

NE BIS IN IDEM EM TEMPOS DE MULTIPLICIDADES DE SANÇÕES E DE AGÊNCIAS DE CONTROLE PUNITIVO

NE BIS IN IDEM IN TIMES OF MULTIPLE SANCTIONS AND PUNITIVE CONTROL AGENCIES

KEITY SABOYA

Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro com estágio doutoral na Universidad de Castilla-La Mancha. Bolsista Pesquisadora do Programa de Doutorado com Estágio no Exterior da CAPES. Bolsista Pesquisadora do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professora Adjunta do Departamento de Direito Público e do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Programa de Residência Judicial, Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Norte/Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Juíza de Direito da 6ª Vara de Execução Fiscal e Tributária da Comarca de Natal, Estado do Rio Grande do Norte. keitysaboia@uol.com.br

RESUMO: Objetiva-se problematizar a ausência de regras no Direito brasileiro sobre o sentido e o alcance do *ne bis in idem*, com ênfase nos riscos dos tempos presentes, dadas as multiplicidades de sanções e de agências punitivas. Como forma de indicar limites ao *ne bis in idem*, demonstra-se especialmente o reconhecimento das interferências recíprocas do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador, consagradas na experiência europeia, como forma de serem estabelecidos mecanismos de articulação e de coordenação entre as agências estatais de controle.

PALAVRAS-CHAVE: *Ne bis in idem*. Direito penal. Direito administrativo sancionador. Cúmulo de procedimentos e de sanções. Limites.

ABSTRACT: This work aims to problematize the lack of rules in Brazilian law on the meaning and reach of *ne bis in idem* in present times, due to the variety of penalties and punitive agencies. As a way of indicating limits to the *ne bis in idem*, it is demonstrated especially the recognition of reciprocal interferences of criminal and administrative sanctioning law, based in the European experience, as a way of establishing mechanisms of coordination and articulation between the state agencies of control.

KEYWORDS: *Ne bis in idem*. Criminal law. Administrative sanctioning law. Accumulation of procedures and sanctions. Limits.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Trilha histórica do *ne bis in idem*. 3. Espectro de proteção do *ne bis in idem*. 3.1 A dimensão dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia à não cumulatividade de sanções. 3.2 A unicidade de reação punitiva garantida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 4. Desafios e perplexidades em tempos de multiplicidades de procedimentos e de agências punitivas 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Apesar do *ne bis in idem* ter adquirido *status* de direito fundamental no Estado brasileiro, com a adesão ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art.14.7) e à Convenção Americana de Direitos

Humanos (art. 8.4),¹ o direito a não ser punido ou processado mais de uma vez pelos mesmos fatos e pelos mesmos motivos ainda não alcançou a magnitude que o seu espectro de proteção assegura, haja vista a limitação hermenêutica decorrente do entendimento de que a independência entre as instâncias penal e administrativa possibilitaria a coexistência de múltiplas punições pela prática da mesma conduta.

No Brasil, tem sido recorrente o argumento de que a transgressão de atos qualificados como ilícito administrativo e penal, ao mesmo tempo, ensejaria a aplicação cumulativa de sanções administrativas e de sanções penais, uma vez que, nessa situação, a responsabilidade do agente assumiria “identidades distintas”, seja por perspectivas normativas, dadas as multiplicidades dos regimes jurídicos correlatos, seja por perspectivas valorativas diversas.

Daí nenhuma surpresa no cenário apresentado no XVII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) sobre o tema do *ne bis in idem*, em 2004. Em relatório produzido pelo Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, observou-se que, com exceção da repercussão na instância administrativa em caso de absolvição pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria, inexistiria, no ordenamento jurídico brasileiro, proibição de se impor cumulativamente sanções penais e sanções administrativas, pelos mesmos fatos, bastando a subsunção da conduta de determinado indivíduo a figuras típicas dessas duas ordens normativas.²

Não é raro, por exemplo, a cumulação de sanções por infrações penais previstas na Lei 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente) e infrações administrativas constantes do Decreto 6.514/2008, ambas com idêntico fundamento ou idêntico objeto de proteção, qual seja, a tutela do *meio ambiente*.³ Também é possível observar a ausência de articulação entre as instâncias punitivas do Estado quanto aos crimes tributários (Lei 8.137/90) e às correspondentes infrações administrativas fiscais pelo descumprimento da mesma obrigação tributária.⁵

A escassez de limites mais precisos quanto à exegese que se deve atribuir a respeito do direito a não ser punido ou processado mais de uma vez (*ne bis in idem*) tem agravado a ocorrência dessas situações ilógicas no Direito brasileiro, mormente após a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que define

¹ “[...] Entre juízes com competência penal e outros, com competência cível ou administrativa, o referido princípio não terá aplicação, vez que se considera que as disciplinas jurídicas são independentes entre si. Essa observação pode ser constatada através do estudo dos chamados delitos econômicos, onde a punição penal praticamente pressupõe a realização de uma conduta típica administrativa ou civil. Logo, desde que haja previsão legal, um indivíduo, pela prática da mesma conduta, pode receber uma penalidade administrativa, bem como uma sanção penal”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4 e 5, p. 97-98, 2003/2004. (Grifos acrescidos).

² Que “vem a ser o conjunto de meios naturais que em sua quantidade e combinação configuram o *habitat* atual para o homem, para a fauna e a flora, e cuja alteração por meios nocivos [...] é contrária ao equilíbrio natural da vida humana, animal e vegetal na terra”. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 109-110.

³ E, a despeito dessa complementação do tipo penal pelo direito administrativo, tem-se entendido que a assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado entre o Ministério Público estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da respectiva ação penal, dada a “independência entre as esferas administrativa, cível e penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.154.405/MG, DJe 25/05/2017.

⁴ A propósito, na imposição de sanções penais e sanções administrativas por declaração fraudulenta de tributos, por exemplo, são consideradas as mesmas circunstâncias fáticas, conforme se verifica da redação do art. 1º, incisos I e IV, da 8.137/90 e do art. 4º, incisos I e II, da Lei 8.218/91.

⁵ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

organização criminosa e prevê a colaboração premiada, assim como da Lei 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção.

É que se tem observado uma crescente atuação sancionadora de natureza punitiva das mais diversas agências estatais de controle, destacando-se as penalidades aplicadas por órgãos como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Banco Central (Bacen), o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Em uma operação denominada Lava Jato,⁶ que investiga corrupção e lavagem de dinheiro imputados a agentes políticos, agentes públicos, operadores financeiros e empreiteiras, o Plenário do Tribunal de Contas da União, em 22 de março de 2017, decidiu que os acordos de leniência celebrados somente no âmbito do Ministério Público Federal não teriam o condão de excluir a possibilidade de aplicação de penalidades por aquele órgão, mas tão somente de influir na dosimetria e efeito das penalidades aplicadas no âmbito de referida instância de controle político-administrativo.⁷

O TCU, nos autos desse mesmo processo, adiou a aplicação de penalidades, mormente a decretação de inidoneidade para contratar com o Poder Público, por meio de “um aditivo, ou *recall*, aos acordos de leniência já firmados” pelas empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa, Construtora Norberto Odebrecht e Construtora Andrade Gutierrez com o Ministério Público Federal.

Como destacado na decisão em comento, a oportunidade de firmar novo compromisso demonstrando interesse em colaborar com as apurações em curso no Tribunal de Contas da União,

[...] Poderão se reverter na recuperação de valores subtraídos do erário, especialmente nos casos em que há dificuldade de se calcular o débito correspondente (como os contratos de eletromecânica, por exemplo).

Ademais, espera-se um ganho decorrente da diminuição na litigância, considerando a necessidade de postura cooperativa por parte da empresa no processo de controle externo [...].

[...] Uma solução dessa natureza aliará, de um lado, deferência aos acordos já firmados, dever de qualquer instituição estatal, e, de outro, maior efetividade na apuração e no ressarcimento dos montantes desviados.

Também em processo relativo à operação Lava Jato, nos autos da ação penal 5054741-77.2015.4.04.7000, em trâmite na Seção Judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba, em 02 de abril de 2018, o juiz federal Sérgio Moro decidiu que:

[...].

