



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

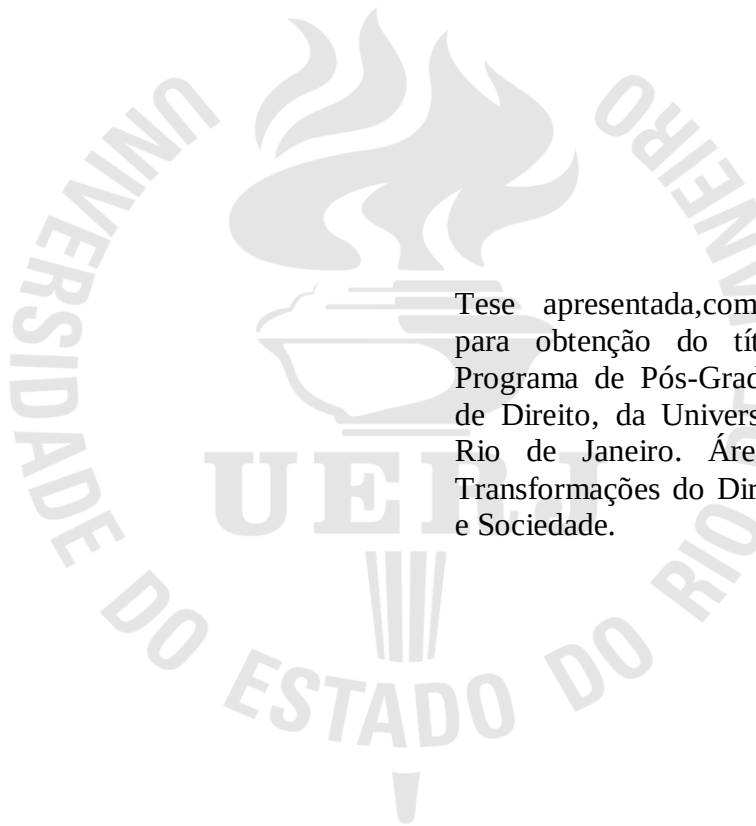
Dimensões do princípio do *ne bis in idem*

Rio de Janeiro

2013

Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

Dimensões do princípio do *ne bis in idem*



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Coorientador: Prof. Dr. Francisco Javier de León Villalba

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S117 Saboya, Keity Mara Ferreira de Souza e.

Dimensões do princípio do *ne bis in idem* / Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya. - 2012.
295 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal -Teses. 2. Direito administrativo- Teses. 3. Acumulação de sanções - Teses. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

Dimensões do princípio do *ne bis in idem*

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da faculdade de Direito, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Francisco Javier de León Villalba (Coorientador)
Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha)

Prof.^a Dr^a. Patrícia Mothé Glioche Béze
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. John Alois Emericus Vervaele
Universidade de Utrech (Países Baixos)

Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira
Universidade de São Paulo (Brasil)

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

À família que Deus trouxe para me alegrar,
Chrystian e Valentina,
com todo o amor que houver em toda a vida.

AGRADECIMENTOS

Antes de mais nada, agradeço às instituições que albergaram e fomentaram a presente investigação, sem as quais dificilmente teria sido possível construir este trabalho. À Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em cujo Programa de Pós-Graduação em Direito desenvolvi a pesquisa e muito aprimorei meus conhecimentos jurídico-penais. À Fundação CAPES, que viabilizou meu estágio doutoral na Espanha, permitindo-me ampliar os horizontes do trabalho. À Universidad de Castilla-La Mancha, que me facultou o acesso a um sistema de bibliotecas de extremo relevo. Ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, por me haver acolhido em diversas estâncias, conferindo-me, inclusive, uma de suas bolsas como investigadora. Ao Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte, do qual faço parte e que me permitiu o afastamento necessário à pesquisa e à redação desta pesquisa. Finalmente, à Instituição que me formou e me recebe como professora, a Universidade Federal do Rio Grande do Norte, especialmente o seu Departamento de Direito Público.

