

NE BIS IN IDEM ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

DOUBLE JEOPARDY BETWEEN CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS

Helena Regina Lobo da Costa

Livre-docente, doutora e mestre pela Faculdade de Direito da USP. Professora

Associada da Faculdade de Direito da USP. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4647485496732896>

ORCID: 0000-0002-7117-7829

helenaregina@hotmail.com

Resumo: O texto discute as possibilidades de se aplicar o princípio *ne bis in idem* entre as esferas penal e administrativa, com base em desenvolvimentos havidos em outros países e no direito internacional e comunitário, propondo sua fundamentação no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: *ne bis in idem*, direito administrativo sancionador

Abstract: The text discusses the application possibilities of the principle *ne bis in idem* between the criminal and the administrative law. It is based on the development of the theme in other countries as well as in international and communitarian law and it proposes its justification on Brazilian legal system.

Keywords: *ne bis in idem*, double jeopardy, administrative sanctions

A ideia de que o Estado não pode apenar duas ou mais vezes uma pessoa por um mesmo fato é antiga no Direito,¹ provavelmente por representar uma exigência fundamental, até mesmo intuitiva, de justiça. E essa ideia, com o passar do tempo, para além de alcançar *status* deontológico, ganhou complexidade, passando a abarcar não apenas a vedação de o indivíduo ser sancionado criminalmente mais de uma vez por uma mesma conduta, como também a de ser processado penalmente mais de uma vez por fato idêntico,² já que o processo traz, em si, estigmatização e outras consequências negativas que devem ser evitadas sempre que não houver, desde logo, possibilidade de responsabilização do acusado.

Mais recentemente, a vedação do sancionamento duplo ou múltiplo vem ganhando forte espaço no que se refere à imposição cumulada de pena e sanção administrativa por um mesmo fato, contra a mesma pessoa.³

Esse movimento claro de estabelecimento normativo do chamado *ne bis in idem* transversal⁴ pode ser compreendido a partir do fato de que há tempos assistimos a uma acentuada aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Enquanto o Direito Penal socorre-se cada vez mais do Direito Administrativo para estabelecer seu âmbito de incidência – basta mencionar as inúmeras normas penais em branco heterogêneas, bem como os muitos tipos que exigem para sua configuração, que a conduta tenha sido praticada sem autorização ou em desacordo com os ditames dos órgãos administrativos competentes –, o Direito Administrativo Sancionador agigantou-se, ganhando novos âmbitos de aplicação e tornando-se mais rigoroso em sua aplicação.

Tal aproximação gera, por consequência, um importante espaço de sobreposição, no qual ocorrem, em muitos ordenamentos, sancionamentos sobrepostos entre a esfera penal e a administrativa.

Deve-se observar que em diversos países – muitos dos quais de enorme influência no Direito Penal e Administrativo brasileiros

– essa sobreposição é expressamente vedada. A Espanha, por exemplo, reconhece a vedação do *bis in idem* entre pena e sanção administrativa, devendo-se utilizar os critérios de identidade do sujeito sancionado, identidade fática e identidade de fundamento ou natureza para verificação da sobreposição. Alemanha e Portugal, que adotam sistemas bastante semelhantes, estabelecem que, diante de uma só conduta que se enquadre seja em uma descrição típica, seja em previsão de ilícito contraordenacional, aplica-se somente uma das sanções, dando-se prevalência ao procedimento penal. Também a Itália, assim como Áustria, Bélgica, Holanda e, na América Latina, o Peru, adotam regras para afastar o *bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa.⁵

Contudo, quanto àqueles ordenamentos em que não há vedação da cumulação de sanções penal e administrativa (ou de processos penal e administrativo), surgem diversas situações que vêm sendo trazidas às cortes internacionais e comunitárias, existindo, assim, um crescente número de precedentes reconhecendo o *ne bis in idem* transversal.

A Corte Europeia de Direitos Humanos construiu uma já robusta jurisprudência sobre o tema, fundada na interpretação do art. 4º, do Protocolo 7, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁶ A partir do caso paradigmático Engel, firmou-se que a classificação formal conferida por um Estado a uma determinada matéria como não penal (administrativa, disciplinar, etc.) não pode ser determinante para excluir a aplicação das garantias previstas na Convenção Europeia. Assim, evita-se que o aspecto formal prevaleça sobre o material na aplicação das garantias fundamentais. A partir de tal fundamento, muitos foram os casos nos quais a Corte afirmou a impossibilidade de aplicação cumulada de sanção penal e sanção administrativa, podendo-se destacar os casos Zolotoukhine contra Rússia e Grande Stevens contra Itália.

