



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

***NE BIS IN IDEM* EM MATÉRIA DE CORRUPÇÃO E IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Luiza Almeida Londe

Orientador: Dr. Carlos Vinicius Alves Ribeiro

Brasília

2024

Luiza Almeida Londe

***NE BIS IN IDEM* EM MATÉRIA DE CORRUPÇÃO E IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, para obtenção do Título de Mestre pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Orientador: Prof. Dr. Carlos Vinicius Alves Ribeiro

Brasília

2024

Código de catalogação na publicação – CIP

L847n Londe, Luiza Almeida

Ne bis in idem em matéria de corrupção e improbidade administrativa: análise da interseção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador / Luiza Almeida Londe — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.
106 f. : il.; color.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Vinicius Alves Ribeiro.

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2024.

1. Corrupção;. 2. Improbidade administrativa. 3. Princípio da independência das instâncias.. I.Título

CDDir 341.55172

***NE BIS IN IDEM* EM MATÉRIA DE CORRUPÇÃO E IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, para obtenção do Título de Mestre pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Brasília, 27 de dezembro de 2024.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Carlos Vinicius Alves Ribeiro
Orientador

Profa. Dra. Marilda de Paula Silveira
Examinadora Interna

Prof. Dr. Octahydes Ballan Júnior
Examinador Externo

“Que pensais vós contra o Senhor? Ele mesmo consumirá de todo; não se levantará por duas vezes a angústia.”

(Naum, 1:9)

RESUMO

A corrupção, entendida como a conduta de agentes públicos ou privados em detrimento do erário para benefícios particulares, nem sempre foi considerada uma prática prejudicial como atualmente, sendo, inclusive, enaltecida. A partir de casos paradigmáticos é que se adotou uma postura preventiva e repressiva, com diversas normas internacionais voltadas ao combate à corrupção. No Brasil não foi diferente. A própria Constituição Federal estabelece sanções, regulamentadas pela Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, afora outras normas, como a Lei Anticorrupção, uma resposta à insatisfação social que açoitou o país diante de escândalos midiáticos. Essa gama normativa acarreta a possibilidade de o indivíduo, diante de uma unidade fática, ser submetido a diversos processos e, eventualmente, sanções sob o fundamento da regra da independência das instâncias, no âmbito do direito penal e do direito administrativo sancionador. No entanto, não se pode olvidar a máxima *ne bis in idem*, que veda a repetição do mesmo. O presente estudo pretende, portanto, analisar se seria possível uma multiplicidade de processos e, eventualmente, de sanções no âmbito penal e administrativo sancionador em matéria de corrupção e improbidade administrativa à luz de dois institutos em especial, a saber: a regra da independência das instâncias e o *ne bis in idem*. Espera-se verificar se os destinatários do *ne bis in idem* são apenas os julgadores, ao aplicar as diversas normas vigentes, ou também os legisladores, para que sequer criem mais de um procedimento e sanção para o mesmo fato; qual jurisdição deve prevalecer quando se enfrenta iminente situação de *bis in idem*, confrontando-se, de um lado, a subsidiariedade do direito penal e, de outro, a solidez de sua investigação, tendo em vista sua reprimenda ser a mais severa; se, uma vez cominada a sanção administrativa, a esfera penal seria afastada ou convocada a atuar; e se eventual compensação entre as reprimendas penal e administrativa vai ao encontro da pretensão de concretização do *ne bis in idem*. Para tanto, far-se-á um exame bibliográfico da jurisprudência pátria a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, selecionados pela relevância temática, pelo ineditismo e pela atualidade, bem como no direito comparado espanhol, italiano e alemão.

Palavras-chave: corrupção; improbidade administrativa; *ne bis in idem*; independência das instâncias; direito penal; direito administrativo sancionador.

ABSTRACT

Corruption, understood as the conduct of public or private agents to the detriment of the national treasury for private gain, was not always considered as a harmful practice as it is today, and was even praised. A preventive and repressive stance was adopted following paradigmatic cases, with various international standards aimed at combating corruption. Brazil is no different. The Federal Constitution itself establishes sanctions, regulated by the Administrative Improbability Law, without prejudice to the applicable criminal action, as well as other rules, such as the Anti-Corruption Law, a response to the social dissatisfaction that has hit the country in the face of media scandals. This range of rules makes it possible for an individual, faced with a single factual unit, to be subjected to various processes and possible sanctions on the grounds of the rule of the independence of the instances, within the scope of criminal law and administrative sanctioning law. However, one cannot forget the *ne bis in idem* maxim, which prohibits repeating the same thing. The aim of this study is therefore to analyze whether it would be possible to have a multiplicity of proceedings and, eventually, sanctions in the criminal and administrative sanctioning spheres in matters of corruption and administrative improbity in the light of two institutes, namely the rule of the independence of instances and *ne bis in idem*. The aim is to verify whether *ne bis in idem* is only addressed to judges, when applying the various rules in force, or also to legislators, so that they don't even create more than one procedure and sanction for the same fact; which jurisdiction should be in charge when faced with an imminent situation of *bis in idem*, confronting, on the one hand, the subsidiarity of criminal law and, on the other, the soundness of its investigation in view of its reprimand being the most severe; whether, once the administrative sanction has been imposed, the criminal sphere would be removed or summoned to act; and whether any compensation between criminal and administrative reprimands is in line with the aim of achieving *ne bis in idem*. To this end, a bibliographical examination will be carried out of the case law of the country, based on judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice selected for their thematic relevance, novelty and topicality, as well as comparative Spanish, Italian and German law.

Keywords: corruption; administrative improbity; *ne bis in idem*; independence of the instances; criminal law; administrative sanctioning law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CPF	Cadastro de Pessoa Física
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CONSOB	<i>Commissione Nazionale per le Società e la Borsa</i>
DF	Distrito Federal
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IPC	Índice de Percepção da Corrupção
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
RE	Recurso Extraordinário
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 COMPREENSÃO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	16
1.1 Panorama histórico	18
1.2 Influências do direito internacional convencional.....	21
1.3 Vertentes do <i>ne bis in idem</i> no ordenamento jurídico brasileiro.....	29
1.4 Fundamentos do <i>ne bis in idem</i>.....	32
1.5 Requisitos para configuração do <i>bis in idem</i>	37
1.5.1 Unidade de sujeitos.....	38
1.5.2 Unidade de fatos	41
1.5.3 Unidade de fundamento.....	43
2 ANÁLISE DO ILÍCITO PENAL E ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR	45
2.1 Administrativização do direito penal e penalização do direito administrativo	50
2.2 O ilícito administrativo e o ilícito penal.....	57
2.2.1 Análise da sanção imposta.....	57
2.2.2 Análise da autoridade que impõe a sanção	58
2.2.3 Análise das finalidades/funções atribuídas às sanções administrativas e penais.....	59
2.2.4 Análise do conteúdo sob os aspectos qualitativos e quantitativos	62
2.3 A regra da independência (mitigada) das instâncias.....	65
2.4 Legislação penal e processual penal.....	71
2.5 Lei de improbidade administrativa	74
3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES DA HIPÓTESE DE <i>BIS IN IDEM</i> EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA SUPREMA CORTE, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e DO DIREITO COMPARADO	79
3.1 O Recurso Extraordinário 976.566/PA: tema 576 da Repercussão Geral – possibilidade de dupla responsabilização por crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa	80
3.2 O Recurso Extraordinário com agravo 1.428.742/SP: tema 1260 da repercussão geral – possibilidade de dupla responsabilização por crime eleitoral e ato de improbidade administrativa	82

3.3 A Reclamação Constitucional 41.557/SP: trancamento da improbidade administrativa em face de demonstrada negativa de autoria no âmbito penal	82
3.4 O recurso em <i>habeas corpus</i> 173.448/DF: trancamento da ação penal diante da absolvição no âmbito da improbidade administrativa	85
3.5 A perspectiva alemã	87
3.6 A perspectiva espanhola.....	90
3.7 A perspectiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)	93
3.8 Possível solução no caso brasileiro	94
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

Após um período marcado pela opressão e limitação das liberdades individuais por parte de um Estado autoritário¹, é promulgada a carta constitucional brasileira de 1988, que estabelece um Estado Democrático de Direito cujo poder emana do povo e que cumpre as próprias normas que estabelece.

Nesse contexto, o constituinte originário inova ao estabelecer princípios constitucionais voltados para a administração pública, que deve pautar-se na legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, sendo o princípio da eficiência inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998 (Brasil, 1988).

O que se buscou foi limitar a atuação da administração pública para evitar arbitrariedades que passam ao largo dos interesses coletivos dos mais variados grupos decorrentes da complexa sociedade contemporânea.

A preocupação com a moralidade, para além do *caput* do artigo 37, é novamente deflagrada no bojo do § 4º do referido dispositivo, ao elencar as sanções que importam atos de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A fim de regulamentar tal preceito, pouco tempo depois é sancionada a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (Brasil, 1992).

Muito já se discutiu acerca da natureza jurídica desta norma, mas, de forma resumida, parece claro seu caráter não criminal, afinal de contas, a própria Constituição Federal deixa a salvo a ação penal cabível, afora as demais sanções que estabelece e o ressarcimento ao erário.

Além deste diploma legal, todo o título XI do Código Penal (Brasil, 1940) destina-se a tipificar os crimes contra a administração pública, tais como corrupção ativa e passiva, previstos no art. 333 e 317, respectivamente, dentre outros.

¹ Faz-se referência ao período da Ditadura no Brasil, ocorrido de 1964 a 1985. Por se tratar de fato histórico de amplo conhecimento público, não se dissertará sobre maiores detalhes. A referência é apenas para relacionar o período de opressão das liberdades dos cidadãos em contraponto ao autoritarismo do Estado, que contextualiza a Constituição Federal de 1988, que promulga o Estado Democrático de Direito, a ampliação das liberdades individuais e as limitações da administração pública.

Esta preocupação com a corrupção² expressa em diversas normas brasileiras não é, todavia, uma jabuticaba³. Noutros tempos, segundo Mario Pestana (2016), a prática de corrupção era enaltecida em diversas nações. No entanto, a partir dos casos paradigmáticos de *Lockheed* e *Watergate*, ocorridos na década de 1970, nos Estados Unidos, iniciou-se um movimento mundial anticorrupção. Competições artificiais entre concorrentes e o envolvimento do governo nessas transações despertaram o interesse de organismos internacionais ao estabelecerem os primeiros documentos voltados para o combate desta prática, estando o Brasil no qualificado rol de países signatários de normativos transnacionais combatentes da corrupção, aparelhando os instrumentos normativos necessários ao seu enfrentamento pragmático por diversas instituições públicas.

Nesse cenário, em torno dos anos 2000, e com a crescente pressão social decorrente de escândalos envolvendo políticos nacionais, foi publicada a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção (Brasil, 2013).

Verifica-se, portanto, um extenso arcabouço normativo para disciplinar a matéria⁴. Segundo Tarsila Fonseca Tojal (2023, p. 269), na experiência brasileira não se conseguiu desenvolver um projeto coeso de enfrentamento à corrupção, “tendo privilegiado iniciativas esparsas, erráticas e contingenciais”, de forma que, em meio à impulsividade “pretensamente justificada na urgência da pauta de fim à impunidade, acumulam-se respostas penais e não penais, legislativas e jurisprudenciais, que estabelecem pouco diálogo entre si”.

Uma vez regulamentada, cabe ao aplicador do direito⁵ decidir os casos que lhe são submetidos. O que se estabeleceu, todavia, foi uma ampla interpretação conferida pelos juízes

² O termo corrupção nem sempre possuiu a conotação que hoje o torna mais conhecido. A definição da palavra corrupção quer dizer deteriorar, depravar, adulterar uma substância. Nesse sentido, o Código Penal, desde sua origem, tipifica o crime de corrupção ou poluição de água potável, previsto no art. 271, como o ato de “corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde”. No mesmo sentido, o art. 272 determina o delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios. Todavia, neste trabalho, o termo será empregado como a prática de agentes públicos e privados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, que atentem contra os princípios da Administração Pública e/ou se enriquecem ilicitamente em detrimento do erário. Em outras palavras, a palavra “corrupção” estará voltada à deterioração da coisa pública em benefícios particulares.

³ Denomina-se popularmente como “jabuticaba” algo que só exista no Brasil. No presente contexto, o termo “jabuticaba” foi empregado no sentido de não ser a corrupção um fenômeno exclusivamente brasileiro. Apesar de o senso comum supor que corrupção seja algo adstrito a países emergentes ou em desenvolvimento, verificar-se-á, na sequência, que esta prática também está presente nas grandes potências mundiais.

⁴ Não se pode olvidar, ainda, as leis que disciplinam o regime jurídico administrativo dos servidores públicos de cada ente da federação, como por exemplo, no campo dos servidores públicos civis federais, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece, no art. 132, pena de demissão a ser aplicada nos casos de improbidade administrativa, inciso IV, e corrupção, inciso XI.

⁵ Com efeito, além do Poder Judiciário, outros órgãos detêm a competência para julgamentos, embora sem jurisdição, na seara administrativa, tais como o Tribunal de Contas da União (TCU), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), dentre outros. O objeto do presente trabalho, contudo, limita-se ao Código Penal, à Lei de Improbidade Administrativa e à Lei

e tribunais brasileiros, a exemplo da Súmula 651, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual: “Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública”⁶.

Diante da variedade de normas voltadas à probidade administrativa e ao combate à corrupção, seria possível processar e/ou sancionar o mesmo sujeito em âmbito penal e no âmbito do direito administrativo sancionador em função do mesmo fato?

A própria Constituição Federal parece ensejar esta possibilidade no retrocitado § 4º, do art. 37, ao estabelecer sanções, no âmbito do direito administrativo sancionador, sem prejuízo da ação penal cabível. Isto posto, sugere uma multiplicidade, pelo menos de processos, em função da regra da independência das instâncias.

Este brocardo jurídico está positivado no art. 935 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, segundo o qual: “A responsabilidade civil é independente da criminal” (Brasil, 2002, Art. 935). Na sequência, todavia, o dispositivo apresenta exceções relativizando a regra quando se acharem decididas no juízo criminal sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor.

Portanto, a prima hipótese sugere que, em regra, predomina a independência das instâncias, cabendo uma multiplicidade processual e/ou sancionatória sobre o mesmo sujeito, mas mitigada, quando a sentença penal absolutória transitada em julgado houver decidido pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria.

Ocorre que a possibilidade da incidência de mais de um processo e suas respectivas sanções gera consigo outras reflexões, como o *ne bis in idem* que, em apertada síntese, proíbe que um mesmo indivíduo seja processado e/ou punido mais de uma vez pelo mesmo ato ou fato. Essa máxima, tal como a preocupação com a probidade administrativa, vai ao encontro da Constituição Federal de 1988, embora não esteja expressamente prevista, como ao guardar os direitos fundamentais do indivíduo contra o arbítrio estatal, assegurando sua segurança jurídica.

Assim, o presente estudo tem como objeto a transcendência da hipótese que permite cumular processos e/ou sanções, ancorada na regra da independência (ainda que) mitigada das instâncias, para verificar se não viola o *ne bis in idem* em matéria de corrupção e improbidade administrativa.

Anticorrupção, logo, os julgamentos restringem-se aos juízes e tribunais do Poder Judiciário, em sua função típica.

⁶ Em casos concretos, o STJ tem reafirmado essa posição. Por exemplo, no Mandado de Segurança nº 21.544-DF, o Tribunal reconheceu a competência da Administração para demitir um servidor por ato de improbidade administrativa, mesmo sem condenação judicial prévia.

Vale dizer que o objeto do presente trabalho, ao perscrutar a multiplicidade de processos, e, eventualmente, de sanções, pelos mesmos fatos, diversas vezes e de distintas formas, restringe-se ao ilícito penal e administrativo sancionador, mais especificamente, delimita-se no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa na interseção com o direito penal⁷.

Por meio da abordagem qualitativa, de forma descritiva, sob as técnicas do exame bibliográfico e análise documental da doutrina, legislação e jurisprudência, buscando inclusive referências no direito comparado, o presente estudo visa analisar se seria possível uma multiplicidade de processos e, eventualmente, de sanções no âmbito penal e administrativo sancionador em matéria de corrupção e improbidade administrativa à luz de dois institutos em especial, quais sejam: a regra da independência mitigada das instâncias e o *ne bis in idem*.

Para iniciar esta investigação, o primeiro capítulo dedicar-se-á a compreender o *ne bis in idem*, partindo de um panorama histórico do instituto, não por questões meramente protocolares, mas para concernir a evolução de abordagens pretéritas com a realidade vigente e a construção de melhores soluções vindouras, tanto no âmbito da *civil law*, da qual o Brasil é adepto, quanto da *common law*, à proporção que a expansão de fronteiras, de normas sancionadoras e convenções internacionais é latente na sociedade globalizada.

Na sequência, serão apresentadas as vertentes material e processual do *ne bis in idem*; seus fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro; os requisitos para incidência do *bis in idem*, quais sejam: unidade de sujeitos, de fatos e de fundamentos. Indo mais além, o que se entende como sujeito: se apenas a pessoa natural ou também a pessoa jurídica, bem como sobre qual objeto não se pode incorrer mais de uma vez: se sobre os fatos ou sobre a qualificação jurídica desses fatos, e avançando para o que se constitui unidade de fundamentos.

Compreendido o que efetivamente constitui a repetição do mesmo, o tópico seguinte objetiva identificar quando se configuraria o *bis in idem* entre o direito penal e o direito administrativo sancionador em matéria de corrupção e improbidade administrativa, a partir dos fenômenos da administrativização do direito penal e, ainda, da penalização do direito administrativo, da investigação do que é o ilícito penal e do que é o ilícito administrativo, da explanação da regra da independência relativa das instâncias e sobre uma análise das legislações penal, processual penal e administrativa-sancionadora afetas ao tema.

Por fim, o último capítulo destina-se a encontrar possíveis soluções da hipótese de *bis in idem* em matéria de corrupção envolvendo o direito penal e o direito administrativo sancionador à luz da análise de decisões da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça

⁷ Portanto, não serão objeto desta investigação as medidas acautelatórias e as sanções disciplinares, também inerentes ao Direito Administrativo.

(STJ) brasileiros, que enfrentaram a matéria, e do direito comparado sob as perspectivas alemã⁸, espanhola⁹ e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁰.

Serão analisados o Recurso Extraordinário 976.566/PA, da Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que fixou a tese de Repercussão Geral nº 576¹¹; o Recurso Extraordinário com Agravo 1.428.742/SP, tema 1260 da Repercussão Geral¹², juntamente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.236/DF¹³, ambos da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; a Reclamação Constitucional 41.557/SP, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no âmbito da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal¹⁴; e o Recurso em *Habeas Corpus* 173.448/DF, da relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

Vislumbra-se, assim, que o objeto do presente estudo demonstra-se complexo, do ponto de vista jurídico, ao sopesar a regra da independência relativa das instâncias ante o princípio *ne bis in idem*; intrigante, à medida que as matérias de corrupção e improbidade administrativa despertam interesse social; e atual, haja vista o voto paradigmático da Corte Superior e, sobretudo, por ainda estarem pendentes de julgamento o Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.428.742/SP, tema 1260 da Repercussão Geral, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.236/DF.

Ao final, espera-se verificar se os destinatários do *ne bis in idem* são apenas os julgadores ou também os legisladores; qual jurisdição deve prevalecer quando se enfrenta

⁸ A perspectiva alemã orienta o voto do Ministro Gilmar Mendes no âmbito da Reclamação Constitucional 41.557/SP, até mesmo por sua formação acadêmica, citado, inclusive, no paradigmático voto da Corte Superior no âmbito do Recurso em *Habeas Corpus* 173.448/DF.

⁹ A opção pela perspectiva espanhola justifica-se, em especial, pela adoção do referencial teórico à luz de Jesús-María Silva Sánchez.

¹⁰ Por sua vez, decidiu-se averiguar a posição adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), sobretudo a partir do caso conhecido como “Grande Stevens”, acerca de uma infração no mercado de capitais italiano, sancionada por tribunal ítalo tanto pela autoridade do mercado de capitais quanto pela justiça criminal, mas que, em sede recursal, o Tribunal Europeu, reconhecendo o *bis in idem*, anulou as sanções penais, paradigma este citado na Reclamação Constitucional 41.557/SP e na solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do Recurso em *Habeas Corpus* 173.448/DF.

¹¹ O Tema 576 da Repercussão Geral analisou o processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade cumulado com atos de improbidade administrativa.

¹² O Tema 1260 da Repercussão Geral discute a possibilidade de dupla responsabilização por crime eleitoral e ato de improbidade administrativa.

¹³ Esta ação direta de inconstitucionalidade foi apresentada contra uma série de alterações na Lei de Improbidade Administrativa, realizadas pela Lei nº 14.230, de 2021. Destaca-se que após a conclusão do voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, a análise foi interrompida, em maio de 2024, por pedido de vista para mais tempo de análise do ministro Gilmar Mendes, que deverá devolver o processo em até 90 dias.

¹⁴ Nesta reclamação constitucional verificou-se o trancamento da improbidade administrativa em face de demonstrada negativa de autoria no âmbito penal.

¹⁵ Já neste caso, julgado em março de 2023, ocorreu o trancamento da ação penal diante da absolvição no âmbito da improbidade administrativa. Optou-se por analisar esta decisão pois, paradigmática, apesar de fundamentar-se também na reclamação constitucional, concluiu em sentido diametralmente oposto.

iminente situação de *bis in idem*; se uma vez cominada a sanção administrativa, a esfera penal seria afastada ou convocada a atuar; e se eventual compensação entre as reprimendas penal e administrativa vai ao encontro da pretensão de concretização do *ne bis in idem*.

1 COMPREENSÃO DO *NE BIS IN IDEM*

Em tradução literal, *ne bis in idem* significa “não (incorrer) duas vezes no mesmo”. Segundo Gilmar Mendes, Bruno Tadeu Buonicore e Felipe da Costa De-Lorenzi (2022, p. 75): “Grosso modo, ninguém deve ser sancionado ou processado mais de uma vez pelo mesmo fato”.

Trata-se de uma garantia do cidadão de que, uma vez processado e julgado, não estará sujeito novamente à persecução estatal diante da eficácia dos processos judiciais que, uma vez concluídos, encerram a celeuma que é ser acusado de um ilícito.

Caso tenha sido absolvido, é porque a investigação concluiu, definitivamente, por esse veredito. Estar novamente sujeito a outro processo é não ter a segurança jurídica de que aquele fato foi, de uma vez por todas, finalizado, para seguir com todos os aspectos da vida: emocionais, familiares, sociais, profissionais, dentre outros.

Já se foi condenado, será imposta uma sanção razoável e proporcional ao ato. Qualquer novo processo, sobretudo que aplique outra sanção, poderia ultrapassar a justa e adequada reprimenda necessária, acarretando eventual sobreposição de respostas punitivas a um mesmo sujeito, pelos mesmos fatos.

Assim sendo, a questão ultrapassa a múltipla punição, evitando-se excessos, ao encontro do princípio da proporcionalidade, mas também busca evitar mais de um processo, a fim de conferir segurança jurídica ao cidadão, evitando a submissão do indivíduo a mais de uma persecução sob o poder estatal, mesmo porque a decisão exarada pelo Poder Judiciário faz coisa julgada, tornando-se definitiva, estável, e a tutela judicial efetiva, segundo Mendes, Buonicore e De-Lorenzi (2022).

Ocorre que o legislador, valendo-se de sua prerrogativa e diante do clamor social por combate à corrupção, acaba por emitir um extenso rol de normas para punir os mesmos fatos nos fenômenos definidos por Jesús-María Silva Sánchez (2001) como administrativização do direito penal e penalização do direito administrativo¹⁶.

De um lado, vigora a independência das instâncias penal e administrativa-sancionadora. A decisão do magistrado, em uma determinada esfera, é, em regra¹⁷, independente das demais, motivada por seu livre convencimento a partir dos elementos dos autos.

¹⁶ Tais fenômenos serão aprofundados no âmbito do segundo capítulo deste estudo.

¹⁷ Haveria apenas duas hipóteses que a decisão no âmbito penal refletiria, necessariamente, nas demais esferas, são elas: comprovadas inexistência do fato ou negativa de autoria, conforme a interpretação do art. 935 do Código Civil. É dizer, se demonstrado na esfera criminal, que o fato sequer ocorreu ou que não foi causado por aquele autor, a sentença penal absolutória transitada em julgado vincula as demais instâncias.

Por outro, deve-se levar em consideração ainda que, apesar da possibilidade de se processar e penalizar um mesmo sujeito pelo mesmo fato, em decorrência da independência mitigada das esferas, há de verificar se não incorre numa sobreposição de respostas punitivas, a qual é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro e de outros países, além de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, em razão do *ne bis in idem*.

Acerca da terminologia, se *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, não há impactos que tornem uma ou outra errônea, ambas as terminologias exprimem a vedação.

Inês Ferreira Leite (2015, p. 21) entende o termo *ne bis in idem* como sendo “a forma mais correta de expressar a força imperativa do brocardo”. Também Santiago Ottaviano (2008)¹⁸ optou pela expressão *ne* para destacar seu caráter prescriptivo e por uma razão adicional, de origem histórica: a despeito do art. 9º da Constituição Francesa de 1791 ter utilizado a negação *non*, utilizar o termo *ne* implica no reconhecimento de raízes antigas, anteriores ao período Iluminista, que contribuiu para limitar os abusos do poder estatal, conforme ver-se-á no tópico seguinte, em que é apresentado um panorama histórico do princípio.

Não havendo prejuízo o emprego de um ou outro termo, será adotada a expressão *ne bis in idem* pelas razões fundamentadas por Leite e Ottaviano, ainda que uma outra citação, direta ou indireta, dos referenciais teóricos analisados neste estudo utilizem-se da opção *non bis in idem*.

Quanto à natureza do brocardo jurídico, se regra ou princípio, de forma pragmática, ao presente estudo basta compreender que se trata de uma proibição, seja ela uma regra ou princípio, ao encontro da lição de Daniel R. Pastor (2009, p. 48), para quem: “lo decisivo es simplemente el alcance de la prohibición que siempre es el mismo se la trate de regla o de principio”.

De todo modo, à luz da jurisprudência pátria, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) como do Superior Tribunal de Justiça, adotar-se-á, a partir de então, a perspectiva de princípio do *ne bis in idem*¹⁹.