Ressaltando que essas instituições se constituem de pessoas comprometidas com o avanço da justiça e do ser humano como um todo, muitas delas colaboradoras diretas na construção desta investigação, fica meu registro emocionado de gratidão ao Professor Doutor Carlos Eduardo Adriano Japiassú, orientador desta investigação, que nela apostou e manteve-se solidário a todas as tarefas a que me propus. Seus ensinamentos foram essenciais nessa trajetória.

Agradeço também ao coorientador deste trabalho, Professor Doutor Francisco Javier de León Villalba, titular de direito penal na UCLM, pela carinhosa acolhida em Cuenca e pelos inspiradores momentos de debates.

Agradeço, imensamente, ao Professor Doutor John Vervaele, da Universidade de Utrecht, pelo empenho em garantir a esta discípula brasileira um interlocutor tão privilegiado, dedicado e extremamente lúcido. Por sua precisa direção, meu muito obrigada.

Agradeço ao Professor Jan-Michael Simon, Coordenador do Departamento da América Latina e do Programa de Doutorado do MPICC, pelos diálogos tão ilustrados, pela forma atenciosa e pela disponibilidade em minhas passagens por Freiburg. Agradeço também ao Professor Doutor Pablo Galain Palermo, investigador responsável pelo Departamento de Portugal e assistente científico do Departamento da América Latina do MPICC, pela cordial recepção.

Agradeço aos Professores Patrícia Glioche e Davi Tangerino, da UERJ, e ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira, da USP, pelas sugestões bibliográficas e valiosas contribuições no aperfeiçoamento desta pesquisa.

Agradeço, ainda, a todos os professores que contribuíram para minha formação intelectual, nas instituições onde estudei – a UFRN, no bacharelado e no mestrado acadêmico; a Universidade Federal de Minas Gerais, no mestrado sanduíche; e a UERJ, no doutorado –, destacando não somente os integrantes da linha de pesquisa em direito penal da UERJ, em especial os professores doutores Nilo Batista, Juarez Tavares e Artur Gueiros, como igualmente os professores da UFRN, Walter Nunes da Silva Júnior e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas – quem primeiro acreditou na viabilidade desta pesquisa –, como também a José Cirilo de Vargas e José Luiz Borges Horta, da UFMG.

Agradeço ao então Magnífico Reitor da UFRN, Professor Doutor José Ivonildo do Rêgo, à Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, Professora Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva, e ao Professor Doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier que se empenharam para que fosse bem-sucedida essa pesquisa.

Agradeço aos amigos que comigo dividiram os estudos e angústias intelectuais na UERJ, UCLM e no MPICC, sobretudo a Beatriz López Lorca, Cléssio Moura de Souza e Marcelo Ruivo.

Finalmente, agradeço carinhosamente às duas famílias que tenho – a que escolhi e a que a vida me presenteou. Aos amigos do Rio, Ana Luiza de Sá e Sávio Rodrigues e aos amigos de Mossoró – a minha Resistência –, que talvez nem dimensionem quão bem me fazem; aos amigos de Natal, por me fazerem lembrar que, como dizia Renato Russo, “não preciso de modelos, não preciso de heróis, eu tenho meus amigos”; a Dra. Sandra Elali, pela inspiração, pela inestimável interação, pelas correções e até mesmo algumas lapidações, enfim, por tudo; aos meus irmãos, pelo irrestrito apoio, sempre; a Gerlane Oliveira e Edna de Souza, pelo amor que dão a minha Pequeninha. Recebam todos minha gratidão nas pessoas que são a minha essência, meu pai Expedito e minha mãe Socorro.