A posição da Corte foi, mais recentemente, relativizada no caso

A. e B. contra Noruega, tendo-se afirmado a possibilidade de que alguns sistemas reprimam ilícitos em níveis diversos, com diversas finalidades, mas destacando-se que, nesses casos, os procedimentos não devem levar a uma duplicidade, mas sim a combinações integradas que formem um todo coerente. Desde então, a doutrina tem apontado, de modo crítico, a insegurança gerada pelos novos critérios jurisprudenciais, podendo-se prever que a discussão sobre o ponto terá novos desdobramentos jurisprudenciais no futuro.⁷

Há, ainda, importante jurisprudência sobre o tema no Tribunal de Justiça da União Europeia.⁸

Voltando os olhos aos tratados de que o Brasil é signatário, deve-se notar que o Pacto de San José da Costa Rica prevê a vedação do *bis in idem*, mas restrito à seara penal (art. 8.4⁹). A Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que o rol de garantias mínimas estabelecido no Pacto para matéria criminal deve estender-se também a ilícitos de natureza civil, laboral, fiscal ou de qualquer outro caráter.¹⁰ Assim, embora não haja jurisprudência expressa afirmando o *ne bis in idem* transversal, pode-se dizer que seu reconhecimento seria harmônico com o entendimento da Corte. O mesmo pode ser dito com relação ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas e sua interpretação pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.¹¹

Para além deste cenário internacional, o reconhecimento da vedação do *bis in idem* entre as esferas penal e administrativa pelo direito brasileiro não encontra óbice algum na Constituição; pelo contrário: harmoniza-se muito mais aos ditames constitucionais do que a mal fundada e incoerente ideia de que as instâncias seriam independentes.

Isto porque, em um ordenamento jurídico que leve a sério a necessidade de limitação do poder do Estado, não se deveria admitir a possibilidade de uma pessoa ser punida diversas vezes pelo mesmo ato, sendo submetida a múltiplos processos – ainda que essa punição não se caracterize estritamente como pena e esses processos não sejam estritamente processos penais, já que

hoje o direito administrativo sancionador tem uma capacidade de ingerência em direitos fundamentais, que deve ser delimitada juridicamente de modo rigoroso.

Nessa linha, a doutrina tem apontado diversos fundamentos para a configuração do *ne bis in idem* entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, desde a concepção de uma unidade do *ius puniendi* estatal, bastante difundida na Espanha, passando pela ideia de justiça e de equidade, pela própria concepção de Estado de Direito, pelo princípio da dignidade humana, da legalidade e tipicidade ou da segurança jurídica.¹²

Entretanto, parece que a fundamentação mais contundente decorre do princípio da proporcionalidade que, como já defendi, “*impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo. Por meio de seus subprincípios, indica que se deve adotar a solução mais idônea à finalidade, estritamente necessária a seu atingimento e cujos meios não se revelem desproporcionais ao atingimento do fim. Nessa linha, cumular sanções que apresentam finalidades praticamente idênticas, por meio de processos paralelos, não se configura como um meio necessário ao atingimento do fim almejado pelo legislador.*”¹³

A doutrina brasileira tem estado cada vez mais atenta a esse problema, havendo relevantes trabalhos defendendo a aplicação da vedação do *bis in idem* entre as esferas penal e administrativa.¹⁴ Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma importante decisão¹⁵ reconhecendo, ainda de modo pontual, a possibilidade de reconhecimento do *ne bis in idem* entre a esfera penal e a de improbidade administrativa.

Indubitavelmente, diante dos crescentes espaços de sobreposição entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, bem como do aumento contínuo do rigor atribuível a este, a aplicação do *ne bis in idem* transversal deve ser objeto de maior atenção da doutrina brasileira, quiçá não apenas buscando fundamentar e indicar sua aplicação, mas sobretudo buscando ofertar critérios para sua concretização prática.