¹⁸ “Aquí se ha optado por el “ne” para destacar su carácter prescriptivo y por una razón adicional. Como quedara dicho, a partir de la ilustración la primera utilización en un texto positivo de la frase latina abreviada por la que actualmente se conoce la prohibición fue la del art. 9 de la Constitución francesa de 1791, y allí se utilizó la negación “non”. Cabe pensar entonces que la expresión allí empleada contribuyó a difundir esa forma de construir la frase en varios países. Por eso, el uso del “ne” constituye una manera adicional de resaltar que la prohibición de bis in idem, como varias otras disposiciones tuitivas de la persona, reconocen raíces antiguas, muy anteriores al período de la ilustración, sin que ello implique desmerecer la gran importancia histórica de éste en la configuración de los actuales límites a los abusos del poder estatal en materia penal” (Ottaviano, 2008).

¹⁹ Em pesquisa do termo “princípio *ne bis in idem*” no sítio eletrônico da Suprema Corte foram identificados 2 resultados. Na página de *internet* do STJ, a busca pela referida expressão registrou 90 acórdãos encontrados. Já com o termo “regra *ne bis in idem*”, nenhum resultado foi encontrado na base de Acórdãos do STF, e apenas 3 acórdãos foram localizados na Corte Superior.

Esclarecida a utilização dessas terminologias, o princípio do *ne bis in idem*, imperioso faz-se compreender o alcance da proibição, quando se configura a repetição do mesmo, quais os seus fundamentos jurídicos, dentre outros aspectos, estes sim, pilares indispensáveis para se construir e sustentar o presente estudo.

Somente a partir daí será possível analisar mais a fundo sobre o ilícito penal e sobre o ilícito administrativo e, numa próxima fase, confrontar se opera o *bis in idem* ou a independência das instâncias.

1.1 Panorama histórico

Abordar o panorama histórico do princípio, desde a sua origem até as convenções do direito internacional, não é para este estudo uma mera formalidade protocolar, mas utilizar-se da compreensão do passado como ferramenta para investigar o estado atual, à luz da realidade, e futuro do princípio, examinando as soluções propostas pela legislação, doutrina e jurisprudência.

A evolução do princípio ao longo do tempo não se desenvolveu de maneira linear. Contudo, foi marcada por retrocessos tais como, por exemplo, no período da inquisição, na era medieval, bem como na experiência nacional-socialista alemã, conforme será melhor explorado no desenvolvimento deste tópico.

Ademais, é preciso absorver também o modelo de origem anglo-saxã da *common law*, sobretudo porque mesmo os países de linhagem romano-germânica, berço da *civil law*, inevitavelmente, encontram-se abraçados frente ao contexto globalizado de expansão de fronteiras, normas sancionadoras e convenções internacionais.

Não se sabe ao certo sobre a origem do *ne bis in idem*. Remonta até mesmo a passagens bíblicas, de teor teológico, mas que já provocavam a ideia de proibição de repetição do mesmo: “Que pensais vós contra o Senhor? Ele mesmo consumirá de todo; não se levantará por duas vezes a angústia.”²⁰

Segundo José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas (2019, p. 30), a origem do princípio remonta-se à origem grega. Em dois discursos do século IV a.C., Demóstenes sustentou primeiro contra Leptino, em 355 a.C., que a lei, invocando a Constituição de Atenas, não permitia que uma mesma pessoa pudesse ser julgada duas vezes pelo mesmo motivo.

²⁰ Bíblia Sagrada, Naum 1:9.

Contra Timóstenes, em 353 a.C., o orador sustentou que o que já havia sido julgado em definitividade não seria objeto de nova decisão.

O primeiro discurso traz a essência do princípio do *ne bis in idem*; e o segundo, da coisa julgada. Chama atenção a menção à Constituição de Atenas, mostrando o *status* constitucional do princípio, a qual, contudo, perdeu seu texto original no tempo, inviabilizando uma análise mais profunda.

Neste sentido, Muñoz Clares e Caballero Salinas (2019, p. 34) apontam essa carta constitucional como sendo “a primeira tentativa séria de criar um sistema jurídico no âmbito da cultura que acabou dando lugar à nossa”.

No direito romano, o princípio *ne bis in idem* constrói-se sob as máximas *bis de eadem re ne sit actio* (não haja ação duas vezes sobre a mesma coisa) e *bis de eadem re agere ne liceat* (não é lícito acionar duas vezes pela mesma coisa), indicando uma perspectiva processual (Saboya, 2018).

No Alto Império Romano, discursos também marcaram a vedação do princípio *ne bis in idem*, tanto o do orador Quintiliano, no fim do século I, quanto o de Gaio, século II, conforme afirma Keith Saboya (2014). No século III, no texto jurídico Sentenças de Paulo, que compõe a obra *Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulti*, consta que “pelos delitos pelos quais alguém foi absolvido, aquele que o acusou não pode reiterar a acusação”, segundo Jacobo López Barja de Quiroga (2004, p. 15), que destaca, ainda, a obra *Corpus Iuris Civilis*, no século VI, como compiladora e sistematizadora do imperador bizantino Justiniano, a partir da qual os sistemas jurídicos de base latina teriam incorporado e adotado o princípio *ne bis in idem*.

No período medieval adveio o declínio do Império Romano e o fortalecimento da Igreja Católica. Eclodiu, no século XIII, a inquisição, tendo o princípio *ne bis in idem* sido esvaziado e prevalecido a regra *absolutio ab instantia*: “em virtude da qual, quem tivesse sido absolvido por um tribunal, podia ser processado de novo se apreciados novos indícios” (Quiroga, 2004, p. 17). O que se percebe, nesta fase, é a busca pela verdade material em detrimento da coisa julgada, de caráter processual, que marcou a perspectiva grega e a tradição romana sob esta vertente do *ne bis in idem*.

De todo modo, a obra *Corpus Iuris Canonici*, do século XIV, fonte basilar do direito canônico até o início do século XX, que compilava textos para conhecimento de todos os cristãos, previu o princípio *ne bis in idem*, segundo Saboya (2014).

Ainda conforme a autora (2014), no momento histórico posterior dos países adeptos à *Civil Law*, dos Estados Absolutos, o princípio *ne bis in idem*, mais uma vez, não se mostrava adequado à figura central do monarca, conhecida pela máxima “O Estado Sou Eu”, proferida

pelo franco Rei Luís XIV. Nesse contexto, o Estado, totalitário, não se limitava a direitos e garantias próprios dos cidadãos, seus súditos, que inviabilizassem as suas próprias vontades, dentre as quais, o poder de persecução.

Após o período inquisitorial e monárquico-absolutista, finalmente declinou a máxima *absolutio ab instantia*, no século XVIII. O palco é agora o movimento iluminista, a ascensão burguesa e as grandes revoluções, dentre as quais, a francesa, que introduziu o princípio *ne bis in idem* na Constituição de 1791. O princípio também foi acolhido e adotado nas codificações de outros países europeus no decorrer do século XIX, segundo Keity Saboya (2014).

Com a derrocada do Estado Absolutista e o apogeu do Estado de Direito, a vedação ao *bis in idem* mitiga a arbitrariedade estatal, garantindo maior segurança aos cidadãos (Navarro Cardoso, 2001). Nota-se, contudo, que o brocardo tem sido adotado, desde a perspectiva grega, perpassando a tradição romana até esse momento, mais sob a sua acepção processual, que será melhor destrinchada ainda neste capítulo, na abordagem de suas vertentes.

A partir de então, diversos são os desafios assumidos pelo Estado e as posturas adotadas por cada um: ora o Estado é mais provedor de direitos e garantias fundamentais, ora impera um Estado mais regulador frente ao liberalismo econômico, ora o Estado pauta-se num modelo democrático, ora, tirânico.

De forma geral, vigora um regime econômico liberal, ainda que alguns bens e direitos sejam garantidos pelo Estado, e uma sociedade cada vez mais complexa. Para fazer frente às suas diversas funções, seja de prover bens e serviços públicos, seja de regular as atividades econômicas, a máquina pública se expandiu e o seu corpo técnico assumiu novas funções e prerrogativas de cunho sancionatório, ensejando o questionamento de eventual sobreposição entre as esferas penais e administrativas e a configuração de *bis in idem*, conforme Tarsila Fonseca Tojal (2023).

A autora, à luz do direito comparado, apresenta, dentre outras, as experiências espanhola e alemã. Enquanto os Códigos Penais espanhóis de 1850 e 1870 permitiam expressamente que esta conduta fosse sancionada penal e administrativamente, de forma reiterada, quando duplamente tipificada, o Código de 1928 vedou que, sobre um mesmo fato, incidissem ambas as sanções. Também nesse sentido, na Alemanha, apesar de não previsto expressamente, a jurisprudência era contrária à persecução de fatos sobre os quais já havia se pronunciado, confirmado o *ne bis in idem* no período do Segundo Reich, entre 1871 e 1918, assim como na República de Weimar, de 1919 a 1933. Novo retrocesso ocorreu, entretanto, na era nazista, confirmando que, ao longo de regimes ditatoriais, são negados direitos individuais para fazer valer a vontade e autoridade totalitária.

Finda a Segunda Guerra Mundial e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹, de 1948, o *ne bis in idem* resgata seu propósito de guardar os direitos individuais não apenas na vedação à múltipla persecução, como de costume, mas também para coibir a pluralidade de sanções.

Apesar de o Brasil adotar o sistema da *Civil Law*, é salutar conhecer brevemente como o princípio é aplicado no sistema da *Common Law*, sobretudo na expansão de fronteiras, normativos e convenções internacionais de caráter globalizado.

O *ne bis in idem* é compreendido como uma máxima universal arraigada na *common law*, conhecido nesse sistema como a proibição de *double jeopardy*.

Seu paradigma data do século XII, na era medieval, e ocorreu entre o rei Henrique II e o arcebispo Canterbury Thomas Becket, ocasião em que o monarca inglês cogitou que o clero fosse julgado e punido – revelando as vertentes processual e material do princípio – tanto pelas cortes eclesiásticas quanto pelas reais. Destaca-se, nesta assentada, a possibilidade do julgamento por duas autoridades e a consequente punição por ambas, sobretudo porque a coroa inglesa não estava disposta a ceder poder e proveito sobre seus súditos. Preponderou, contudo, a proibição de *double jeopardy*, conforme Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia (2005).

Nos Estados Unidos, a Quinta Emenda da Declaração de Direitos dos Estados Unidos da América, de 1791, estabeleceu que nenhuma pessoa correrá o risco de perder sua vida ou membro por duas vezes, em razão da mesma violação. Segundo Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia (2005), a despeito da referência à vertente material, o preceito garante também a vertente processual. Para tanto, em 1932, foi instituído o teste de *Blockburger*, por meio do qual restaria confrontado o princípio quando o mesmo acervo probatório pudesse ser demonstrado para as múltiplas transgressões.

No entanto, cabe ressaltar que a Suprema Corte americana restringe a proibição do *double jeopardy* ao âmbito federal, reconhecendo a independência em relação às esferas estaduais. Verifica-se, assim, naquele modelo, a independência mitigada das instâncias federal *versus* estadual em contraponto ao formato adotado no Brasil, que se refere aos ramos do direito penal *versus* administrativo sancionador.

1.2 Influências do direito internacional convencional

²¹ Muñoz Clares e Caballero Salinas criticam não ter sido o *ne bis in idem* expressamente previsto neste documento, mas foi positivamente consagrado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, conforme ver-se-á no item seguinte, Influências do direito internacional convencional, sendo este um dos documentos que compõe, a Carta Internacional de Direitos Humanos.

Para o presente estudo, também a compreensão do direito internacional convencional, fruto do amadurecimento histórico, contribui para orientar os desafios em nível nacional com vistas a averiguar o tratamento conferido a eventuais sobreposições de instâncias sancionatórias em matéria de corrupção.

A relevância desta compreensão justifica-se, dentre outras razões, pela transversalidade dos ordenamentos jurídicos consequentes à globalização e que, em alguns casos, foram recepcionados pelo Brasil.

Neste sentido, serão examinados a seguir, instrumentos que regem as relações internacionais e supranacionais, e consagram o *ne bis in idem*, cada qual com as suas peculiaridades, a saber: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966; Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969; Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1984; Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 1990; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000; e o Estatuto de Roma, de 1998.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966²², recepcionado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro em 1992²³, estabelece, em seu artigo 14.7, que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Eis a primeira positivação do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro, inaugurando tal garantia fundamental. É louvável a percepção tanto da vertente²⁴ processual, que evita múltiplos processos, como também da vertente material, ao coibir múltiplas sanções, refletindo a evolução histórica de tradição processual.

Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia (2005, p. 41), no entanto, critica o termo que denota o *idem*, qual seja, “delito”, bem como a referência do *bis*, por meio da expressão “passada em julgado”.

²² Um dos documentos da Carta Internacional de Direitos Humanos, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no panorama histórico do fim da Segunda Guerra Mundial, rememorando o contexto dos países romano-germânicos nos quais se abriga a *civil law*, explicado no tópico anterior deste estudo.

²³ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, seu texto foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; entrou em vigor, no Brasil, em 24 de abril de 1992, e foi promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6 julho de 1992.

²⁴ As vertentes do *ne bis in idem*, processual e material, serão estudadas mais detidamente no tópico a seguir deste trabalho.

De fato, a expressão delito, na tradução para o espanhol, parece limitar o princípio à esfera penal, o que comprometeria, portanto, a análise deste estudo que contrasta aquele ramo ao direito administrativo sancionador. Noutros idiomas foram utilizadas as expressões *infracción*, em francês; *reato*, em italiano; *verbrechen*, em alemão; e *offense*, em inglês. As expressões empregadas nas versões autênticas de cada idioma não parecem uniformizar o sentido literal da expressão, deixando margem subjetiva para a interpretação e aplicação do brocardo, que será analisado mais acuradamente no tópico 1.5.2 do presente trabalho.

Por sua vez, a expressão “passada em julgado” traz consigo a possibilidade tanto de processos simultâneos quanto de execuções provisórias das sanções, não desejáveis por diversas razões, que serão aprofundadas ao longo desta pesquisa, mas que de antemão podemos vislumbrar, a exemplo da proporcionalidade, risco de as decisões estatais serem incompatíveis entre si, gerando insegurança jurídica, sem adentrar em aspectos mais subjetivos como arbitrariedades e perseguição sob alegada busca de verdade material.

Mercedes Pérez Manzano (2002, p. 44) alerta ser este um dos problemas de se vincular o *ne bis in idem* ao instituto da coisa julgada, apesar de ser comum esta vinculação desde a suposta origem grega, conforme visto no tópico anterior.

Critica-se ainda a expressão “em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país” sob dois aspectos: o primeiro, já abordado, ao limitar à esfera penal; o segundo, por ater às fronteiras nacionais, como se admitisse que Estados distintos pudessem processar e julgar aquela mesma conduta praticada pelo sujeito determinado. No recorte desta pesquisa, na seara da corrupção, é comum que a matéria ultrapasse as divisas de um país apenas, a exemplo do paradigmático caso de *Lockheed*²⁵, que originou o combate a esta prática antes considerada aceitável e até mesmo admirável no âmbito do mercado concorrencial.

²⁵ *Lockheed* era uma fabricante tradicional de aviões norte-americana que corrompeu dirigentes de países como Alemanha, Itália e Japão, entre 1950 e 1970, a fim de ampliar suas vendas e incrementar seus lucros, competindo artificialmente com as demais concorrentes no mercado de venda de aeronaves. O escândalo foi descoberto em 1976, em investigação do senado norte-americano, sob a liderança do senador Frank Church, cujas provas robustas demonstraram inequivocamente a prática sucessiva de corrupção.

Vale ressaltar também o paradigma de *Watergate*, um complexo de prédios, em Washington, onde situava-se o Comitê do Partido Democrata, que foi invadido, em 1972, por profissionais contratados para fotografar documentos e instalar aparelhos e escuta a fim de obter informações estratégicas envolvendo a campanha presidencial daquele ano. Richard Nixon, candidato pelo Partido Republicano, disputava sua reeleição à Presidência dos Estados Unidos contra George McGovern, que concorria pelo Partido Democrata. Foi identificada relação entre a invasão de Watergate e a Casa Branca e, apesar de Richard Nixon ter sido reeleito, apresentou sua renúncia à Presidência em 1974, a fim de evitar seu *impeachment*.

Desde então, a *Securities and Exchange Commission* (SEC) apurou que centenas de empresas norte-americanas teriam pagado milhões de dólares em suborno para ampliar seus negócios, e as autoridades identificaram redes de corrupção mundiais. Os episódios de *Lockheed* e *Watergate* são, portanto, apontados como paradigmas na luta anticorrupção pelos países mais desenvolvidos, com reflexos mundiais, com medidas punitivas aos atos considerados corruptivos envolvendo tanto a Administração Pública local quanto estrangeira.

A despeito das críticas à literalidade do dispositivo, cujos sentidos dos termos serão analisados pormenorizadamente ao longo deste trabalho, com exceção da extensão dos limites da soberania de cada país, considerando nosso foco à solução brasileira, entendemos o propósito da norma como preceito fundamental de proteção ao indivíduo.

Na sequência, a Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, também recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro²⁶, estabelece, em seu artigo 8.4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Em 1977 foi editado o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), estabelecendo sanções a pessoas físicas e jurídicas norte-americanas que praticassem atos considerados de corrupção no território norte-americano ou fora dele. Em 1998, visando incrementar a competição dos negócios norte-americanos e intensificar o comércio internacional, foi editado o *International Anti-Bribery Act*, alterando parcialmente o FCPA, pautando-se na Convenção de Combate à Corrupção de Autoridades Públicas em Negócios Internacionais, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Por sua vez, o Reino Unido, em 2010, editou o *UK Bribery Act*, também voltado para sancionar as práticas de atos de corrupção por parte das pessoas jurídicas com sede no Reino Unido, e por aqueles que realizassem negócios com empresas daquela localidade, estabelecendo o combate à corrupção ativa e passiva de agentes públicos e privados, inclusive estrangeiros, e às falhas existentes nas pessoas jurídicas para prevenção de atos de corrupção. Para além das normas destinadas ao combate à corrupção, outros regramentos eram editados nos Estados Unidos a fim de disciplinar e fiscalizar o mercado de capitais e as empresas de capital aberto com reflexos na moralização da gestão das companhias. Neste sentido, em 2002, o *Sarbanes-Oxley Act*, constituiu mecanismos de auditoria e segurança das operações financeiras, exigindo o registro de diretores e acionistas perante a SEC e a verificação do cumprimento das regras e regulamentos estatais (compliance). Diante da crise de 2008, entrou em vigor, no ano de 2010, o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (*Dodd-Frank Act*), o qual promoveu a intervenção, regulação e modificou os normativos disciplinadores no mercado financeiro e bancário norte-americano. Esta lei firmou mecanismos de prevenção para evitar riscos sistêmicos à economia e procurou assegurar efetiva proteção aos consumidores, promovendo e estimulando a transparência e as boas práticas por parte das companhias com ações negociadas no mercado aberto, dentre as quais merecem destaque as delações sobre condutas ilegais, prevendo a possibilidade de pagamento de recompensas aos denunciantes e, com isso, ampliando o controle de legalidade, como concretamente se deu com a Petrobras S.A.

No Brasil, o Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Posteriormente, o Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, a qual tem o propósito de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção e promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados-partes. Por sua vez, o Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral ocorrida em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, tendo por finalidade: “a) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos”, nos termos da aludida norma (Pestana, 2016). Vislumbra-se, portanto, que o Brasil, lentamente, inseriu-se entre os países combatentes da corrupção, aparelhando os instrumentos normativos necessários ao seu enfrentamento pragmático, ao menos no tocante à responsabilização de pessoas jurídicas em decorrência da prática de atos lesivos em desfavor da Administração Pública, conforme o autor.

²⁶ O Pacto de San José da Costa Rica, firmado em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978 e, no Brasil, em 25 de setembro de 1992, sendo promulgado por meio do Decreto nº 678, de 6 novembro de 1992.

O Pacto de San José da Costa Rica, apesar de posterior ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, manteve um de seus pontos já criticados, haja vista a expressão “sentença passada em julgado”, relacionada ao *bis* não evitar a tramitação de processos concomitantes. A Corte Interamericana de Direitos Humanos evoluciona, contudo, ao relativizar a coisa julgada fraudulenta, conforme Keity Saboya (2014).

Também prospera ao não se limitar à esfera penal, decorrência da utilização da expressão “mesmos fatos”.

De outro lado, retroage ao dispor expressamente sobre o “acusado absolvido” e por não vedar que o indivíduo que tenha sido condenado anteriormente seja submetido a novo processo e, por conseguinte, acumule sanções pelo mesmo fato.

Verifica-se também, na literalidade da norma, a vertente apenas processual, ao dispor que o sujeito “não poderá ser submetido a novo processo”, sem considerar a possibilidade de uma nova sanção.

Com efeito, apesar de a ausência da previsão de múltipla sanção parecer ser uma decorrência de não haver múltiplos processos, não é, necessariamente, uma consequência absoluta considerando que o dispositivo não veta nem processos concomitantes nem um processo posterior sobre quem já tenha sido condenado anteriormente sobre os mesmos fatos, ambas as situações que ensejariam uma pluralidade sancionatória, o que parece ser indesejado, na medida em que pode acarretar uma desproporcionalidade, conforme ver-se-á mais adiante ao longo do presente estudo.

Na sequência, a terceira convenção internacional que passou a vedar o *bis in idem* foi a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a partir de seu Protocolo nº 7, de 1984²⁷, nestes termos:

ARTIGO 4º Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições de um mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.

²⁷ A versão original desta Convenção, aprovada em 1950, não contemplava o *ne bis in idem*, apesar de já ter sido um relevante marco sobre direitos fundamentais num período europeu frágil pós Segunda Guerra, ao celebrar um “pacto que contempla o núcleo mais importante dos Direitos Fundamentais como programa de reconstrução jurídica das nações chamadas a formar a atual União Europeia”, nas palavras de José Muñoz Clares e José Maria Caballero Salinas (2019, p. 43), em tradução livre.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção²⁸.

Essa convenção, não acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro²⁹, apresenta como pontos positivos a vedação a múltiplos processos e/ou sanções, nas vertentes processual e material do princípio, respectivamente, bem como por admitir tanto a absolvição quanto a condenação prévia como impedimento para um novo processo.

Verifica-se, novamente, a necessidade de “sentença definitiva”, o que possibilita a tramitação simultânea de processos com o mesmo objeto, o limite da jurisdição de um determinado Estado e a restrição ao âmbito penal, muito embora, neste terceiro aspecto, a Corte Europeia de Direitos Humanos, também conhecida como Corte de Estrasburgo ou Tribunal Europeu de Direitos do Homem, reconheceu o princípio em caso de sobreposição entre o direito penal e o direito administrativo sancionador ao entender que a qualificação jurídica no direito interno não é, por si só, o que caracteriza um campo do direito ou outro, mas sim a identidade material dos fatos, a fim de evitar que cada país, arbitrariamente, enquadre determinada conduta como penal ou administrativa sancionadora (Costa, 2013).

Foram então estabelecidos pela Corte de Estrasburgo os denominados “Critérios de Engel”³⁰ para identificar a natureza penal, a saber: a) a qualificação jurídica da infração conforme a legislação interna, com caráter meramente orientativo; b) a natureza da infração, deduzida de uma análise dos fatos materiais que levará em consideração o objetivo da norma, os seus destinatários e o bem jurídico que se protege; e c) a natureza e o grau de severidade da sanção imposta ao interessado.

Segundo Tarsila Fonseca Tojal (2023, p. 98-99), os Critérios de Engel foram utilizados na determinação da identidade de fatos, de sujeitos e de interesse jurídico protegido “para resolver um dos mais importantes casos envolvendo essa problemática, o *Zolotoukhine v. Rússia*, de 10 de fevereiro de 2009”, bem como o paradigmático caso *Grande Stevens v. Itália*, que será detalhado no presente estudo, o qual entendeu constituído o *bis in idem* ao aplicar simultaneamente sanção administrativa, de natureza penal identificada pela Corte, e sanção penal pelos mesmos fatos, tendo sido anulada esta última.

²⁸ O referido artigo 15 da Convenção trata da possibilidade de os Estados signatários derogarem as obrigações da Convenção em caso de estado de necessidade.

²⁹ Apesar de não ter sido adotada pelo direito brasileiro, seu estudo é relevante para o presente trabalho, haja visto ter amparado o *Grande Stevens*, referenciado em acórdão no âmbito da Suprema Corte brasileira, conforme detalhado nos itens 3.3 e 3.7 deste estudo.

³⁰ A denominação faz referência ao caso *Engel e outros, v. Países Baixos*, de 8 de junho de 1976.

Cabe ressaltar o reconhecimento da natureza penal à sanção administrativa, o que mantém a literalidade do artigo 4º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais a partir de seu Protocolo nº 7, de 1984. Nas palavras de Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 193), haverá “proibição do *bis in idem* as hipóteses nas quais haja cumulação de sanção penal e sanção administrativa aos mesmos fatos, desde que a sanção administrativa se caracterize com a matéria penal, nos termos da jurisprudência da corte”.

Também no âmbito europeu, a fim de resguardar os indivíduos da União Europeia foram firmadas duas convenções que consagram *o ne bis in idem*. A primeira delas foi o acordo de Schengen, de 1990, que assim dispõe em seu artigo 54:

Artigo 54. Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra parte contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida.

Posteriormente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, passou a vincular o Tribunal de Justiça da União Europeia, Corte de Luxemburgo, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009. Eis o que dispõe o artigo 50:

Artigo 50. Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito.
Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado da União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

Na compreensão do retrocitado art. 50, verifica-se a preocupação com as vertentes processual e material. No entanto, faz menção à identidade de delito, o que remete à circunscrição do direito penal. A seu turno, considera não apenas a condenação, mas também a absolvição transitada em julgado, guardando pertinência à coisa julgada.

Tarsila Fonseca Tojal (2022, p. 96), citando Daniel Sarmiento (2007, p. 44-51), faz referência a julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia³¹, nos quais a Corte de Luxemburgo adotou um sentido amplo para “julgamento definitivo”, abarcando decisões homologatórias de acordo, absolvição por insuficiência probatória e extinção de punibilidade entre os Estados-membros.

³¹ Caso Miraglia (C-469-03), de 10.3.2005, e Casos van Straaten (C-150/05) e Francisco Gasparini *et al.* (C-467/04), ambos os casos de 28.9.2003.