RESUMO

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Dimensões do princípio do ne bis in idem*. 2012. 295 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

Objetiva-se reconstruir o sentido e o alcance do princípio do *ne bis in idem*, estudando-se as interferências recíprocas do direito penal e do direito administrativo sancionador, com ênfase na concorrência normativa entre tais manifestações do *ius puniendi* do Estado, seus desdobramentos e os riscos que representam para a liberdade humana, especificamente em face da interdição de duplicidade – ou multiplicidade – punitiva encartada no princípio em comento. Estrutura-se o texto em três pilares: a primeira parte cuida dos aspectos mais universais do princípio do *ne bis in idem*, percorrendo tanto seu traçado histórico como seu reconhecimento internacional; a segunda parte examina a consistente experiência jurídica europeia, analisando os marcos teóricos e práticos relacionados à matéria; finalmente, a terceira parte atinge o âmago da investigação, enfocando teoricamente o princípio do *ne bis in idem*, de modo a renovar sua interpretação no plano nacional, redimensionando as convergências entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, a unicidade da (re)ação repressiva do Estado e as possibilidades de enfrentamento das disfunções desse princípio no direito brasileiro. Demonstra-se que a acumulação de sanções de caráter punitivo, de natureza penal e/ou administrativa sancionadora, quando presentes os pressupostos de identidade de sujeito, de fatos e de fundamentos, é vedada pelo espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem*. Postula-se, ainda, esclarecer se, nas situações de exacerbação punitiva com fins semelhantes ou confluentes, deverá sempre prevalecer a aplicação da lei penal. Espera-se, ademais, formular propostas para a regulamentação de conflitos nos casos de concorrência normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Evidencia-se, enfim, que o objetivo principal da investigação é a plena compreensão do princípio do *ne bis in idem*, refletindo-se a respeito da ilegitimidade da acumulação de sanções penais e sanções administrativas, tão somente pelo fundamento de que não é possível a desvinculação das regras de independência entre a competência jurisdicional e a atribuição sancionadora da administração ou em razão de supostas indiferenças ontológicas entre os ilícitos penal e administrativo.

Palavras-chave: *Ne bis in idem*. Direito penal. Direito administrativo sancionador. Acumulação de sanções.

ABSTRACT

The purpose of this work is to reconstruct the meaning and scope of the principle of *ne bis in idem*, with the study of reciprocal interference of criminal law and sanctioning of administrative law, with an emphasis on competition rules between these manifestations of the penalizing authority of the State, its consequences and the risks posed to human freedom, especially in the face of prohibition of double – or multiple – punitive inset in principle under discussion. The text is structured on three pillars: the first part takes care of the most universal principle of *ne bis in idem*, covering both your track record as its international recognition; the second part examines the consistent European legal experience, analyzing the theoretical frameworks and related to practical matters; finally, the third part goes to the heart of research, focusing theoretically the principle of *ne bis in idem* in order to renew their interpretation at the national level, resizing the convergence between the criminal law and administrative law sanctioning the uniqueness the (re)action repressive state and the possibilities of coping with dysfunction of this principle in Brazilian law. It shows that the accumulation of punitive sanctions, criminal and/or administrative sanctions, if present assumptions identity of subject, facts and fundamentals, is forbidden by the specter of protection of the principle of *ne bis in idem*. It also intends to clarify whether, in cases of exacerbation punitive or confluent with similar purposes, shall always prevail criminal law enforcement. It is expected, moreover, to formulate proposals for the regulation of conflicts in cases of competition rules between the criminal law and administrative law sanctioning. It shows, finally, that the main objective of the investigation is fully understanding the principle of *ne bis in idem*, reflecting about the illegitimacy accumulation of criminal penalties and administrative sanctions, especially with the fundament that it is not possible untying the rules of independence between the jurisdiction and the award of punitive or administration due to ontological indifferences between the illicit criminal and administrative.

Keywords: *Ne bis in idem*. Criminal law. Administrative law sanctioning. Accumulation of penalties.