⁶ Decisão proferida nos autos do Processo 016.991/2015-0 (acórdão 483/12). Íntegra da decisão disponível em: <<http://www.portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2018. Ainda a respeito dessa decisão, em 13 de abril de 2018, nos autos do Mandado de Segurança 34.435/DF, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida cautelar para impedir a decretação de inidoneidade da impetrante Andrade Gutierrez Engenharia S.A pelo Tribunal de Contas no âmbito do TC 016.991/2015-0, ressalvado eventual descumprimento do acordo de leniência ou o surgimento de novos fatos. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷ Posteriormente, o juiz Sérgio Moro permitiu a “utilização da prova pela Receita Federal para fins de lançamento e cobrança de tributos, mesmo contra colaboradores e empresas lenientes”. A decisão se estendeu à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-compartilha-lava-jato-com-a-receita/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

A inaplicabilidade de sanções diretas ou indiretas aos colaboradores ou lenientes com base em provas e elementos probatórios colhidos ou ratificados em processos de colaboração é medida que tende a amplificar a eficácia dos acordos.

[...].

De todo modo, *a questão é relativamente complexa tendo em vista a autonomia entre as esferas criminal, cível e administrativa, a vinculação subjetiva dos acordos e a inexistência de um posicionamento assente na jurisprudência das Cortes Superiores.*

Examinando o Direito Comparado, os Estados Unidos possuem entendimento mais assentado sobre a questão. A Regra 410 do *Federal Rules of Evidence*, que registra regras de introdução e interpretação de evidências em processos cíveis e criminais, prevê que é proibido o uso da prova colhida através da colaboração premiada contra o colaborador em processos civis e criminais.

[...].

Apesar do compartilhamento de provas para a utilização na esfera cível e administrativa ser imperativa, já que atende ao interesse público, faz-se necessário proteger o colaborador ou a empresa leniente contra sanções excessivas de outros órgãos públicos, sob pena de assim não fazendo desestimular a própria celebração desses acordos e prejudicar o seu propósito principal que é de obter provas em processos criminais. (Grifos acrescentados)

E atendendo a pedido do Ministério Público Federal, o juiz federal Sérgio Moro proibiu a utilização dos elementos informativos e das provas contra os agentes que “celebraram acordo de colaboração com o Ministério Público no âmbito da assim denominada *Operação Lavajato*, bem como contra empresas que celebraram acordo de leniência”.⁸

Em entrevista ao Jornal O Globo, o ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União, entendeu que a decisão do juiz Sérgio Moro de proibir outros órgãos de terem acesso a provas da Lava Jato não teria “previsão legal” e que seria irrelevante a circunstância de como a prova chegou ao processo, pois “se ela for lícita, deve ser considerada”.⁹

Por outro lado, a força-tarefa do Ministério Público Federal na operação Lava Jato do Paraná manifestou-se publicamente quanto às declarações do ministro Bruno Dantas, do TCU, aduzindo, entre outros argumentos, que a limitação de acesso a provas impugnadas, além de fundada em entendimento técnico da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, busca evitar “*a punição excessiva – duplicada ou mesmo triplicada – de colaboradores, o que na esfera individual produz injustiça e, no âmbito sistêmico, mina as bases do sistema de colaborações e leniências que permitiu a existência da Lava Jato*”.¹⁰ (Grifos acrescentados)

Em face desse cenário de anomia e incertezas quanto ao direito fundamental a não ser punido ou processado mais de uma vez, pretende-se, adiante, abordar as bases fundacionais do *ne bis in idem*, com o propósito de tentar identificar os contornos do seu largo espectro de proteção. Em seguida, em razão do considerável aumento do exercício da potestade sancionadora no Direito brasileiro por agências estatais

⁸ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-tcu-chama-de-carteirada-decisao-de-moro-de-vedar-uso-de-provas-da-lava-jato-22782673>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

⁹ Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lava-jato-desafia-ministro-do-tcu-a-informar-quantos-politicos-ja-foram-responsabilizados/>>. Acesso em 16 jun. 2018.

¹⁰ RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 56.

de controle e, conseqüentemente, da aplicação descoordenada e desarticulada de sanções, faz-se necessário revisitar a experiência da União Europeia e as diretrizes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto ao sentido e alcance do *ne bis in idem*, especialmente as últimas decisões sobre esse assunto. Também serão indicados alguns mecanismos de solução para a prevenção de conflitos entre as mais diversas agências punitivas estatais. E, por fim, por meio dessas reflexões, o mais importante será a possibilidade de compreender em quais hipóteses seria possível o cúmulo – ou não – de procedimentos ou de sanções de natureza punitiva pelos mesmos fatos, sem ofensa ao *ne bis in idem*.

2. Trilha histórica do *ne bis in idem*

Entre os pensamentos mais difundidos sobre a origem do *ne bis in idem*, prevalece a percepção que vincula seu nascimento ao Direito romano, sendo a corrente mais tradicional a que relaciona o seu surgimento ao fenômeno da consunção, pois se defendia que, exercido um direito, não seria possível exercê-lo novamente, uma vez que restara consumido por via daquele exercício.¹¹

Com a aplicação do *ne bis in idem* nos moldes concebidos pelo Direito romano, assegurava-se que a “coisa” obtida em virtude de uma ação não poderia ser reclamada uma segunda vez, por restar “esgotada ou consumida”,¹² expressando-se, por conseguinte, o caráter marcadamente processual dessa máxima pela proibição de ajuizamento e/ou julgamento de um segundo processo pelos mesmos fatos.

Durante determinado período do processo formulário, a proibição do *bis in idem* foi aplicada com a mesma finalidade da exceção da coisa julgada – *exceptio rei iudicate* –, o que na prática se traduziu na extensão, com poucos matizes, dos mesmos requisitos da coisa julgada ao *ne bis in idem*: identidade das partes, do pedido e dos fundamentos.¹³

Talvez assim, considerando-se a forte influência do Direito romano na construção do direito dos povos da Europa Continental e, conseqüentemente, da América Latina – por ter sido por eles colonizada – explica-se o porquê, até hoje, da semelhança da composição dos pressupostos de aplicabilidade do *ne bis in idem* com os elementos de identificação da coisa julgada.

Por outro lado, há quem defenda que o *ne bis in idem* originou-se no Direito grego, na arte da retórica dos áticos, sendo um postulado de lógica, decorrente da simples constatação de que o que já foi realizado não o pode ser novamente.¹⁴

¹¹ SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares, 2005. p. 1094.

¹² LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 452.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 35-38.

¹⁴ THOMAS III, George C. *Double jeopardy*. The history, the law. New York: New York University Press, 1998. p. 73. Oportuna se faz a citação de trechos dos discursos de Demóstenes: “[...] As leis proíbem que o mesmo homem seja processado duas vezes pelo mesmo assunto, seja uma ação civil, um escrutínio, um pedido contestado ou qualquer outra coisa da mesma espécie. (Discurso contra Leptino, 147). [...] Para cada grave ofensa uma única penalidade é estabelecida pela lei, a qual diz explicitamente que ‘em qualquer julgamento não deve haver mais de uma valoração da pena, qualquer uma que o tribunal imponha, se uma pena corporal ou uma multa’, mas não ambas (Discurso contra Leptino, 155). Quando tiver ocorrido um julgamento anterior ou uma adjudicação a respeito de qualquer matéria em uma corte de justiça, seja em uma ação pública ou privada, [...] nenhum dos magistrados pode apresentar a

Nesse sentido, não são poucos os autores que vinculam o nascimento do *ne bis in idem* ao Direito grego, especialmente a uma citação constante de um discurso pronunciado por Demóstenes contra Leptino, no ano 355 a.C., quando, em defesa de uma lei que isentava o pagamento de tributos, afirmou a proibição de que um mesmo homem fosse julgado mais de uma vez pelo mesmo assunto; e a outra, quando, em 353 a.C., em um discurso escrito para Diodoro contra Timócrates, Demóstenes afirmou que o legislador não permitia que uma questão, uma vez decidida, fosse novamente objeto de demanda.¹⁵

Como observa Muñoz Clares,

Sua formulação expressa [do *ne bis in idem*], tomada da Constituição de Atenas, aparece na obra do orador Demóstenes (Atenas, 384-322 a.C.), concretamente em seu discurso “Contra Leptino”, uma peça de oratória estritamente jurídica, construída para ser exposta perante o tribunal em defesa de uma determinada tese.