A autora menciona que a Convenção de Schengen adotou entendimento mais abrangente, “mesmos factos”, do que aquela da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo Tojal (2022, p. 96): “No paradigmático caso van Esbroeck, de 2006”, a Corte de Luxemburgo aplicou o elemento *idem* “como a identidade dos fatos materiais em discussão, ‘entendidos como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissolavelmente ligadas entre si’³². O critério, portanto, independe da qualificação jurídica ou da coincidência do bem jurídico protegido”, sendo a compreensão deste entendimento melhor explanada no bojo do tópico 1.5.2 deste estudo, unidade de fatos, quando da análise dos requisitos para configuração do *bis in idem*.

Ainda, Tarsila Fonseca Tojal, ao analisar a interpretação da Corte de Luxemburgo, apresentou que:

O Tribunal entende que o *ne bis in idem*, enquanto direito fundamental expresso no artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não impede eventual sobreposição de sanções penais e administrativas, desde que a última não adquira caráter punitivo. Para que se justifique a cumulação, portanto, cada sanção deverá ter uma natureza distinta, independente da denominação atribuída pelo ordenamento jurídico interno. O Tribunal de Justiça, seguindo os passos da jurisprudência tradicional da Corte Europeia de Direitos Humanos, elegeu os Critérios de Engel como parâmetro para determinar quando uma sanção, embora nominalmente administrativa, se reveste de caráter penal.

Esta referência é ponto central no presente estudo, ao distinguir o ilícito penal e administrativo por sua natureza, conforme será melhor investigado no capítulo 2 deste estudo, a despeito de meros formalismos oriundos da denominação atribuída e adotando os critérios de Engel, já expostos.

Ressalva, contudo, que em 2018 a Corte de Luxemburgo, nos casos Luca Menci e Garlsson Real Estate, “ratificou a cumulação de procedimentos e sanções de natureza punitiva que, a seu ver, guardavam uma relação de complementaridade entre si, necessária à concretização de uma resposta sancionatória proporcional à gravidade das condutas imputadas” (TOJAL, 2022, p. 97).

Assim, o que parecia racionalizar o entendimento da Corte, firmando um entendimento sistematizado, acabou por anuviar a aplicação do *ne bis in idem* no elo entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, sobre a qual nos desdobraremos para clarear ao longo desta observação científica.

³² Caso Van Esbroeck (C-436/04), de 9.3.2003.

Por fim, o Estatuto de Roma, de 1998, acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro³³, instituiu o Tribunal Penal Internacional, bem como dispôs expressamente sobre o *ne bis in idem*, nestes termos:

Artigo 20 Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º³⁴, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tinha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º³⁵, a menos que o processo nesse outro tribunal:
 - a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes de 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.

Apesar de tratar das hipóteses de absolvição e condenação anterior, mais uma vez, percebe-se apenas a vertente processual do princípio *ne bis in idem*, bem como seu âmbito de aplicação em matéria penal.

No decorrer desta análise, foi possível perceber que, ao longo da evolução histórica, assim como no direito internacional convencional, em maior parte o enfoque do princípio foi evitar múltiplos processos, o que se denomina como vertente processual, a despeito de ter sido prevista, em alguns casos, também a vertente material, a qual coíbe múltiplas sanções.

O tópico a seguir destinar-se-á à melhor compreensão destas vertentes.

1.3 Vertentes do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro

³³ O Estatuto de Roma, de 1998, entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, e passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002, após seu texto ter sido aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002; e finalmente promulgado por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

³⁴ O artigo 5º dispõe sobre os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional, a saber: “1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas”.

³⁵ Refere-se, respectivamente, aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Não há previsão expressa do *ne bis in idem* na Constituição brasileira de 1988, tampouco no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos. No entanto, sua adoção no direito pátrio é fruto dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil faz parte, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e Estatuto de Roma, tal como exposto no tópico anterior, bem como de forma implícita por outros princípios constitucionais e, ainda, no bojo da legislação infraconstitucional, conforme ver-se-á no decorrer do presente estudo.

Ademais, dado seu estado alcançado como princípio geral de direito, irrenunciável e incondicional, sua função deve ser compreendida como garantidora a impedir que se reitere eventual pretensão punitiva do Estado, conforme Tarsila Fonseca Tojal (2022).

O princípio deve interditar, assim, nas palavras de Keity Saboya (2014, p. 166): “A realização de qualquer segunda (re)ação punitiva pelos mesmos fatos e fundamentos”, proveniente de diversos atores estatais, ensejando uma multiplicidade de consequências jurídicas.

Dentre essas consequências jurídicas, proíbe-se a repetição não apenas da sanção propriamente dita (vertente material), como também do próprio processo que antecede a imposição da punição (vertente processual).

Segundo Marion Bach (2021): “É evidente que a vertente processual guarda relação com a vertente material do *ne bis in idem*, vez que a proibição de duplo julgamento antecipa a impossibilidade de duplo sancionamento pelo mesmo fato”. Assim, uma pluralidade de procedimentos, além de ferir a economia processual, perde a sua efetividade, visto que não será aplicada uma segunda sanção pelo mesmo fato, em virtude da vertente material³⁶.

Não obstante, ainda que houvesse uma absolvição anterior e, portanto, afastado o *bis in idem* material, não caberia um outro procedimento ancorado no mesmo objeto jurídico, haja vista o processo em si caracterizar uma sanção, penoso para o sujeito que se submete ao escrutínio estatal sob o viés emocional, familiar, social, profissional, financeiro, dentre outros aspectos, conforme leciona Marion Bach (2019)³⁷.

A vertente processual guarda também a coerência entre distintas decisões para que não se corra risco de o Estado aplicar o direito de forma diversa quando diante do mesmo objeto.

³⁶ Em todo caso, como visto ao longo da análise do tópico anterior, 1.2, acerca das influências do direito internacional convencional, quando se admite processos simultâneos, em decorrência de se vincular à coisa julgada, não se pode presumir que a vertente processual afaste de forma absoluta a vertente material.

³⁷ Disponível em: Atenuante inominada e duração razoável do processo (canalcienciascriminais.com.br). Acesso em: 4 abr. 2024.

Neste sentido, conforme Marion Bach (2021, p. 113): “Tal coerência não apenas confere segurança ao jurisdicionado, como também garante prestígio e eficiência aos próprios vereditos, que estão impossibilitados de revolver (e reverter) decisões já tidas como definitivas”.

Vislumbra-se, assim, o respeito à eficiência e, sobretudo, a segurança jurídica, “que garante ao cidadão que o Estado perseguirá determinado fato uma única vez e que a manifestação do Poder Judiciário se tornará definitiva e estável”, nas palavras de Gilmar Mendes em coautoria com Bruno Tadeu Buonicore e Felipe da Costa De-Lorenzi (2022, p. 75-112).

Mais do que isso, impedir uma pluralidade de persecuções decorre de outros princípios expressamente previstos na Carta Constitucional, como a coisa julgada³⁸ e o devido processo legal³⁹. Estreitamente relacionado à coisa julgada, não se pode olvidar, ainda, o instituto da litispendência, na seara legal. Estes e outros princípios, bem como as previsões expressas e já referenciadas tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos quanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos serão detalhados no tópico seguinte acerca dos fundamentos do *ne bis in idem*.

Já sob a vertente material, está prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e sem respaldo na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), como dito, o que se busca é evitar uma multiplicidade de reprimendas ao mesmo sujeito, pelo mesmo motivo. Nas palavras de Keity Saboya (2014, p. 28 e 168), é vedado que “uma mesma conduta sirva de supedâneo a uma pluralidade de valorações jurídicas com sobreposições punitivas”.

O termo “sobreposições”, em si, já gera um matiz de (des)proporcionalidade, voltado à vedação ao excesso. Segundo Mendes, Buonicore e De-Lorenzi (2022), as regras de sanção avaliam as circunstâncias factuais relacionadas a certa conduta e estabelecem uma pena considerada proporcional, isto é, adequada, necessária e proporcional, em sentido estrito, à sua reprovação. Neste sentido, valorar o mesmo fato mais de uma vez ou, até mesmo, agravar uma sanção pelo mesmo fato implica num resultado superior à gravidade do fato, ensejando uma sanção desarrazoada.

Sabidas as duas vertentes, o entendimento mais detalhado acerca dos seus fundamentos será tratado no tópico seguinte.

³⁸ Nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

³⁹ Nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

1.4 Fundamentos do *ne bis in idem*

Para Keity Saboya (2014, p. 25), os múltiplos fundamentos para angariar o princípio decorem do Estado Democrático de Direito:

Tem prevalecido a concepção de que sua *ratio* consiste na tutela da segurança jurídico penal-individual, ou, ainda, em virtude dos princípios da legalidade, proporcionalidade e do devido processo legal, tendo como premissa a prevenção de submissão dos indivíduos ao exercício do *ius puniendi estatal*, mais de uma vez e pela mesma conduta.

Com efeito, como visto nas raízes históricas, exatamente no âmago dos estados totalitários é que se deflagrou o recuo do princípio *ne bis in idem*, como no caso dos Estados Absolutos da Europa Continental adeptos à *civil law*, e também a tentativa, embora frustrada, do monarca inglês, Henrique II, contra os clérigos, no período medieval, na esfera da *common law*.

É exatamente no Estado Democrático de Direito, que limita os poderes do Estado em detrimento dos direitos e garantias de seus cidadãos, que se estabelece a proibição de se processar e/ou julgar um mesmo indivíduo pelo mesmo fato.

Lucía Alarcón Sotomayor (2008) entende a coexistência, simultânea ou concorrente, de diversos fundamentos do *ne bis in idem* como um corolário de suas vertentes processual e material. Neste sentido, no tópico 1.3 do presente estudo, demonstrou-se que é a partir das vertentes processual e material do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro que se ancoram seus fundamentos jurídicos.

Segundo Gilmar Mendes, Bruno Tadeu Buonicore e Felipe da Costa De-Lorenzi:

Para tomar uma posição acerca da fundamentação do *ne bis in idem*, inicialmente é preciso distinguir claramente suas dimensões material e processual, uma vez que elas não necessariamente estão assentadas nas mesmas razões. Note-se que as justificativas baseadas nos princípios da legalidade e da proporcionalidade parecem voltadas a fundamentar a proibição de múltiplo sancionamento a um mesmo fato, ao passo que as fundadas na segurança jurídica e na justiça procedimental/tutela judicial efetiva se referem à vedação de múltiplo julgamento (Mendes; Buonicore; De-Lorenzi, 2022, p. 75-112).

Conforme os autores acima, a vertente material fundamenta-se, assim, na legalidade e na proporcionalidade.

O princípio da legalidade é um dos pilares centrais de qualquer Estado de Direito. No contexto penal, ele significa que nenhuma pessoa pode ser punida sem que haja uma lei anterior

que defina a conduta como crime e que estabeleça a respectiva sanção. Esse princípio está consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que estabelece que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (Brasil, 1988, art. 5º).

O *ne bis in idem* se apoia diretamente no princípio da legalidade, pois, se não houver uma previsão legal clara, o indivíduo não pode ser submetido a múltiplas punições pela mesma infração. Isso evita que o Estado abuse de seu poder sancionador por meio de interpretações expansivas ou subjetivas da lei. A legalidade, portanto, impõe limites ao poder punitivo estatal, garantindo que a pessoa saiba de antemão as consequências jurídicas de sua conduta e que ela não será penalizada mais de uma vez pela mesma infração.

Para Pérez Manzano (2002), a exigência de previsibilidade sobre quais as condutas consideradas ilícitas perante o Estado e suas respectivas sanções justificam os princípios da legalidade e da tipicidade como fundamento do *ne bis in idem* em sua vertente material. Com efeito, o indivíduo precisa saber que determinada conduta é ilícita e está sujeita a sanção previamente discriminada.

No entanto, o argumento parece frágil, à medida que, caso haja diversas previsões legais para a mesma conduta, parece estar garantida a previsibilidade. Nesse sentido, Marion Bach (2021) e Keity Saboya (2014) tecem críticas.

José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas (2019) identificam, nessa perspectiva, uma abordagem do princípio da legalidade voltada para o legislador, e não ao aplicador do direito, para que, identificada a tipicidade, não se sobreponham outros tipos, e suas consequentes sanções, ao mesmo fato.

Ademais, o Tribunal Constitucional da Espanha prevê que a despeito de satisfeita a legalidade, uma nova punição poderia comprometer a proporcionalidade da conduta ilícita:

Si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita (STC, 11 de outubro de 1999).

Assim também entendem Gilmar Mendes, Bruno Tadeu Buonicore e Felipe da Costa De-Lorenzi (2022), para os quais o princípio da proporcionalidade parece mais adequado para justificar o viés material da proibição de um mesmo indivíduo ser sancionado mais de uma vez pelo mesmo fato. Para esses autores, “se a pena cominada no preceito secundário de cada tipo

penal é pensada como uma sanção em si mesma adequada àquele injusto, a múltipla punição de uma mesma conduta implicaria sancionamento em grau superior àquele proporcional ao ilícito” (Mendes; Buonicore; De-Lorenzi, 2022).

O princípio da proporcionalidade, desta forma, estabelece que as medidas punitivas do Estado devem ser adequadas, necessárias e proporcionais à gravidade do delito. Em outras palavras, a sanção deve estar em conformidade com a ofensa cometida, de modo a evitar excessos ou punições injustas (Silva, 2009).

Quando aplicado ao *ne bis in idem*, o princípio da proporcionalidade impede que uma pessoa seja sujeita a múltiplas punições desproporcionais em razão de um único fato. Isso seria uma clara violação ao equilíbrio que o sistema jurídico busca manter entre a conduta do infrator e a resposta estatal. Por exemplo, questiona-se se uma pessoa não pode ser condenada administrativamente e criminalmente de forma duplicada por um mesmo ato caso isso implique uma punição excessiva ou cumulativa desnecessária.

Imagine um servidor público que aceita uma vantagem indevida de baixo valor (por exemplo, um presente modesto), em troca de uma pequena facilitação administrativa, sem prejuízo concreto à administração pública ou aos cofres públicos. Nesse caso, na esfera penal, esse servidor poderia ser condenado por corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), que tem pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa. Simultaneamente, esse servidor poderia ser punido com a demissão no processo administrativo disciplinar, mesmo que o benefício recebido tenha sido de pequeno valor e sua conduta não tenha gerado grande impacto negativo à função pública.

Em caso semelhante, questiona-se se a resposta jurídica deveria levar em conta a gravidade real da conduta, possivelmente aplicando uma pena menor em uma das esferas, numa espécie de compensação, ou, ainda, se a pena aplicada em uma das espécies não seria suficiente para responsabilizar o agente pela conduta que ensejou aquele fato.

O Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro tem reiteradamente reconhecido a relevância do princípio da proporcionalidade na aplicação do *ne bis in idem*, especialmente em casos envolvendo penalidades em esferas diversas (como a penal e a administrativa). Embora admitam-se sanções concomitantes em algumas situações, a aplicação de tais penas deve observar o princípio da proporcionalidade, evitando cumulação excessiva que resulte em sobrepunção⁴⁰.

⁴⁰ O julgamento da Ação Penal 470, conhecida como o caso do Mensalão, envolveu questões de corrupção ativa e passiva, além de lavagem de dinheiro, entre outros crimes. O STF discutiu a possibilidade de cumulação de penas nas esferas penal e administrativa. Embora tenha reconhecido a gravidade dos crimes, o Tribunal salientou que

Mais sobre a vertente processual, mister destacar o princípio da segurança jurídica ante a possibilidade de processar novamente um indivíduo pelo mesmo fato, após julgamento anterior, que poderia acarretar uma situação de constante insegurança ao cidadão, na visão de Mendes, Buonicore e De-Lorenzi (2022).

A segurança jurídica, enquanto princípio constitucional implícito, assegura a confiança dos indivíduos no ordenamento jurídico, eis que impede surpresas ou mudanças abruptas e inesperadas nas relações com o Estado, de tal modo que, uma vez transitada e julgada a sentença, seja condenatória ou absolutória. Em regra, garante ao cidadão que ele não será submetido a novos processos, e, eventualmente, suas derradeiras punições, pela mesma conduta. Nesse contexto, o *ne bis in idem* tem como objetivo central assegurar essa previsibilidade ao proibir que um indivíduo seja julgado – ou punido – mais de uma vez por um único fato ilícito, resguardando-o de eventuais abusos estatais.

Além disso, o *ne bis in idem* contribui para a racionalização da ação estatal, uma vez que impede a dispersão de esforços punitivos e protege o sujeito contra o arbítrio estatal, resguardando a coerência do sistema jurídico como um todo.

Neste sentido de racionalização da ação estatal, cabe fundamentar o *ne bis in idem* também no princípio da justiça procedimental, também conhecido como princípio da tutela judicial efetiva, para o qual, dada a assimetria das posições de acusador e imputado, e considerada a gravidade intrínseca à própria submissão de um indivíduo a um processo criminal, o Estado teria apenas uma oportunidade de efetivar sua pretensão punitiva, segundo Mendes, Buonicore e De-Lorenzi, referenciando Mañalich e Conlledo.

No Brasil, o princípio da tutela judicial efetiva é consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que assegura o direito de acesso à justiça para a proteção de direitos ameaçados ou violados. A tutela judicial efetiva exige que o Poder Judiciário seja capaz de

as sanções aplicadas em cada esfera devem ser proporcionais à conduta e respeitar o *ne bis in idem*. A corte destacou que, se uma sanção administrativa já foi aplicada de forma severa, isso deve ser levado em consideração na dosimetria da pena penal. Já no Recurso Extraordinário 817.338, o STF reafirmou o princípio do *ne bis in idem*, especialmente quanto à aplicação de penalidades em mais de uma esfera pelo mesmo fato. O Tribunal destacou que, ainda que o mesmo fato possa gerar repercussões administrativas, civis e penais, é necessário observar a proporcionalidade das sanções para evitar a duplicidade punitiva. No caso, foi debatido se uma infração já punida na esfera administrativa poderia ser novamente sancionada com rigor desproporcional na esfera penal. Na Repercussão Geral no ARE 784.439, a Suprema Corte enfrentou a discussão sobre a possibilidade de aplicação simultânea de sanções por improbidade administrativa e por crimes correlatos, como corrupção ou peculato. O Tribunal reiterou que, embora as esferas administrativa e penal tenham autonomia, a punição por fatos idênticos deve respeitar a proporcionalidade e o *ne bis in idem*, impedindo a imposição de penas excessivas ou duplicadas. A Corte reconheceu que sanções desproporcionais em ambas as esferas violariam os direitos do acusado, prejudicando sua proteção constitucional. Percebe-se que, em todos estes casos, o Supremo Tribunal Federal enfatizou que o princípio da proporcionalidade deve ser observado para evitar o excesso punitivo.

proporcionar uma solução justa, adequada e definitiva para os conflitos, garantindo que as decisões judiciais sejam cumpridas e que a proteção dos direitos fundamentais seja eficaz.

A relação entre a tutela judicial efetiva e o *ne bis in idem* pode ser assim sintetizada: a tutela só será verdadeiramente efetiva se, após a decisão definitiva, o indivíduo tiver a segurança de que não será novamente processado ou punido pelo mesmo fato. A multiplicidade de punições ou julgamentos pelo mesmo ato compromete a finalidade de conferir uma solução estável e segura ao conflito, resultando em um ambiente de permanente insegurança jurídica.

Percebe-se, assim, uma estreita relação entre a tutela judicial efetiva, a segurança jurídica e, ainda, o princípio da coisa julgada. Segundo Zilli e Moura (2010):

A coisa julgada, como se sabe, constitui uma qualidade da sentença que assegura a imutabilidade de seu comando. De fato, uma vez esgotados os meios de impugnação postos à disposição das partes, a sentença adquire uma nova qualidade e os seus efeitos se tornam imutáveis e indiscutíveis. Assume tanto uma projeção interna, representada pela impossibilidade de reabertura da discussão no âmbito da mesma relação processual (coisa julgada formal), assim como uma projeção externa e que é dada pela impossibilidade de instauração de novo processo pelos mesmos fatos (coisa julgada material). A coisa julgada atende, primordialmente – embora não exclusivamente – à expectativa de segurança e de estabilidade das relações jurídicas. Impede, dessa forma, a perpetuação das demandas judiciais abrindo caminho para que as decisões se tornem efetivas e definitivas.

Além da projeção interna e externa apontada pelos autores, pode-se dizer que possui uma função positiva e outra negativa. A primeira quer dizer que uma decisão futura estará vinculada à outra, já proferida, estando a autoridade judiciária vinculada a reconhecer o conteúdo do primeiro julgado para futura decisão. Já a função negativa diz respeito à vertente processual do *ne bis in idem*, no sentido de impedir uma segunda demanda, em razão da coisa julgada, e seja restabelecida a discussão de uma controvérsia já decidida, à luz de Celso Neves (1971).

Tal como Zilli e Moura (2010), Eduardo Correia (1996) leciona que o fundamento essencial da coisa julgada se encontra na imperiosa necessidade de assegurar estabilidade e segurança no âmbito jurídico, ainda que em detrimento de eventual sacrifício da justiça material, mas com vistas a proporcionar aos cidadãos uma paz jurídica, representando uma opção pela previsibilidade e pela estabilidade das relações jurídicas.

Importante destacar que, no âmbito do aspecto processual, além da coisa julgada é também necessário considerar o instituto da litispendência⁴¹, que regula a ocorrência de

⁴¹ “(...) Cumpre ressaltar a inadequação da expressão litispendência para o processo penal, na medida em que resulta de uma transmissão mecânica de categorias do processo civil. (...) Não existe lide no processo penal, de

duplicidade de processos envolvendo o mesmo réu e os mesmos fatos, tanto na fase investigativa quanto na fase processual, podendo ser interposta a fim de impossibilitar a coexistência de duas investigações preliminares simultâneas, conduzidas por diferentes órgãos, referentes ao mesmo fato, de tal forma que seja extinta uma das ações e se mantenha aquela que tramita perante o juízo com competência preponderante, na lição de Aury Lopes Júnior (2020).

Verifica-se, portanto, a identidade de fatos naturais, ainda que nominalmente distintos, e mesmo sujeito. Tratando-se da fase investigatória ou processual, incidirá o instituto da litispendência. Já no caso de sentença definitiva, seja ela absolutória ou condenatória, aplica-se o instituto da coisa julgada, com a ressalva de que, no processo penal, a sentença só produz plenamente seus efeitos em caso de sentença absolutória ou declaratória de extinção de punibilidade, visto não ser cabível revisão criminal, prevista no art. 621 do Código de Processo Penal, ainda que surjam novas provas de autoria e/ou materialidade.

Oportunamente, não se pode olvidar, conforme explicado no tópico 1.2 do presente estudo, que ao longo do panorama histórico preponderou a vertente processual do *ne bis in idem*, o qual adquiriu sua faceta material apenas após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Essa questão merece destaque, à medida que demonstra o cerne da criação do princípio, sua essência antes mesmo de sua normatização, sua preocupação não apenas com a consequência do processo, mas com o próprio processo em si. Ainda que eventualmente tenha transcorrido uma primeira absolvição, a busca pela verdade material não prepondera sobre a segurança jurídica, sobre a tutela judicial efetiva e, ainda, sobre a coisa julgada.

1.5 Requisitos para configuração do *bis in idem*

Visto que o *ne bis in idem* proíbe que um mesmo sujeito sofra uma dupla persecução ou uma dupla sanção quando incorre no mesmo, resta compreender a que se refere este mesmo, isto é, o “idem” da expressão.

modo que a noção de “lides” pendentes, como definição de litispendência, não nos serve” (Lopes Júnior, 2020, p. 371).

Parte da doutrina, como Keity Saboya (2014)⁴², entende que dois são os requisitos para se configurar o “mesmo”: mesmo sujeito (*eadem persona*) e mesmo fato (*eadem res*), o que se denomina como dupla identidade. Noutro giro, Eugenio Raúl Zaffaroni (2002), no âmbito penal, e Cretella Júnior (2006), no âmbito administrativo, dentre outros, defendem o critério da tripla identidade, que exige um terceiro pressuposto para se incidir em *bis in idem*, qual seja, também uma unidade de fundamento.

Nota-se, no modelo da tripla identidade (identidade de sujeitos, fatos e fundamentos), semelhança com os pressupostos da coisa julgada (identidade de partes, pedido e fundamento), o que, como visto no tópico anterior, faz sentido, à proporção que a coisa julgada é um dos fundamentos no *ne bis in idem*.

Os críticos da corrente da tripla identidade apontam, contudo, sua amplitude diante de tantas complexidades intrínsecas de cada elemento. Por outro lado, o critério da dupla identidade também é condenado por abrir brechas para interpretações amplas, insuficientes para proteger os direitos dos indivíduos.

De todo modo, analisar-se-ão os três elementos para, a partir de uma abordagem mais completa, ter-se os pilares necessários para o enfrentamento da pergunta de pesquisa proposta neste estudo.

1.5.1 Unidade de sujeitos

Um dos requisitos para constituir o *bis in idem* é a identidade do sujeito que será investigado, acusado e, eventualmente, condenado, isto é, do sujeito passivo. Assim, a vedação, segundo Marion Bach (2021), pressagia uma proteção ao indivíduo, para que não seja processado e/ou condenado mais de uma vez.

Por sujeito, entende-se a identidade física da pessoa, qualquer que seja o elemento formal de designação, podendo ser autor, coautor ou partícipe do fato, segundo Carlos Creus (1996). Também quando incide uma multiplicidade processual e/ou sancionatória a uma mesma pessoa jurídica, resta configurado o *bis in idem*. Portanto o princípio ampara tanto a pessoa natural quanto a pessoa moral quando a persecução/condenação incide sobre a mesma entidade.

A dúvida surge quanto a pessoa física é a representante da pessoa jurídica e se, nesta hipótese, apesar de haver duas pessoas do ponto de vista jurídico: uma natural e uma moral, não se configura uma unidade, do ponto de vista de o sujeito responder ao mesmo tempo pelo seu

⁴² Vale destacar, ainda, a doutrina de Claus Roxin (1997) e de Cezar Roberto Bitencourt (2023), no âmbito penal, bem como a de José Manuel Serrano Pérez (2002) e de Fábio Medina Osório (2010).

Cadastro de Pessoa Física (CPF) e como representante de um Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

Necessário averiguar, portanto, se incide em *bis in idem* quando tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa natural que a representa sofrem as consequências de múltiplos processos e/ou sanções no âmbito do direito penal e administrativo-sancionador, decorrentes do mesmo fato.

O Código Civil estabelece, no art. 49-A, que “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores” (Brasil, 2002, art. 49). Assim, cada uma das entidades teria vontade e capacidades próprias para agir: a pessoa natural pratica a ação ou omissão que acarreta num resultado contrário ao direito; a pessoa moral, deliberadamente, não adota providências para identificar, prevenir ou mitigar a atuação de seus membros.