RESUMEN

Se plantea reconstruir el sentido y el alcance del principio de *ne bis in idem*, con el estudio de las interferencias recíprocas del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, con énfasis en la concurrencia normativa entre tales manifestaciones de *ius puniendi* del Estado, sus desdoblamientos y los riesgos que representan para la libertad humana, específicamente frente a la prohibición de la duplicidad – o multiplicidad – punitiva que emana de tal principio. Se estructura el texto en tres ejes fundamentales: el primero cuida los aspectos más universales del principio de *ne bis in idem*, haciendo un recorrido tanto en su trayectoria histórica como en su reconocimiento internacional; el segundo examina la consistente experiencia jurídica europea, analizando los marcos teóricos y prácticos relacionados a la materia; y finalmente, el tercero alcanza el cerner de la investigación, enfocando teóricamente el principio de *ne bis in idem*, de modo a renovar su interpretación a nivel nacional, redimensionando las convergencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, la unicidad de la (re)acción represiva del Estado y las posibilidades de enfrentamiento de las disfunciones de ese principio en el derecho brasileiro. Se demuestra que la acumulación de sanciones de carácter punitivo, de naturaleza penal y/o administrativa sancionadora, cuando están presentes los presupuestos de identidad de sujeto, de hechos y de fundamentos, es vedada por el espectro de protección del principio de *ne bis in idem*. Se postula, aún, aclarar si, en las situaciones de exacerbación punitiva con fines semejantes o confluentes, deberá siempre prevalecer la aplicación de la ley penal. Se espera, además, formular propuestas para la reglamentación de conflictos en los casos de concurrencia normativa entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Se evidencia, en fin, que el objetivo principal de la investigación es la plena comprensión del principio de *ne bis in idem*, reflexionando al respecto de la ilegitimidad de la acumulación de sanciones penales y sanciones administrativas, tan sólo por el fundamento de que no es posible la desvinculación de las reglas de independencia entre la competencia jurisdiccional y la atribución sancionadora de la administración o en razón de supuestas indiferencias ontológicas entre los ilícitos penal y administrativo.

Palabras-clave: *Ne bis in idem*. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador. Acumulación de sanciones.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	ASPECTOS UNIVERSAIS DO PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>.....	16
1.1	Origem e manifestações históricas mais relevantes	16
1.2	Sentido e alcance do princípio do <i>ne bis in idem</i> : reflexão preambular	29
1.3	Ambiguidades das expressões utilizadas nas definições normativas do princípio do <i>ne bis in idem</i> : questões a serem resolvidas	37
1.4	Configuração do princípio do <i>ne bis in idem</i> no direito internacional: notas iniciais.....	39
1.5	Breves comentários sobre o sentido e o alcance do princípio do <i>ne bis in idem</i> nos debates da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)	43
1.6	Tribunal Penal Internacional	44
1.7	Corte Interamericana de Direitos Humanos	47
2	O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA EUROPEIA	55
2.1	O princípio do <i>ne bis in idem</i> no direito interno de alguns Estados europeus	55
2.2	O princípio do <i>ne bis in idem</i> na União Europeia	78
2.2 .1	<u>Extensão do princípio do <i>ne bis in idem</i> na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia</u>	81
2.3	A Corte Europeia de Direitos Humanos e o princípio do <i>ne bis in idem</i>	94
3	INTERFACES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	103
3.1	Potestade sancionadora da administração: do poder de polícia ao direito administrativo sancionador	103
3.2	Potestade sancionadora da administração como uma das manifestações do <i>ius puniendi</i> do Estado	107
3.3	Inter-relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.....	113
3.3.1	<u>Teorias da dualidade ontológica</u>	114
3.3.2	<u>Teorias da unidade ontológica</u>	120
3.3.3	<u>Via de Mezzo</u>	127

