

# A VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM* NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA MITIGADA

THE PROHIBITION OF *BIS IN IDEM* REGARDING CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW AND THE PRINCIPLE OF MITIGATED INDEPENDENCE

## Bruno Tadeu Buonicore

Doutor em Direito (Direito Penal) – summa cum laude – pela Universidade de Frankfurt. Professor da Universidade Católica de Brasília. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

ORCID: 0000-0002-0536-268X

bruno.buonicore@gmail.com

## Gilmar Mendes

Doutor em Direito pela Universidade de Münster. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do IDP. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

ORCID: 0000-0003-3919-7237

gilmaracademico@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo trata dos principais argumentos que fundamentam a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 41.557/SP, que discute a relação e os limites que se colocam entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Aborda-se, principalmente, a importância do princípio do *ne bis in idem* e a necessidade da aplicação do princípio da independência mitigada entre as diferentes esferas, seguindo a tendência de considerar o Direito Administrativo Sancionador uma extensão do Direito Penal e manifestação do poder punitivo estatal.

**Palavras-chave:** Direito Penal – Direito Administrativo Sancionador – *ne bis in idem* – Garantias Individuais – Independência Mitigada das Instâncias

**Abstract:** This article deals with the main arguments that support the decision of the Federal Supreme Court, which discusses the connection and limits between criminal law and administrative sanctioning law. It mainly addresses the importance of the principle of *ne bis in idem* and the need to apply the principle of mitigated independence among the different spheres, following the tendency to consider administrative sanctioning law as an extension of criminal law and a manifestation of the state's punitive power.

**Keywords:** Criminal Law – Administrative Law – *ne bis in idem* – Individual Guarantees – Mitigated independence from instances

Em 15.12.2020, no julgamento da Reclamação 41.557/SP, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, pela maioria de seus membros<sup>1</sup>, proferiu decisão no sentido de demarcar, em sua face procedimental, o espectro de alcance do princípio do *ne bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. O objetivo deste breve artigo é apresentar o cerne da fundamentação do voto vencedor, que desenvolve linha argumentativa na direção de reconhecer a dimensão de proximidade entre as esferas normativas em questão e, conseqüentemente, estender as garantias individuais tipicamente penais para o espaço do Direito Administrativo Sancionador.

Diante da existência daquilo que se convencionou chamar de princípio da independência das instâncias, propõe-se aqui clarificar e desenvolver o que denominamos *princípio da independência mitigada*, especificamente na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador – **Lopes Jr.** e **Saboya**<sup>2</sup> reconhecem nesta empreitada uma delimitação de ordem paradigmática e “um bom começo” na elucidação das complexas problemáticas dogmáticas e hermenêuticas que surgem da relação entre essas distintas e próximas esferas normativas.

Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

estabelece, a partir do paradigmático caso Oztürk, em 1984, um “conceito amplo de direito penal”, que reconhece o Direito Administrativo Sancionador como um “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal. A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato<sup>3</sup>.

Confira-se *in verbis* os apontamentos de **Oliveira**<sup>4</sup>: “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*”.

A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*, resulta na compreensão que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos subsistemas, mas também e principalmente na relação entre ambos os subsistemas – trata-se aqui justamente de uma baliza hermenêutica para a qualidade da relação.

A Constituição Federal anuncia, no art. 37, § 4º, uma noção de independência entre as esferas sancionadoras aqui abordadas. Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma *independência mitigada*, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*.

Explica-se: o subsistema do Direito Penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o Direito Administrativo Sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do Direito Administrativo Sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo –, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do Direito Penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do Direito Administrativo Sancionador. Todavia, 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 – é disso que cuida o *princípio da independência mitigada*.

O artigo 935 do Código Civil, que trata da relação entre Direito Penal e Direito Civil, coaduna-se perfeitamente com esta interpretação. Além disso, pertinente apontar a lógica da ação civil *ex delicto*, a partir da qual uma ação de reparação de danos poderá ser proposta em âmbito civil mesmo ante uma sentença absolutória, desde que, contudo, não se tenha estabelecido uma tese que reconheça a inexistência do fato ou negativa de autoria. Desse modo, se a fixação de uma tese dessa natureza impede a ação civil de indenização, mais ainda deve obstaculizar a ação civil de improbidade.

Reforçando tal modelo argumentativo, **Lobo da Costa**<sup>5</sup> destaca que a interpretação no sentido de uma independência absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador revela um equívoco metodológico que alcança sérios problemas práticos: “*Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de independência entre as instâncias, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia (...). Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário.*”

A adoção do *princípio da independência mitigada* entre as esferas penal e administrativa sancionadora – esta parece ser a posição mais acertada diante dos parâmetros constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), sobretudo do art. 12, nos leva ao entendimento de que a mesma narrativa fático-probatório que dá ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar

novo processo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador – *círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o bis in idem vedado no que diz respeito à persecução penal e ao Direito Administrativo Sancionador pelos mesmos fatos.*

Nesse sentido, a lição de **Lobo da Costa**<sup>6</sup> é novamente esclarecedora: “*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 inexistente 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.*”

Na mesma direção, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sinalizou adotar, desde o emblemático caso Grande Stevens, em 2014, o entendimento de que é vedado o *bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. No caso, em apertada síntese, três empresários italianos foram responsabilizados, tanto na seara criminal quanto na seara administrativa, por infrações contra o mercado de capitais na Itália. Tendo sido interposto recurso junto ao TEDH, o Tribunal internacional decidiu por anular as sanções de natureza penal determinadas pela justiça italiana. Isso porque foi reconhecida uma dupla punição pelos mesmos fatos, já que houve punição administrativa anterior à sanção criminal, que foi imposta pelo órgão *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB). Destaca-se aqui que a dupla punição ofende garantias individuais já consolidadas no âmbito internacional a algum tempo, a exemplo daquilo que prevê também a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>7</sup>.

Ainda que no caso citado a punição administrativa tenha ocorrido antes da criminal, disposição fática reversa do que ocorre no caso que deu ensejo ao precedente aqui apresentado, trata-se de um importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente no sentido de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado – é nesse contexto que se coloca a necessidade da aplicação do *princípio da independência mitigada* na interpretação da Lei de Improbidade (Lei 8.429/92).

## NOTAS

- 1 Os Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia e Nunes Marques acompanharam o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes. O Ministro Edson Fachin divergiu e foi voto vencido.
- 2 LOPES JR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo. *Conjur*, 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>. Acessado em 21/01/2021. Acesso em: 31 jan. 2021. Sobre o tema, conferir: SABOYA, Keity. Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, v. n. 1, p. 71-92, jul.- dez. 2018; SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- 3 OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 128.
- 4 OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador*: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 241.

- 5 LOBO DA COSTA, Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 119 e 222.
- 6 LOBO DA COSTA, Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 236-237.
- 7 SILVEIRA, Paulo Burnier. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 5-22, 2014; VENTORUZZO, M. Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia, *Revista Delle Società*, v. 59, n. 4, p. 693-722, 2014.

Autores convidados