Logo, não haveria qualquer problema para processar e/ou sancionar a pessoa natural e também a pessoa jurídica. No entanto, a questão não parece ser assim tão trivial. Para tanto, serão apresentadas, de forma breve, as perspectivas pelas teorias da ficção e da realidade.

A teoria da ficção, defendida por Savigny, entende que a vontade é da pessoa humana, e as pessoas jurídicas respondem por reflexo, numa responsabilidade penal indireta. Nesse sentido, manifestavam-se também os Tribunais Brasileiros, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso em Mandado de Segurança nº 16.696/PR, segundo o qual:

Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana* (STJ, 2006, p. 1).

Também Pérez Manzano (2002, p. 127) compreende que “a pessoa jurídica responde pela infração unicamente em razão da extensão da culpabilidade advinda da pessoa física”. Para esta parte da doutrina, minoritária, também defendida por Marion Bach (2021, p. 127), não há autonomia na responsabilidade entre a pessoa física e jurídica: “A culpabilidade de uma estaria vinculada e dependente da culpabilidade da outra”. Isto posto, não sendo possível existir uma “independência sancionadora”, entende-se que infringe o *ne bis in idem*, haja vista que as sanções estão sendo cominadas a dois sujeitos de direitos que, apenas formalmente, podem ser considerados autônomos.

Noutro giro, a teoria da realidade, sustentada por Otto Gierke, reconhece a vontade real da pessoa jurídica e, por conseguinte, sua responsabilidade direta. Não há, portanto, uma dependência da responsabilidade da pessoa natural. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, em 30 de outubro de 2014, pela Primeira Turma, do Recurso Extraordinário nº

548.181/PR, da Relatoria da Ministra Rosa Weber, decidiu que “o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação”. Isso advém, segundo o voto da relatora, da complexidade das organizações corporativas nos dias atuais, as quais “se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta”.

Nessa interpretação, seria cabível atribuir responsabilidade à pessoa física e à pessoa jurídica, cada qual pelas suas vontades e atos.

Com efeito, o texto do art. 225, § 3º, da Carta Constitucional, estabelece que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A norma constitucional prevê que tanto a pessoa natural quanto a pessoa moral pode ser sujeito infrator e responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal, reconhecendo o *animus* da pessoa jurídica, que poderá resultar numa sanção criminal, e, ainda, garantida a cumulação de sanções entre as distintas searas do direito.

Marion Bach (2021) adverte, todavia, sobre a necessidade de verificar se esta possibilidade de responsabilidade cumulativa entre as pessoas física e jurídica fundamenta-se nos mesmos e singulares pressupostos objetivos e subjetivos, de forma que cada qual seja autonomamente responsável pelo próprio fato. Para a autora:

É possível afirmar que (i) a pessoa física pode ser penalmente responsabilizada sem que seja (penalmente) responsabilizada a pessoa jurídica; (ii) a pessoa jurídica pode ser penalmente responsabilizada sem que seja (penalmente) responsabilizada a pessoa física; (iii) podem ser a pessoa física e a pessoa jurídica penalmente responsabilizadas sem que isso represente uma automática violação ao *ne bis in idem*, quando cada qual é comprovada e autonomamente responsável pelo próprio fato e (iv) pode haver *bis in idem* quando o representante da pessoa coletiva seja responsabilizado, a título pessoal, pelo fato e, em regime cumulativo, enquanto representante da pessoa jurídica, pelo mesmo fato e com o mesmo fundamento (Bach, 2021, p. 128).

Nota-se que essas conclusões refletem sobre a possibilidade de se cumular sanção entre pessoa física e jurídica exclusivamente no âmbito do direito penal, sem sequer perscrutar distintas instâncias. Isso já denota a questão de incidir sobre a pessoa jurídica o princípio da culpabilidade, que norteia o direito penal, impedindo uma imputação objetiva aos

representantes da pessoa jurídica em detrimento da responsabilidade subjetiva, imprescindível para a configuração do ilícito, a qual deve estar francamente demonstrada.

Bem se vê que deve estar bem demonstrada a responsabilidade de cada entidade, de forma subjetiva, o que se torna ainda mais desafiador quando se trata de empresas unipessoais, diante da dificuldade de se estabelecer contornos que distingam o *animus* de cada entidade, o que parece denotar a incidência de *bis in idem* ao caso.

Quando identificado o *bis in idem* entre pessoa física e jurídica, Tarsila Fonseca Tojal (2022) traz à luz a compensação entre as sanções das pessoas natural e moral como uma proposta recorrente na doutrina e nos textos legislativos, como é o caso da legislação espanhola⁴³.

1.5.2 Unidade de fatos

Compreendida a unidade de sujeitos, parte-se para a compreensão do que se define como unidade de fatos.

Seria o fato social, histórico, natural, ou seria o fato juridicamente relevante, aquele sobre o qual incide a norma que coíbe condutas e estabelece sanções, em outras palavras, a tipificação dada ao fato?

Na análise das influências do direito internacional convencional apresentadas no tópico 1.2 deste estudo, uma variedade de termos como “fatos”⁴⁴, “delito”⁴⁵, “infração”⁴⁶ e “atos constitutivos de crime”⁴⁷ se apresenta.

Três correntes buscam elucidar a questão, a saber: naturalista, normativa e processual. A teoria naturalista compreende o fato histórico, isto é, a conduta praticada em determinado tempo e espaço, independentemente de valoração atribuída pelo Direito. Segundo Paulo

⁴³ Nos termos do artigo 31 bis, item 2. do Código Penal espanhol: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos” (Código Penal Espanhol, art. 31).

⁴⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (artigo 8.4); Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (artigo 54).

⁴⁵ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 14.7); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 50).

⁴⁶ Protocolo Adicional nº 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa (artigo 4.1).

⁴⁷ Estatuto de Roma (artigo 20).

Rangel⁴⁸, “é o fato histórico ocorrido na vida”, como, por exemplo, o recebimento de um dinheiro por João⁴⁹.

Por sua vez, a teoria normativa critica a teoria naturalista por entender que o fato social, por si só, pode não possuir qualquer relevância jurídica, sendo necessário o enfoque jurídico a partir de critérios que tipificam as condutas sociais como contrárias ao direito⁵⁰. Para Mercedes Pérez Manzano (2002, p. 91): “O parâmetro jurídico que dota de unidade o acontecido é a norma penal na qual se descreve a figura delitiva”. Em outras palavras, o fato se constitui a partir de sua tipificação.

Como exemplo, o recebimento de um dinheiro por João, por si só, é apenas um fato social, mas sendo João um agente público que recebe uma vantagem indevida em função do cargo que ocupa, tipifica-se como corrupção passiva, conforme o art. 317 do Código Penal⁵¹. No entanto, essa mesma conduta também constitui ato de improbidade administrativa nos termos do art. 9º, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992⁵².

Verifica-se que, sob a perspectiva da corrente naturalista, o mesmo fato histórico ensejou a constituição de dois ilícitos, cada qual com suas respectivas sanções, no âmbito do direito penal e no âmbito do direito administrativo sancionador, caracterizando o *bis in idem*.

Já sob a vertente da corrente normativa, constituem-se dois fatos normativos, um tipificado pelo direito penal e outro fato tipificado na seara do direito administrativo sancionador, afastado, assim, o *bis in idem*, e incorrendo no risco de o legislador tipificar uma mesma conduta num sem-número de atos ilícitos, cada qual como um fato normativo próprio.

⁴⁸ RANGEL, Paulo. O Garantismo penal e o aditamento da denúncia. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 4, p. 56 e ss. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_55.pdf. Acesso em: 1º jul. 2024.

⁴⁹ Este é o sentido, dentre outros, dado por Marion Bach (2021, p. 131-133).

⁵⁰ Esta é a corrente adotada por Tarsila Fonseca Tojal (2022, p. 133), segundo a qual: “Por fatos, entende-se o fato punível juridicamente, como pressupõe a tese normativa”, ou seja, do fato social, extrai-se o que é juridicamente relevante, “os elementos e as circunstâncias efetivamente contemplados pela norma sancionadora”.

⁵¹ Nos termos do art. 317 do Código Penal Brasileiro, tipifica-se como corrupção passiva “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (Brasil, 1940, art. 317), sob pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

⁵² Conforme o art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: “Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público” (Brasil, 1992, art. 9º).

Há ainda uma terceira corrente, que defende o fato processual⁵³ mais relacionado aos fatos objeto da demanda – fato social – e que, derradeiramente, circunscreve a sentença que possui força de coisa julgada – fato normativo.

Com efeito, a coisa julgada possui relevante influência no campo do *ne bis in idem*, afinal, protege o acusado de nova acusação pelo mesmo fato, ainda que diverso seja o tipo jurídico a ele atribuído⁵⁴.

O que se busca resguardar é não apenas que o indivíduo não seja punido mais de uma vez – sob a vertente material – mas, sobretudo, evitar que seja acusado mais de uma vez – sob a vertente processual – que, por si só, já é uma punição, sob o risco de, diante do mesmo fato histórico fruto da conduta de determinado sujeito, ser absolvido de uma determinada tipificação, como por exemplo, corrupção passiva, mas valorar que aquele fato tipifica-se, ora como lavagem de valores, previsto na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, ou ainda, ir trocando a tipificação até “acertar” aquela que mais se coaduna com a conduta com vestes de ilícita, mas que, até então, não se enquadrava em nenhum modelo.

1.5.3 Unidade de fundamento

A unidade de fundamento é exatamente o requisito que confronta a doutrina dualista em contraponto à tripla identidade.

Claus Roxin (2006) critica o formalismo excessivo da tripla identidade, especialmente no contexto do direito penal. Para ele, exigir coincidência de três elementos para evitar sanções repetidas permite interpretações muito estritas e leva a punições duplicadas, contrariando o princípio da proporcionalidade. De forma semelhante, Cezar Roberto Bitencourt (2023) aponta que o critério da tripla identidade falha em proteger adequadamente o indivíduo, especialmente quando há múltiplas sanções aplicadas pela mesma conduta. No direito penal, ele defende que o foco deveria estar na proteção contra o excesso punitivo, em vez de na formalidade de identificar todos os elementos. Serrano Pérez (2019) sugere que a aplicação da dupla identidade seria mais proporcional e suficiente para impedir sanções duplicadas, de modo a preservar os direitos do administrado.

⁵³ Esta é a posição adotada por Keity Saboya (2014).

⁵⁴ Segundo Aury Lopes Júnior (2020, p. 995): “Pode o acusador fazer uma nova acusação, tendo como objeto o mesmo fato natural, mas com diferente tipificação? Não, pois existe coisa julgada. Assim, evidencia-se que a coisa julgada busca proteger o réu do *bis in idem*, ou seja, de nova acusação pelo mesmo fato, ainda que diverso seja o nome jurídico a ele atribuído”.

Zaffaroni (2015) argumenta que o critério da tripla identidade é necessário para garantir a proporcionalidade, enquanto a dupla identidade falha em evitar a duplicidade de punição em sistemas que possuem múltiplas bases jurídicas para sancionar o mesmo comportamento. José Cretella Júnior (2006) analisa o problema no âmbito do direito administrativo sancionador e afirma que a dupla identidade pode levar à fragmentação das competências sancionadoras. Ele alerta que, sem a exigência de uma base jurídica comum, várias entidades podem aplicar sanções sobre o mesmo fato e a mesma pessoa, o que cria sanções descoordenadas e multiplica injustificadamente o poder punitivo estatal.

O critério da dupla identidade (mesmo fato e mesma pessoa) é visto como mais adequado por quem defende uma abordagem mais flexível, especialmente em sistemas jurídicos com várias esferas de sanção. A dupla identidade permite que diferentes órgãos sancionem o mesmo fato se as bases jurídicas forem distintas, o que é útil em contextos nos quais o direito penal e o direito administrativo, por exemplo, convirjam sobre a mesma conduta.

Já a tripla identidade tende a ser mais coerente se o objetivo for uma proteção robusta ao princípio do *ne bis in idem*, assegurando que o indivíduo não sofra múltiplas sanções pelo mesmo fato. Prefere-se esse critério em abordagens que valorizam a proporcionalidade e a segurança jurídica, sendo adequado para garantir que uma mesma conduta não seja punida várias vezes em nome de distintas finalidades punitivas.

Um dos aspectos considerados para avaliar a possibilidade de aplicação do *bis in idem* entre o direito penal e o direito administrativo sancionador é o interesse juridicamente tutelado. Com efeito, a própria definição do que seria um bem jurídico penal, ou não, já é deveras emblemática, razão por que a verificação da identidade de fundamentos impõe uma investigação mais aprofundada do ilícito penal e do ilícito administrativo, a qual, dada sua magnitude, será objeto do capítulo seguinte.

2 ANÁLISE DO ILÍCITO PENAL E ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR

Questão elementar a ser enfrentada no presente estudo é a análise do ilícito penal e do ilícito administrativo-sancionador, suas distinções e características para averiguar se possuem ou não o mesmo fundamento, o que acarretaria, ou não, o *bis in idem*, uma vez cumpridos os três requisitos expostos no item 1.5 deste trabalho.

Com efeito, em matéria de corrupção e improbidade administrativa, diversas são as normas que disciplinam a matéria entre as distintas esferas do direito no ordenamento jurídico pátrio, para além dos tratados e convenções internacionais que o Brasil faz parte, apresentados no tópico 1.2 deste estudo.

A Constituição Federal de 1988 define, no art. 37, § 4º⁵⁵, as sanções administrativas decorrentes de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível.

Poucos anos depois da promulgação da Carta Constitucional, foi instituída a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, estabelecendo as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, bem como quando causada lesão ao erário ou, ainda, quando atentado contra os princípios da administração pública direta, indireta ou fundacional de todos os entes federados: União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, e em qualquer dos Poderes.

Tendo em vista que a própria Constituição Federal ressalvou a ação penal cabível para além das sanções administrativas contra a improbidade, o Código Penal⁵⁶ possui todo o título XI reservado aos crimes contra a administração pública. Seu capítulo I estabelece os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, dentre os quais destacamos o peculato, a concussão e a corrupção passiva. Por sua vez, o capítulo II do título XI dispõe sobre os crimes praticados por particular contra a administração em geral, tais como a corrupção ativa, dentre outros.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a seu turno, trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

⁵⁵ Conforme a literalidade do art. 37, § 4º, da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (Brasil, 1988, art. 37).

⁵⁶ O Código Penal brasileiro, aprovado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária de competência legislativa exclusiva da União, na forma do art. 22, inciso I.

A despeito de sua exposição de motivos preconizar que “o anteprojeto tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos”, o que se verifica é uma ampla gama de legislações concernentes à matéria.

Sobrepuxou-se, no Brasil, uma pressão social num movimento anticorrupção, principalmente pelos fatos acontecidos no caso conhecido como Mensalão⁵⁷, em 2005, e, posteriormente, no bojo da operação Lava Jato⁵⁸. A percepção que o brasileiro tem da corrupção é elevada, de acordo com o Índice de Percepção da Corrupção (IPC)⁵⁹, principal indicador mundial produzido desde 1995. Numa escala de 0 a 100 diretamente proporcional, quanto maior a nota, maior a percepção de integridade do país. Em 2023, o Brasil alcançou a 104ª colocação entre os 180 países avaliados pela Transparência Internacional, com 36 pontos, abaixo da média global e da média regional para as Américas, ambas as médias com 43 pontos, da média de 40 pontos dos BRICS⁶⁰; da média de 53 pontos dos países do G20; e da média de 66 pontos da OCDE⁶¹.

A seguir, a Figura 1 demonstra a evolução da nota do Brasil desde 2012:

⁵⁷ O esquema consistia basicamente no pagamento de uma mensalidade, o que originou o termo “mensalão”, a parlamentares da base aliada, como forma de obter apoio político do Congresso Nacional. Com duração de cerca de nove anos entre as primeiras denúncias, em maio de 2005, e o julgamento de 38 (trinta e oito) réus, culminando na prisão de políticos brasileiros. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/mensalao/noticia/mensalao.ghtml>. Acesso em: 6 set. 2024.

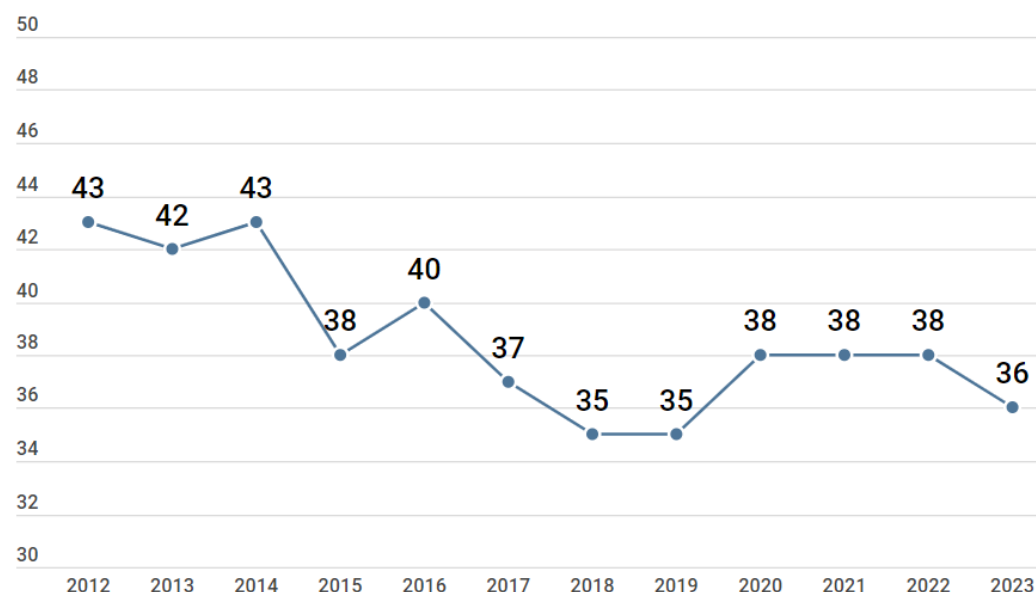
⁵⁸ Conforme a cobertura jornalística, disponível em <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/jornal-hoje/coberturas/noticia/lava-jato.ghtml>, acessada em 6 de setembro de 2024, a Operação Lava Jato foi deflagrada em 17 de março de 2014, pela Polícia Federal, para investigar desvio e lavagem de dinheiro, em que grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propinas à gestão da Petrobras e a outros agentes públicos.

⁵⁹ Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 6 set. 2024.

⁶⁰ BRICS é um apócrifo formado pelas primeiras letras, em inglês, do grupo formado pelos seguintes países: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

⁶¹ OCDE é a sigla para Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a qual se dedica à promoção de padrões internacionais em questões econômicas, financeiras, comerciais, sociais e ambientais, da qual o Brasil participa.

Figura 1 – Evolução da nota do Brasil quanto ao Índice de Percepção da Corrupção



Fonte: transparenciainternacional.org/ipc

Desde 2012, à época em que foi instituída a Lei Anticorrupção, percebe-se que a nota do Brasil não apresentou evolução, apesar das tentativas de se combater esse fenômeno repugnante para a sociedade, avolumando-se leis e projetos de leis acerca do tema⁶².

Se, por um lado, a própria Lei Maior prevê sanções administrativas sem prejuízo da ação penal cabível, fundamentando a regra da independência das instâncias que será abordada no tópico 2.3 deste capítulo, por outro, corre-se o risco de haver uma sobreposição de processos e suas eventuais sanções de encontro ao princípio do *ne bis in idem* analisado no capítulo anterior.

Para encarar esta empreitada e verificar se resta configurada a tríplice identidade necessária para a incidência de *bis in idem*, faz-se necessário compreender a aproximação do direito administrativo sancionador e do direito penal, seja no que a doutrina denomina de penalização do direito administrativo quanto na administrativização do direito penal, partindo para análise do que se identifica como ilícito administrativo e penal a fim de, ao compreender o que os distingue, ser possível definir o limite de cada instância e afastar a sobreposição de processos e sanções sobre o mesmo sujeito, pelo mesmo fato.

⁶² Segundo reportagem veiculada pelo programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão: “São 528 projetos de lei de combate à corrupção que estão praticamente engavetados no Congresso Nacional. (...) A maioria não chegou sequer nas comissões de análise.” Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/08/procuradores-lancam-projeto-de-lei-com-10-medidas-contra-corruptcao.html>. Acesso em: 6 set. 2024.

Cumpra esclarecer que o presente estudo se restringe à análise do ilícito penal e do ilícito administrativo-sancionador na seara da improbidade administrativa para fazer frente ao estudo da corrupção, afastando, assim, o ilícito administrativo, bem como o ilícito civil e, ainda, aos demais ramos do direito.

No que tange à seara administrativista, a compreensão do que é ilícito administrativo é relevante, à medida que precede a sanção e, portanto, estão intimamente relacionadas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 854):

Infração e sanção administrativa são temas indissolivelmente ligados. A infração é prevista em uma parte da norma, e a sanção em outra parte dela. Assim, o estudo de ambos tem que ser feito conjuntamente, pena de sacrifício de inteligibilidade quando da explicação de uma ou de outra. Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera.

É relevante, destarte, analisar o ilícito administrativo, enquanto sua derradeira sanção pode constituir o *bis in idem*, a depender da própria caracterização do que se entende como ilícito administrativo.

Necessário frisar que nem toda medida em relação ao ilícito administrativo é sanção, como é o caso das medidas acautelatórias, cuja “finalidade não é intimar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de paralisar comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que se desencadeiem” (Mello, 2011, p. 866).

Deste modo, determinados atos do Poder Público não possuem o caráter de sanção, de reprimenda, mas uma abordagem preventiva, que pode desencadear-se em medidas, dentre as quais multas, contudo, de natureza acautelatória, não punitiva. Tais medidas acautelatórias não estão sob o alcance deste estudo voltado à multiplicidade sancionatória entre o direito administrativo e o direito penal.

Percebe-se, portanto, o caráter repressivo inerente à sanção. Existem, entretanto, multas e outras sanções impostas pela administração pública e pelo Poder Judiciário de caráter sancionatório, repressivo, mas que também não são objeto do presente estudo, como é o caso das sanções disciplinares.

As sanções disciplinares decorrem do poder hierárquico da administração pública em relação aos seus servidores públicos. O regime jurídico que rege a prestação dos serviços públicos dos agentes vinculados à administração estabelece responsabilidades próprias da

relação ali estabelecida, para além da relação do Estado com os demais cidadãos, de maneira geral.

Como exemplo, cita-se a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece sanções^{63/64} apenas para seus subordinados. Nota-se que se trata do poder hierárquico da administração pública, e não do Poder Sancionador, voltado aos cidadãos em sua generalidade e afeto a este estudo, em especial aquelas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, quando aplicadas conjuntamente com sanções penais sobre o mesmo sujeito, diante do mesmo fato.

Por sua vez, não se escusa as interfaces entre o direito penal e o direito civil, tais como as indenizações civis *ex delicto* no âmbito penal, como as cláusulas penais na esfera cível. No entanto, o ilícito civil é orientado à responsabilização civil de quem causou prejuízo a outrem, não caracterizando natureza de sanção, e sim indenizatória, de ressarcimento⁶⁵.

Conforme Marion Bach (2021, p. 55): “As obrigações impostas ao indivíduo possuem destinatários distintos e razões delimitadas: o sancionamento está atrelado ao Estado, a indenização está atrelada à vítima”⁶⁶.

Isto posto, a responsabilização do ilícito civil por meio do ressarcimento não é uma sanção imposta pelo Estado, mas uma reparação à vítima, afastando uma dupla condenação e sancionamento por parte do Estado e, por derradeiro, o *bis in idem*.

Também a Constituição Federal parece corroborar tal entendimento, ao disciplinar, no artigo 5º, inciso XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (Brasil, 1988, art. 5º). Isso porque, diferentemente da pena, que é personalíssima

⁶³ Cabe destacar, inclusive, o disposto no art. 125 da Lei nº 8.112/1990 ao prever que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si” haja vista que a independência das instâncias é tema central do presente estudo, e objeto do item 2.3, ao ponderar com o princípio *ne bis in idem*.

⁶⁴ Conforme o art. 127 da Lei nº 8.112/1990, são penalidades disciplinares: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

⁶⁵ Neste sentido, dispõe o artigo 186 do Código Civil que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O artigo 927 do mesmo diploma legal estabelece que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁶⁶ Por mais que o Código Penal em seu art. 91 estabeleça como efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, é no juízo cível que tramita a execução para efeito de reparação do dano, conforme o art. 63 do Código de Processo Penal.

ao autor da conduta, a obrigação de ressarcimento, por não ser sanção, pode ser transferida aos sucessores, no limite do valor do patrimônio transferido pelo agente causador do dano.

Entendido que serão abordados o direito penal e o direito administrativo sancionador em matéria de corrupção e improbidade administrativa, passa-se ao estudo mais detido de cada uma dessas normas do ordenamento jurídico brasileiro da legislação penal e processual penal e da lei de improbidade administrativa. Será também abordada a lei anticorrupção, no que couber, haja vista seus destinatários diretos serem as pessoas jurídicas, e o item 1.5.1 deste trabalho já ter assegurado a possibilidade de atribuir responsabilidade à pessoa física e à pessoa jurídica.

2.1 Administrativização do direito penal e penalização do direito administrativo

A multiplicidade sancionatória sobre a mesma matéria, que aproxima o direito penal e o direito administrativo, pode ser examinada a partir de dois fenômenos: de um lado, a administrativização do direito penal; de outro, a penalização do direito administrativo.

Esta administrativização do direito penal remonta a três aspectos, que se relacionam e se complementam. O primeiro deles diz respeito à “utilização do direito penal, pelo Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades enquanto instância executiva, provedora de administração pública e gerenciadora de inúmeros interesses sociais” (Guaragni; Bach, 2014, p. 16).

Marion Bach (2021) ilustra esta perspectiva narrando o caso em que o indivíduo solicita permissão à Administração para cortar uma árvore e, diante da demora da Administração para responder, o sujeito corta a árvore antes da autorização administrativa. Ocorre que, quando a Administração finalmente defere o pedido, a árvore já estava cortada. Nessa situação, apesar de não haver ofensa ao bem jurídico meio ambiente, eis que a Administração, quando autorizou o corte da árvore, houve desobediência à Administração Pública tipificada como crime na forma do art. 39⁶⁷ da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Nesse caso hipotético, a desobediência à Administração é punida como um crime quando o próprio bem jurídico que estava sendo questionado – meio ambiente – não foi violado. Conforme Helena Regina Lobo da Costa (2002, p. 21):

O grande problema desse aspecto da administrativização é a desconsideração dos limites necessários à utilização do direito penal. Criminalizam-se matérias meramente organizacionais, condutas ainda não plasmadas como

⁶⁷ A Lei nº 9.605, de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece, em seu art. 39, pena de detenção de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente para a conduta de cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

axiologicamente negativas; comportamentos que correspondem somente a uma desobediência administrativa, sem consequências mais graves.