3.3.4	<u>Teoria da integração normativa</u>	129
3.3.5	<u>Orientação adotada</u>	130
3.4	Homogeneidade das funções das sanções penais e das sanções administrativas de heterotutela	135
3.5	Aplicação matizada dos princípios cardeais do direito penal à potestade administrativa sancionadora	143
4	CONTRIBUTO PARA A DENSIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	149
4.1	Significado	149
4.2	Fundamento	150
4.3	Função	160
4.4	Pressupostos de aplicabilidade do princípio do <i>ne bis in idem</i>	162
4.4.1	<u>Identidade de sujeito</u>	163
4.4.2	<u>Existência de anterior consequência sancionatória (o <i>bis</i>)</u>	167
4.4.3	<u>Identidade de fatos e fundamentos (o <i>idem</i>)</u>	170
4.4.3.1	Situações discutidas	179
4.5	Interseção entre o direito penal e direito administrativo sancionador: critérios de resolução	183
5	EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DAS DISFUNÇÕES DAS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> NO DIREITO BRASILEIRO	199
5.1	 Marcos histórico-normativos e a limitação interpretativa	199
5.2	Dimensão processual	209
5.3	Dimensão material	213
5.3.1	<u>Proibição de reavaliação das circunstâncias de aplicação da pena</u>	214
5.3.2	<u>A questão da reincidência</u>	218
5.3.3	<u>Sistema de aplicação de pena ante a identidade dos atos de execução do concurso formal: a desconformidade do art. 70, <i>caput</i>, parte final, do Código Penal brasileiro com o princípio do <i>ne bis in idem</i></u>	225
5.4	Dimensão transversal: aspectos de ordem processual e material decorrentes da proibição de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos	237
	CONSIDERAÇÕES FINAIS: SÍNTESE CONCLUSIVA, PERSPECTIVA CRÍTICO-REFLEXIVA E PROPOSIÇÕES	253
	REFERÊNCIAS	259

INTRODUÇÃO

O estudo adiante apresentado é fruto de investigação acadêmica acerca do princípio do *ne bis in idem*, preceito que, apesar de secular e de larga enunciação nos mais diversos ordenamentos jurídicos, ainda hoje mostra-se fluido em sua definição e continua suscitando ambiguidades práticas em sua aplicação.

Nele, reflete-se sobre a frequente multiplicidade de regulação punitiva estatal dos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos, com a consequente imposição, simultânea ou concomitante, de sanções de natureza penal e administrativa – em total desrespeito à construção elementar da unicidade de (re)ação para cada ação ou conduta –, patologia tão propriamente tratada, pelo menos do ponto de vista semântico, na língua inglesa (*overreaction*) e na língua espanhola (*sobrerreacción*).

É que, compreendendo-se o Estado como uma totalidade orgânica, como pode assentar-se uma teoria da separação dos poderes em que se façam estanques as funções estatais tão somente pela natureza do órgão que as exerce, como, por exemplo, a imposição de medida punitiva pela Administração, no exercício de sua atividade sancionadora, e também de medida punitiva pelo Poder Judiciário, em absoluta desconsideração às múltiplas interconexões do agir do aparelho estatal?

E mais: havendo determinado Estado assumido para si o legado revolucionário de um projeto construído como busca permanente da emancipação e da liberdade humanas, consubstanciadas na luta pela construção e consolidação dos direitos humanos, como se aceitar que a garantia da tripartição de poderes, *in casu*, no sentido da independência entre as instâncias penal e administrativa, seja invocada como justificativa para a violação do direito de não se ser punido duplamente por um mesmo ato ou conduta?

Propõe-se, assim, a entender o sentido e o alcance do princípio do *ne bis in idem*, com o objetivo de que seja respondida a seguinte indagação axial: a despeito da alegada diversidade de regimes jurídicos do direito penal e do direito administrativo sancionador, considerando-se a eventual uniformidade de bens jurídicos ou de interesses tutelados, na hipótese de incidir sobre determinada conduta, ao mesmo tempo, tanto sanções penais quanto administrativas, tal sobreposição não violaria o princípio do *ne bis in idem*, pela reiteração do poder punitivo estatal?

Pretende-se, ainda, dirimir as seguintes questões suplementares: (α) na proposição acima suscitada, sobrevindo efetivamente a aplicação de tais normas, qual das condenações

deverá prevalecer: a que primeiro tiver sido proferida – critério cronológico – ou sempre haverá preponderância da sanção penal – pela primazia da jurisdição penal?; (β) teria o Juízo penal competência para declarar a invalidade de sanção administrativa ocasionalmente imposta em violação ao princípio do *ne bis in idem*?; e (γ) como seria solucionado eventual conflito relativo à previsão de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos?