O então jovem Demóstenes atuou como advogado em defesa de umas isenções fiscais pactuadas há anos em favor de determinados benfeitores de Atenas; Leptino tinha submetido à aprovação uma lei que privava de tais isenções os herdeiros dos beneficiários originais; o argumento empregado por Demóstenes foi o seguinte: “[...] as leis não permitem [acionar ou demandar] duas vezes contra ou mesmo pelos mesmos”.

Não se trata, como vemos, de uma frase ao fio de narrações mitológicas senão de um verdadeiro texto legal alegado em apoio de uma autêntica construção jurídica, empregada já nesses dias no mesmo sentido e com a mesma finalidade com que um advogado atual defende e argumenta seus casos ante um tribunal apelando à força vinculante da lei.

Ainda insiste posteriormente Demóstenes na caracterização do princípio quando no parágrafo 155-156 de seu discurso contra Leptino afirma: “sabeis sem dúvida que por cada crime público, por mais grave que seja, a lei não estabelece mais que uma pena”. Diz (a lei) expressamente: “em todo julgamento, não será imposta mais que uma pena [...]”; a acumulação está proibida”.¹⁶

Por isso, embora se reconheça a ausência de construção sistemática das instituições jurídicas no Direito da Grécia Antiga, entende-se que a materialização da lógica que trata da proibição de renovação do que já foi decidido em norma jurídica e suas respectivas consequências ocorreu na civilização dos áticos, havendo registro nesse sentido, pelo menos, a partir da reforma legislativa de Sólon (594 a.C.).¹⁷

matéria no tribunal ou submeter qualquer questão à votação, nem deve permitir qualquer acusação proibida por lei. (Discurso contra Timócrates, 55). O legislador não deve permitir que qualquer questão já decidida pelo tribunal seja julgada uma segunda vez. [...]. A lei proíbe qualquer magistrado inclusive de apresentar questão contrária a essas previsões. (Discurso contra Timócrates, 56)”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 22-23.

¹⁵ MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 41-42.

¹⁶ Para saber mais sobre o *ne bis in idem*, cf.: SABOYA, op. cit.

¹⁷ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 301. Em sentido semelhante: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34.

De qualquer forma, não se desconhece o ceticismo de alguns no que se refere ao real valor da proibição do *ne bis in idem* no Direito dos povos da Antiguidade, havendo, a propósito, Eduardo Correia ressaltado o caráter empírico e contingencial dessa regra, que seria, em tal época, até mesmo, de difícil demonstrabilidade.¹⁸

Também se costuma indicar registro histórico do *ne bis in idem* no Direito inglês da *common law*, por volta do século XII, por meio da apresentação da autrefois acquit *and* autrefois convict, embrionária do *double jeopardy*.

Outro antecedente do *ne bis in idem* digno de nota encontra-se no *Habeas Corpus Act* (1679), do Direito inglês, o qual estatuiu que nenhuma pessoa, uma vez posta em liberdade, por ordem de *habeas corpus*, poderia, pelo mesmo delito, ser novamente presa.¹⁹

Importante manifestação histórica do *ne bis in idem* se deu também na Constituição dos Estados Unidos da América²⁰, em 1887, por meio da 5ª Emenda, que preconizou que ninguém seria julgado duas vezes pela mesma ofensa²¹ – “[n]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”²² ou, mais resumidamente, *double jeopardy*.

Merece destaque igualmente o advento da Revolução Francesa, que alçou o *ne bis in idem* a nível constitucional, no art. 9º da Constituição Francesa de 1791. O *ne bis in idem* continuou sendo acolhido no movimento europeu de codificação do século XIX, todavia em seu caráter puramente processual, como decorrência, precipuamente, da marcante tradição do Direito romano na formação jurídica dos povos da Europa Continental.

Finalizando o panorama fundacional e evolutivo do *ne bis in idem* no século XX, não se há de esquecer que, após as duas grandes Guerras Mundiais, foram estabelecidos novos marcos em termos de valores jurídicos, consubstanciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com o surgimento de diversos tratados e convenções que consagraram os direitos fundamentais do homem, especialmente após a criação do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU).

Na grande maioria desses documentos, o *ne bis in idem* foi reconhecido como garantia individual, havendo, inclusive, referências não somente à proibição de múltipla persecução, mas também à proibição do acúmulo de sanções.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. T. 1 Campinas: Bookseller, 1999. p. 97.

¹⁹ Já havia referência ao *double jeopardy*, desde 1641, na América do Norte – em Massachusetts – no *Bay Colony's Body of Liberties*.

²⁰ ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, [s.d.]. p. 64.

²¹ Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item>. Acesso em: 13 set. 2011.

²² Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

Nesse sentido, são enfatizados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas,²³ a Convenção Americana de Direitos Humanos,²⁴ a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais²⁵ e o Estatuto de Roma.²⁶

3. Espectro de proteção do *ne bis in idem*

O *ne bis in idem* é um direito fundamental regulado a nível nacional e a nível internacional, como visto acima. Por ele, ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pela mesma conduta, independentemente de o primeiro processo ou procedimento ter conduzido a uma condenação ou a uma absolvição.

Consubstanciado na interdição de dupla ou múltipla consequência sancionatória em razão da prática de um mesmo fato e sob o mesmo fundamento, pelo espectro de proteção do *ne bis in idem* são vedados: a) o cúmulo de ações penais contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos; b) o cúmulo de qualificações jurídicas por uma só conduta e; c) o cúmulo de sanções.²⁷

Em uma perspectiva contemporânea, pode ser definido o *ne bis in idem* como um direito fundamental que informa o sistema sancionador estatal, de maneira integrada, sob uma dúplici vertente: de um lado, seria uma interdição de natureza processual, proibitiva da renovação de processos, procedimentos ou julgamentos pelos mesmos fatos e fundamentos; por outro lado, seria uma interdição de direito material ou de natureza substancial, segundo a qual, pela prática dos mesmos fatos, ninguém deveria ser apenado, mais de uma vez, com sanções que apresentem finalidades praticamente idênticas.

²³ Idem.

²⁴ Apesar de a redação original da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, subscrita em 1950, não ter incluído qualquer declaração que reconhecesse o princípio do *ne bis in idem*, o art. 4.1, do Protocolo 7, datado de 1984, introduziu nesse documento tal postulado, sob a rubrica do “direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez”, afirmando que “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”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 13 set. 2011.

²⁵ Nos termos do 20.1 do Estatuto de Roma, “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”. Elencam-se, ainda, outros instrumentos internacionais que mencionam o princípio do *ne bis in idem*, tais como o Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg (1945) e os Estatutos do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (1993) e para a Rwanda (1994). Esse postulado também consta nas Regras Mínimas para o Tratamento de Presos – art. 30.1: “nenhum preso será punido senão de acordo com a lei ou regulamento, e nunca duas vezes pelo mesmo crime” – bem como na Convenção Internacional para a Repressão da Circulação e do Tráfico de Publicações Obscenas e da Convenção Única de Entorpecentes de 1961. Além disso, há referências ao princípio do *ne bis in idem* no art. 9º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e no art. VII, item 1, da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011. Ver também VAN BOCKEL, Bas. *The ne bis in idem principle in the EU law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 10.

²⁶ LELIEUR-FISCHER, Juliette. *La règle ne bis in idem: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*. 2005. (Tese de doutoramento). Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005. p. 21.

²⁷ MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 34.

Para muitos, o fundamento do *ne bis in idem* seria a contenção ou a limitação de resposta punitiva por parte do Estado frente ao cidadão infrator,²⁸ refletido no princípio da proporcionalidade das sanções.²⁹ Justificar-se-ia a proibição de uma dupla carga aflitiva ou de um excesso punitivo desproporcional pela imposição de mais de uma sanção pelo mesmo conteúdo de injusto.³⁰

Considerando-se a inexistência no Direito brasileiro de diretriz legal ou de orientação assente nos tribunais a respeito do direito a não ser punido ou processado mais de uma vez pelos mesmos fatos e fundamentos, optou-se em demonstrar os parâmetros normativos e jurisprudenciais da larga tradição europeia na aplicação do *ne bis in idem*, mormente quanto à comunicabilidade entre as esferas penal e administrativa.

