa do réu e, objetivamente, pela identidade do fato⁵⁵.

⁵⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 337.

⁵⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 923.

Em casos de concurso formal de crimes e de crime continuado, por exemplo, a ausência de descrição clara e tempestiva dos demais fatos típicos englobados dentro do contexto criminoso que permita o reconhecimento dos institutos limitativos da duplicidade punitiva implicará preclusão irreversível do direito de apresentação de nova imputação através de outra ação penal.

Isso porque o fato da vida dentro do qual aqueles comportamentos criminosos foram praticados já foi definitivamente analisado e julgado em sua inteireza, de modo que a reabertura da atividade persecutória implicará em evidente revisão criminal *pro societate*, ofensa à coisa julgada material e à interdição do *bis in idem*, em ampla mácula a todo o ordenamento jurídico. Conforme explica o mesmo autor, ambos os institutos (concurso formal de crimes e crime continuado) são ficções legais produzidas para beneficiar o réu, cuja desconsideração em sede da falta de proteção, pela via da coisa julgada, implicaria em esvaziamento de toda essa proteção penal construída. Em síntese o autor explica que:

Assim, se mediante uma única ação culposa, Mané atropela 4 pessoas que caminhavam pela margem de uma rodovia, mas a denúncia descreve apenas 3 dos crimes, não poderá, após a sentença transitar em julgado, ser (novamente) processado em relação ao fato não abrangido pela denúncia. Como explica CORDERO, deve o Ministério Público apresentar a acusação com o fato e todas as suas circunstâncias, ou seja, que aduza tudo que se pode apresentar. O sistema exclui processos parciais, como seriam os julgamentos distintos sobre delitos concorrentes em um só episódio (determinado pela conduta). Em síntese, *una vez el hecho es juzgado, todas sus circunstancias lo son igualmente*⁵⁶.

Aury Lopes Jr., igualmente, chama a atenção para o crime continuado, e a peculiar possibilidade de existirem condutas praticadas no mesmo tempo abrangido pelo contexto de continuidade, mas que por algum motivo não foram objeto de acusação. Em casos tais, a coisa julgada material, a interdição do *bis in idem* e a proibição de revisão criminal *pro societate* revelam-se mandamentos constitucionais cogentes e suficientes a impedir a deflagração de nova pretensão punitiva estatal:

Assim, suponhamos que alguém seja condenado por furto continuado, por subtrair veículos, na mesma cidade, nos meses

⁵⁶ Ibidem. p. 924.

de janeiro, fevereiro, abril e junho de 2011. Após o trânsito em julgado da decisão, é oferecida denúncia referente a furto de veículos, nos meses de março e maio daquele mesmo ano (2011). Se esses fatos tivessem sido incluídos na denúncia anterior, teriam sido julgados da mesma forma, ou seja, como crime continuado. Estão abrangidos pela coisa julgada? Pensamos que sim. A continuidade delitiva é uma unidade delitiva por ficção normativa, ou seja, nos termos do art. 71 do CP, aplica-se a pena de um só dos crimes (ainda que tenham sido várias as ações ou omissões, praticando assim dois ou mais crimes da mesma espécie), se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentando-se a pena de um sexto a dois terços. Esse tratamento diferenciado e mais benigno ao réu é o que funda a existência do crime continuado, e não pode ser fraudado pelo simples argumento de que algum ou alguns dos fatos integrantes daquela cadeia fática não foram objeto da acusação. Ao acusador, tomando por base os mecanismos de investigação à disposição do Estado, incumbe oferecer a acusação por todas as condutas praticadas, até porque a ação penal é obrigatória e indivisível. Como aponta LEONE, *si el delito continuado es un instituto inspirado en sentimientos de equidad a favor del reo, tendiente a evitar la aplicación del rigor del concurso, al dejarse independientes las dos acciones, se vendría a disolver la sustancia, el fundamento y la finalidad de él, y se caería en los excesos de la teoría anteriormente examinada*⁵⁷.