Por outro lado, em razão da amplitude do tema, faz-se oportuno indicar como objeto principal do estudo a impossibilidade de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos recortes de fatos e fundamentos, tendo-se em vista a proibição de reiteração do poder punitivo estatal consagrada pelo princípio do *ne bis in idem*.

Sem embargo de haver análise a aspectos da dimensão processual do princípio – o *ne bis in idem vexari* –, também é importante realçar que o aspecto mais relevante desta pesquisa é o que tradicionalmente se denomina de dimensão substancial desse princípio – correspondente ao *ne bis in idem puniri* –, que impede a imposição de mais de uma sanção pelos mesmos fatos e fundamentos.

Há, ainda, de ser ressaltado que, por ocasião do exame dos reflexos do princípio do *ne bis in idem* nas relações convergentes entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, a pesquisa centrar-se-á, quanto a este último ramo do ordenamento jurídico, em sua atuação sancionadora de heterotutela, ou seja, naquela em que a finalidade da Administração, ao exercê-la, é a proteção da ordem social como um todo, além do chamado círculo de autoproteção.

Quanto aos objetivos da pesquisa, a força motriz desta investigação é a perspectiva de compreensão do princípio do *ne bis in idem*, que, em face da descoordenada política legislativa dos tempos atuais, assiste a uma retomada de importância em todas as dimensões do cenário jurídico – interno, comunitário e internacional –, sobretudo com as constantes violações pela imposição cumulativa de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos.

Nesse contexto, o objetivo central da pesquisa é demonstrar que a acumulação de sanções de caráter punitivo, de natureza penal e/ou administrativa sancionadora, quando presentes os pressupostos de identidade de sujeito, de fato e de fundamento, é vedada pelo espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem*.

Espera-se, ademais, formular propostas para a regulamentação de eventuais conflitos entre a jurisdição penal e/ou órgãos administrativos, nos casos de concorrência normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Objetiva-se, enfim, reexaminar as interferências recíprocas do direito penal e do direito administrativo sancionador, com ênfase na concorrência normativa entre tais ramos do ordenamento jurídico, seus desdobramentos e os riscos que representam para a liberdade humana, especificamente em face da interdição de duplicidade – ou multiplicidade – punitiva encartada no princípio do *ne bis in idem*.

Em relação à organização da pesquisa, estrutura-se em cinco pilares. A primeira parte cuida dos aspectos mais universais do princípio do *ne bis in idem*, percorrendo tanto seu traçado histórico como seu reconhecimento internacional. Cabe à segunda parte examinar a consistente experiência jurídica europeia. A terceira parte trata das convergências entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Finalmente os últimos capítulos atingem o âmago da investigação, enfocando mais diretamente o princípio do *ne bis in idem*, de modo a renovar sua interpretação e aplicação no plano nacional, com a possibilidade de redimensionamento, abordando também as possibilidades de enfrentamento das disfunções desse princípio no direito brasileiro.

Quanto ao método de investigação, na construção das respostas às questões centrais e conexas da pesquisa, são utilizados fundamentos da dogmática do direito público, destacando-se o direito penal e a teoria do Estado. Recorre-se, também, como método central, ao direito penal comparado, com ênfase na experiência europeia.

Por meio desta pesquisa, espera-se, por fim, contribuir com a formulação de aportes voltados à atuação repressiva do Estado – em particular às garantias enunciadas pelo princípio do *ne bis in idem*.

1 ASPECTOS UNIVERSAIS DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

1.1 Origem e manifestações históricas mais relevantes

A busca pelos antecedentes históricos de um instituto objetiva não somente a compreensão de seu significado, mas, principalmente, a percepção de suas futuras potencialidades. E é por isso que, apesar de constituir tarefa hercúlea precisar o momento exato do surgimento do princípio do *ne bis in idem*,¹ faz-se necessária uma imersão nos principais textos históricos que o invocam, para que se estabeleça, no mínimo, sua procedência e, quiçá, o genuíno sentido de sua formulação.