3.1 A dimensão dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia à não cumulatividade de sanções

No âmbito da experiência da União Europeia, o *ne bis in idem* apresenta-se em três níveis de competência, sendo o primeiro deles relacionado à cooperação em assuntos penais; o segundo direcionado ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça;³¹ enquanto o terceiro diz respeito ao *ne bis in idem* como um direito fundamental da União Europeia, a teor do que preceitua o art. 50 de sua respectiva Carta de Direitos Fundamentais.³²

Como forma de demonstrar a dimensão dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao *ne bis in idem*, serão adiante comentados alguns julgamentos relevantes sobre tal tema.³³

²⁸ Para Helena Regina Lobo da Costa, [...] o fundamento mais firme e seguro para o reconhecimento do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa reside no princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade 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”. 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). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 183. Sobre a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade, a Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art. 22, § 3º, reza que “as sanções aplicadas ao agente [público] serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. BRASIL. Lei 13.655/2018, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

²⁹ “A soma da pluralidade de sanções cria uma sanção alheia ao juízo de proporcionalidade considerado pelo legislador”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Pleno. Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

³⁰ Nessa esfera, as principais fontes legais que consagram o *ne bis in idem* são os arts. 54, 55, 56, 57 e 58 da Convenção para a Implementação do Acordo de Schengen.

³¹ “Art. 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 na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2012.

³² Convém informar, que, apesar do *ne bis in idem* ser também consagrado como um princípio fundamental do direito de concorrência, essa perspectiva não será aqui examinada. Para saber mais sobre esse assunto, cf.: SABOYA, op. cit.

³³ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de fevereiro de 2003. Processos contra H. Gözütok (C-187/01) e contra K. Brügge (C-385/01). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 07 out. 2009.

Relativamente à interpretação do elemento *bis*, aqui entendido no sentido da natureza das decisões que impediriam nova resposta estatal pelos mesmos fatos, os primeiros julgamentos que merecem registro são os processos C-187/01 e C-385/01.³⁴

O TJUE, no que se refere ao que se deve entender por ação definitivamente julgada, apta a irradiar os efeitos proibitivos do *ne bis in idem*, reconheceu no instituto jurídico da transação, devidamente cumprida, o efeito de extinção de ação penal, até pela aplicação ao agente da obrigação de executar determinadas obrigações. O TJUE, nesse caso, concluiu que o agente foi definitivamente julgado em relação aos fatos que lhe foram imputados.³⁵

Em relação ao processo C-467/04 (Gasparini e outros),³⁶ foi declarado que uma decisão de um órgão jurisdicional de um Estado contratante, proferida na sequência do exercício da ação penal, que absolve definitivamente um indivíduo por prescrição do procedimento, obsta, pela aplicação do *ne bis in idem*, que ele seja novamente processado e/ou julgado pelos mesmos fatos.

No processo C-398/12,³⁷ o TJUE reconheceu que decisão absolutória por insuficiência de provas impede a reabertura da instrução em caso de novas acusações, por inserir-se no conceito de caso “definitivamente julgado”. No mesmo sentido, o acórdão van Straaten, C-150/05.³⁸

Há de ser também mencionado o julgamento dos processos C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, ocorrido em 20 de março de 2018. Para o TJUE, havendo uma sentença penal de absolvição transitada em julgado, que declara a inexistência de infração penal, é incompatível com o *ne bis in idem* a possibilidade

³⁴ Idem.

³⁵ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção), de 28 de setembro de 2006. Processo contra Giuseppe Francesco Gasparini e outros (processo C-467/04). Coletânea da Jurisprudência 2006. p. I-09199. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

³⁶ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Seção), de 05 de junho de 2014. M contra o Tribunal de Fermo (processo C-398/12). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

³⁷ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção), de 28 de setembro de 2006. Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden e República italiana (processo C-150/05). Coletânea da jurisprudência 2006. p. I-09327. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011. O TJUE também já teve a oportunidade de decidir que se considera uma pessoa definitivamente julgada pelos mesmos fatos, na aceção do art. 3.2 da Decisão-Quadro 2002/584 (que regulamenta o mandado de detenção europeu), quando, na sequência de um processo penal, a ação pública foi definitivamente extinta (v., por analogia, acórdãos de 11 de fevereiro de 2003, Gözütok e Brügge, C-187/01 e C-385/01, e de 22 de dezembro de 2008, Turanský, C-491/07). Ou, ainda, quando tenha sido proferida uma decisão que tenha absolvido definitivamente o agente dos fatos de que foi acusado (v., por analogia, acórdãos Gaetano Mantello, C-261/09).

³⁸ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. Enzo Di Puma contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (processo C-596/16) e Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) contra Antonio Zecca (processo C-597/16). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 jun. 2018. Ressalte-se que, para o TJUE, um indivíduo pode ser novamente objeto de investigação quando os procedimentos criminais anteriores tenham sido arquivados sem instrução exaustiva, como, por exemplo, a ausência de oitiva de uma eventual testemunha ou das declarações da vítima. “Uma decisão do Ministério Público que põe fim aos procedimentos criminais e encerra, em termos definitivos, o inquérito instaurado contra uma pessoa (sem que tenham sido aplicadas sanções), não pode ser qualificada de decisão definitiva, para efeitos de aplicação do princípio *ne bis in idem*, quando resulta da fundamentação desta decisão que o referido processo foi encerrado sem que se tivesse realizado uma instrução exaustiva”. Cf.: acórdão no processo C-486/14, Piotr Kossowski, julgado em 29 de junho de 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

de prosseguimento de procedimento que tem como fim a aplicação de sanção administrativa de natureza penal (pecuniária).³⁹

Quanto à interpretação do elemento *idem*, faz-se importante mencionar o processo C-436/04, de van Esbroeck, no qual o TJUE assentou que eventuais qualificações jurídicas divergentes atribuídas aos mesmos fatos – exportação ou importação de drogas – não poderiam impedir a aplicação do *ne bis in idem*, também não procedendo a necessidade de reconhecimento do critério da identidade do bem jurídico ou do mesmo interesse jurídico protegido para a afirmação desse direito.⁴⁰

Julgamento semelhante ocorreu no processo C-150/05,⁴¹ que relatou ter van Straaten sido acusado, nos Países Baixos, de ter importado drogas, proveniente da Itália, e também de ter sido acusado de posse de drogas nos Países Baixos. Pela primeira acusação, van Straaten foi absolvido, havendo sido condenado pela segunda imputação. Nesse processo (C-150/05), o TJUE reafirmou que o único critério relevante para efeitos da aplicação do *ne bis in idem* era o da identidade substancial dos fatos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si. Ademais, destacou, quanto aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, a irrelevância da quantidade de droga em causa ou da eventual identidade das pessoas que alegadamente participaram dos fatos.⁴²

De maneira similar, no processo C-288/05 (Jürgen Kretzinger),⁴³ o TJUE decidiu que transporte de cigarros de contrabando, da Grécia para o Reino Unido, via Itália e Alemanha, como o que estava em causa, poderia constituir um conjunto de fatos ligados ao conceito material de mesmos fatos.

No que se refere à interface do Direito Penal com o Direito Administrativo de natureza punitiva ou sancionadora, decidiu o Pleno do TJUE, no julgamento do processo contra Lukasz Marcin Bonda (C-489/10),⁴⁴ em sessão realizada em 05 de junho de 2012, que, como direito fundamental da União Europeia, a interpretação do *ne bis in idem* deveria ser no sentido da interdição de duplicidade de sanções de natureza punitiva.

Como as sanções administrativas cominadas a L. Bonda nos autos do processo C-489/10, consistentes em perdas de benefícios e subsídios agrícolas decorrentes de declarações incorretas acerca da dimensão de superfícies agrícolas por ele utilizadas e das culturas nelas praticadas, não se revestiriam ou não se

³⁹ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 09 de março de 2006. Processo contra L. H. van Esbroeck (C-436/04). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

⁴⁰ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção), de 28 de setembro de 2006. Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden e República italiana (processo C-150/05). Coletânea da jurisprudência 2006. p. I-09327. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

⁴¹ Idem.