Verifica-se a enorme relevância da dimensão processual do *ne bis in idem* como instrumento de tutela ou reforço de tutela para os direitos e garantias fundamentais, caros ao *status libertatis*. De fato, é na dimensão processual que são operacionalizadas todas as funcionalidades do *ne bis in idem*, e onde esse demonstra aptidão para, já no início de uma atividade investigatória ou de uma relação processual, bloquear as possibilidades de excesso sancionatório produzindo exercício reiterado de uma atuação punitivista em respeito de um mesmo fato e em face do mesmo agente.

O *ne bis in idem* decorre da noção lógica de justiça e coerência de que exercido um direito não é possível fazê-lo novamente. De igual maneira, o titular de um dever, uma vez concretizado seu cumprimento, fica desonerado de em uma nova ocasião ser chamado a adimplir a mesma obrigação!

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 925.

5. *Ne bis in idem*: um breve olhar sobre as perspectivas tratadas na jurisprudência penal da União Europeia

A consagração da máxima do *ne bis in idem* perante os países europeus no período pós-guerra, especialmente depois da criação da União Europeia, e da assinatura dos tratados que consubstanciam sua espinha dorsal, elevaram o mandamento em estudo a um outro nível de maturação metodológica e doutrinária, especialmente quando da concorrência entre o direito penal e o direito administrativo sancionador⁵⁸.

Depois do advento do referido Acordo de Schengen, veio à lume o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União (ELSJ), no bojo do qual foram confeccionadas diretrizes declaradamente reverentes ao princípio do *ne bis in idem*, especialmente adstritas à sua aplicação nas searas penal e administrativo sancionador. Como ressalta Fábio Brun Goldschmidt, em nível europeu, restou estabelecido como prioridade a implementação de “medidas de coordenação das investigações penais e dos processos em curso nos Estados-membros a fim de evitar uma duplicação de esforços e decisões contraditórias, tendo em conta uma melhor utilização do princípio *ne bis in idem*”:

Na dicção desse objetivo de coordenação e de evitar duplicação de esforços, vê-se o avanço da proibição de *bis in idem*, mais uma vez, a um novo patamar de maturidade, para consagrar-se como um princípio de preclusão (...) rumo à unicidade da ação punitiva, já que não se preocupa mais em frisar tão somente a impossibilidade de dupla sanção, ou mesmo em reafirmar a noção, já assente nos Estados modernos, de coisa julgada, impeditiva de um segundo processo sobre o mesmo fato já julgado. O que se quer é evitar a descoordenação do sistema e os danos ao indivíduo que isso pode acarretar, com o desencadeamento paralelo de processos e investigações independentes por diferentes agentes punitivos. Mesmo a

⁵⁸ “No seio do projeto apresentado ao Conselho Europeu de Salónica ocorrido em Julho de 2003, constata-se a presença de normas e princípios que, por um lado influenciam o direito penal interno dos Estados-membros e, por outro, vêm providas de conteúdo penal. É de se notar a presença de preceitos que reafirmam alguns dos já vigentes princípios fundamentais de Direito Penal, por exemplo, no direito penal português, como é o caso dos princípios que se podem colher das disposições relativas à Carta dos Direitos Fundamentais da União – parte II do projeto de Constituição – notadamente o princípio da humanidade das penas, o da legalidade, o da proporcionalidade, do *non bis in idem*”. LIMA, Ricardo Alves de. *Transcriminalidade e sistema de direito penal europeu*. Porto Alegre: Safe, 2012, p. 190-191.

dimensão processual da proibição de *bis in idem*, portanto, passa hoje por uma leitura que tem em conta a centralidade do indivíduo, e em última análise, uma garantia substantiva, pois a prerrogativa de punir dos Estados cede passo ante a preocupação em garantir a unicidade da ação sancionadora em prol do acusado⁵⁹.