A autora Bach (2021, 9. 35) entende como temerária a utilização do direito penal para garantir o direito administrativo, tendo em vista que “há sempre traço de autoritarismo em um Estado que lança mão do direito penal para tutelar a si próprio” e, conforme visto no panorama histórico exposto no item 1.1, nos períodos autoritários, afastou-se o *ne bis in idem*.

O segundo aspecto a ser considerado trata da norma penal, se recorrer a interpretações, regulamentos e até mesmo a atos administrativos de efeitos concretos para se concretizarem. É o que acontece com tipos penais abertos, leis penais em branco e acessoriedade administrativa concreta. No primeiro caso, dos tipos penais abertos, resta pendente uma interpretação para complementar o tipo. No segundo caso, das leis penais em branco, a pendência é de complementação por meio de atos administrativos *erga omnes*, gerais, impessoais e abstratos (Guaragni, 2022). Já no terceiro caso, de acessoriedade administrativa concreta, necessário se faz verificar se havia ato administrativo concreto, como uma autorização, permissão, licença etc. para aplicar o tipo penal (Falavigno, 2021).

Veja-se o caso da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, ao dispor, em seu artigo 7º, que constitui crime contra o sistema financeiro nacional, sob pena de reclusão de dois a oito anos e multa, emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: I – falsos ou falsificados; II – sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados; III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação; e IV – sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida.

Para ilustrar o caso de tipo penal aberto, recorre-se ao inciso III, que remete à legislação acerca da matéria. Ou seja, ao juízo penal, para aplicar o tipo penal previsto no art. 7º, inciso III, da Lei nº 7.492, de 1986, é necessário, dentre outros aspectos, interpretar o que a legislação considera como emissão de título ou valor mobiliário sem lastro. Portanto, verifica-se, neste tipo penal aberto, que a aplicação da lei penal depende da interpretação do magistrado da legislação no âmbito do direito administrativo sancionador, utilizando-se de sua prática judicial e da evolução social.

Com este mesmo dispositivo da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional é possível também exemplificar a lei penal em branco, à medida que esta norma define o crime de maneira geral, mas precisa de complementação por outras normas e regulamentos para que sua aplicação seja completa e precisa, especificando o que se enquadra como título ou valor mobiliário sem lastro ou garantia suficiente. Em outras palavras, a norma principal é "em

branco" porque não fornece todos os detalhes necessários e depende de outras fontes normativas para ser plenamente aplicada.

A complementação para aplicação do tipo penal, algumas vezes, nem depende de outra lei em sentido estrito, mas de normas e regulamentos gerais, infralegais. Nesse ponto, Marion Bach (2021, pp. 37-38) apresenta críticas que merecem destaque:

O princípio da legalidade – em sua vertente formal/política, que impõe que criminalizações advenham do Poder Legislativo – resta arranhado, uma vez que as criminalizações apenas se concretizam com a complementação das leis penais, advindas do Poder Executivo. Ainda, o princípio da taxatividade – que impõe ao legislador que as leis penais sejam claras, objetivas, sem obscuridades e ambiguidades – resta arranhado, posto que as leis penais são integradas por atos gerais elaborados não pelo legislador, mas por órgãos da administração pública que não possuem a mesma obrigação/cuidado ao elaborar a redação de seus atos. Dito de modo simplificado: o Banco Central, por exemplo, quando redige seus atos – que servirão posteriormente de complemento às leis penais em branco que tipificam crimes financeiros – não está preocupado em integrar lei penal, mas em regulamentar o próprio setor. Assim, não está atento às regras impostas pelo princípio da taxatividade, com a qual a Administração Pública não guarda a mesma relação/submissão que o legislador penal.

Com efeito, revela-se, nestes casos, certa dependência do direito penal em relação ao direito administrativo, enquanto este disciplina, por meio de atos infralegais, complementos imprescindíveis à aplicação da norma penal, ao passo que a Administração, por vezes, ao instituir determinado regulamento, está centrada em organizar suas atividades, sem o formalismo necessário e desejado que se espera de uma norma penal capaz de acarretar, dentre outras sanções, numa pena privativa de liberdade, razão pela qual se norteia pelos princípios da legalidade e da taxatividade ao estabelecer suas condutas e penas.

Além das leis penais em branco, que se complementam por meio de atos administrativos gerais, há ainda leis penais que se complementam por atos administrativos concretos, fenômeno este denominado acessoriedade administrativa concreta ou individual, em razão de o ato concreto possuir um destinatário específico, diferentemente dos atos gerais, impessoais e abstratos, que caracterizam aqueles *erga omnes*.

Além do exemplo citado no início deste tópico sobre o corte de árvore sem a devida autorização, que ensejou lesão ao bem jurídico administração pública e não ao meio ambiente, conforme outrora explicado, apresenta-se a seguir outro exemplo utilizando mais uma vez o art. 7º da Lei nº 7.492, de 1986, a fim de demonstrar uma tríade de crimes contra o sistema financeiro nacional, que demonstra técnicas de tipificação apoiadas no direito administrativo. Primeiro os tipos penais abertos, que se complementam por interpretação; depois as leis penais

em branco, que se complementam por atos normativos gerais, e, agora, a acessoriedade administrativa concreta, que se solidifica por atos administrativos concretos.

Tanto o inciso II quanto o inciso IV são hábeis em exemplificar essa terceira técnica. O inciso II trata do registro prévio de emissão junto à autoridade competente e nas condições constantes do registro. Por fim, o inciso IV versa sobre autorização prévia da autoridade competente quando legalmente exigida. Em ambos os casos, a completude da norma penal se remete ao administrativo concreto, ao exigir registro e autorização prévia pela autoridade competente.

Se já é criticável que a norma penal dependa de um ato administrativo geral para concretizar-se, questiona-se (ainda mais) a dependência de um ato administrativo a destinatário específico, como licença, permissão, autorização; ou também, em sentido oposto, como interdição, vedação etc., sobretudo pela conveniência e oportunidade inerentes à discricionariedade administrativa em contraponto à legalidade que rege o direito penal.

Conforme pontuado ao longo do desenvolvimento do tópico, algumas ponderações devem ser consideradas acerca desta administrativização do direito penal, dentre outras, como: a) as consequências de uma conduta sem a devida autorização administrativa, mesmo que faça jus; b) a legalidade e taxatividade do direito penal ante à discricionariedade administrativa; c) o rigor formal e técnico que são exarados normas e atos administrativos que, muitas vezes, são elaborados para pautar a atuação da própria Administração e não como elemento para se configurar um tipo penal; e, d) a possibilidade, ainda não abordada, de o ato administrativo geral ou concreto da administração, no qual se baseia o aplicador da lei penal, ser nulo ou anulável.

O terceiro aspecto, e não menos relevante, a ser analisado sobre a administrativização do direito penal se refere à ampla utilização, pelo direito penal, de crimes de perigo, ao passo que o direito penal clássico se imiscui à tutela dos crimes de dano ou lesão⁶⁸. Isso porque esta última categoria destina-se à proteção de bens jurídicos que decorrem diretamente da ação do sujeito que deliberadamente praticou a conduta ilícita em detrimento da ordem pública. Como exemplo, cita-se o homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal⁶⁹, que atenta contra o bem jurídica vida.

⁶⁸ Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2014): “A sociedade contemporânea, caracterizada pelo aumento de riscos e pela complexidade das relações sociais, tem demandado uma atuação mais preventiva do direito penal. Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato surgem como instrumentos eficazes para a proteção de bens jurídicos, permitindo a intervenção penal antes que o dano efetivo ocorra”.

⁶⁹ Código Penal, art. 121. Matar alguém. Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Nos crimes de perigo, diferentemente, a conduta não ocasiona diretamente lesão ao bem jurídico, mas expõe a risco o bem jurídico protegido. Exemplo tradicionalmente utilizado para fins didáticos é o tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006⁷⁰. De forma simplista, fornecer drogas, por si só, não ofende diretamente o bem jurídico tutelado, todavia, pode acarretar danos à saúde pública e, ainda, ocasionar a prática de outros crimes de dano, comprometendo a ordem pública.

Portanto, de acordo com Aníbal Bruno (1997, p. 175): “Os crimes de dano perigo se aperfeiçoam com a probabilidade de dano, ao passo que os de perigo concreto apenas se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico”.

Existem os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Naqueles é necessário comprovar que a conduta expôs a perigo algum bem protegido juridicamente, como é o caso do crime de incêndio, previsto no art. 250 do Código Penal⁷¹. Já nos crimes de perigo abstrato, a lei enseja uma mera presunção de perigo, sendo estes o ponto nevrálgico sobre o qual se debruça neste trabalho.

O fornecimento de drogas exemplificado anteriormente possui como bem jurídico a saúde pública. Ocorre que o fornecimento de drogas caracteriza infração penal, independentemente de se comprovar que alguém efetivamente sofreu danos à saúde, à medida que nos crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido pela lei, dispensando a demonstração de um dano ou perigo concreto.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 56):

A corrupção é um crime que lesa diretamente a administração pública e a moralidade administrativa, caracterizando-se como crime de dano, pois sua consumação ocorre com a efetiva prática do ato ilícito, resultando em prejuízo aos bens jurídicos tutelados.

Isso significa que a tipificação do crime de corrupção exige a comprovação de um perigo concreto ou de um resultado específico para que a conduta seja punida.

⁷⁰ Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad); prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

⁷¹ Código Penal, art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Enquanto o direito penal clássico está voltado aos crimes de dano, enuncia-se uma tendência de satisfazer a ameaça ao bem jurídico, o que é mais natural ao direito administrativo. Essa ideia remonta a corrupção à abordagem clássica do direito penal, ponto este que merecerá destaque no item 2.2.4, ao analisar-se o conteúdo do direito penal.

Portanto, a corrupção é tradicionalmente classificada como um crime de dano, pois sua consumação ocorre com a efetiva lesão ao bem jurídico protegido, como a administração pública e a moralidade administrativa. No entanto, alguns doutrinadores adotam uma perspectiva diferenciada, considerando a corrupção como um crime de perigo, especialmente em sua modalidade ativa⁷². Neste sentido, Carlos Pinto de Abreu (2023)⁷³ defende que “na corrupção ativa, estamos perante um crime de dano quando o corruptor 'dá' o suborno; e perante um crime de perigo quando 'promete' o suborno”.

Essa conotação alinha-se com a ideia de que a corrupção tem um efeito corrosivo sobre o sistema como um todo e, portanto, é tratada como uma infração que ameaça a integridade e o funcionamento das instituições. Para tanto, basta pensar que o recebimento de vantagem indevida por um funcionário público pode culminar na contratação de uma empresa mais onerosa financeiramente e de qualidade de bens e/ou serviços inferiores em detrimento do erário, quando aqueles recursos públicos, escassos frente às necessidades ilimitadas da coletividade, poderiam ser usados para a prestação de outros serviços públicos voltados ao bem-estar da sociedade.

Por fim, há que se refletir, ainda, sobre os crimes de acumulação: “Uma categoria de crimes cuja relevância penal seria encontrada não em uma geral perigosidade, mas apenas na hipótese de sua acumulatividade”, segundo Fábio Roberto D’Avila (2009, p. 120). Em outras palavras, condutas consideradas inofensiva isoladamente, mas, quando cumuladas, merecem atenção por parte do Estado.

Os crimes de acumulação, estreitamente relacionados aos crimes de perigo abstrato, também se alinham à atuação administrativa e à ideia “*what if everybody did it?*”, e se todos fizessem o mesmo? Para ilustrar, imagine a emissão de poluentes por uma indústria. Considerada a conduta isolada, aquela emissão de poluentes pode não macular o meio ambiente. No entanto, se todas as empresas fabris liberarem toneladas de gases nocivos na atmosfera,

⁷² A corrupção ativa, prevista no art. 233 do Código Penal, tipifica a conduta de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

⁷³ Essa obra oferece uma análise detalhada sobre a natureza jurídica da corrupção, destacando as distinções entre as modalidades ativa e passiva e suas implicações jurídicas. Tal referência foi extraída da jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do Acórdão de 14 de abril de 2021 (Processo nº 102/16. 1TRPPRT.P1).

certamente haverá severos prejuízos ao bem jurídico meio ambiente, o que deve ser evitado e coibido.

Trazendo para o objeto desta pesquisa, corrupção e improbidade administrativa, suponha que determinado servidor público se utilize da função exercida para beneficiar uma pessoa de sua família com analgésico da farmácia pública. Distribuir um analgésico para sua mãe, isoladamente, não parece ser uma conduta ofensiva, até porque o Sistema Único de Saúde é universal e um direito de todos os cidadãos. Porém, caso todos os profissionais de saúde pública distribuíssem os medicamentos públicos entre seus próprios amigos e familiares, comprometeria o acesso daqueles que realmente dependem da distribuição gratuita daqueles medicamentos, afrontando outros princípios do SUS, como a equidade⁷⁴ e a ordem pública.

Segundo Tarsila Fonseca Tojal (2022, p. 145), diante do “prolongamento de seu campo de atuação [do direito penal] a ponto de ultrapassar as fronteiras da dogmática tradicional (...) vê-se uma progressiva antecipação da intervenção penal e o abandono de sua função de *ultima ratio*”.

Analisados estes aspectos em torno da administrativização do direito pena, noutro giro circunda também a penalização do direito administrativo.

Para a compreensão desse fenômeno, faz-se necessária a própria análise do papel do Estado. Como visto ao longo do panorama histórico, ora o Estado é voltado para o cidadão, ora é o indivíduo quem deve se prestar ao ente soberano. No primeiro caso, prevalece a máxima *ne bis in idem* como uma garantia do indivíduo. No segundo, não, uma vez que está fundado na ideia de busca pela verdade material e, ainda, aumentam-se as leis que restringem direitos e impõem obrigações aos governados.

Do ponto de vista econômico, ora sobressai a mão invisível do Estado, deixando ao mercado um movimento pendular de livre concorrência, ora se está diante de um Estado mais provedor, prestador de serviços públicos e interventor. Assim, a depender do momento histórico, do regime econômico e de diversos outros fatores, o Estado se guia mais por uma regulamentação penal ou administrativa.

Com efeito, o incremento de atribuições estatais enseja um inchaço do direito administrativo em suas atribuições de executar, regular, julgar e, por conseguinte, punir. O que tem ocorrido, contudo, é que em vez de uma alternância entre regimes jurídicos, tem ocorrido

⁷⁴ O objetivo desse princípio [da equidade] é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços [decorrência do princípio da universalização], as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais”. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/sus>. Acesso em: 8 set. 2024.

um acúmulo de ambas as legislações que, por vezes, sobrepõem-se ao regulamentar determinada matéria.

É ampla a legislação que trata de matérias relacionadas ao direito econômico, o que também é uma decorrência da expansão de fronteiras advindas da globalização, a qual conferiu uma maior celebração de pactos internacionais que geram maior confiabilidade e segurança, a nível mundial, aos signatários, tal como visto no tópico 1.2.

Frente a esses desafios, tanto da administrativização do direito penal quanto da penalização do direito administrativo, que passa a disciplinar matérias já previstas na codificação penal, é relevante analisar o que diferencia o ilícito administrativo e o ilícito penal, conforme explica-se a seguir.

2.2 O ilícito administrativo e o ilícito penal

A distinção entre o ilícito administrativo do ilícito penal pode pautar-se em quatro análises, a saber: análise da sanção imposta, análise da autoridade que impõe a sanção, análise das finalidades/funções atribuídas às sanções administrativas e penais e análise do conteúdo destes ilícitos sob aspectos qualitativos, quantitativos e mistos (qualitativo-quantitativo).

2.2.1 Análise da sanção imposta

O primeiro critério que será abordado para distinguir o ilícito penal e o ilícito administrativo será a partir da análise da sanção imposta.

Abel de Andrade Filho (1945) defendia que o ilícito deveria ser enquadrado pelo legislador adotando as tradições e costumes dos lugares e dos povos. Desta forma, seria intrínseco ao direito penal a disciplina de ilícitos que atentem diretamente contra bens jurídicos como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio etc. Para punir o infrator pelas infrações penais cometidas, atribuíam-se sanções, denominadas penas, que poderiam ser privativas de liberdade, como a prisão, seja ela reclusão ou detenção, restritivas de direitos, como prestação de serviços à comunidade, e/ou multa, que seria a sanção pecuniária imposta no âmbito do processo penal.

Por sua vez, o ilícito administrativo tratava condutas que violam regras administrativas impostas pelo Estado, relacionadas ao funcionamento de serviços públicos, normas de regulação ou à disciplina interna de órgãos públicos, cujas sanções podem ser advertência ou

censura, cassação de licenças ou autorizações, suspensão de atividades e/ou multa administrativa.

A distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo com base no critério da sanção imposta, no entanto, está sujeita a críticas.

Uma delas diz respeito ao foco exclusivo na natureza da sanção sem levar em conta a gravidade ou o impacto social da conduta. Isso pode gerar incoerências em que situações menos graves sejam tratadas no âmbito penal⁷⁵, enquanto condutas extremamente danosas à sociedade sejam tratadas apenas com sanções administrativas, como é o caso de certas infrações ambientais graves e, ainda, a imoralidade administrativa (comum à corrupção e à improbidade administrativa) (Costa, 2013).

Outra inconsistência do modelo diz respeito à previsão de multa para ambos os ilícitos, penal e administrativo. Tem-se, assim, a possibilidade de se aplicar a pena privativa de liberdade no âmbito da seara não penal, como é o caso da prisão civil por dívida alimentar⁷⁶ ou da prisão do militar no âmbito administrativo disciplinar em caso de desobediência grave (Arêdes, 2017).

2.2.2 Análise da autoridade que impõe a sanção

Outro critério utilizado na distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo considera em sua abordagem a autoridade que impõe a sanção.

Mais uma vez, a doutrina clássica adota uma orientação parca, ao considerar que um ilícito é administrativo porque a sanção administrativa foi imposta por uma autoridade administrativa no exercício da função administrativa, dotada de autoexecutoriedade, segundo Arêdes (2017).

Fábio Medina Osório (2010, p. 87) explica que este entendimento da doutrina e jurisprudência nacional possui inspiração europeia e é, na verdade, o elemento subjetivo da sanção:

Tal proposta teórica sinaliza quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa, numa dimensão tipicamente europeia, da qual, *a priori*, somos herdeiros: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito aflictivo da medida que se exterioriza (elemento objetivo); c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e

⁷⁵ A exemplo do disposto no art. 98 da Constituição Federal, que prevê os juizados especiais para infrações penais de menor potencial ofensivo, objetivando, sempre que possível, aplicação de pena não privativa de liberdade, nos termos do art. 62 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁷⁶ O Código de Processo Civil prevê, no art. 528, §§ 3º e 4º, prisão, em regime fechado, quando ocorrer o descumprimento da obrigação de prestar alimentos.

no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).

A concepção pura e simples de distinguir o ilícito penal do administrativo, que abarca como administrativo quando a sanção é imposta por autoridade administrativa, falha por desconsiderar, por exemplo, que no âmbito do direito administrativo sancionador as duas principais referências normativas em matéria de corrupção, objeto deste estudo, quais sejam: a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, formalizam-se em processo judicial por meio de sanção imposta pelo magistrado no exercício da função típica judicante de aplicar o direito com definitividade.

Nesse sentido, Marion Bach (2021, p. 68) expõe que “se é verdade, por um lado, que a sanção penal sempre será imposta pelo Poder Judiciário, não é correto, por outro, afirmar que a sanção administrativa sempre será imposta pela administração pública”.

Essa possibilidade é direcionada ao legislador, a quem cabe “outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções”, na visão de Medina Osório (2010, p. 92).

Conforme Arêdes (2017, p. 435): “Identificar a natureza da sanção pela autoridade competente para sua imposição possibilita a multiplicação das vias punitivas, pois cada sanção passa a ser considerada autônoma em relação a outras já existentes, desde que imposta por autoridade diversa”.

O que se percebe é que a adoção da distinção entre os ilícitos penais e administrativos pela autoridade que impõe a sanção não é apenas insuficiente, à medida que sanções administrativas tanto podem ser impostas por autoridades administrativas ou judiciais, como temerária, haja vista que podem culminar no que se denomina “independência das instâncias” e podem, conforme verificar-se-á ao longo deste capítulo, culminar em fundamento que confere legitimidade à multiplicidade de processos e eventualmente de sanções, ainda que tutelado um mesmo bem jurídico.

2.2.3 Análise das finalidades/funções atribuídas às sanções administrativas e penais

Esta perspectiva, de viés teológico, mais uma vez introduzirá demonstrando uma noção geral, a partir de uma abordagem tradicional para, então, avançar a discussão revelando as críticas ao modelo.

De início, apresentam-se as finalidades da sanção penal, quais sejam: a) repressão e retribuição; b) proteção de bens jurídicos fundamentais; e c) prevenção geral e especial (Bitencourt, 2011).

No primeiro caso, a sanção penal tem como principal objetivo a retribuição pelo ato criminoso, representando uma resposta punitiva do Estado para quem viola normas essenciais de convívio social. A pena busca, em parte, "castigar" o autor pela conduta criminosa. Para a segunda finalidade, a sanção penal destina-se à proteção de valores essenciais para a sociedade, como a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio etc.

Por fim, as penas no direito penal visam à prevenção geral (dissuadir a sociedade em geral de cometer crimes) e à prevenção especial (evitar que o infrator volte a delinquir). Assim, a sanção penal também tem um caráter pedagógico, visando à reintegração social do condenado.

As finalidades da sanção administrativa (Meirelles, 2002), a seu turno, são voltadas: a) à regulação e controle; b) ao caráter corretivo e preventivo; e c) proteção de interesses públicos.

Na finalidade de regulação e controle, a sanção administrativa tem como objetivo principal assegurar o cumprimento de normas que regulam o funcionamento de determinadas atividades, serviços ou condutas que não necessariamente afetam valores fundamentais, mas sim a ordem administrativa e o bom funcionamento de serviços públicos.

A finalidade das sanções administrativas de caráter corretivo e preventivo é geralmente corrigir comportamentos ou prevenir violações futuras, visando garantir a eficiência, a legalidade e a ordem em setores específicos.

No terceiro modal, as sanções administrativas visam proteger o interesse público em áreas mais específicas, como o bom uso de recursos naturais, o cumprimento de regulamentos empresariais, fiscais ou urbanísticos, e o funcionamento adequado das instituições públicas e privadas.

Assim, enquanto as sanções penais têm como principal objetivo reprimir condutas que violam direitos fundamentais e ordenamentos básicos da sociedade, com forte carga retributiva e preventiva, as sanções administrativas estão mais focadas em manter a ordem e a regulação de atividades ou serviços, buscando prevenir violações sem necessariamente carregar o caráter de "castigo".

Para ilustrar, apresentam-se exemplos típicos. Um crime de roubo é um ilícito penal porque representa uma violação grave ao direito de propriedade e à segurança, exigindo uma punição que tenha uma função retributiva e preventiva. Já uma infração por estacionamento irregular é um ilícito administrativo, em que a sanção tem caráter corretivo, visando manter a

ordem pública e o bom funcionamento da mobilidade urbana, sem necessariamente envolver uma retribuição moral ao infrator.

O que se destacava é que o ilícito penal seria tipicamente associado a ofensas mais graves, com a finalidade de proteger a sociedade em aspectos mais fundamentais, enquanto o ilícito administrativo se referia a infrações de menor gravidade, que afetam o bom funcionamento da administração pública ou a ordem em áreas específicas da vida social.

Ocorre, todavia, que a partir dos fenômenos da administrativização do direito penal e da penalização do direito administrativo, uma mesma conduta que, portanto, enquadrar-se-ia como grave ou não, poderia tanto ser tipificada no âmbito penal quanto pelo direito administrativo.

A Constituição Federal exemplifica esta unidade de conduta punível tanto sob o direito penal quanto sob o direito administrativo, ao prever as sanções administrativas quando praticado ato de improbidade administrativa sem prejuízo da ação penal cabível e de suas decorrentes sanções.

Nesse sentido, uma mesma conduta pode enquadrar-se como ato de improbidade administrativa, na forma e sanções previstas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, e também como crime previsto no Código Penal brasileiro, tal como a corrupção passiva, prevista no art. 317, que estabelece pena de reclusão de dois a doze anos e multa a quem solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Não bastassem as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece em seu art. 132, inciso IV, a demissão em caso de improbidade administrativa.

Sendo assim, quando, por exemplo, um servidor público responsável pela fiscalização de empresas recebe dinheiro de um empresário para “fechar os olhos” a irregularidades encontradas durante uma inspeção, pratica ato ilícito, tanto punível com sanção administrativa quanto penal.

O que ocorre é que embora cada ramo seja mais propenso a determinadas finalidades, tanto a sanção penal possui caráter preventivo quanto a sanção administrativa possui também a finalidade repressiva. Neste sentido, Fábio Medina Osório (2010, p. 104) coloca que:

O elemento punitivo inerente às sanções administrativas não se projeta de modo uniforme ou único na vida social, eis o ponto que gostaria de enfatizar insistentemente, ponto do qual decorre, ou pode decorrer, uma série de

consequências notáveis, ainda que sutis. Igual fenômeno (falta de uniformidade de objetivos das diversas sanções previstas aos múltiplos ilícitos criminais), todavia, ocorre no campo penalístico, em que as finalidades ou os objetivos das sanções penais não são idênticos em todos os casos, estando dependentes, em boa medida, de políticas legislativas, judiciárias ou até executivas. Essas oscilações evidenciam não apenas a complexidade do elemento teleológico, mas sua carência em termos de fundamentação racional nas decisões institucionais.

Verifica-se, assim, que o critério da análise da finalidade das sanções também não se mostra sem ressalvas para distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, mesmo porque, como leciona Marion Bach (2021, p. 75): “O legislador pode – de forma cumulativa e legítima – impor uma sanção para reprovar, uma sanção para ressocializar, (...), uma sanção pedagógica, uma sanção para regulamentar a atividade naquele setor, e quantas outras a imaginação legislação (...) permitir”, de tal modo que restaria afrontada a proporcionalidade na imposição de sanções que fundamenta, dentre outras, a vertente material do princípio *ne bis in idem*.