⁴² EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 18 de julho de 2007. Processo contra Jürgen Kretzinger (C-288/05). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

⁴³ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 05 de junho de 2012. Processo contra Lukasz Marcin Bonda (C-489/10). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

⁴⁴ “V. acórdãos de 18 de novembro de 1987, Maizena e o., 137/85, Colet.. p. 4587, n.º 13; de 27 de outubro de 1992, Alemanha/Comissão, C-240/90, Colet.. p. I-5383, n.º 25; e de 11 de julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Colet.. p. I-6453, n.º 43”. Idem.

qualificariam como sanções de natureza penal, por não possuírem finalidade repressiva, não poderiam ser equiparadas a matérias de “caráter penal ou com características semelhantes a um processo penal”.⁴⁵

Já na decisão de 26 de fevereiro de 2013 (processo C-617/10, Hans Åkerberg Fransson),⁴⁶ o TJUE concluiu pela compatibilidade de julgamento de dois processos separados – administrativo e penal – para sancionar um mesmo comportamento lesivo.

Para o TJUE, em matéria de “obrigações de declaração em matéria de imposto sobre o valor acrescentado”, o *ne bis in idem* não se oporia à aplicação aos mesmos fatos, sucessivamente, de uma sanção administrativa e de uma sanção penal, desde que a primeira sanção não se revestisse de caráter penal.⁴⁷

Ainda à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o *ne bis in idem*, há de ser registrado o julgamento do processo C-524/15⁴⁸, ocorrido em 20 de março de 2018.

Nesse processo, foi aplicada sanção administrativa de natureza punitiva a Luca Menci pelo não pagamento de tributo, resultante da declaração anual do exercício fiscal de 2011, havendo sido depois instaurado um processo penal pelos mesmos fatos – “mesma falta de pagamento”.

A respeito dessa cumulatividade de procedimentos e de sanções de natureza punitiva, o TJUE decidiu que essa restrição ao *ne bis in idem* teria por objetivo a cobrança da totalidade do tributo devido, sendo justificada tal excepcionalidade desde que estritamente necessária ao princípio da proporcionalidade⁴⁹ e para o fim de:

- Visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo de procedimentos e de sanções, devendo esses procedimentos e sanções ter finalidades complementares;
- Prever regras claras e precisas que permitam ao particular prever que atos e omissões podem ser objeto desse cúmulo de procedimentos e de sanções;
- Assegurar a coordenação entre os procedimentos para limitar ao estritamente necessário o encargo complementar que esse cúmulo de procedimentos representa para as pessoas em causa, e
- Prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa.⁵⁰

⁴⁵ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 26 de fevereiro de 2013. Processo contra Hans Åkerberg Fransson (C-617/10). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 abr. 2013

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. Luca Menci contra Procuradoria da República (C-524/15). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴⁸ “O respeito do princípio da proporcionalidade [...] exige que o cúmulo de procedimentos e de sanções previsto por uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal não exceda os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objetivos legítimos prosseguidos por essa regulamentação, entendendo-se que, quando haja uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos restritiva e que os inconvenientes causados por esta não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos (v., neste sentido, Acórdãos de 25 de fevereiro de 2010, Müller Fleisch, C-562/08, EU:C:2010:93, n.º 43; de 9 de março de 2010, ERG e o., C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 86; e de 19 de outubro de 2016, EL-EM-2001, C-501/14, EU:C:2016:777, n.os 37 e 39 e jurisprudência referida).” Idem.

⁴⁹ Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180034pt.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁵⁰ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. Luca Menci contra Procuradoria da República (C-524/15). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Ainda observou o TJUE que a restrição acima mencionada deve assegurar o mesmo nível de proteção garantido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que declarou que o cúmulo de procedimentos e de sanções fiscais e penais que punem uma mesma infração à lei fiscal não violaria o *ne bis in idem*, quando os processos fiscais e penais em causa apresentassem umnexo material e temporal suficientemente estreito (TEDH, 15 de novembro de 2016, A e Bc. Noruega, CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 132).⁵¹

Por fim, deve ser ressaltada a decisão do processo C-537/16, *Garlsson Real Estate* e outros, na qual se assentou que o *ne bis in idem* deveria ser interpretado no sentido de não permitir a instauração ou o prosseguimento de um procedimento que tenha por fim a aplicação de sanção administrativa pecuniária de natureza penal, quando contra o mesmo agente já tenha havido a imposição de condenação penal transitada em julgado, em razão de comportamentos ilícitos relativos à manipulação de mercado.⁵²

3.2 A unicidade de reação punitiva garantida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Quanto às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) com reflexos no alcance e na interpretação do *ne bis in idem*, destaca-se que o traço mais marcante da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, nessa matéria, é a prevalência de conceitos materiais e autônomos, como o de acusação em matéria penal, assegurando-se o direito de proteção do indivíduo à unicidade da reação punitiva estatal pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos.

E entre os primeiros julgados do Tribunal de Estrasburgo, que ainda hoje servem de parâmetro para a aplicação do *ne bis in idem*, cumpre-se que seja citado o caso *Engel e outros v. Países Baixos* (1976).⁵³ Nessa decisão, indicou-se a tendência do juiz europeu – que continua até hoje observada – de analisar materialmente os fatos postos em julgamento.

Como parâmetros para a caracterização ou não da natureza penal de determinada matéria, tem-se utilizado até hoje dos seguintes critérios: (a) a qualificação dada pelo Direito, que tem, como bem assinalado pela TEDH, valor relativo; (b) a natureza da infração, que deve ser compreendida como detentora de propriedades penais – “carga punitiva” (*criminal charge*) –, nas hipóteses de violação de uma norma de caráter geral, revestida de aspectos dissuasivos e repressivos; e, por fim, (c) a gravidade da sanção prevista.

Além do caso *Engel*, outra decisão do TEDH que merece ser citada é a de *Öztürk v. Alemanha* (1984), por ter igualmente adotado conceitos substantivos, ao incluir dentro do regime jurídico próprio das sanções penais também as sanções administrativas de natureza punitiva.

⁵¹ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. *Garlsson Real Estate SA*, em liquidação, *Stefano Ricucci*, *Magiste International SA* contra *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (C-537/16). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2018. Como indicado nesse acórdão, a pena aplicada pela infração penal cometida, teria o condão de punir a infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasiva.

⁵² EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 08 de junho de 1976. Processo de *Engel e outros* contra Países Baixos (autos n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁵³ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 21 de fevereiro de 1984. Processo de *Öztürk v. Alemanha* (autos n. 8544/79). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

Reafirmou o TEDH a autonomia da noção de matéria de natureza penal, ao considerar que ofensa administrativa relativa às normas de trânsito equivaleria à matéria de cunho criminal. Isso porque referida violação normativa correspondia a uma regra geral, dirigida não para um determinado grupo, mas para todos os cidadãos na qualidade de usuários de estradas. Além disso, mencionou o TEDH que o fato de essa infração de trânsito ser reconhecidamente um “delito menor”, dificilmente suscetível de prejudicar a reputação do infrator, não teria o condão de levá-la para fora do âmbito criminal.⁵⁴

No tocante à definição das decisões que poderiam produzir uma duplicidade (*bis*) de resposta estatal aos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos, o Tribunal de Estrasburgo, desde o julgamento do caso Gradinger v. Áustria (1995), vem seguindo os critérios mencionados nos julgamentos dos casos Engel e outros v. Países Baixos e Öztürk v. Alemanha. Consequentemente, ainda que um dos procedimentos envolvidos na alegação de ofensa ao *ne bis in idem* seja regido por leis administrativas, pode ser reconhecida a violação ao direito a não ser punido ou processado mais de uma vez, desde que assemelhado aos de natureza penal.⁵⁵

De outro lado, como também estabelecido a partir do julgamento do caso Gradinger, o TEDH tem reafirmado a proibição de repetição de procedimentos criminais depois de concluídos por decisão definitiva⁵⁶ – aqui considerada aquela que apresenta caráter de irrevogabilidade, por não mais ser passível de impugnação por meio de recursos ordinários, como decidido, *verbi gratia*, no caso Nikitin v. Rússia.⁵⁷

Dando continuidade à análise do significado do termo *bis*, sustentou o TEDH, no julgamento do caso Franz Fischer v. Áustria (2001), que o prospecto de proteção do *ne bis in idem* não é limitado somente ao direito de não ser condenado mais de uma vez pela mesma ofensa, estendendo-se, da mesma forma, ao direito de não ser processado mais de uma vez.⁵⁸ Em sentido semelhante, o caso Zigarella v. Itália (2002).⁵⁹

⁵⁴ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 23 de outubro de 1995. Processo de Gradinger v. Áustria (autos n. 8544/79). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012. Esse alinhamento foi reiterado no julgamento do caso Rosequinst, no qual restou assentado a possibilidade de infringência ao *ne bis in idem* na hipótese de acumulação de procedimentos penal e administrativo por infrações de ordem tributária. EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 14 de setembro de 2004. Processo de Rosenquist v. Suécia (admissibilidade). Idem.