Além disso, cresceu em importância e abrangência a atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que em seus precedentes dos últimos anos, quanto ao tema *ne bis in idem*, têm procurado enfatizar a coerência e a unidade dos ordenamentos estatais sancionadores dos estados membros, privilegiando um viés de clara unificação punitiva, seja dentro de um mesmo estado-membro, ou em casos de concorrência de jurisdições entre os países da comunidade europeia.

A nova interpretação, que visa a dar máxima concretude ao artigo 4.1. do Protocolo 7⁶⁰ à Convenção Europeia de Direitos Humanos, deverá repercutir inclusive em países onde o princípio da independência das instâncias possui aplicação expansiva e sedimentada, como a França, Itália e a Alemanha, já que a atuação dos tribunais supranacionais tem sido no sentido de romper, ao menos de modo gradativo, o paradigma da independência das instâncias punitivas, impondo em alguns casos, mediante certos requisitos, à unificação sancionatória como um autêntico instrumento de proteção de direitos humanos contra os excessos punitivos.

Para isso, o argumento nuclear seria que a interdição de *bis in idem* deve ter como parâmetro substancial, para identificação de sua violação, o nível de severidade e à finalidade das sanções aplicadas pela autoridade protagonista da punição, e não o subsistema sancionatório a qual, *ab initio*, pertenceria.

Assumirá especial relevo, portanto, a tarefa de detectar a aptidão do resultado sancionatório para restringir de forma significativa o gozo ou fruição de direitos fundamentais básicos, não necessariamente adstritos à liberdade, mas sempre de inegável jusfundamentalidade no ordenamento jurídico. Assim, a sanção deve ter capacidade de impactar sobremaneira

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses. 2014, p. 11-12.

⁶⁰ FRANÇA. *Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, 1984. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

direitos como propriedade, à livre iniciativa e o exercício de atividade econômica, a autonomia da vontade, dentre outros.

Fixada a penalidade em observância ao princípio do devido processo legal⁶¹, e uma vez reconhecida a gravidade sancionatória, a busca por novas punições, mesmo em outros ramos do direito, a depender das peculiaridades do caso concreto, deve ser neutralizada, segundo entendimento do TEDH, conforme veremos mais adiante na análise dos casos propostos. A classificação sancionatória formal, desta feita, perde em importância frente ao aspecto material e à apreensão da finalidade genuína da norma punitiva.

A orientação não é propriamente nova. Já faz parte, há alguns anos, do debate em países de sistema romano germânico a necessidade de revisão do dogma da separação de instâncias, de modo a compatibilizá-lo com a força expansiva e protetiva do *ne bis in idem*, que, ao contrário de seu contraposto, possui guarida constitucional e convencional claras.

No caso brasileiro, existe substancial doutrina defendendo, à luz da vedação ao *ne bis in idem* fixada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a obrigatoriedade de implementação imediata de unificação sancionatória não só entre direito penal e direito administrativo sancionador, mas frente a todos os ramos do ordenamento jurídico. É a posição de Sirlene Nunes Aredes

A vedação de *bis in idem* é decorrência lógica do reconhecimento de que as sanções impostas pela Administração integram o poder punitivo por inexistirem critérios materiais que justifiquem a autonomia das diversas formas de repressão estatal. Como as penas cominadas pela Administração não se justificam autonomamente em relação àquelas aplicadas pelo Poder Judiciário, as punições simultâneas impostas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamento, ainda que por diversas autoridades, caracterizam *bis in idem*. A teoria da unidade do poder punitivo estatal considera que as instâncias punitivas são interdependentes. A atribuição do poder punitivo a diversos órgãos da estrutura

⁶¹ “Seu alcance conceitual, e a sua flexibilidade posicional dentro da estrutura do ordenamento jurídico, fazem com que este princípio seja a todo tempo testado, e conseqüentemente aprimorado”. LIMA, Ricardo Alves de. Juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. In: *Direito penal constitucional: a (des) construção do sistema penal* / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 184-185.

estatal não o desqualifica como o que ele realmente é: repressão ao descumprimento de obrigações jurídicas. Do ponto de vista constitucional, sua reiteração é desproporcional, ainda que legislativamente prevista, quando se utiliza o mesmo mecanismo, mais de uma vez, contra a mesma pessoa, em razão dos mesmos fatos e fundamentos⁶².