Antes, porém, há de ser consignado que, nesse percurso narrativo, expressões como crime, delito, ação ou persecução criminal devem ser contextualizadas nos respectivos momentos históricos. Isso porque as punições então existentes por transgressões a determinados fatos, bem como os rituais de julgamento a elas correlacionados somente podem

1 Quando se estuda esse princípio, costuma-se utilizar, sem qualquer distinção, tanto a expressão *ne bis in idem* como *non in idem*, sendo esta última denominação equivocada, pelo menos em uma perspectiva gramatical da língua latina, uma vez que o advérbio de negação que é usado como expressão de ordem ou de proibição é a partícula *ne*, que representa, nessa hipótese, a forma negativa do imperativo, proclamada pelo presente do subjuntivo. Nesse sentido, Ernout e Thomas advertem que o imperativo negativo em latim há de estar no modo subjuntivo, precedido da negação *ne*, que expressa proibição, concessão e desejo negativo. ERNOUT, A. S.; THOMAS, F. *Syntaxe latine*. 3. ed. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1972. p. 148. Da mesma forma, a *Gramática Latina* de Mendes de Aguiar e Gomes Ribeiro registra que, em latim, o imperativo é empregado, preferencialmente, no texto das leis e dos tratados, assim como nos preceitos morais que determinam norma para o futuro, exprimindo-se tal proibição pelo presente do subjuntivo, precedido da partícula *ne*. AGUIAR, Joaquim Luís Mendes de; RIBEIRO, Roberto Gomes. *Gramática latina*. 3. ed. São Paulo: [s.d.], 1925. Disponível em: <<http://www.ime.usp.br/~ueda/br.ispell/latim.html>>. Acesso em: 02 abr. 2011. Como também observa a Professora Mercedes Rueda, considerando que o modo negativo do imperativo em latim expressa-se pelo modo subjuntivo precedido da partícula *ne*, não se deve utilizar a partícula *non* em expressões proibitivas, como a que decorre, por exemplo, do princípio em estudo. RUEDA, Mercedes. El tratamiento de la negación en las gramáticas latinas. *Revista Contexto*, n. 29-30, 1997. p. 109-134. Revista del Centro de Estudios metodológicos e interdisciplinarios. Disponível em: <<http://www.dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 02 abr. 2011. É que, por se tratar de texto prescritivo – impeditivo da reiteração de ação ou de imposição de sanção contra uma mesma pessoa –, impõe-se a utilização do imperativo, modo verbal apropriado para essa proibição, devendo a locução correspondente ser grafada como *ne bis in idem*, pois, em latim, como já mencionado, enuncia-se o negativo do imperativo pelo modo subjuntivo, que, obviamente, não pode ser precedido da partícula *non*, uma vez que esta não pode figurar diante do subjuntivo. Para uma exposição completa do tratamento gramatical das partículas de negação do latim, recomenda-se a leitura de Bassols de Climent, para quem, tratando-se de atos positivos de “não querer”, tais como os verbos proibir (proibido), impedir (impedido), recusar (recusado), negar (negado) – sentido que é atribuído ao princípio em comento –, impõe-se, evidentemente, o emprego da partícula *ne*. BASSOLS DE CLIMENT, Mariano. *Sintaxis latina*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Patronato Menendez y Pelayo, 1971. V. 1. p. 313-318. Assim é que, com fundamento nas regras gramaticais acima referidas, opta-se pela formulação do princípio com a partícula *ne*, por ser a expressão *ne bis in idem* a que se utiliza em textos jurídicos, de caráter impositivo, o que corresponde à hipótese ora tratada.

ser considerados, em sentido amplo, institutos do que hoje conhecemos como direito penal e direito processual penal.²