⁵⁵ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 23 de outubro de 1995. Processo de Gradinger v. Áustria (autos n. 8544/79). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012. Idem.

⁵⁶ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 20 de julho de 2004. Processo de Nikitin v. Rússia (autos n. 50178/99). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁵⁷ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 29 de maio de 2001. Processo de Franz Fischer v. Áustria (autos n. 37950/97). Idem.

⁵⁸ “Em não sendo assim, não teria sido necessário acrescentar a palavra ‘condenado’ com a palavra ‘processado’, já que isso seria mera repetição. Essa disposição aplica-se mesmo que o indivíduo tenha apenas sido submetido a processos que não resultaram em condenação. Nos casos criminais o *non bis in idem* se aplica a pessoa que tiver sido condenada ou não”. EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 03 de outubro de 2002. Processo de Zigarella v. Itália (admissibilidade). Idem.

⁵⁹ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 23 de outubro de 1995. Processo de Gradinger v. Áustria (autos n. 8544/79). Idem.

No que se refere ao termo *idem*, no caso *Gradinger v. Áustria* (1995), o Tribunal de Estrasburgo decidiu pela violação do *ne bis in idem*, por ter sido o demandante condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor, assim como sancionado novamente, no marco de um procedimento administrativo, por conduzir veículo automotor sob influência de álcool. Para o TEDH, restou caracterizada a ocorrência de duplicidade de sanções derivadas de um mesmo fato, haja vista que a única diferença entre essas imputações seria o “nível de álcool no sangue que apresentava o demandante”, correspondendo, portanto, ao conceito de “mesmos fatos” ou “mesma infração”, para fins de incidência do espectro de proteção do *ne bis in idem*.⁶⁰

O TEDH, no julgamento do caso *Franz Fischer v. Áustria*, também decidiu pelo indevido *bis in idem*, pois, sobre a “base de um mesmo fato”, o demandante Fischer foi processado e condenado pela infração administrativa de dirigir sob influência de álcool e pelo “tipo agravado” de conduzir veículo automotor com uma taxa de álcool no sangue de 0,8 gramas ou mais (art. 81.2 do Código Penal austríaco), não diferindo, em seus elementos essenciais, tais infrações.⁶¹

Uma das decisões mais relevantes – e esclarecedoras – a respeito do *ne bis in idem* proferida pelo TEDH deu-se no caso *Sergey Zolotoukhine v. Rússia* (2009),⁶² ao se reconhecer que a jurisprudência até então lançada sobre essa matéria era vacilante, mormente quanto à definição do conceito de *idem facta*, por apresentar “maneiras diferentes” de abordar a questão de identificar se as infrações pelas quais um indivíduo teria sido condenado e/ou julgado correspondiam, ou não, aos mesmos fatos.

Nesse julgamento, afirmou o TEDH que o *ne bis in idem* contemplaria não somente a proteção contra uma segunda condenação, mas também contra mais de um processo. Aliás, como já assinalado, por meio do espectro de proteção do *ne bis in idem* devem ser asseguradas as seguintes garantias: ninguém pode ser condenado nem processado duas ou mais vezes pelos mesmos fatos, tampouco suscetível de sê-lo.

Quanto ao termo *idem*, concluiu o Tribunal de Estrasburgo, no julgamento do caso *Sergey Zolotoukhine v. Rússia*, pela vulneração do *ne bis in idem*. Isso porque, ao comparar as imputações dos dois procedimentos aos quais foi o demandante submetido, observou-se que a única diferença entre eles existente relacionava-se a um único elemento constante da acusação, qual seja, a “ameaça de recorrer à violência”, que, por outro lado, não teria feito parte da imputação referente ao procedimento administrativo. É que a acusação vertida no procedimento criminal englobava, em sua totalidade, os fatos relacionados à infração administrativa – “atos perturbadores menores” – que não continha nenhum elemento que não estivesse inserido no crime de “atos perturbadores”. Além do mais, observou o TEDH que a alegada diferença do grau de gravidade dessas infrações não teria o condão de descaracterizar tal afirmação.

⁶⁰ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 29 de maio de 2001. Processo de *Franz Fischer v. Áustria* (autos n. 37950/97). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁶¹ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 10 de fevereiro de 2009. Processo de *Sergey Zolotoukhine v. Rússia* (autos n. 14939/03). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

⁶² EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 04 de março de 2014. Processo *Grande Stevens v. Itália* (autos n. 18640/10). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Importante se faz, ainda, relacionar outras decisões relevantes a respeito da magnitude conferida pelo TEDH ao *ne bis in idem*, destacando-se o caso Grande Stevens v. Itália (2014),⁶³ referente à manipulação de mercado.

Nesse julgamento, o TEDH entendeu que o processo administrativo sancionador de atribuição da agência reguladora do mercado italiana – a *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (Consob) –, relativo à *divulgação ou disseminação de falsas informações*, consistia no mesmo fato ou ofensa pela qual foram os demandantes condenados pelo Tribunal de Turim.

Por isso, no caso Grande Stevens v. Itália (2014), o Tribunal de Estrasburgo reconheceu que o processo conduzido pelo Consob (agência reguladora) violava o *ne bis in idem*, por dizer respeito aos mesmos fatos – «bis» –, especificamente ao núcleo originário de atos idênticos aos que já foram objeto da primeira condenação, e que deve ser, nessa hipótese, a última condenação.⁶⁴

Por outro lado, o caso A e B v. Noruega (2016)⁶⁵ tratou da possibilidade de processos paralelos em matéria fiscal, com o fim de assegurar uma política fiscal eficiente. Nesse julgamento, o TEDH, reconhecendo a interconexão substancial suficientemente estreita entre as sanções fiscais e as sanções penais, entendeu que foi assegurado tratamento jurídico integrado aos demandantes. Além do mais, a Corte indicou a inexistência de ofensa ao *ne bis in idem*, haja vista a previsibilidade e proporcionalidade na punição de estágios paralelos de violações à lei.

Interessante registrar que a sanção fiscal imposta a um dos demandantes equivalia a 30% (trinta por cento) da “punição criminal” e, apenas um pouco mais de 02 meses depois da aplicação da sanção de natureza administrativa, já havia sido concluído o procedimento penal, com a aplicação da respectiva sanção criminal. Há de mencionar-se que, no caso A e B v. Noruega (2016), do início da investigação fiscal ao término do processo penal, o lapso temporal total decorrido para a finalização de ambos os procedimentos foi inferior a 02 (dois) anos.

⁶³ No Processo Grande Stevens v. Itália, o Juiz Pinto de Albuquerque notou que: “[...]. Os Estados europeus são confrontados com um dilema. A fim de assegurar a integridade dos mercados europeus e aumentar a confiança dos investidores nesses mercados, os Estados criaram infrações administrativas muito amplas, que sancionam o risco abstrato de dano ao mercado com severas e indeterminadas penalidades pecuniárias e não pecuniárias, [...] aplicadas por autoridades administrativas ‘independentes em procedimentos inquisitoriais, desiguais e imediatos. Essas autoridades combinam poderes punitivos e de persecução com um amplo poder de regulação sobre um setor específico do mercado e exercem este último de forma a perseguir o primeiro, por vezes impondo ao regulado/ suspeito a obrigação de cooperar no sentido de confirmar as acusações contra ele ou ela. [...] No entanto, a pressão do mercado não pode prevalecer sobre as obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados vinculados pela Convenção. A natureza punitiva dos delitos e a severidade da punição não podem ser iludidos, e clama claramente pela proteção proporcionada pelas garantias processuais...”. Idem.

⁶⁴ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 15 de novembro de 2016. Processo A e B v. Noruega (autos n. 24130/11 e 29758/11). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁶⁵ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 18 de maio de 2017. Processo Jóhannesson e outros v. Islândia (autos n. 22007/11). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Concluindo o exame de algumas das decisões do TEDH sobre a unicidade de reação punitiva que deve decorrer do respeito ao *ne bis in idem*, recorda-se o caso Jóhannesson e outros v. Islândia (2017),⁶⁶ no qual o Tribunal de Estrasburgo entendeu, em matéria de natureza fiscal, que houve prejuízo desproporcionado em consequência de duplicidade de punição por fatos substancialmente idênticos em dois processos diferentes que não tinham a conexão temporal reconhecida no caso A e B v. Noruega.