Ainda que não se chegue a uma mudança de paradigma dessa magnitude, há de se indagar por qual motivo, a despeito da inexistência de diferença ontológica entre sanções penais e administrativas, corolário da unicidade do poder punitivo como manifestação da soberania estatal, insiste-se na divisão da atividade sancionatória e na existência de castigos estatais (geralmente pesados) em distintas áreas do direito como uma regra quase que absoluta.

Se não eliminar essa angustiante realidade, ao menos as orientações que vão se desenhando abrem caminho para uma interpretação mais expansiva do *ne bis in idem*, e uma mitigação mais criteriosa da separação de instâncias, permitindo o acúmulo punitivo apenas em situações bem delineadas.

5.1. Precedentes jurisprudenciais do TEDH e do TJUE

a) Caso *Grande Stevens* (Recurso n.º 18640/2010 do TEDH – julgamento em março de 2014). Esse talvez seja o mais impactante dos últimos anos na jurisprudência do TEDH. O resultado do julgamento, à unanimidade, prestigiou o desfecho de processo administrativo sancionatório anterior, em detrimento da possibilidade de posterior persecução penal pelos mesmos fatos⁶³.

O caso envolvia fraudes no mercado de capitais da Itália, praticadas, em tese, por empresários e administradores da empresa FIAT. Depois da apuração e da condenação nas instâncias administrativas italianas (equivalentes no Brasil à Comissão de Valores Mobiliários – CVM), foi deflagrada a persecução penal correspondente, que culminou na condenação, transitada em julgado na justiça daquele país, de dois dos réus originais do processo administrativo.

⁶² AREDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%209%20direito%2052.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁶³ TEDH. *Case of Grande Stevens v. Italy*. Disponível em: <<https://bit.ly/3pDdWBA>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

O recurso interposto ao TEDH, apresentou entre outros argumentos à alegação de violação ao *ne bis in idem*, com conseqüente mácula do artigo 4.1. do Protocolo 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, eis que os fatos e sujeitos passivos tratavam-se dos mesmos do processo administrativo original, com resultado condenatório consistente em pesadas multas e suspensão do exercício de atividades profissionais.

O TEDH agasalhou, em março de 2014, por unanimidade, a tese defensiva de mácula ao *ne bis in idem*, anulando o processo penal italiano, e impondo óbice à deflagração de novas investigações penais contra os réus a respeito dos mesmos fatos, ainda que a condenação originária tenha se dado em sede de direito administrativo sancionador.

Pesou em favor da pretensão defensiva a circunstância de que a despeito do caráter administrativo da condenação sufragada pelos réus, resultante de processo administrativo sancionador e aplicada por autoridade integrante da administração pública, segundo as previsões legislativas do direito italiano, e o apenamento ter se revelado de especial severidade, extrapolando o caráter meramente reparatório, com limitação significativa de direitos fundamentais, consubstanciando, no entendimento da corte, autêntica sanção penal. Como explica Paulo Burnier da Silveira:

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

Itália se escusavam da aplicação do princípio no campo administrativo sob o argumento da tradição secular dos processos administrativos sancionadores em ambos os sistemas jurídicos, que permitiam aos tribunais nacionais categorizarem as infrações administrativas como não-penais⁶⁴.

A clara tendência, contextualizada pelo mencionado precedente, é o reforço da proibição de múltiplos processos e múltiplas sanções contra o mesmo agente pelos mesmos fatos em detrimento de uma postura permissiva à independência das instâncias, circunstância a se perfectibilizar ainda que em casos de atuação punitiva via diferentes esferas do direito, conforme a classificação formal de cada país, dada à equiparação substancial cada vez mais sensível entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal.