2.2.4 Análise do conteúdo sob os aspectos qualitativos e quantitativos

Este critério remonta aos estudos do alemão James Goldschmidt, de 1902, na obra *Das Verwaltungsstrafrecht*, para quem o direito penal estaria voltado às condutas que lesionam um bem jurídico – lesão à dimensão material –, ao passo que o direito administrativo disciplinaria as condutas que se voltam à não consecução de um bem – lesão à dimensão formal, distinguindo-o, portanto, a partir de um critério qualitativo, conforme Helena Regina Lobo da Costa (2010).

Erik Wolf retoma as ideias de Goldschmidt pautadas nesse critério qualitativo e defende que as normas orientadoras do direito penal são norteadas por valores de justiça, enquanto as normas orientadoras do direito administrativo são norteadas por valores de bem-estar (Fazzio, 2006).

A perspectiva qualitativa que diferencia o direito penal do direito administrativo sancionador concentra-se na natureza e no propósito das normas e sanções de cada ramo. Enquanto o Direito Penal tem por objetivo proteger os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, aplicando sanções de maior gravidade (como penas privativas de liberdade), o direito administrativo sancionador destina-se a regular a atuação da administração pública e a garantir o cumprimento das normas administrativas, aplicando sanções menos gravosas, como multas ou suspensões.

Segundo Gomes Canotilho (2000, p. 786): “O Direito Penal atua como *ultima ratio*, intervindo apenas quando outros mecanismos normativos se mostram insuficientes para a proteção de bens jurídicos fundamentais, enquanto o Direito Administrativo Sancionador opera em um plano de tutela menos intensiva e mais preventiva”.

A partir da descriminalização do direito penal, tipos criminais foram alçados a ilícitos contraordenacionais, assim como o contrário, a partir da criminalização do direito administrativo, considerando a intercambialidade entre os ilícitos, que revela a inexistência de distinção ontológica, uma expressão do *jus puniendi* estatal, segundo Fabio Brun Goldschmidt (2014). Assim, Heinz Mattes, no final da década de 1970, concluiu não ser possível distinguir os ilícitos o que, por outro lado, não implicaria na identidade entre ambos, segundo leciona Zaffaroni (1980, p. 238).

Neste contexto, passou-se a adotar o critério quantitativo, a exemplo de Wolfgang Mitsch, no sentido de as características penais não estarem presentes em um ilícito administrativo, mas num bem jurídico de menor valor ou exposição menos prejudicial (D’avila, 2008).

A perspectiva quantitativa que diferencia os ilícitos foca na intensidade e gravidade das sanções aplicadas. De acordo com essa visão, o direito penal se caracteriza pela imposição de sanções mais severas, como penas privativas de liberdade, enquanto o direito administrativo sancionador aplica medidas de menor gravidade, como multas ou interdições administrativas.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 203):

O critério quantitativo estabelece que o Direito Penal é reservado para as infrações que merecem punições mais severas, com maior impacto na esfera pessoal do infrator, enquanto o Direito Administrativo Sancionador lida com sanções de caráter predominantemente pecuniário ou restritivo de direitos administrativos.

A terceira perspectiva aponta para uma posição híbrida, qualitativa-quantitativa, para a qual resta um núcleo restrito ao direito penal, de ordem constitucional, que vincula o legislador. Afora este núcleo, é discricionário ao legislador tipificar determinada conduta, a depender de sua gravidade, como ilícito penal ou administrativo. Esse é o posicionamento, por exemplo, de Claus Roxin (2007).

Nesta perspectiva, que combina os dois enfoques anteriores, considera-se a natureza dos bens jurídicos protegidos e a finalidade das sanções (qualitativo), bem como a gravidade e intensidade das penalidades aplicadas (quantitativo). Sob essa ótica, o direito penal é destinado a tutelar bens jurídicos essenciais mediante sanções mais severas, enquanto o direito

administrativo sancionador trata de infrações administrativas com sanções proporcionalmente menos rigorosas.

De acordo com Ferreira (2018, p. 156):

A distinção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador repousa sobre critérios mistos, que analisam não apenas a qualidade do bem jurídico afetado e o objetivo da sanção, mas também a severidade da resposta estatal, sendo o Direito Penal reservado para situações de maior relevância social e gravidade.

Também a Espanha aprofundou os estudos a este respeito a partir dos anos 70, adotando então o critério quantitativo, sobretudo porque a alteração da natureza do ilícito pode ser alterada por decisão legislativa (Tomillo; Rubiales, 2008; Carretero Perez; Carretero Sanchez, 1992).

Noutro giro, porém, Jesús-María Silva Sanchez (2002) sugere o critério qualitativo. Para apresentar o entendimento do autor, é relevante apresentar, de início, sua concepção sobre as velocidades do direito penal, passíveis de serem entendidas como formas diferentes de aplicar as normas penais, dependendo do tipo de infração e das respostas que ela exige.

A primeira velocidade diz respeito ao direito penal clássico, o núcleo duro, que se baseia na aplicação de penas privativas de liberdade. Por ser a mais severa, devem ser observados princípios rigorosos e garantir o máximo respeito aos direitos fundamentais.

A segunda velocidade, por outro lado, deixa de lado a prisão e utiliza-se de sanções menos graves, como multas, restrições de direitos ou penas aplicáveis a pessoas jurídicas, mais próximas da seara administrativa. Nesse caso, o autor defende que pode haver maior flexibilidade nos critérios de imputação e nas garantias, já que as punições são menos severas.

Já a terceira velocidade é uma combinação das duas anteriores: aplica penas de prisão, todavia, ao mesmo tempo flexibiliza as garantias e os critérios político-criminais e processuais. Segundo o autor, essa terceira velocidade já está presente no direito penal socioeconômico. No entanto, ele critica esse uso e sugere que seja limitado aos moldes da primeira ou segunda velocidade, preservando princípios e garantias mais claros.

Apesar disso, Silva Sanchez (2002) não descarta totalmente o uso da terceira velocidade. Ele reconhece que esta pode ser adequada em situações específicas, como em casos de delinquência patrimonial profissional, crimes sexuais violentos e reiterados, ou ainda em fenômenos como o crime organizado e o terrorismo, que ameaçam a própria estrutura do Estado e da sociedade.

Pelo exposto, não há uma posição definitiva sobre qual critério – qualitativo, quantitativo ou qualitativo-quantitativo – deva ser adotado. Diversos são os posicionamentos doutrinários que defendem e criticam um ou outro.

De todo modo, apesar de não restar unânime, a análise do ilícito penal e administrativo a partir do conteúdo, conforme abordado neste tópico, mostra-se mais plausível diante das fragilidades identificadas nos demais – análise da sanção imposta, análise da autoridade que impõe a sanção e análise das finalidades/funções atribuídas às sanções administrativas e penais.

Considerar o conteúdo do que seja ilícito penal e administrativo tende a coadunar com o sistema jurídico como um todo, assim como com o bem jurídico tutelado em cada ramo do direito.

Para tanto, a seguir, analisa-se a regra da independência das instâncias, buscando compreender de que modo o ordenamento jurídico brasileiro admite que mais de um ramo do direito processe e sancione o mesmo sujeito, pelo mesmo fato e fundamento.

Na sequência, explorar-se-á a legislação penal e processual penal e, também, a lei de improbidade administrativa, visando compreender o conteúdo de cada uma dessas instâncias para, então, confirmar-se qual o critério mais adequado ao sistema jurídico brasileiro.

2.3 A regra da independência (mitigada) das instâncias

Apesar de o direito ser uno e indivisível, entendido como um grande sistema de ordenação normativa de condutas, organiza-se em ramos, esferas, instâncias para fins didáticos e estruturais, cada qual com suas características, requisitos, ritos processuais e sanções diversas.

Por esferas, entende-se as searas penal, civil, eleitoral, administrativa, e o que mais recentemente tem-se denominado direito administrativo sancionador⁷⁷. “Isso porque há, em tais instâncias, tutelas a diferentes bens. A escolha da seara que deverá tutelar um determinado bem jurídico pauta-se, decerto, na relevância deste bem socialmente (valor social), o que acaba gerando níveis diversos de intervenção”, na lição de Cristiano Chaves de Farias, Luciano Figueiredo e Wagner Inácio Dias (2020, p. 942). E prosseguem os aludidos autores:

O direito penal possui intervenção mais severa, podendo, por vezes, retirar a liberdade de alguém (pena de reclusão), obviamente respeitando o devido processo legal. Isso porque tutela o direito penal bens socialmente mais relevantes, a exemplo do direito à vida. De seu turno, a intervenção civilista é mais branda, pois a sua tutela reside sobre bens jurídicos não tão sensíveis. Afirma-se, por conseguinte, que o ilícito civil é *minus* ou *residuum* em relação

⁷⁷ Por exemplo, a Lei 8.429/1992, que dispõe sobre improbidade administrativa, dispõe no § 4º do art. 1º que se aplicam ao sistema de improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

ao penal, conferindo-se a este a guarda dos bens socialmente mais relevantes (Farias; Figueiredo; Dias, 2020).

Portanto, a depender do bem jurídico ferido, ensejaria uma esfera de responsabilidade. Por exemplo, ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato, acarreta, em regra, mera advertência administrativa, não sendo o caso de aplicar-se uma sanção civil ou penal por tal conduta. Por sua vez, deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo pode ensejar uma responsabilização civil, não sendo o caso, por si só, de uma punição criminal.

Conforme pode-se observar pelos exemplos, que cada esfera tutela um determinado bem jurídico, e somente será abarcada pelo criminal quando, por sua gravidade e relevância, não forem suficientes as demais instâncias. Tal fato é o que se entende como subsidiariedade no direito penal (Roxin, 2008, p. 112). Segundo esse princípio, quando as demais esferas do direito forem suficientes para preservar ou restaurar a ordem jurídica, o direito penal deve retrair-se, sendo a norma penal – de natureza mais severa, inclusive podendo culminar numa restrição de liberdade, dentre outras penas – a *ultima ratio*.

Ocorre que determinados fatos sociais podem acarretar, a um só tempo, consequências em mais de uma instância. É o caso da prática da corrupção, que atrai a aplicação de diversas esferas do direito, como o direito administrativo sancionador, no escopo da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, e do direito penal, conforme os tipos dos arts. 317 e 333, que prescrevem a corrupção passiva e ativa, respectivamente.

Esta múltipla incidência de ramos do Direito é possível em razão da regra da independência das instâncias, a qual diz respeito à relação entre diferentes esferas de responsabilização de um indivíduo, seja no âmbito penal, civil, administrativo, tributário, trabalhista, dentre os demais ramos jurídicos. Esse princípio estabelece que o fato de uma pessoa estar sendo processada ou condenada em uma dessas esferas não impede seu julgamento em outra, com base no mesmo fato, produzindo consequências em diversas áreas do direito, sem que o resultado em uma delas afete necessariamente as demais. Isso porque a decisão do magistrado em uma determinada esfera é, em regra, independente das demais, motivada por seu livre convencimento a partir dos elementos dos autos.

A independência das instâncias tem fundamentos sólidos na legislação e na jurisprudência brasileiras, conforme verificar-se-á a seguir, à luz dos principais aspectos e dispositivos legais que sustentam essa regra, bem como das exceções previstas.

A Constituição Federal não trata diretamente da independência das instâncias, mas o princípio está implícito na sua estrutura e nos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido,

seu art. 2º consagra a separação de poderes, independentes e harmônicos entre si. Essa independência já adianta um primeiro panorama, qual seja: a possibilidade de decisões diferentes dadas pelas autoridades administrativas, no âmbito da administração pública, pelo Poder Executivo e pelos membros do Poder Judiciário. Este não é, todavia, o recorte do presente trabalho que, apesar de tratar do direito penal e do direito administrativo sancionador, que poderiam estar no bojo de decisão administrativa, insere-se no âmbito das decisões proferidas por magistrados quando da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção.

Sobre a estrutura constitucional cabe reforçar ainda o disposto no art. 1º, que dispõe sobre a forma de Estado adotada pelo Brasil, de Federação, combinada com o art. 18, ao detalhar a organização político-administrativa brasileira, compreendida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, dotados de autonomia, diferentemente do modelo estadunidense, aderente à *common law*, e, como visto no tópico 1.2 desta investigação, em se tratando de entes subnacionais soberanos, aplicam a regra da independência das instâncias sob este viés, da soberania de cada unidade confederada, e não pela ótica das esferas do direito.

Por exemplo, o art. 37, § 6º, da Constituição dispõe sobre as sanções no âmbito do direito administrativo sancionador, decorrentes do ato de improbidade administrativa sem prejuízo da sanção penal cabível. Para melhor compreensão desta regra, o art. 935 do Código Civil⁷⁸ estabelece que a responsabilidade civil é independente da criminal, exceto nos casos em que a sentença penal tiver sido proferida com decisão sobre a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Isso significa que, salvo essas exceções, a esfera civil pode julgar o mesmo fato de maneira independente da que ocorre na esfera penal, especialmente no que diz respeito à reparação dos danos causados pela conduta.

Cabe esclarecer que esta previsão legal aplica-se não só à esfera civil, mas também a outras esferas não penais, como as do direito administrativo, trabalhista e tributário⁷⁹,

⁷⁸ Código Civil, art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

⁷⁹ No direito administrativo, tributário e trabalhista, por exemplo, pode haver processos paralelos ao penal sobre um mesmo fato, cada um com seu foco e regras específicas: a) esfera administrativa: a independência permite que sanções administrativas (como multas, cassações de licença ou sanções disciplinares) sejam aplicadas independentemente de um julgamento penal. Um servidor público acusado de crime, por exemplo, pode ser demitido por faltas administrativas, ainda que eventualmente seja absolvido na esfera penal; b) esfera trabalhista: questões ligadas a danos decorrentes de relação de trabalho, como assédio ou acidentes de trabalho, podem gerar tanto ações trabalhistas quanto penais, e a ação penal não impede a análise autônoma do juiz do trabalho; e c) esfera tributária: a cobrança de tributos e as sanções tributárias também são independentes do resultado de um processo criminal, embora alguns crimes fiscais possam ser julgados em ambas as instâncias. Portanto, a regra da independência das instâncias do art. 935 abrange o direito civil e outras esferas do direito que não envolvam sanções penais, respeitando a autonomia das áreas e seus objetivos próprios.

ampliando o escopo de sua aplicação a partir de uma concepção *lato sensu* em que o civil representa, neste caso, o gênero não penal.

Da mesma forma, o art. 66 do Código de Processo Penal⁸⁰ reforça a autonomia da responsabilidade civil em relação ao processo penal, estipulando que a sentença penal absolutória não inviabiliza a apuração civil quando não comprovada a inexistência material do fato.

Nota-se, de certo modo, distinção da previsão do Código Civil, o qual estabelece que a esfera penal vincula as demais em caso de comprovada a materialidade e a autoria; ao passo que o Código de Processo Penal atrela, unicamente, a inexistência de materialidade.

Na esfera administrativa também há expressa previsão da independência das instâncias, conforme pode-se extrair da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, na forma do art. 125. Nestes termos: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si” (Brasil, 1990, art. 125). Assim, o servidor pode ser punido administrativamente por atos que violem as normas internas de conduta e disciplina, independentemente de estar respondendo também por crimes relacionados à sua função ou por danos civis causados a terceiros, exceto quando absolvido na esfera penal por inexistência do fato ou negativa de autoria, haja vista a previsão do Código Civil ser extensiva às demais instâncias não penais.

Oportuno frisar que, a despeito da Lei nº 8.112, de 1990, circundar-se no âmbito federal, essa mesma regra aplica-se nas esferas estaduais e municipais, com base nas legislações locais e nos respectivos regulamentos de conduta administrativa.

Para além do direito positivo, a jurisprudência dos tribunais brasileiros reforça constantemente a regra da independência das instâncias. O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm reiterado, em suas decisões, que as esferas penal, civil e administrativa possuem autonomia para julgar um mesmo fato, salvo nas exceções previstas em lei, como nos casos de absolvição penal com fundamento na inexistência do fato ou na negativa de autoria⁸¹.

⁸⁰ Código de Processo Penal, art. 66. 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.

⁸¹ Para ilustrar esse posicionamento da Suprema Corte e da Corte Superior de Justiça, podemos destacar o HC 112.286/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal reiterou a independência das esferas penal, civil e administrativa, mas também reafirmou que, quando há uma sentença penal absolutória que reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria, essa decisão prevalece sobre as outras esferas. Nesse caso, o entendimento do STF foi que, nessas hipóteses, a decisão penal faz coisa julgada nas esferas civil e administrativa (STF, 2012).. No julgamento do REsp 1.318.051/SP, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que as esferas penal, civil e administrativa são independentes. No entanto, a decisão penal que reconhece a

A jurisprudência recente da Corte Superior e da Suprema Corte continua a defender a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, especialmente destacando exceções em casos nos quais há decisão penal que reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria. É o caso do *Habeas Corpus* (HC) 601.533, do STJ, no qual a 6ª Turma mitiga essa independência ao cancelar uma penalidade administrativa por falta grave após absolvição na esfera penal, com base na coerência entre decisões⁸².

Também o STF reforça, como no RE 1.027.633⁸³, que, embora existam esferas independentes, a condenação administrativa ou civil pode ser revista se uma sentença penal definitiva decidir pela ausência de autoria ou inexistência do fato, vinculando assim as demais instâncias nestes casos, ou seja, ainda que a decisão na esfera não penal seja anterior, poderá ser revista, vinculando-se à sentença criminal.

Mais recentemente, a Lei de Improbidade Administrativa ampliou o rol de comunicação das instâncias em que a esfera penal vincula as demais. A partir do dispositivo incluído pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, o art. 21, § 4º passou a estabelecer que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade administrativa por todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Código de Processo Penal.

O referido dispositivo do Código de Processo Penal estabelece que o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

inexistência do fato ou a negativa de autoria obriga o julgamento em outras esferas, anulando possíveis sanções civis e administrativas relacionadas ao mesmo fato (STJ, 2012). Também o STJ estabelece, por meio da Súmula 376, que a absolvição criminal fundada na inexistência do fato ou na negativa de autoria impede a imposição de sanção administrativa pela mesma conduta. Assim, essa súmula reconhece a independência entre as instâncias, mas indica que a decisão penal deve prevalecer em casos específicos (STJ, 2008).

⁸²STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 601.533/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 22 de junho de 2021. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* de 4 out. 2021.

⁸³STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário* nº 1.027.633/SP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 20 de setembro de 2019. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* de 26 fev. 2020.

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (Brasil, art. 386).

A comunicabilidade prevista na nova norma amplia as possibilidades já previstas no artigo 935 do Código Civil, as quais admitiam a vinculação da esfera penal sobre as demais apenas quando comprovada a inexistência do fato ou negativa de autoria. Ocorre que, a partir do novo dispositivo, a insuficiência de provas na esfera penal e até mesmo a absolvição decorrente de o fato não ser crime vinculam a improbidade administrativa.

Em relação à insuficiência de prova, embora questionável – haja vista a possibilidade de outro promotor de justiça conseguir demonstrar o que seu par não logrou êxito – é até compreensível, à medida que o processo penal costuma ser aquele que mais perscruta os elementos probatórios, pois, de modo geral, as penas do processo criminal e, por conseguinte, seu escrutínio processual, são mais rigorosas que o direito administrativo sancionador.

No entanto, em relação à vinculação decorrente de não constituir o fato infração penal, parece não apenas questionável, como desarrazoada. Afinal de contas, o fato pode não constituir crime, por não reunir os elementos caracterizadores do tipo, mas, ainda assim, configurar improbidade administrativa.

Portanto, a hipótese do inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, prevista no artigo 21, § 4º da Lei de Improbidade Administrativa, com a redação da Lei nº 14.230, de 2021, pode afastar as medidas impostas pela Constituição Federal: tanto o ressarcimento ao erário, que nem se enquadra como sanção, quanto a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e indisponibilidade dos bens.

Este dispositivo é um dos objetos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.236/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e teve sua eficácia suspensa por medida cautelar concedida em dezembro de 2022 pelo Relator, Ministro Alexandre de Moraes, *ad referendum* do Plenário da Suprema Corte, pendente de julgamento. Tal tópico será mais detalhado no item 3.2 deste estudo.

Deve-se levar em consideração ainda que apesar da possibilidade de se processar e penalizar um mesmo sujeito pelo mesmo fato, em decorrência da independência mitigada das esferas, há de verificar se não incorre numa sobreposição de respostas punitivas, a qual é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro e o de outros países, pelo que se denomina princípio do *ne bis in idem*.

De todo modo, a fim de evitar até mesmo que o Estado se envide em mais de um processo, que pode acabar sendo posteriormente vinculado por decisão criminal em sentido diverso, o art. 315 do Código de Processo Civil estabelece que “se o conhecimento do mérito

depende de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal” (Brasil, art. 315). O § 1º prevê que “se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentemente a questão prévia” (Brasil, § 1º). Já o § 2º, por sua vez, disciplina quando a ação penal até foi proposta, mas não decidida com definitividade. Para estes casos, eis a previsão: “Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º” (Brasil, § 2º).

Verifica-se que o próprio legislador reconhece que o mais adequado seria aguardar a decisão penal, que tem o condão de desconstituir um julgamento cível ou, de forma subsidiária, não penal, ao encontro da vertente processual do *ne bis in idem*, que afasta o próprio processo, o qual, por si só, já pode ser considerado uma pena para o sujeito acusado, especialmente aquele condenado na esfera cível e absolvido na esfera penal, ou seja, que ao fim e ao cabo é inocente.

2.4 Legislação penal e processual penal

Segundo Keity Saboya (2014, p. 214-217), o Código Criminal do Império de 1830, o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais de Piragibe, de 1932, e o Código Penal de 1940, vigente, não fazem menção ao *ne bis in idem*, evidenciando um prejuízo democrático do sistema punitivo brasileiro.

De todo modo, Rogério Schietti (2007, p. 105) reconhece que há poucos dispositivos acerca da noção do *ne bis in idem* no Código Penal e no Código de Processo Penal. Observe-se o disposto nos arts. 7º e 8º da legislação material criminal:

Extraterritorialidade

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II - os crimes

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) **não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;**
- e) **não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.**

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

Pena cumprida no estrangeiro

Art. 8º - **A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas** (Brasil, art. 7º e art. 8º).

O art. 7º, que versa sobre extraterritorialidade, reflete, ainda que indiretamente, acerca do *bis in idem*. O § 1º é entendido pela doutrina como sendo uma extraterritorialidade incondicionada, isto é, “com fundamento nos princípios da defesa e da universalidade, aplica-se a lei brasileira sem nenhuma condicionante, ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro – pouco importando ser condenado ou absolvido”, segundo Luciano Anderson de Souza (2023, p. 110-113).

Esse parágrafo afasta qualquer garantia ao *ne bis in idem*. No entanto, admitida a possibilidade de se cumular processos e eventuais sanções na extraterritorialidade incondicionada, o art. 8º estabelece a atenuação ou a compensação da pena buscando dirimir como o sujeito deve ser punido por Estados soberanos diante do mesmo crime.

A seu turno, os §§ 2º e 3º disciplinam a denominada extraterritorialidade condicionada, uma vez que a aplicação da lei brasileira depende de determinados requisitos. No caso das alíneas “d” e “e” do § 2º, fica garantido o *ne bis in idem* quando, embora seja aplicável a lei brasileira, o sujeito tenha, no território estrangeiro: a) sido absolvido; b) cumprido a pena; c) sido perdoado; ou d) estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Quando se trata de territorialidade, isto é, quando o crime for cometido no Brasil, implica a incidência da lei brasileira, na forma do caput do art. 5º do Código Penal, segundo o qual: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional” (Brasil, 1940, art. 5º).

Numa interpretação restrita, poder-se-ia compreender pela multiplicidade de processos e sanções, no Brasil e no estrangeiro, sobre crimes praticados no território brasileiro. Todavia,

a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, no âmbito da Extradicação 1.223/DF, julgada em 2011⁸⁴, concluiu pela “(im)possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos” (STF, 2011). Ficou decidido que:

Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, a situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de “double jeopardy” atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso País, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso.

A cláusula do Artigo 14, n. 7, inscrita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua (a de instrumento normativo impregnado de caráter supralegal ou a de ato revestido de índole constitucional), inibe, em decorrência de sua própria superioridade hierárquico-normativa, a possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos subjacentes à sentença penal estrangeira (STF, 2011).

Segundo Marion Bach (2021, p. 165), outro instrumento legislativo que pretende obstar a ocorrência de *bis in idem* é o *caput* do art. 61 do Código Penal: “O legislador deixou expresso, ali, que as circunstâncias sempre agravam a pena, desde que não constituam ou qualifiquem o crime. É, evidentemente, uma previsão legislativa que está objetivando impedir *bis in idem*”.

Já na seara processual, o Código de Processo Penal disciplina, em seu art. 95, incisos III e V, as exceções de litispendência e coisa julgada, respectivamente, as quais afastam múltipla persecução pelos mesmos fatos.

O art. 110 deste diploma processual, em especial no seu § 2º, estabelece que “a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença” (Brasil, art. 110).

Na sequência, o art. 111 prevê que “as exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal” (Brasil, art. 111). Esse dispositivo, contudo, tem o viés de dar prosseguimento à ação penal, o que, em certa medida, não garante o *ne bis in idem* em seu aspecto processual, haja vista a continuidade do exame das exceções em paralelo.

Este arcabouço normativo, no âmbito penal, já apresenta um panorama dos reflexos do *bis in idem*, ainda que apenas nessa esfera do direito. No tópico seguinte será analisada a lei de

⁸⁴ Ext 1223, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22-11-2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 27-02-2014 PUBLIC 28-02-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00188.

improbidade administrativa que, conforme ver-se-á, ampliará, em certa medida, os casos em que a decisão penal vincula a decisão aos demais ramos, dentre os quais o direito administrativo sancionador.

Ainda na análise da legislação penal, serão tecidas algumas considerações acerca dos crimes tipificados, que parecem disciplinar as mesmas condutas puníveis no âmbito do direito administrativo sancionador, como improbidade administrativa.

O crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal, tipifica a conduta de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (Brasil, art. 317). Na visão de Greco (2024, p. 354), objetiva proteger o “funcionamento normal da Administração Pública, de acordo com os princípios da probidade e moralidade”. A finalidade pretendida ilustra o direito penal voltado para guardar o bom funcionamento da administração pública, fundamentado nos princípios da probidade e moralidade, o que torna clara a aproximação do direito penal ao direito administrativo ao tipificar o delito de corrupção passiva praticado por servidor, que também está sujeito à lei de improbidade administrativa e suas sanções.