Ainda quanto à conexão temporal do caso Jóhannesson e outros v. Islândia (2017), ressalta-se que o processo fiscal e o processo penal foram conduzidos paralelamente por cerca de 09 (nove) anos e 03 (três) meses. Além disso, a investigação e a instrução desses processos foram, em grande parte, independentes, demonstrando, para a Corte, que não havia como se aferir a conexão material ou de conteúdo existente no caso A e B v. Noruega para afirmar eventual existência do elemento *bis* (duplicidade de sanções).

4 Desafios e perplexidades em tempos de multiplicidades de procedimentos e de agências punitivas

Como vimos na introdução do presente artigo, dada a possibilidade de atuação de agências de controle punitivo, sucessiva ou simultaneamente, na tutela e repressão de um mesmo fato, surgem desafios e perplexidades, tanto de caráter processual como de natureza material, na tarefa de prevenir e resolver conflitos decorrentes da sobreposição sobretudo na indevida acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.

Havendo unidade do ilícito, decorrente da interface entre as ilicitudes penal e administrativa, a quem competiria a coordenação ou articulação de eventuais investigações e persecuções instauradas de forma paralela? Quando deveria ser o momento de eleição da via mais apropriada para investigar, processar e julgar fatos que se sobrepõem a mesmas esferas de normatividade? Essa escolha do *locus/foro* mais apropriado dar-se-ia necessariamente sobre a jurisdição penal? Em caso de efetiva sobreposição da atuação da jurisdição penal sobre a potestade sancionadora da administração, sempre haveria preponderância da sanção penal, ou poderia ser considerada válida, independentemente de sua natureza, a que primeiro

⁶⁶ Sobre o desconto ou compensação, na segunda sanção, como forma de mitigar os efeitos do *ne bis in idem*, a Advogada-Geral Eleanor Sharpston, nos autos do processo C-367/05, destacou que, se os fatos imputados no segundo processo, ainda que considerados “acessórios ou adicionais”, integrarem a definição de mesmos fatos, e se todas as outras condições estiverem presentes, “o tribunal no qual corre o segundo processo está impedido de prosseguir a acusação e [...] de condenar o arguido”, em razão do princípio do *ne bis in idem*. SHARPSTON. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 05 de dezembro de 2006. Processo-crime contra Norma Kraaijenbrink. Pedido de decisão prejudicial: Hof van Cassatie – Bélgica. Processo C-367/05. Coletânea da Jurisprudência 2007. p. I-06619. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011. Também segundo a Advogada-Geral, o art. 56 da CAAS, que reflete o princípio da proporcionalidade, há de ser aplicado a todas as situações em que o *ne bis in idem* não o seja, enfatizando que o princípio da compensação – de que trata o art. 56 da CAAS – e o *ne bis in idem* – regulado no art. 54 da CAAS – são conceitualmente distintos, não obstante serem manifestações de imperativos gerais de equidade ou justiça nos procedimentos penais. Essa foi a posição tomada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que, somente quando não for o caso de aplicação do *ne bis in idem*, deve-se, quando da condenação, levar em consideração o princípio do desconto.

tivesse sido aplicada – “first come, first served”? E nos casos de ulterior improcedência da pretensão penal, poderia haver regresso a fim de ser exercido o *ius puniendi* na esfera administrativa sancionadora? Poder-se-ia aplicar o princípio do desconto ou da compensação,⁶⁷ em eventual imposição de segunda sanção, como forma de mitigar os efeitos do *ne bis in idem*, ou apenas deveria ser aplicado o princípio do desconto ou da compensação nas situações em que não houvesse a incidência do direito de não ser processado ou julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos?

Buscando indicar caminhos a fim de enfrentar os desafios acima listados ou, ao menos, minorar as consequências adversas decorrentes da sistemática violação no Direito brasileiro à proibição de ser alguém processado ou punido mais de uma vez com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos, entende-se pertinente registrar as normas que visam resolver conflitos para se evitar violações ao *ne bis in idem*, principalmente na União Europeia.

Inicialmente, registra-se a Decisão-Quadro 2009/948/JAI, em matéria de prevenção e resolução de conflitos, que reforça o cumprimento do direito a não ser punido ou processado mais de uma vez, por meio da coordenação de eventuais investigações e processos pelos mesmos fatos, destacando-se a possibilidade de consultas diretas entre as autoridades competentes dos Estados-Membros e a concentração de processos penais num único Estado-Membro.⁶⁸

Interessante ainda o destaque às Orientações da *Eurojust*⁶⁹ (Decisão 2009/426/JAI/2008; Decisão 2003/659/JAI/2003; Decisão 2002/187/JAI/2002), que estabelecem, em suma, que, tão logo sejam detectados processos paralelos, as autoridades competentes devem estabelecer mecanismos de cooperação e de coordenação das respectivas atividades, com vista a evitar a duplicação de esforços e o desperdício

⁶⁷ O art. 5.1 da Decisão-Quadro 2009/948/JAI, em caso de fundadas razões da existência de duplicidade de processos em outro Estado-Membro, determina que as respectivas autoridades competentes comuniquem-se para confirmar a ocorrência, ou não, de processo paralelo. E, nos termos do art. 10.1 da referida norma, caso seja constatada a duplicidade de procedimentos, as autoridades competentes dos Estados-Membros envolvidos deverão atribuir à situação uma solução eficaz destinada a evitar as consequências negativas da condução desses processos paralelos, mormente a eventual violação do *ne bis in idem*. Além disso, entende-se pertinente elencar alguns dos critérios indicados por esse ato, como solução para a condução de processos paralelos: “o lugar onde ocorreu a maior parte dos crimes, o lugar onde foi sofrida a maior parte dos danos, a localização dos suspeitos, arguidos ou acusados e as possibilidades de assegurar a sua entrega ou extradição para outras jurisdições, a nacionalidade ou residência dos suspeitos, arguidos ou acusados, interesses importantes dos suspeitos, arguidos ou acusados, interesses importantes das vítimas e testemunhas, a admissibilidade dos elementos de prova ou eventuais atrasos que possam ocorrer”. E, apesar de tais critérios, costuma-se ser considerada competente, não raramente, a jurisdição do Estado-Membro que tiver atuado inicialmente, impedindo-se ou cessando-se o exercício das demais jurisdições eventualmente envolvidas em determinado caso. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁶⁸ “*Eurojust* é um organismo da União Europeia criado em 2002 para estimular e melhorar a coordenação entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros da União Europeia competentes para a investigação e o exercício da ação penal relacionados com a criminalidade grave organizada de natureza transnacional. [...] No contexto da investigação e exercício da ação penal em que participem dois ou mais Estados-Membros, o objetivo da *Eurojust* é estimular e melhorar a coordenação entre as autoridades nacionais [...]”. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_eurojust-23-pt.do>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁶⁹ Para conhecer os diversos fatores indicados para evitar, nesses casos, o *ne bis in idem*, sugere-se a consulta ao Guia diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Disponível em: <<http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/pt.aspx>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

de recursos, tendo por fim assegurar o respeito ao *ne bis in idem*, sempre com o fim precípua de indicar qual a jurisdição mais adequada para o exercício da respectiva ação penal.⁷⁰

Como ressaltado nas diretrizes da *Eurojust*, não se duvida de que o diálogo, a confiança mútua e a articulação entre as autoridades envolvidas hão de permitir o surgimento de soluções nas áreas de interdependência ou correlação, evitando-se conflitos, resolvendo-os ou minorando-os.⁷¹

Compreendendo que eventuais investigações e ações penais paralelas relativas a infrações indissociavelmente ligadas entre si podem prejudicar a eficiência das atividades em matéria de luta contra a fraude, o Organismo Europeu de Luta AntiFraude (OLAF) e a *Eurojust*, por meio de protocolos de acordo,⁷² buscam agir de forma harmônica, por meio de regras de coordenação e cooperação, como forma de garantirem uma aplicação efetiva dos instrumentos de investigação. Há uma especial atenção na troca de informações para a obtenção de um melhor quadro completo do caso, ajudando na decisão da autoridade que se encontra *na melhor posição* para, de forma mais integrada, investigar ou exercer a jurisdição na respectiva ação penal.⁷³

Essa articulação entre os diversos organismos da União Europeia envolvidos em atividades investigativas e de persecução, por exemplo, é impulsionada até mesmo por programas de financiamento da Comissão Europeia, como o *Hercule*,⁷⁴ que concede incentivos de até 500.000,00 (quinhentos mil euros) anualmente para, entre outros objetivos, a realização de estudos, treinamentos e capacitações sobre os diferentes tipos de investigações e sanções administrativas e criminais, assim como suas relações com o *ne bis in idem*.