Com isso, tende-se a proibir que o mesmo agente seja punido pelo mesmo fato em procedimentos distintos no âmbito da persecução penal e das apurações administrativas, valendo a proibição de *bis in idem*, portanto para todas as esferas de atuação punitiva estatal, em uma autêntica unificação do direito punitivo, em prol não só do *status libertatis*, mas de todos os direitos fundamentais que podem ser atingidos pela atividade sancionatória.

b) Caso *Luca Menci*. (Processo C-524/15.TJUE - julgamento em março de 2018⁶⁵). Ao que diz respeito à interação entre direito tributário sancionador e direito penal, percebeu-se uma orientação razoavelmente diferente da resultante nas diretrizes fixadas no Caso *Stevens* pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Isso, porque o Tribunal de Justiça da União Europeia permitiu, no precedente ora em comento, à cumulatividade de sanções mediante o preenchimento de certos requisitos.

O caso envolvia a punição administrativa por autoridade tributária ante o não recolhimento do IVA (Imposto de Valor Agregado) por um empresário individual autônomo no ano de 2011. Depois da conclusão do processo administrativo fiscal, com a devida punição, foi instaurado o procedimento penal correspondente.

⁶⁴ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: Uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In: *Revista do CADE*, v. 2, n. 2, 2014. p. 13. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrancia/article/view/139/0>>. Acesso em 02 mar. 2021.

⁶⁵ TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3pHqcRj>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

O procedimento posterior, de natureza criminal, acabou cancelado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), porém a duplicidade sancionatória (penal e administrativa) só seria legítima à luz do preenchimento dos seguintes requisitos cumulativos, segundo apontam Adriano Teixeira, Heloísa Estellita e Marcelo Cavali:

1. Visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar o acúmulo de sanções, a saber, a luta contra infrações em matéria sobre imposto de valor agregado, devendo os procedimentos e sanções possuírem finalidades complementares;
2. As regras devem assegurar uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional resultante de um cúmulo de procedimento aos envolvidos;
3. Prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções se limite ao estritamente necessário face à gravidade concreta da infração;
4. A necessidade da autoridade nacional certificar-se, diante das circunstâncias do caso concreto, que o encargo resultante do acúmulo de sanções não é excessivo face à gravidade da infração cometida⁶⁶.

No caso brasileiro, cabe salientar a existência de situação similar, porém com âmbito de proteção ao *status libertatis* até mesmo mais alargado que o do precedente supracitado, dada a prevalência do subsistema punitivo do direito sancionador tributário sobre o direito penal, detectada por Fábio Medina Osório, no disciplinamento trazido pela Lei n. 10.684/2003⁶⁷, que suspendeu a pretensão punitiva penal tributária referente aos crimes do artigo 1.º e artigo 2.º da Lei n.º 8.137/90, do artigo 168-A e do 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada aos agentes protagonistas dos referidos crimes se submeter a regime de parcelamento.

Segundo o autor, tal possibilidade, assim como a do artigo 9.º, § 2.º da Lei n.º 10.684/2003, pelo qual é extinta a punibilidade dos crimes supracitados quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições

⁶⁶ TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o acúmulo de sanções penais e administrativas. Disponível em: <<http://ga.basegroup.com.br/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas/>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 10.864, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.684.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

sociais, consagram a interferência direta das instâncias administrativas no âmbito criminal, sinalizando progressiva densidade normativa no tocante a reflexos de operacionalização do *ne bis in idem*⁶⁸.