Semelhante à corrupção passiva cujo elemento do tipo é o verbo “solicitar”, há também o crime de concussão, previsto no art. 316 do Código Penal, que penaliza o ato de “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida” (Brasil, art. 316). Na corrupção passiva, a vítima cede livremente ao pedido do agente público; já na concussão, o agente público exige, isto é, impõe à vítima determinada obrigação, e ela cede por temer represálias (Capez, 2020, p. 392).

As aludidas condutas tipificadas no Código Penal afrontam o bem jurídico administração pública. No entanto, a probidade administrativa também está guardada na Lei de Improbidade Administrativa, conforme verificar-se-á a seguir.

2.5 Lei de improbidade administrativa

No Brasil, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que previu o estabelecimento da forma e gradação das sanções decorrentes de improbidade administrativa, foi promulgada a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

A própria lei de improbidade administrativa define quais as condutas são assim categorizadas, nos artigos 9º, 10 e 11: a) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego que importe enriquecimento ilícito;

b) ação ou omissão que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens que causa lesão ao erário; e c) violar os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade atentando contra os princípios da administração pública.

Em 2021, a Lei nº 14.230 alterou a lei de improbidade administrativa, passando a exigir o elemento doloso para constituição dos ilícitos. Carvalho Filho (2022) destaca que a exigência do dolo visa assegurar que apenas atos gravemente lesivos à moralidade administrativa sejam punidos, afastando interpretações extensivas da improbidade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2022) argumenta que a nova exigência reforça a segurança jurídica e evita a criminalização de atos administrativos praticados em boa-fé. Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023) ressalta que a reforma tem como objetivo delimitar a atuação do Poder Judiciário, evitando condenações por atos que não evidenciem má-fé.

Adiante, o art. 12 estabelece as sanções que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: “Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica” (Brasil, art. 12), positivando, mais uma vez, a regra da independência das instâncias e chancelando o acúmulo de processos de sanções no ordenamento jurídico brasileiro em matéria do bem jurídico administração pública.

Também vale a pena destacar o art. 18-A, que prevê a unificação, pelo juiz, de eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos a requerimento do réu. O inciso I trata do aumento de 1/3 ou soma no caso de continuidade do ilícito e, no inciso II, a soma das penas no caso de prática de novos atos ilícitos. Nesse dispositivo, a previsão é de majoração de sanções, que não pode ser confundida com a compensação.

Outra previsão relevante da lei de improbidade administrativa está disposta em seu art. 21, § 2º, segundo o qual “as provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente” (Brasil, art. 21). Essa disposição merece destaque, haja vista diferir, em certa medida, do processo penal, que se caracteriza pelo livre convencimento motivado do juiz diante de provas apresentadas aos órgãos de controle, os quais, por vezes, possuem ritos processuais próprios, além de outras orientações e propósitos distintos da autoridade judicial responsável pelo julgamento em definitividade no âmbito da improbidade administrativa.

O § 3º do art. 21 disciplina que “as sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria” (Brasil, art. 21). O dispositivo inova ao estabelecer que não apenas a sentença penal,

mas também a civil, repercutem no âmbito do direito administrativo sancionador da lei de improbidade administrativa, mesmo porque há também as sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Ademais, como visto no tópico 2.4, ao tratar da regra da independência das instâncias, o § 4º amplia a comunicação para todos os fundamentos previstos no art. 386 do Código de Processo Penal de absolvição criminal, em ação que discuta os mesmos fatos, conformada por decisão colegiada, embora esse dispositivo seja objeto de questionamento no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7236, conforme abordado alhures.

Por fim, o § 5º do art. 21 prevê a compensação de sanções eventualmente aplicadas em outras esferas com as sanções aplicadas nos termos da lei de improbidade administrativa. Nesse sentido, também a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece, em seu art. 27, que “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos” (Brasil, art. 27).

Esta previsão de compensação de sanções corresponde exatamente à solução encontrada no direito brasileiro para tornar mais adequada e proporcional o acúmulo de punições decorrentes de condenações em múltiplas instâncias, pelos mesmos fatos, até porque o § 2º do art. 22 dispõe, ainda, que “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (Brasil, art. 22), bem como “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato” (Brasil, art. 22), nos termos do § 3º.

Portanto, assim como a cumulação de sanções relativas ao mesmo fato está expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal, a compensação de sanções também está positivada.

Cumpram-se mencionar o disposto no art. 17-D da lei de improbidade administrativa:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (Brasil, art. 17D).

O próprio legislador já deflagra no texto da lei a natureza repressiva, de caráter sancionatório, da improbidade administrativa. Conforme a análise exposta neste capítulo, identifica uma natureza semelhante ao ilícito penal ao tipificar e penalizar determinadas condutas contra a Administração Pública.

A seu turno, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Levando em conta o que se entende como mesmo sujeito, conforme exposto no tópico 1.5.1 desta pesquisa, e o disposto no art. 3º dessa lei, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Assim sendo, torna-se ainda possível cumular as sanções no âmbito da lei de improbidade administrativa e lei anticorrupção.

No entanto, a despeito de a responsabilidade da pessoa moral ser objetiva, nos termos do caput do art. 1º, “os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade” (Brasil, art. 3º), na literalidade do § 2º do art. 3º.

Para os efeitos da lei anticorrupção, constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como exemplo, prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

Pelo exposto, verifica-se que os atos que configuram determinados ilícitos penais, improbidade administrativa e previstos na lei anticorrupção possuem certa similaridade em seu propósito e tangenciam bens jurídicos comuns, como administração pública, moralidade e probidade administrativa.

Segundo o disposto no § 1º do art. 6º, as sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações, sendo levadas em consideração na aplicação das sanções, dentre outros elementos, nos termos do art. 7º, a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator e a consumação ou não da infração.

Assim, se por um lado o legislador receia que no âmbito da referida lei a gravidade da infração seja sancionada de forma desproporcional, por outro, admite que distintas esferas jurídicas, muito embora o direito seja uno e indivisível, sancione o mesmo sujeito, pelo mesmo

fato e pelo mesmo fundamento – no sentido qualitativo e do bem jurídico tutelado – amparado na regra da independência das instâncias.

A seguir, analisar-se-á como a jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça brasileiros, bem como a perspectiva alemã e espanhola têm enfrentado a matéria disciplinada em uma vasta gama normativa.

3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES DA HIPÓTESE DE *BIS IN IDEM* EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA SUPREMA CORTE, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO DIREITO COMPARADO

Após minuciosa análise sobre a compreensão do *ne bis in idem* e da regra da independência das instâncias, passa-se a analisar como a Suprema Corte brasileira tem enfrentado matéria de improbidade administrativa quando o mesmo fato enseja também crime, seja ele político, eleitoral ou comum.

Para isso, serão examinados o Recurso Extraordinário 976.566/PA, tema 576 da Repercussão Geral, acerca de crime de responsabilidade de prefeito municipal, à luz do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, bem como a responsabilização por ato de improbidade administrativa, previsto na Lei nº 8.429, de 1992, a fim de perscrutar o cotejamento entre o crime político e a improbidade administrativa.

Na sequência, será analisado o Recurso Extraordinário com Agravo 1.428.742/SP, tema 1260 da Repercussão Geral, que se propõe à possibilidade de dupla responsabilização por crime eleitoral e ato de improbidade administrativa, inclusive sobre qual a justiça competente para processar e julgar a improbidade administrativa, se a especializada, própria dos crimes eleitorais, ou a justiça comum, competente para a ação de improbidade.

Ao longo desta análise abordar-se-á, sumariamente, também a Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.236/DF, a qual examina diversos dispositivos da Lei 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, entre eles o art. 21, § 4º, que amplia os casos de comunicabilidade entre as instâncias.

O caso seguinte é a Reclamação 41.557/SP. Nele, decidiu-se arquivar ação de improbidade administrativa, tendo em vista haver sentença penal transitada em julgada ante comprovada negativa de autoria. A despeito de esta apertada síntese dar a entender tratar-se de um caso corriqueiro, que aplica a exceção da regra da independência das instâncias, expressamente prevista na legislação e amplamente aplicada pelos juízes e tribunais brasileiros, o caso chama atenção pelo voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, que ventila sobre o modelo alemão e sobre um paradigma internacional denominado Grande Stevens.

Rompendo com as decisões da Suprema Corte, apresentar-se-á o Recurso em Habeas Corpus 173.448/DF, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O caso chama atenção porque referencia a Reclamação Constitucional 41.557/SP, incluindo o caso Grande Stevens, mas navega em direção diametralmente oposta, arquivando o processo penal em função de absolvição da improbidade administrativa, diferentemente da tradição brasileira postulada na lei e em sua jurisprudência.

Imbuído da perspectiva germânica aventada pelo ministro Gilmar Mendes, resolveu-se por adentrar um pouco mais sobre como a Alemanha vislumbra o elo entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, objeto desses autos. Em suma, mais para instigar do que traduzir de forma simplista, a independência das instâncias penal e administrativa-sancionadora não é para eles um imbróglio: o direito administrativo sancionador é parte de um sistema mais amplo, o direito penal *lato sensu*. Compreender como equalizam estes subsistemas é o que verdadeiramente incita a continuidade desta leitura.

Entende-se necessária também a análise da perspectiva espanhola. Afinal, tantas referências hispânicas tratam da matéria objeto deste estudo que se torna fundamental verificar em que medida a forma como encaram poderia ser aplicada, ou adaptada, no Brasil.

Por fim, decidiu-se analisar a perspectiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Afinal, deu-se nesta corte a decisão do emblemático caso Grande Stevens, citado nas duas decisões diametralmente opostas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: na primeira, a esfera penal vinculando a administrativa sancionadora em negativa de autoria, tal como positivado; na segunda, a esfera administrativa vinculando a esfera penal, inspirada no famoso caso Grande Stevens. Mas, afinal, será que as situações se assemelham? Quais foram os critérios adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que culminaram nessa posição?

Por todo o exposto, busca-se, então, acomodar tantas perspectivas e, quem sabe, encontrar uma possível solução para o caso brasileiro.

3.1 O Recurso Extraordinário 976.566/PA: tema 576 da Repercussão Geral – possibilidade de dupla responsabilização por crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa

Conforme visto no tópico 2.5 deste estudo, o *caput* do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, prevê a possibilidade de o ato que constitui improbidade administrativa incorrer, ainda, em sanções penais de responsabilidade,

que são aquelas decorrentes dos chamados crimes de responsabilidade, previstos na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950⁸⁵, bem como no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967⁸⁶.

Ocorre que nem sempre foi assim. Noutros tempos, o Supremo Tribunal Federal, na esteira da Reclamação 2138, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, a partir do voto revisor do Ministro Gilmar Mendes, julgado pelo Tribunal Pleno em 2008, decidiu que “a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)” havendo, portanto, “incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição”⁸⁷.

Contudo, a jurisprudência mais atualizada, conforme o Agravo Regimental na Petição 3240, da Relatoria do Ministro Teori Zavascki e com voto revisor da lavra do Ministro Roberto Barroso, julgado pelo Tribunal Pleno em 2018⁸⁸, sustenta que:

Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade.

⁸⁵ A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, define os crimes de responsabilidade, ainda que simplesmente tentados, cometidos pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador Geral da República, passíveis de perda do cargo com inabilitação para o exercício de qualquer função pública, na forma do art. 1º. Conforme o art. 4º, inciso V, são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra a probidade na administração. Por sua vez, o Capítulo V define os crimes de responsabilidade contra a probidade na administração, nestes termos: “Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo”.

⁸⁶ O Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Além da expressa previsão do inciso I do art. 7º da referida norma, recepcionada pela Constituição Federal conforme enunciado da Súmula 496 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual: “A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador quando utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa”, outros dispositivos estabelecem crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais condutas que se enquadram também como improbidade administrativa, a exemplo do inciso I do art. 1º: “apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio” (Brasil, 1967, art. 7º).

⁸⁷ Rcl 2138, Relator(a): NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094 RTJ VOL-00211-01 PP-00058.

⁸⁸ Pet 3240 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10-05-2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 21-08-2018 PUBLIC 22-08-2018.

Para uniformizar a matéria, o Recurso Extraordinário 976.566/PA, da Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, fixou a tese de Repercussão Geral nº 576, segundo a qual: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”.

Assim, partindo da literalidade do *caput* do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que admite a cumulação de sanções decorrentes de crime penal comum, crime de responsabilidade, civis e administrativas, questiona-se, ainda, a possibilidade de dupla responsabilização por crime eleitoral e por ato de improbidade administrativa. A Suprema Corte vai discutir esta pauta objeto do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.428.742, que teve repercussão geral reconhecida, constituindo o Tema 1.260, que será analisado pormenorizadamente no tópico a seguir.

3.2 O Recurso Extraordinário com agravo 1.428.742/SP: tema 1260 da repercussão geral – possibilidade de dupla responsabilização por crime eleitoral e ato de improbidade administrativa

3.3 A Reclamação Constitucional 41.557/SP: trancamento da improbidade administrativa em face de demonstrada negativa de autoria no âmbito penal

A Reclamação 41.557/SP, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em dezembro de 2020 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foi proposta por Fernando Capez, então deputado federal, e insurge contra ação civil pública por ato de improbidade administrativa com idêntico acervo fático-probatório ao *Habeas Corpus* 158.319/SP, cujos autos foram trancados pelo STF em razão de comprovada negativa de autoria.

Destaca-se o seguinte trecho do Relatório do Ministro Gilmar Mendes:

Ressalta que a decisão que determinou o trancamento do processo não se baseou em insuficiência probatória, mas na demonstração inequívoca da ausência de participação do reclamante nos fatos narrados, bem como na comprovação da inexistência de enriquecimento ilícito ou recebimento indevido de valores e na ilicitude das provas produzidas pela acusação. Sublinha que o ato reclamado, carente de fundamentação idônea, ignorou a projeção, sobre a esfera civil, dos efeitos da decisão proferida por esta Corte em âmbito penal, violando, além da autoridade do *decisum*, a norma prevista no art. 935 do Código Civil.

A norma contrariada é a exceção da regra da independência – mitigada – das instâncias, em que a esfera penal vincula as demais quando comprovada a negativa de autoria.

O relator entende que deve ser a reclamação julgada procedente, conforme os fundamentos do voto, partindo das questões:

(I) É legítimo o cotejo de panoramas fático-probatórios de procedimentos distintos para fins de verificação de afronta à autoridade de decisão do Supremo em sede de reclamação?; (II) O acervo fático-probatório utilizado como substrato empírico para fundamentar o deferimento da petição inicial e da cautelar na ação civil pública 5008470-45.2020.4.03.6100 (ação civil de improbidade administrativa) se identifica com o material que ancorou o processo penal trancado pelo STF no HC 158.319/SP? (III) A demonstração de negativa de autoria foi uma das razões determinantes para o trancamento do processo penal pelo STF? (IV) Em que medida o *bis in idem* – aqui compreendido como a duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas – é vedado na relação que se coloca entre direito penal e direito administrativo sancionador?

Para enfrentar a primeira questão, o relator sustenta um liame temático material conferindo o cabimento da reclamação constitucional ao tornar o direito administrativo sancionador uma extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema criminal em referência à doutrina de Ana Carolina Oliveira, segundo a qual “o Tribunal [Europeu de Direitos Humanos] estabelece um conceito de direito penal em sentido amplo (...) [e] o direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema penal”.

A partir dessa premissa, entendeu ser a ação civil de improbidade administrativa relacionada à ação penal, não havendo óbices para a análise dos acervos probatórios em sede de reclamação constitucional para se apurar a ofensa à decisão do STF no âmbito do *habeas corpus*.

Em relação à segunda questão analisada, vislumbrou-se, a partir de um cotejo objetivo, que “existe não só identidade do acervo fático-probatório referido nos procedimentos, mas também franca duplicação da narrativa, por vezes utilizando as mesmas palavras”. Esta identidade na fundamentação dos distintos procedimentos (civil e penal), inclusive, confirma o cabimento da reclamação constitucional.

Quanto ao terceiro ponto, demonstrou-se a negativa de autoria diante de robusto material probatório como razão determinante do trancamento do processo penal pelo Supremo Tribunal Federal, diante de quaisquer condutas típicas a ele imputadas, e não meramente “uma concessão de ordem de *habeas corpus* lastreada no benefício da dúvida”.

Por fim, quanto à última questão a ser enfrentada, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes:

O ponto central de tensão que aqui nos interessa nessa relação, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo (...) é a limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador.

A partir da premissa do direito administrativo sancionador como um subsistema do sistema criminal estabelecida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já mencionada pela doutrina de Ana Carolina Oliveira, determinados princípios jurídico-penais estender-se-iam para o âmbito do direito administrativo sancionador: “A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*”.

O relator explica, na sequência, que a própria norma constitucional (art. 37, § 4º), que prevê a improbidade administrativa, anuncia uma noção de independência entre as esferas sancionadoras, ao dispor as sanções no âmbito do direito administrativo sancionador, “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Dando continuidade, explana que a independência é complexa, mitigada, e que deve ser resguardada a proibição do *bis in idem*. Para elucidar essas colocações, leciona que a compreensão fixada definitivamente no processo penal, sempre mais rigoroso, não pode ser revista no direito administrativo sancionador para que os círculos concêntricos de ilicitude não ensejem uma dupla persecução, eis que vedado o *bis in idem*.

Essa compreensão vai ao encontro do art. 935 do Código Civil, o qual normatiza a independência mitigada das instâncias, cuja posição o relator entende ser “mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade”.

Na lição de Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 236-237):

Isto porque decisões penais que reconheçam a inexistência de fato ou ausência de autoria não podem ser simplesmente desconsideradas pelo órgão administrativo (...) O princípio da proporcionalidade configura o fundamento jurídico do direito do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa (...) Para a identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in idem* examinado, devem-se verificar identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de efeitos jurídicos das sanções (natureza punitiva ou sancionadora). (...) Examinada a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa no direito brasileiro, verificou-se que não apenas inexiste qualquer óbice para sua adoção, senão também que o princípio da proporcionalidade o impõe, já que a cumulação das vias penal e administrativa viola o subprincípio da necessidade.

O voto do relator foi acompanhado pela maioria, composta pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Nunes Marques. Divergiu o Ministro Edson Fachin quanto ao cabimento da reclamação, por entender que não merece acolhida a pretensão de “estender os efeitos à esfera cível de decisão que, em sede de *habeas corpus*, reconheceu a ausência de justa causa na esfera criminal”. Entendeu o revisor que “o ponto não foi objeto de debate ou de exame na decisão invocada como paradigma, de modo que não foi preenchido o requisito da aderência estrita entre a decisão reclamada e o paradigma”.

3.4 O recurso em *habeas corpus* 173.448/DF: trancamento da ação penal diante da absolvição no âmbito da improbidade administrativa

Em março de 2023, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, deu provimento ao Recurso em *Habeas Corpus* 173.448/DF interposto por Maria Cristina Boner Leo, incursa no art. 333 do Código Penal⁸⁹, por 168 vezes, no contexto da denominada “Operação Caixa de Pandora”.

A defesa alega, em síntese, o imperativo trancamento da ação penal diante da absolvição no âmbito da ação de improbidade administrativa ajuizada pelos mesmos fatos.

O Ministério Público Federal se manifestou contrário à tese defendida pela defesa:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. LAVAGEM DE DINHEIRO. AÇÃO DE IMPROBIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. DESPROVIMENTO. 1. O trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, exigindo-se inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se constata na hipótese dos autos. Precedentes do STJ. 2. **“Com efeito, há independência das instâncias, não cabendo a alegação da defesa de que a absolvição do réu na esfera cível deve ser estendida à ação criminal. Isso porque, no Processo Penal vigora o princípio da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz, de modo que é perfeitamente possível que o juízo criminal, analisando os elementos colhidos no decorrer da instrução probatória, de cognição mais ampla e exauriente, conclua pela autoria e materialidade do delito”. (AgRg no AREsp n. 1.516.441/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/10/2019). 3. Parecer pelo desprovimento do recurso.**

⁸⁹ Corrupção ativa.

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Apesar de a jurisprudência da Corte Superior também ser sólida no sentido de as esferas civil, penal e administrativa serem independentes e autônomas entre si, de tal modo que as decisões tomadas no âmbito administrativo ou cível não vinculam a seara criminal⁹⁰, o voto do relator entende que a hipótese dos autos apresenta particularidades e é pertinente considerar, como elementos de persuasão⁹¹, a decisão absolutória na via da improbidade administrativa, a qual concluiu pela ausência de dolo e de obtenção de vantagem:

Nessa linha de intelecção, não é possível que o dolo da conduta em si não esteja demonstrado no juízo cível e se revele no juízo penal, porquanto se trata do mesmo fato, na medida em que a ausência do requisito subjetivo provado interfere na caracterização da própria tipicidade do delito, mormente se se considera a doutrina finalista (que insere o elemento subjetivo no tipo), bem como que os fatos aduzidos na denúncia não admitem uma figura culposa, culminando-se, dessa forma em atipicidade, ensejadora do trancamento ora visado.

Destaca-se que o relator cita em seu voto, inclusive, a Reclamação constitucional 41.557/SP já analisada. Contudo, deve-se registrar que o presente caso é inverso ao analisado no âmbito daquela, perante o Supremo Tribunal Federal. Naquele caso, a ação penal que concluiu pela negativa de autoria foi pretérita e vinculou a ação de improbidade administrativa, tal como dispõe a regra da independência mitigada das instâncias, prevista no art. 935 do Código Civil, pela doutrina, voto do relator e jurisprudência dominante. Neste caso, frente ao STJ, a ação civil de improbidade administrativa é que antecede o processo penal e decide por vinculá-la.

Ademais, cabe observar, por oportuna, a colocação do Ministro Gilmar Mendes no âmbito da Reclamação 41.557/SP, segundo a qual, a despeito de a decisão penal poder vincular o direito administrativo sancionador, “a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal”.

Naquele voto do Ministro Gilmar em sede da aludida reclamação constitucional foi suscitado o paradigmático caso Grande Stevens, em que três empresários italianos foram responsabilizados, tanto na esfera criminal quando na seara administrativa, por infrações contra o mercado de capitais na Itália. Contudo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH),

⁹⁰ EDcl no AgRg no REsp n. 1.831.965/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 18/12/2020.

⁹¹ REsp n. 1.847.488/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021.

em 2014, decidiu por anular as sanções de natureza penal a fim de evitar-se uma dupla punição pelos mesmos fatos, porquanto houve punição administrativa anterior, cujos fundamentos serão analisados no tópico 3.7 deste estudo.

Todavia, apesar de pontuar que a punição administrativa antecede e vincula a criminal no caso italiano, o Ministro Gilmar ressalta que apresentou o paradigma internacional como um “importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado”.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, até mesmo pela sua formação acadêmica, fundamenta sua decisão sob a perspectiva alemã, sobre a qual será tratado a seguir.

3.5 A perspectiva alemã

No direito alemão, historicamente, ao longo do Segundo Reich (1871-1918), o princípio *ne bis in idem*, apesar de não positivado no ordenamento jurídico, era considerado na jurisprudência que vedava a persecução por fatos sobre os quais os tribunais já haviam se manifestado. Por sua vez, durante o período nazista, segundo já identificado no panorama histórico apresentado no item 1.1, a garantia foi afastada, como de costume nos regimes autoritários que buscavam uma suposta justiça material em detrimento de garantias individuais.

Após um período bélico marcado por um direito penal fortalecido, verifica-se a transferência de competências do direito penal para o direito administrativo sancionador, “descriminalizando uma grande parcela das condutas de menor potencial ofensivo, através da criação de regras de direito administrativo sancionador, regimes de faltas ou contravenções, e normas de ‘contraordenação’” (Bach, pp. 43-44; Oliveira, 2013, p. 102)

Precedida da lei de despenalização do direito penal econômico, de 1949, em 1968 foi publicada a primeira lei geral de contraordenações, que visava descriminalizar as condutas menos graves, reunindo as sanções administrativas e consolidando seu tratamento com base em uma parte geral comum aplicável a todas as infrações, em grande parte coincidente com os princípios de parte geral do direito penal.

Jakobs (1993, p. 45) aponta que “o Direito Penal deve ser utilizado apenas quando indispensável para proteger a coexistência pacífica da sociedade, enquanto o Direito Administrativo Sancionador ocupa-se de regular condutas de menor relevância para o convívio

social”. Essa posição enfatiza o papel do direito penal como última instância na proteção de bens jurídicos essenciais, em contraste com o caráter predominantemente funcional e disciplinador do direito administrativo sancionador, também defendida por Winfried Hassemer.

Com efeito, o movimento de administrativização do direito penal guiado por sua diminuição, e recorrendo às normas de contraordenação, ocasionou e consolidou a potestade punitiva da administração pública e o fortalecimento do direito administrativo sancionador.

Ademais, a Constituição germânica previu expressamente o princípio *ne bis in idem* em seu art. 103: “Ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, com base no direito penal comum”.

Para a compreensão deste preceito, e do que se entende como fortalecimento do direito administrativo sancionador, necessário se faz entender como se dá a estrutura do direito sancionador na Alemanha, dividido entre delitos e contravenções, também conhecidas como contraordenações (*Ordnungswidrigkeiten*). Estas se distinguem daquelas pelo tipo de sanção imposta, geralmente multas, e pela autoridade que as impõe, Administração, e são em grande coincidentes com as infrações administrativas, segundo leciona Ana Carolina Carlos de Oliveira (2012).

Conforme a autora, apesar da prevalência da autoridade administrativa, as contraordenações estão mais próximas do direito penal do que administrativo, “pois as técnicas de codificação são parecidas com aquelas empregadas na definição dos delitos” (Oliveira, 2012). Citando Jeschek, ela explica que o ilícito contraordenacional “é uma ação típica, antijurídica, e reprovável, porém castigada com multa administrativa” (Oliveira, 2012, p. 51). Ademais, “responde à estrutura do conceito de delito segundo o Direito penal, em particular no que respeita aos fundamentos da sanção, à proibição de analogia de dolo do autor principal no marco da participação” (Oliveira, 2012, p. 51).

Noutro giro, cabe ao denominado direito disciplinário, regido por regras gerais administrativas, a parcela sancionadora da Administração voltada às infrações cometidas no âmbito de organizações e instituições.

Para Nuno Brandão (2016, p. 67):

O direito contra-ordenacional pertence ao direito penal em sentido amplo e não ao direito administrativo. Conclusão que é independente da posição que se tome em relação a uma diferenciação qualitativa ou meramente quantitativa entre crimes e contra-ordenações, sendo esta problemática vista como uma questão intrapenal.