Por outro lado, merecem menção as normas de Combate à Corrupção adotadas pelo Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE). *Verbi gratia*, quando determinado delito descrito na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais tiver a possibilidade de ser processado por mais de um Estado,

⁷⁰ Guidelines on Jurisdiction. Guidelines for deciding ‘Which jurisdiction should prosecute?’. Disponível em: <<http://www.eurojust.europa.eu/Practitioners/operational/Pages/Guidelines-on-jurisdiction.aspx>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷¹ Cf. Proposal for a regulation; Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor’s Office and the effectiveness of OLAF investigations. Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor’s Office and the effectiveness of OLAF investigations. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-338_en>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷² LUCHTMAN, Michiel. Choice of forum and the prosecution of cross-border crime in the European Union – What role for the legality principle?. In: LUCHTMAN, Michiel (Ed.). *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*. The Hague: Eleven, 2013. p. 3-61

⁷³ Disponível em: <http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/other_eu_prog/hercule/wp/hercule-wp-2018_en.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁴ BRASIL. Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm?>. Acesso em: 01 jun. 2018. Cf. também: BRASIL. Convenção da OCDE contra o suborno transnacional. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

as partes envolvidas poderão, por solicitação de qualquer um dos Estados envolvidos, deliberar sobre a jurisdição mais apropriada para a instauração do respectivo processo (art. 4.3).⁷⁵

E apesar do quadro de incertezas no Direito brasileiro quanto ao direito fundamental a não ser processado ou punido mais de uma vez pelos mesmos fatos e fundamentos, destaca-se também a Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção –, do Ministério Público Federal, aprovada e publicada em 2017.⁷⁶

Conforme indicado no documento em comento, o Estado busca identificar fatos, apurá-los, apresentando resposta suficiente e proporcional à gravidade dos bens jurídicos eventualmente lesados, não sendo a punição um fim em si, mas um instrumento de conformação do ordenamento jurídico.

Ainda de acordo com a Nota Técnica do Ministério Público Federal, o acordo de leniência apresenta “implicações afetas à vedação de duplicidade de sanções, dadas as múltiplas esferas de responsabilização jurídica, inclusive em relação às penalidades impostas cautelarmente”. E haja vista a unidade orgânica do *ius puniendi* do Estado, o Ministério Público Federal vem requerendo o “não compartilhamento da prova produzida em colaboração”, entre outras razões, “para evitar o agravamento injusto e irrazoável – logo, desproporcional –, da situação do colaborador”, evitando duplicidades punitivas, enquanto mantido e adimplido o acordo firmado.

Por fim, ao tratar das esferas administrativa, controladora ou judicial, a Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art. 22, § 3º, imprimiu a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade, ao ordenar que “as sanções aplicadas ao agente [público] serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.⁷⁷

Importante registrar que esse dispositivo legal assemelha-se ao princípio do desconto de que trata o disposto no art. 56 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen,⁷⁸ ao permitir a compensação de sanções previamente impostas pelos mesmos fatos.

⁷⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Nota Técnica nº. 1/2017. Disponível em: <<http://www.mpf.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁶ BRASIL. Lei 13.655/2018, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁷ De qualquer forma, como pode se observar adiante, a disposição do art. 56 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen é bem mais ampliativa do que a hipótese prevista na Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). “Art. 56. Se uma nova ação judicial for intentada por uma parte contratante contra uma pessoa que tenha sido definitivamente julgada pelos mesmos fatos por um tribunal de uma outra parte contratante, será descontado na sanção que venha a ser eventualmente imposta qualquer período de privação de liberdade cumprido no território desta última parte contratante por esses fatos. Serão igualmente tidas em conta, na medida em que as legislações nacionais o permitam, sanções diferentes das privativas de liberdade que tenham já sido cumpridas”. EUROPA. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922(02)&from=PT)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁸ Em decisão recente que autorizou o envio de provas à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e à Receita Federal para cobrar tributos de colaboradores, o juiz Sérgio Moro alertou que qualquer representação fiscal para fins penais, por motivo de sonegação, deverá ser submetida ao seu crivo, em havendo uso das provas compartilhadas da operação Lava Jato. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-compartilha-lava-jato-com-a-receita/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

5 Considerações finais

O *ne bis in idem* foi traduzido como o direito do indivíduo a não ser processado ou punido mais de uma vez, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos. Demonstrou-se que a consideração de determinado fato imputado a uma pessoa, por qualquer das instâncias punitivas do Estado, deveria findar nesse próprio juízo de valoração. E tal reação não poderia se repetir no tempo, nem ser plural. Isso porque deveria ser limitada, em razão do direito de proteção do indivíduo à unicidade da reação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos.

Garantias contra novos processos ou contra o risco de novos processos, contra uma segunda condenação ou contra uma segunda sanção, e também contra qualquer nova pretensão com sentido retributivo são asseguradas pelo espectro de proteção do *ne bis in idem*.

Ancorada na experiência e tradição de respeito aos direitos humanos dos povos europeus, e haja vista a adesão pelo Estado brasileiro ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art.14.7) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4), espera-se a proibição no Brasil não apenas de duplicidades punitivas, mas também da acumulação de consequências jurídico-repressivas de natureza penal e de natureza administrativa pela prática dos mesmos fatos, como forma de dar concretude ao *ne bis in idem*

Entende-se, assim, que, diante de recorrentes possibilidades de pluralidades de esferas de responsabilização jurídica na tutela e repressão de determinado fato, tão presente em tempos de multiplicidades de agências estatais de controle e de penalidades, urge a edição de norma – ou até mesmo orientação ou recomendação de ordem técnica – que coordene a resolução e a prevenção de conflitos entre as esferas penais e administrativas sancionadoras, com respeito ao *ne bis in idem*, por meio de uma valoração integral e unívoca do fato sancionado.

E a despeito da falta de regulamentação legislativa no Brasil, é premente a necessidade de se tentar buscar impedir a insegurança jurídica decorrente da permissibilidade de punições múltiplas, pelos mesmos fundamentos, para fatos unitários, ensejando altos níveis de perplexidade e imprevisibilidade no exercício do poder punitivo estatal, especialmente após a entrada em vigor da Lei 12.850/2013 e da Lei 12.846/2013.

Por isso que iniciativas mencionadas anteriormente, como as da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção – do Ministério Público Federal, consubstanciadas na Nota Técnica nº. 1/2017, assim como da 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, trazem alento ao cenário de anomia e incertezas do Direito brasileiro quanto ao direito fundamental a não ser punido ou processado mais de uma vez pelos mesmos fatos e fundamentos.

E ainda que referidas medidas tenham tido por fim precípua “amplificar a eficácia dos acordos” de leniência, ou mesmo que ainda se decante a “independência entre as esferas criminal e administrativa”, não se duvida de que a ordem judicial que proibiu a valoração das provas colhidas ou ratificadas em processos de colaboração da operação Lava Jato por agências de controle punitivo, independentemente da prescindível discussão inicial acerca da publicidade ou sigilo que deveria existir em matéria desse

jaez, contribuirão para a construção de limites ao exercício do direito punitivo estatal, especialmente no que concerne à violação do princípio da proporcionalidade com aplicação de sanções excessivas e, conseqüentemente, de respeito ao *ne bis in idem*.⁷⁹

Referências

LUCHTMAN, Michiel; VERVAELE; John. *European agencies for criminal justice and shared enforcement* (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office). Disponível em: <<https://www.utrechtlareview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.305/>>. Acesso em: 01. jun. 2018.

EUROPA. Comissão Europeia. EU-EURATOM. Proposal for a regulation; Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor's Office and the effectiveness of OLAF investigations. Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor's Office and the effectiveness of OLAF investigations. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-338_en>. Acesso em: 01. jun. 2018.

⁷⁹ Ver *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, jan./fev. 2014.