Direcionamento que, recentemente, restou maculado por decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento em 18 de dezembro de 2019, do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 163.334/SC⁶⁹, entendeu que o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2.º, inciso II da Lei n.º 8.137/1990. Dessa forma, mais uma vez, ultrapassamos a barreira do direito administrativo e tributário sancionador e atingimos em cheio o núcleo do direito penal e processo penal, sobretudo do bem jurídico-penal, para fins de satisfação de créditos em favor da fazenda pública, em que se lança mão do mais forte instrumento jurídico com o intuito de salvaguardar interesses que deveriam ser solucionados em outras esferas do ordenamento jurídico brasileiro.

c) Caso *Garlsson Real Estate* (Processo C-537/16. TJUE – julgamento em 20 de março de 2018⁷⁰). A ilicitude que deu origem ao precedente em destaque em alguns pontos se assemelha ao caso *Grande Stevens*. Envolveu novo sancionamento por autoridade regulatória do mercado financeiro italiano em resposta à fraude cometida em manipulação de mercado. Porém, no caso concreto, a apuração penal correspondente aos mesmos fatos tinha se dado antes, com apenamento transitado em julgado, mas cuja punibilidade acabou sendo extinta ante a concessão de um indulto.

Irresignados com a posterior deflagração do processo administrativo sancionador, os réus recorreram alegando ofensa ao *ne bis in idem*. A celeuma chegou até a Corte de Cassação Italiana que ciente da nova orientação que se desenhava em nível de proteção internacional de direitos humanos, principalmente a partir do caso *Grande Stevens*, optou por, antes do julgamento, fazer uma consulta ao Tribunal de Justiça da

⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 320.

⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RHC 163.334/SC. Ata n. 193/2020, Rel. Ministro Roberto Barroso. DJE n. 271, publicação em 13 de novembro de 2020, por maioria de votos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

⁷⁰ TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3gaQhVP>>. Acesso em: 1 mai. 2021.

União Europeia, indagando sobre a viabilidade do acúmulo de sanções administrativas e penais à luz do texto da convenção.

Em resposta, o TJUE declara que o objetivo de salvaguardar a integridade dos mercados financeiros da União e a confiança do público nos instrumentos financeiros é suscetível de justificar um cúmulo de procedimentos e de sanções de natureza penal. A despeito disso, alerta a necessidade de verificação, pelo juiz nacional, que a regulamentação italiana punitiva de manipulações de mercado aparenta não respeitar o princípio da proporcionalidade.

Isso porque a regulamentação nacional italiana autoriza a tramitação de um procedimento administrativo de natureza penal pelos mesmos fatos que já foram objeto de condenação, na mesma seara legal. Diante disso, classifica a sanção penal como suficiente a, por si só, reprimir a infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasiva. Com isso, a eclosão de nova persecução de procedimento administrativo de natureza penal pelos mesmos fatos já objeto de condenação penal extrapola o estritamente necessário para a proteção do bem jurídico tutelado (a higidez dos mercados financeiros)⁷¹.

Acaba por não influenciar nessa decisão o fato do ilícito penal demandar análise aprofundada do elemento subjetivo do tipo, o que nem sempre é exigível na infração administrativa. Diferentemente, seria preponderante para o reconhecimento do *ne bis in idem* a identidade material dos fatos a serem analisados.

Diante disso, percebe-se que as decisões ora analisadas e comentadas apresentam as seguintes diretrizes em comum, que vistas em conjunto permitem concluir por uma flexibilização dos alicerces dogmáticos dos princípios do *ne bis in idem* e separação de instâncias, conforme a seguinte percepção

⁷¹ “O artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que permite dar seguimento a um procedimento de sanção administrativa pecuniária de natureza penal contra uma pessoa em razão de comportamentos ilícitos que constituem manipulação de mercado pelos quais já foi proferida uma condenação penal transitada em julgado contra a mesma, na medida em que esta condenação, tendo em conta o prejuízo causado à sociedade pela infração cometida, seja suscetível de punir esta infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasiva”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Grande Secção). Processo C-537/16. Jornal Oficial da União Europeia C 166/12 em 14 maio de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AO-J.C_.2018.166.01.0012.01.POR>. Acesso em: 01 mar. 2021.