A despeito da conclusão do critério qualitativo ou quantitativo colocado pelo autor, fato é que a concepção do direito administrativo sancionador como uma subespécie do direito penal *lato sensu*, inclusive aplicada pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito da Reclamação Constitucional 41.557/SP, alinha a coordenação desses sistemas jurídicos e simplifica a garantia do princípio *ne bis in idem*, diferentemente do caso brasileiro, que reconhece a autonomia das instâncias (Costa, 2013).

Contudo, em tradução livre, se um ato constituir ao mesmo tempo uma infração penal e uma infração administrativa, apenas a lei penal será aplicada, podendo serem reconhecidos os efeitos colaterais ameaçados na outra lei. É o que prevê o dispositivo 21.1 da já aludida lei geral de contraordenações, de 1986. Afinal, sendo a penalização decorrente do processo penal mais severo, são mais rígidos os procedimentos, as garantias constitucionais e os meios probatórios.

Fazendo referência a Francisco Javier de León Villalba (2007, p. 30 *apud* Tojal, 2022, p. 263), a autora explica que que “criaram-se meios para que a resposta sancionatória – dada por um juiz penal – possa abarcar todo o conteúdo de injusto do fato, de modo que a valoração global substitua uma eventual dupla valoração injustificada”.

A autora explica ainda que:

Do ponto de vista procedimental, as seções 41, 44, 45, 84 e 86 da lei determinam, resumidamente, que: (i) havendo indício de se estar diante de crime, a autoridade administrativa deverá remeter os autos ao Ministério Público, para que decida se instaurará ação penal ou não; (ii) a resolução dada pelo Ministério Público vinculará a autoridade administrativa; (iii) se a atividade persecutória do Ministério Público recair sobre um ilícito contra-ordenacional e um crime a ele relacionado, o tribunal competente para julgar o caso será o penal; (iv) uma vez que houver decisão definitiva que qualifique uma conduta como infração contra-ordenacional ou crime, os mesmos fatos não poderão ser processados novamente com título diverso; (v) o aviso de multa será anulado se o mesmo indivíduo for condenado pelos mesmos fatos na seara penal ou se for absolvido sob fundamentos que impeçam a imposição de multa. Porém se a multa já tiver sido executada, ela será descontada da pena de multa criminal, dos efeitos da condenação ou das custas processuais, nessa ordem.

O regramento mostra-se contundente. Por mais que no regime alemão o direito administrativo sancionador seja parte de um sistema penal *lato sensu* e, por conseguinte, com ele se coadune, quando um mesmo fato se enquadrar como ilícito penal e administrativo, a decisão final será do juízo penal, não cabendo, inclusive, que este fato seja processado sob outra denominação, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*. Caso haja prévia decisão administrativa, sua sanção será anulada. Apesar de não garantir o *ne bis in idem* em sua vertente processual,

assegura a competência do juízo penal. Em último caso, se a sanção administrativa tiver sido executada, será descontada, ao encontro da proporcionalidade.

3.6 A perspectiva espanhola

Ana Carolina Carlos de Oliveira (2012, p. 122) sintetiza o movimento de despenalização ocorrido na Espanha:

Na Espanha, contudo, o processo de despenalização teve um matiz bastante diverso ao da Alemanha, uma vez que não fez parte de um movimento liberalizador e progressista, mas de uma escalada repressiva sob um ambiente ditatorial. O que se buscava durante a época de repressão política era que determinados delitos fossem tratados como infrações administrativas com o objetivo de justificar a ausência de garantias processuais e a desnecessidade do controle judicial na aplicação de sanções e condução do processo. (...) Esse contexto explica a insistência da doutrina espanhola em invocar os princípios e a teoria da parte geral do Direito Penal para integrarem o Direito administrativo sancionador, (...) a fim de prevenir uma ‘descriminalização’ meramente formal, motivada pela flexibilidade das regras de investigação e imposição de sanção.

Verifica-se que os propósitos almejados na Espanha, dado seu contexto histórico, estavam noutro compasso em relação à Alemanha.

Hassemer defendia uma visão crítica do direito penal como *ultima ratio*, mas enfatizava a necessidade de restringir a intervenção penal com base em uma abordagem centrada na proteção de bens jurídicos essenciais. O autor alemão também era um crítico da ampliação das sanções administrativas como substitutas do direito penal, temendo que isso pudesse diluir garantias fundamentais, como o devido processo legal, para o qual, em tradução livre “a substituição do Direito Penal por normas sancionatórias administrativas não resolve o problema do expansionismo; ela apenas o transfere, muitas vezes, com menor rigor garantidor” (Hassemer, 1986, p. 123).

Por sua vez, Jesús María Silva Sánchez focava na necessidade de conter a expansão do Direito Penal por meio da despenalização e do fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador. Para ele, “o Direito Administrativo Sancionador pode ser um instrumento eficaz e proporcional para lidar com infrações que não exijam a intervenção estigmatizante e custosa do Direito Penal” (Sánchez, 2001, p. 57). Assim, infrações de menor gravidade ou de caráter técnico poderiam ser resolvidas fora do âmbito penal, evitando a sobrecarga do sistema de Justiça Penal e a estigmatização desnecessária de pessoas por condutas que poderiam ser reguladas administrativamente.

Silva Sánchez (2001), para explicar a coexistência de diferentes níveis de rigor e garantias dentro do sistema penal contemporâneo, apresenta a teoria das velocidades do direito penal em seu processo de expansão, que se divide em dois subsistemas com finalidades, características e garantias distintas.

Conforme já mencionado alhures⁹², a segunda velocidade do direito penal volta-se para a gestão de riscos e proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos, com foco na eficiência e rapidez, tais como nas áreas dos crimes econômicos, ambientais ou administrativos, caracterizando-se por procedimentos mais céleres e simplificados, muitas vezes com menos garantias processuais, foco em sanções pecuniárias ou medidas alternativas à prisão e normas muitas vezes abertas e flexíveis, com menos rigor técnico. “Enquanto o Direito Penal clássico opera com a máxima proteção de garantias, o Direito Penal de segunda velocidade prioriza a eficiência, muitas vezes em detrimento das salvaguardas tradicionais” (Sánchez, 2001, p. 82).

Importa ressaltar ainda a posição de Alejandro Nieto García (2012), segundo o qual o direito administrativo sancionador espanhol importa os princípios do direito penal, mas é autônomo, diferentemente do modelo alemão do direito administrativo sancionador como integrante de um direito penal *lato sensu*.

Ademais, o autor defendia que o direito administrativo sancionador, próprio da Administração, seria mais célere, por ter julgadores mais especializados e sistemas de regulação mais flexíveis que os penais, circunstâncias essas que tornavam a intervenção mais efetiva. Ao passo que o sistema penal trazia garantias materiais e processuais notáveis, princípios mais solidificados, dogmática melhor estruturada, bem como maior independência dos julgadores.

Em 1992 foi publicada a Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, já revogada, mas sendo ela um marco na sistematização de regras e princípios referentes à potestade sancionatória. Seu artigo 133 vedava a punição dos fatos que já o tivesse sido penal ou administrativamente, quando verificada a identidade de sujeito, fato e fundamento.

Nesse regramento, verifica-se a adoção do critério cronológico, permanecendo a decisão administrativa quando anterior à penal, conforme posicionou-se o Tribunal Constitucional na ocasião da Sentença nº 177/1999. Tarsila Fonseca Tojal (2023, p. 260) elucida o caso:

⁹² Conforme já explicado no tópico 2.2.4, a primeira velocidade refere-se ao direito penal tradicional, caracterizado por sua estrita observância das garantias constitucionais e processuais, especialmente aplicável em crimes graves que afetam bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física e o patrimônio. Visa a proteção de bens jurídicos essenciais e a aplicação de penas com caráter retributivo e preventivo e caracteriza-se pela forte proteção às garantias fundamentais do acusado, estrito respeito aos princípios do *due process* e da legalidade penal e de penas severas, como privação de liberdade, aplicadas após processos rigorosos.

Na paradigmática Sentença nº 177/1999, o Tribunal Constitucional decidiu que deveria prevalecer o critério cronológico, de modo que a primeira sanção imposta impediria uma posterior, ainda que penal, ao mesmo sujeito, por idênticos fatos e fundamentos. Entendeu-se que essa segunda reprimenda vulneraria o direito de não ser sancionado reiteradamente e, por isso, procedeu-se à sua anulação. O erro exclusivo da administração não poderia recair sobre o acusado, sobretudo naquele caso, em que ele havia até mesmo alertado nos autos a existência de processos concomitantes.

Atualmente, a Ley 40/2015 (*Ley de régimen jurídico del sector público*) estabelece, em seu artigo 31, em tradução livre, que:

1. Os fatos sancionados criminal ou administrativamente não podem ser punidos nos casos em que sejam comprovadas a identidade do sujeito, de fato e de fundamento.
2. Quando um órgão da União Europeia tiver imposto uma sanção pelos mesmos fatos, e desde que não esteja presente a identidade do sujeito e do fundamento, o órgão competente para deliberar deve tê-la em conta para efeitos de classificação que, quando cabível, deverá impô-la, podendo reduzi-la, sem prejuízo da declaração do cometimento da infração.

Também a Ley 39/2015 (*Ley del procedimiento común de las administraciones públicas*), por meio do artigo 77.4, regula a matéria e prevê, em tradução livre, que nos procedimentos sancionatórios, os fatos declarados provados pelas decisões judiciais criminais definitivas vincularão as Administrações Públicas em relação aos procedimentos sancionatórios que fundamentam.

Nesse novo cenário, a aludida Corte modificou seu posicionamento. A Sentença 2/2003 do Tribunal Constitucional Espanhol é um importante precedente no âmbito do princípio do *ne bis in idem*, especialmente na delimitação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. O caso envolvia a aplicação de sanções em dois âmbitos distintos: uma sanção penal por conduta configurada como crime, e também uma sanção administrativa imposta pelos mesmos fatos, que eram também regulados no âmbito administrativo.

O Tribunal reafirmou que o *ne bis in idem* é um princípio derivado do direito à segurança jurídica (art. 9.3 da Constituição Espanhola) e do direito à tutela judicial efetiva (art. 24.1), impedindo que uma pessoa seja punida duas vezes pelo mesmo fato, desde que haja identidade de sujeito, fato e fundamento. Ademais, reconheceu que o direito administrativo sancionador e o direito penal podem coexistir. No entanto, destacou que não é admissível uma dupla punição quando as sanções têm o mesmo fundamento e buscam proteger o mesmo bem jurídico.

No caso, o acúmulo de sanções foi considerado incompatível com o princípio do *ne bis in idem*, já que a conduta foi punida tanto penalmente quanto administrativamente sem uma

justificativa clara para a duplicidade, destacando que as sanções devem ter finalidades distintas. Por exemplo, uma sanção penal pode ter caráter retributivo, enquanto uma sanção administrativa pode visar apenas regular condutas no âmbito técnico ou econômico.

Assim, a Sentença 2/2003 consolidou o entendimento de que o princípio do *ne bis in idem* limita o poder punitivo do Estado, tanto no âmbito penal quanto administrativo, e serviu de base para interpretações posteriores, assentando as disposições do artigo 31 da Ley 40/2015, que reforça a proibição da dupla sanção e do artigo 77.4 da Ley 39/2015, que regula a articulação entre sanções administrativas e penais.

3.7 A perspectiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

A perspectiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) será analisada em razão do paradigmático caso “Grande Stevens”, assim conhecido por um dos sujeitos passivos do polo processual, o advogado italiano Franzo Grande Stevens, advogado do grupo Agnelli. Figuram também como réus Gianluigi Gabetti, presidente da Agnelli, e Virgilio Marrone, administrador da Agnelli, além das pessoas jurídicas Giovanni Agnelli S.A.S., sociedade familiar que detém a sociedade *holding* EXOR S.P.A., acionista e controladora da Fabbrica Italiana Automobili Torino (FIAT).

Em suma, o caso Grande Stevens envolve uma infração no mercado de capitais na Itália. Ocorre que, em 2002, a FIAT celebrou um contrato de financiamento com oito bancos, que previa a restituição do empréstimo até 20 de setembro de 2005, sob pena de subscrição de novas ações, de modo que os bancos tornar-se-iam os acionistas majoritários da FIAT em detrimento da *holding* EXOR, controlada pela família Agnelli.

Buscando evitar a perda do controle acionário da FIAT, o advogado Grande Stevens sugeriu a renegociação de um outro contrato pré-existente com o banco britânico o Merrill Lynch International Ltd.. Acerca da renegociação deste contrato, foi submetida uma questão técnica à *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB), autoridade equivalente à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil.

A CONSOB, por sua vez, em 23 agosto de 2005, determinou a “publicação de um comunicado de imprensa informando sobre qualquer iniciativa tomada em relação ao vencimento do contrato de financiamento com os oito bancos”, conforme Paulo Burnier da Silveira (2014).

Sob a orientação de seu advogado, Franzo Grande Stevens, em 24 de agosto de 2005 foi informado não terem sido iniciadas nem estudadas ações para a quitação do financiamento que poderia culminar na perda do controle acionário da FIAT pela família Agnolli em prol das oito instituições financeiras.

Em 14 de setembro de 2005 a CONSOB foi formalmente informada das negociações e, em 15 de setembro de 2005, a EXOR celebrou termo aditivo com a Merrill Lynch International, assegurando a quitação do contrato de financiamento com os oito bancos e, por conseguinte, o controle acionário da indústria automobilística.

Diante da informação veiculada na imprensa sobre a ausência de providências após o requerimento da CONSOB, esse órgão concluiu, em fevereiro de 2006, ter sido configurada infração da legislação italiana de mercado de capitais. Eis que a falsa representação da saúde financeira da empresa caracterizou manipulação do mercado, culminando na aplicação, em fevereiro de 2007, na aplicação de multas e na proibição temporária de administração de sociedades de capital aberto. Em janeiro de 2008, o Tribunal de Apelação de Turim ratifica a decisão administrativa, mas abranda as sanções.

Por configurar, também, um ilícito penal, o caso foi encaminhado, em novembro de 2008, à justiça penal italiana, tendo a *Corte di Cassazione*, instância judicial suprema naquele país, condenado os réus, Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens, também na esfera criminal.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a seu turno, anulou o julgamento penal no caso Grand Stevens e outros v. Itália, devido à violação do *ne bis in idem*, decidindo que as multas aplicadas pela CONSOB já tinham caráter punitivo, pois eram de natureza severa e visavam reprimir comportamentos ilícitos. Materialmente, configuravam uma sanção penal, mesmo que aplicada em um processo administrativo.

Concluiu, ainda, pela violação do artigo 4º do Protocolo nº 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), já abordada no item 1.2 deste estudo, inclusive com a ressalva que embora não seja adotada pelo Brasil, é fundamento deste caso paradigmático referenciado pela Suprema Corte brasileira, conforme exposto nos itens 3.3 e 3.4 deste estudo.

3.8 Possível solução no caso brasileiro

No Brasil, avolumam-se as normas que tornam ilícita a mesma conduta, que fere a moralidade e a probidade administrativa com amparo constitucional, a qual estabelece sanções no âmbito do direito administrativo sancionador sem prejuízo da esfera penal. Portanto, há mais

para uma maximização do direito penal e do direito administrativo sancionador do que para os movimentos pendulares, seja de administrativização do direito penal ou penalização do direito administrativo.

Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 118) sintetiza essa concepção explicando que “a hipertrofia do âmbito punitivo da administração pública não veio acompanhada de um conjunto de regras e princípios que delimite e imponha parâmetros rigorosos à aferição do ilícito e imposição da sanção”.

O ordenamento brasileiro também prevê expressamente a independência das esferas do direito, como positivado no art. 935 do Código Civil, ressaltando os casos em que a esfera penal vincula as demais.

A reforma da lei de improbidade administrativa pela Lei nº 14.230/2021 introduziu outras espécies de vinculações, cuja constitucionalidade está sendo examinada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que, de fato, parecem criticáveis, na medida em que o não enquadramento penal não afasta, de forma absoluta, a seara administrativa.

Parece, então, que a melhor solução seria que o legislador não tipificasse a mesma conduta em diferentes instâncias, numa tentativa que parece desesperada de erradicar a corrupção no Brasil. Assim, caberia definir a(s) conduta(s) que se enquadre(m) como penal, pelo bem jurídico que tutela e por sua gravidade, bem como aquela(s) não penal(is), que ficaria(m) a cargo do direito administrativo sancionador.

Seria desejável também que o legislador regulamentasse de forma congruente o direito-administrativo sancionador, seus princípios, normas e procedimentos, criando uma harmonia no ordenamento jurídico de forma sistemática, estruturada e objetiva. Neste sentido, para Luciano Anderson de Souza (2019, p. 96), o direito administrativo sancionador parece “um ideário normativo em construção, cuja adoção, não obstante, gera importantes consequências para os limites horizontais do Direito Penal brasileiro”.

No entanto, dado o estado atual do aplicador do direito, resta-lhe aplicar as normas existentes, válidas até que sejam declaradas definitivamente inconstitucionais. Assim sendo, determinadas condutas, infelizmente, parecem estar previstas de forma multiplicada.

A norma do art. 315 do Código de Processo Civil indica que seja suspenso o processo nas demais esferas até o exame pelo competente juízo criminal. Esse procedimento busca evitar, em certa medida, o *bis in idem* em sua vertente processual e, de forma derradeira, material.

Portanto, estando o indivíduo sujeito a mais de uma esfera pela mesma conduta, que se aguarde e prevaleça a sentença penal sobre as demais, cujos procedimentos são mais rígidos, haja vista a possibilidade de sanções mais gravosas.

No entanto, ultrapassando o prazo para que se pronuncie a justiça criminal, e sendo o caso de continuar o processo administrativo-sancionador, não há amparo legal no ordenamento pátrio vigente para que esta decisão vincule a esfera penal como em caso de absolvição.

De todo modo, num estado democrático não é cabível expurgar as garantias do indivíduo, inclusive amparadas por princípios previstos expressa e implicitamente tanto na Constituição Federal quanto nos pactos internacionais de que o Brasil é parte.

Assim, ainda que se incorra mais um processo e mais de uma sanção, deverão ser observados os princípios do contraditório, da ampla-defesa, da razoável duração do processo, da segurança-jurídica, da proporcionalidade, da razoabilidade e, dentre outros, do *ne bis in idem*.

Para tanto, deverá ser aplicada, minimamente, a compensação de sanções, prevista no art. 21, § 5º, da Lei de Improbidade Administrativa, bem como no art. 27 da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro.

Ainda que essas não sejam as soluções mais desejáveis à luz das experiências de outros países, como a Alemanha, demonstram-se viáveis no bojo do sistema jurídico nacional.

CONCLUSÃO

O presente estudo analisou que, a depender do bem jurídico tutelado, incide uma esfera do direito. O direito penal é a *ultima ratio*, subsidiário e aplicado quando as demais não são suficientes para reprimir um bem jurídico grave e socialmente relevante.

No entanto, determinadas matérias, a exemplo da corrupção, são regidas por diferentes normas e, conseqüentemente, perpassam diversas searas, tal como a penal, a eleitoral e o direito administrativo sancionador.

Isso ocorre porque vigora no Brasil a regra da independência mitigada das instâncias. É relativa porque quando no âmbito penal a sentença decide pela inexistência do fato ou negativa da autoria, a esfera criminal vincula, necessariamente, as demais.

Quando se admite a independência das instâncias, afasta-se a incidência de *bis in idem*, embora recomende-se que as demais esferas aguardem a decisão criminal e que, sendo o caso, as sanções aplicadas entre as diversas esferas sejam compensadas a fim não afrontar o princípio da proporcionalidade.

No âmbito da Suprema Corte, havia sentença penal anterior conclusiva sobre a negativa de autoria, que deveria vincular a ação civil de improbidade administrativa. No bojo da fundamentação, também foi considerado ser o direito administrativo sancionador, no âmbito da ação civil de improbidade administrativa, subespécie do sistema penal. Ademais, a identidade fático-probatória na fundamentação dos distintos procedimentos (civil e penal) confirma ser a corrupção matéria que chama à aplicação diferentes esferas do direito. Contudo, caso se considere tratar de uma mesma grande área e, portanto, uma mesma fundamentação, vislumbra-se a incidência de *bis in idem*.

Por sua vez, no âmbito da Corte Superior de Justiça, a situação era oposta: a ausência de dolo e de obtenção de vantagem indevida no âmbito do processo de improbidade administrativa vinculou a esfera penal.

Foi exposto caso semelhante julgado pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, em que se decidiu anular as sanções de natureza penal a fim de evitar-se uma dupla punição pelos mesmos fatos, porquanto houve punição administrativa anterior.

Nota-se também que o caso internacional não se assemelha ao julgado do STJ. Naquele, houve condenação na esfera administrativa. Neste, espera-se que a decisão absolutória administrativa vincule a seara criminal.

Além da regra da independência mitigada das instâncias permitir que apenas a esfera criminal possa vincular as demais, cabe destacar que a legislação brasileira prevê a suspensão

do processo civil, por determinado tempo, a fim de aguardar a decisão penal que pode influenciá-lo. Logo, não se vislumbra, na ordem constitucional e legal vigente, qualquer previsão em que uma absolvição administrativa possa impedir um processo penal que trate do mesmo fato.

Parece temerária uma decisão que, pautada na ausência de dolo e de obtenção de vantagem indevida, esvazie a justa causa da ação penal cujo procedimento é mais severo, com arcabouço probatório mais robusto, que poderia chegar a conclusões diversas do âmbito civil. Ademais, soluções em caso concreto, contrárias à expressa disposição legal, correm o risco de serem arbitrárias e contrárias ao interesse público e ao sistema jurídico nacional.

Até mesmo a ampliação do rol de comunicabilidade da esfera penal na seara administrativa por parte do dispositivo incluído na lei de improbidade administrativa (art. 21, § 4º), pela Lei nº 14.230, de 2021, é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pendente de julgamento, mas que já teve sua eficácia declarada suspensa em medida cautelar adotada pelo Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Também está pendente de julgamento na Suprema Corte recurso extraordinário com agravo, em que já se reconheceu a repercussão geral, a possibilidade de dupla responsabilização por crime eleitoral e improbidade administrativa, e a justiça competente para julgar ação de improbidade administrativa por ato que também configure crime eleitoral – em prova discussão sobre *bis in idem* material e processual.

A preocupação com o *ne bis in idem*, tanto do ponto de vista processual quanto material, não pode acarretar uma inversão das disposições legais que sustentam o sistema nacional vigente.

Seria desejável que o legislador freasse a produção de normas que tutelem o mesmo interesse jurídico e incidam sobre o mesmo sujeito, diante do mesmo fato. Também se estima um regramento para o direito administrativo sancionador, a exemplo da experiência alemã, ainda que não se opte por torná-lo um subsistema penal, como adotado pela Espanha.

Se, de um lado, não se pode inverter a regra da independência das instâncias vigente, de outro, é imperioso que um estado democrático de direito preze pelos direitos de seus indivíduos, dentre os quais o de não ser processado e/ou condenado mais de uma vez, pelos mesmos fatos e fundamentos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Carlos Pinto de. **Jurisprudência Temática de Direito Penal geral e especial e Direito Processual Penal: Corrupção**. n. 120, nov. 2023. Disponível em: <https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2023/11/corruptcao.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2024.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Iustel, 2008.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. ano 42, n. 165, jan./mar. 2005.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito Constitucional de Aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 129, 2017.

BACH, Marion. **Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade**. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRANDÃO, Nuno. **Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material**. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Brasília, DF, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro, RJ, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CORREIA, Eduardo. **A teoria do concurso em direito criminal: Caso julgado e poderes de cognição do juiz**. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal (*ne bis in idem*): limites no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: Escreitos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Notas sobre a Assessoriedade Administrativa no Direito Penal Econômico. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 21-36, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves; FIGUEIREDO, Luciano L.; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **Código Civil para Concursos**. Coordenador Ricardo Didier. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

GUARAGNI, Fabio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. São Paulo: Almedina, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. Lei penal em branco, princípio da reserva legal e sua dimensão formal: a tensão produzida em relação à fonte de complementação do branco. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 16, p. 175-179, 2022.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) bis in idem*: a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais). Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido del axioma ne bis in idem. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coordn). **El principio de ‘ne bis in idem’ em el derecho penal europeo e internacional**. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 17-36.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **El principio non bis in idem**. Madrid: Dykson, 2004.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 4, n. 16, pp. 11-75, jul./set. 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem* entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 192. ano 30. p. 75-112. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf> . Acesso em: 8 dez. 2023.

MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in idem*: hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. El principio ne bis in idem a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: *exposición y crítica*. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OTTAVIANO, Santiago. **El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en la Derecho Internacional**. Tese de Doutorado apresentada na Universidad Austral, Buenos Aires, 2008.

PASTOR, Daniel R. **Nuevas tareas para el principio ne bis in idem?** In La Cultura Penal – Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2009.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La Prohibición Constitucional de Incurrir en Bis In Idem**. Barcelona, Editora Tirant lo blanch, 2002.

PESTANA, Marcio. **Lei anticorrupção**: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. Barueri, SP: Manole, 2016.

RANGEL, Paulo. O Garantismo penal e o aditamento da denúncia. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 4, p. 56 e ss. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_55.pdf.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Direito Penal**: Fundamentos e Limites do Poder Punitivo. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidades de sanções e de agências e controle punitivo. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 71-92., jul./dez. 2018.

SARMIENTO, Daniel. *El principio ne bis in idem em la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **El principio de ‘ne bis in idem’ en el derecho penal europeo e internacional**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

SERRANO PÉREZ, Raúl. **El Principio Non Bis In Idem**: Límites a la Repetición de Sanciones en el Derecho Administrativo y Penal. Madrid: Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Os Crimes de Perigo Abstrato no Direito Penal Brasileiro**. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13224/1/CrimesPerigoAbstrato.pdf>.

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

SOUZA, Luciano Anderson de. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). **Direito penal econômico**: Leis Penais Especiais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, pp. 57-106.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Juspodivm, 2023.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo nº 1428742**. Plenário. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 15/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6600698>. Acesso em: 16 dez. 2023.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7236**. Plenário. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 27/12/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6475588>. Acesso em: 16 dez. 2023.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação nº 41.557**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 15/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345865921&ext=.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 1044681**. Segunda Turma. Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 06/03/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5179961>. Acesso em: 10 maio 2023.

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus nº 173.448/DF**. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Julgamento: 07/03/2023. DJe:13/03/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203607311&dt_publicacao=13/03/2023. Acesso em: 12 jun. 2023.

TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e princípio ne bis in idem**: uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos*. In: **Sistema interamericano de protección de los derechos y derecho penal internacional**, v. 2, 2010.