NOTAS

- 1 SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 7-9.
- 2 Sobre o tema, vide: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- 3 Pode-se apontar, também, um outro importante desdobramento no âmbito supranacional, no direito comunitário europeu e no direito internacional, tanto no que se refere à imposição de sanções comunitárias/internacionais e sanções internas sobre os mesmos fatos quanto no que diz respeito à duplicidade ou multiplicidade de processos ou sanções penais aplicadas em diferentes jurisdições. Diante da crescente tendência de alargamento das regras de estabelecimento de jurisdição quanto a determinados ilícitos, como ocorre, por exemplo, com a corrupção (basta mencionar o FCPA e o Anti Bribery Act), a questão ganha ainda maior importância. Sobre o tema, exemplificativamente, vide: PRALUS, Michel. *Étude en droit international et en droit communautaire d'un aspect du principe "non bis in idem: non bis"*. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 551-574, jul./set. 1996. DANNECKER, Gerhard. *La garantía del principio ne bin in idem en Europa*. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, p.157-176, 2004.
- 4 SABOYA, Keity, *Op. cit.*, p. 259 e ss.
- 5 Para um panorama sobre os sistemas dos mencionados países, cf.: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 194 e ss. SABOYA, Keity, *Op. cit.*, p. 49 e ss.
- 6 “Artigo 4.º (Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez).
1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
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.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.”
- 7 TOMILLO, Manuel Gómez. *Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo*. In: *Dret*, Barcelona, p. 421-456, fev. 2020.
- 8 VETZO, Max. *The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma*. *Review of European Administrative Law*, v. 11, n. 2, p. 55-84, 2019. TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas*. *Revista Jota*, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-administrativas-01082018>. Acesso em: 29 de jan. 2021.
- 9 “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”
- 10 Decisão Paniagua Morales e outros v. Guatemala, de 8 de março de 1998. Sobre o tema, vide, ainda: OTTAVIANO, Santiago. *Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge, LAPORTA, Mario H., RAMÍREZ, Nicolás D. (Coord.). *Derecho penal empresarial*. Montevideo: B. de F., 2010, p. 739-797, p. 758.
- 11 OTTAVIANO, Santiago, *Op. cit.*, p. 760.
- 12 Para um detalhamento da discussão, com ulteriores referências, vide: COSTA, Helena Regina Lobo da, *Op. cit.*, p. 213 e ss. SABOYA, Keity, *Op. cit.*, p. 155 e ss. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *El principio del ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*. *Política Criminal*, v. 9, n. 18, p. 543-563, dez. 2014., 2014.
- 13 COSTA, Helena Regina Lobo da, *Op. cit.*, p. 216.
- 14 Além dos já mencionados trabalhos citados anteriormente, vide: SCANDELARI, Gustavo Britta. *Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários*. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.); SOBRINO, Fernando Martins Maria Sobrinho. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2018. KASSADA, Daiane Ayumi; CARVALHO, Erika Mendes de. *Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do ne bis in idem: uma abordagem*

político criminal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 3, n. 2, p. 49-67, 2017. CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mélio; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 431-469, mai./ago. 2013. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Direito penal, direito administrativo sancionador e a questão do ne bis in idem: o parâmetro da jurisprudência internacional. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I.; ALCKMIN, Geraldo. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 287-306. BACH, Marion. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: quando a aproximação se torna temerosa. *Marian Bach*

¹⁵ *Advocacia Criminal*, [2018]. Disponível em: <https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa/>. Acesso em: 19 jan. 2021. COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. *Revista Fórum de Ciências Criminais: RFCC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 41.557*. Turma, por maioria, confirmou a liminar e julgou procedente a reclamação (...). Relatoria: Min. Gilmar Mendes, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200617_151.pdf. Acesso em: 07 fev. 2021.

REFERÊNCIAS

BACH, Marion. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: quando a aproximação se torna temerosa. *Marian Bach Advocacia Criminal*, [2018]. Disponível em: <https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa/>. Acesso em: 19 jan. 2021. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 41.557*. Turma, por maioria, confirmou a liminar e julgou procedente a reclamação, determinando o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo e a consequente desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de seus bens, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Relatoria: Min. Gilmar Mendes, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200617_151.pdf. Acesso em: 07 fev. 2021. CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mélio; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 431-469, mai./ago. 2013. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. *Revista Fórum de Ciências Criminais: RFCC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. DANNECKER, Gerhard. La garantía del principio *ne bin in idem* en Europa. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 157-176. KASSADA, Daiane Ayumi; CARVALHO, Erika Mendes de. Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do ne bis in idem: uma abordagem político criminal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 3, n. 2, p. 49-67, 2017. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio del ne bis in idem frente a la

superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política Criminal*, v. 9, n. 18, p. 543-563, dez. 2014. OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge; LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolás D. (coord.). *Derecho penal empresario*. Montevideo: B. de F., 2010. p. 739-797. PRALUS, Michel. Étude en droit international et en droit communautaire d'un aspect du principe "non bis in idem: non bis". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 551-574, jul./set. 1996. SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. SCANDELARI, Gustavo Britta. Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.); SOBRINO, Fernando Martins Maria Sobrinho. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2018. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. Direito penal, direito administrativo sancionador e a questão do ne bis in idem: o parâmetro da jurisprudência internacional. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I.; ALCKMIN, Geraldo. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 287-306. TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. Ne bis in idem e o acúmulo de sanções penais e administrativas. *Revista Jota*, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penaise-administrativas-01082018>. Acesso em: 29 jan. 2021. TOMILLO, Manuel Gómez, Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. *InDret*, Barcelona, p. 421-456, fev. 2020. VETZO, Max, The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma, *Review of European Administrative Law*, v. 11, n. 2, p. 55-84, 2019.

Autora convidada

A “LEI ANTICRIME” E A VALORAÇÃO DAS PALAVRAS DO COLABORADOR NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

THE “ANTICRIME LAW” AND THE EVALUATION OF THE DEFENDANT’S WORDS IN THE PREVENTIVE DETENTION’S DECREETING