- i. A classificação formal da sanção dentro do ordenamento jurídico de cada país, assim como a seara de tramitação do procedimento e a qualificação da autoridade sancionadora (se judicial ou administrativa), não são mais os fatores primordiais para a apreensão da real natureza jurídica da sanção aplicada (se penal, civil ou administrativa, por exemplo);
- ii. Mais do que isso, a efetiva severidade da sanção, aptidão restritiva ao exercício de direitos fundamentais e força dissuasiva da prática ilícita devem ser tomados como elementos preponderantes para classificação do ato punitivo como de caráter penal, com consequente rejeição da natureza extrapenal, mesmo se houver previsão expressa nesse sentido;
- iii. O caráter penal da sanção será de sensível detecção, também pela análise da finalidade da punição. Se esta extrapolar o desiderato meramente ressarcitório, recompositivo do prejuízo causado, demonstrando igualmente um viés repressivo, o reconhecimento de seu caráter penal demonstrar-se-á inafastável;
- iv. Consequentemente, haverá viabilidade no cúmulo de sanções, sem ofensa ao *ne bis in idem*, em casos em que as sanções cumuladas visarem a finalidades distintas, porém complementares, que tenham por objetos aspectos diferentes de uma mesma conduta ilícita.

6. Conclusão

O *ne bis in idem* trata-se de um princípio de natureza constitucional, com aplicação nas áreas penal e extrapenal. Embora de significativa incidência na primeira, a ela não se limita, expandindo-se para o direito civil e, especialmente, ao direito administrativo sancionador, em que, como um mandamento de justiça e proporcionalidade, deva obstaculizar, também, a dupla punição e dupla perseguição.

Possui inafastável adstrição a outros princípios penais constitucionais por excelência, como o princípio da legalidade e proporcionalidade, e aos princípios constitucionais penais, como o devido processo legal, segurança jurídica e intangibilidade da coisa julgada material.

A despeito da existência de controvérsias quanto à sua origem e da inexistência de recepção expressa na normatização constitucional brasileira vigente, prevalece a orientação doutrinária de que o *ne bis in idem* caracteriza-se, na vertente substancial, como manifestação dos princípios constitucionais da legalidade material ou tipicidade (artigo

5.º, XXXIX) e da proporcionalidade. Já no aspecto processual, encontra-se guardada nos incisos II, XXXVI e LVII do mesmo artigo, sendo decorrência naturalística do devido processo legal e da intangibilidade da coisa julgada material.

Por esses e outros motivos, o princípio do *ne bis in idem* trata-se de direito e garantia fundamental implícito na ordem constitucional brasileira, em conformidade com a cláusula de abertura ou atipicidade dos direitos fundamentais do artigo 5.º, § 2.º da Constituição Federal de 1988, a ser lido sistematicamente com os demais dispositivos citados acima.

Além disso, existem diversos institutos e dispositivos na legislação infraconstitucional brasileira que tratam da matéria para fins de evitar excessos punitivos, embora não com a extensão, sistematização e clareza desejáveis. É o caso da detração penal, limitações à extraterritorialidade da lei penal, concurso aparente de normas, algumas regras de concursos de crimes, proibição de revisão criminal *pro societate*, algumas condicionantes pontuais entre o direito tributário sancionador e o direito penal, dentre outros. O tratamento incompleto da legislação, que não traz um estatuto geral do princípio, é compensado em parte, com o arcabouço normativo produzido em sede de tratados internacionais de direitos humanos.

A vigência do *ne bis in idem* na ordem normativa produz diversos e relevantes efeitos, notadamente: a) interdita as atividades persecutória, processual e sancionatória quando refletirem repetição de identidade de fato, agente e fundamento (ou seja, apenas a proibição da dupla ou múltipla punição pelo mesmo fato não é suficiente para a compreensão de toda a extensão de sua vertente protetiva); b) bloqueia a dupla valoração legislativa ou judicial negativa, pelo mesmo fato contra o mesmo agente, ainda que em fases distintas da operação de apenamento; c) proíbe, em atuação sistemática com a garantia da coisa julgada material e proibição de revisão criminal *pro societate*, a repetição do exercício da pretensão punitiva em casos de falhas na postulação acusatória constantes na ação original, seja por desconhecimento ou omissões adstritas à inteireza do contexto criminoso, seja por inadequações técnicas da imputação dos fatos e fundamentos jurídicos. Em suma, eleva a um patamar de importância ímpar os princípios da responsabilidade e da boa-fé acusatória, em regra, pouco explorados; d) impede que o princípio da separação/independência entre as instâncias seja levado às últimas consequências, exigindo tanto do legislador quanto do operador do direito um trabalho de contenção da expansão sancionatória a distintas áreas do

ordenamento jurídico, quando houver plena decisão e esclarecimento dos fatos, além de previsão de sanção eficiente e suficiente, em uma delas; e) em conformidade com o item anterior, perpetua a tensão com o princípio da separação/independência entre as instâncias, especialmente em sistemas jurídicos em que esse tem aplicabilidade abrangente e tradicional. Tal se dá não só em prol da centralidade do ser humano dentro da atividade persecutória, como também função da inadiável necessidade dessa última ser racionalizada; f) desafia a prevalência do princípio da separação/independência entre as instâncias na jurisprudência protetiva internacional de direitos humanos, principalmente no sistema comunitário europeu, impondo uma releitura da clássica assertiva de inexistência de diferença ontológica entre sanções penais e extrapenais, não no sentido de contestar o seu acerto, mas sim em direcioná-la a um critério material de gravidade e finalidade da sanção como tópico fundamental para identificar o seu caráter penal e, assim, entender por suficiente a unicidade de castigo.

Referências

AREDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%209%20direito%2052.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula De. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689*, de 3 de outubro de 1941, Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 13 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 10.864*, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.684.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 12.259*, DE 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 13.655*, de 25 de abril de 2018. Dispõe sobre a inclusão no Decreto-Lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 13.846*, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>.

BRASIL. *Lei n.º 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>.

BRASIL. *Lei n. 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>.

BRASIL. *Lei n. 8.249*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. *RHC 163.334/SC*. Ata n. 193/2020, Rel. Ministro Roberto Barroso. DJE, n. 271, publicação em 13 de novembro de 2020, por maioria de votos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do bis in idem na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador. In: *Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Tratado de direito administrativo*. vol. I. Teoria geral e princípios do direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FAVORETTO, Afonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FRANÇA. *Protocolo n.º 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *Têoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário*. São Paulo: Ed. Noeses, 2014.

ITÁLIA, *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>>.

ITÁLIA, *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, 1998. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Tribunal-Penal-Internacional/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional.html>>.

LIMA, Ricardo Alves de. Juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. In: *Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 184-185.

_____. *Transcriminalidade e sistema de direito penal europeu*. Porto Alegre: Safe, 2012.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 920.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4 ed. São Paulo Forense, 2015, p. 305–306.

ONU, *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>.

Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos*. *Pacto de San José de Costa Rica*, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: *Lei Anticorrupção*. SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). Salvador: Juspodivm, 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 337.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. *Princípios democráticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, p. 237, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057742.pdf>>.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: Uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In: *Revista do CADE*, v. 2, n. 2, 2014, p. 13. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/0>>.

SOUZA, Jorge Munhoz de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). *Lei anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal. Parte Geral*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TEDH. *Case of Grande Stevens v. Italy*. Disponível em: <<https://bit.ly/3pDdWBA>>.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: <<http://ga.basegroup.com.br/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas/>>.

TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3pHqcRj>>.

TJUE. Disponível em: <<https://bit.ly/3gaQhVP>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Grande Secção. Processo C-537/16. *Jornal Oficial da União Europeia C 166/12*, em 14 maio de 2018.

UE, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12016P%2FTXT>>.

UE, *Convenção de aplicação do Acordo de Schengen*, 1985. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29>>.