A propósito, como lembra Lydio Machado Bandeira de Mello, os antigos não consideravam o ilícito penal como uma forma especial de ato ilícito, tanto que os romanos sequer tinham palavras semelhantes aos termos contemporaneamente utilizados, tais como crime, delito, contravenção ou falta.³

Quanto à trilha histórica do princípio do *ne bis in idem*, destaca-se, inicialmente, que a nomenclatura de tal axioma decorre dos aforismos *bis de eadem re ne sit actio*⁴ e *bis de eadem re agere ne liceat*⁵ relacionados, comumente, a institutos processuais, podendo também ser relacionados aos aforismos *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*⁶ e *nemo debet bis puniri pro uno delicto*,⁷ que foram reduzidos à locução latina *ne bis in idem*⁸ – “não duas vezes o mesmo”, em uma tradução literal.

² A concepção moderna do direito penal formou-se apenas a partir da segunda metade do século XVIII, tendo como provável marco inaugural a obra *Dos delitos e das penas*, do Marquês Cesare Beccaria, na qual, como informa o Professor Davi Tangerino, “encontram-se todos os elementos que definem o direito penal absolutamente por oposição aos demais ramos do direito”. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 16. Em termos semelhantes, destaca a Professora Maira Rocha Machado que “o nascimento da racionalidade penal moderna tem seu ‘tempo forte’ na obra *Dos delitos e das penas*, de Beccaria”, a qual, “pela primeira vez e da forma mais visível e marcante”, reuniu, dentre outras premissas, uma “representação vertical do direito penal, como sistema completo de regras proibitivas, sancionadoras e de procedimento fechado sobre si mesmo, que busca se diferenciar de outros subsistemas jurídicos; uma conceituação estrita do castigo e do objetivo da pena que, de um lado, exclui a reparação positiva e uma série de outras medidas e, de outro, reforça a convicção da obrigação de punir”. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I. p. 115. Realmente, as noções primitivas de delito e suas respectivas coerções, consideradas matéria de natureza privada, em nada lembram a hodierna feição do direito penal, cuja missão seria a proteção de bens jurídicos essenciais, por meio da cominação, aplicação e execução de pena. Ademais, a indistinção então reinante entre o que, atualmente, se entende como direito penal e direito civil apresentava reflexos nos procedimentos judiciais. É que, da mesma forma que se tinha a compreensão de crime como agressão interindividual que, no mais das vezes, autorizava como resposta a vingança, constituía o processo criminal, nesse contexto, um ato interpartes, sem especiais formas de procedimento. Reforçando a indiferença, no direito europeu primitivo, entre o direito penal e o direito civil, o Professor Davi Tangerino assinala “o fato de todas as jurisdições então existentes (senhorial, real e eclesiástica) administrarem, concomitantemente, leis hoje percebidas como civis e criminais”. TANGERINO, *ibidem*. p. 19 e 35. Por outro lado, somente na segunda metade do século XIX, a partir da obra do jurista alemão Oskar Von Bülow, o direito processual firmou-se como ciência autônoma, não mais se justificando o entrelace entre direito material e direito processual. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Síntese da evolução histórico-científica do processo*. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br>>. Acesso em: 13 maio 2012.

³ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano-lusitano medieval*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1960. p. 19.

⁴ “Não é lícito acionar duas vezes pelo mesmo”. LEÓN VILLALBA, *op. cit.* p. 34.

⁵ “Não há ação repetida sobre a mesma coisa”. *Idem*. p. 34.

⁶ “Ninguém deve ser processado [ou investigado] duas vezes por uma só e mesma causa”. Disponível em: <<http://files.ibijus.webnode.com.br>>. Acesso em: 13 maio 2012.

⁷ “Ninguém deve ser punido duas vezes pelo mesmo delito”. Disponível em: <<http://latinmaximsandphrases.blogspot.com>>. Acesso em: 13 maio 2012.

⁸ É curioso notar que, conforme será comentado adiante, a tradição jurídica ocidental denomina o princípio objeto da presente pesquisa com uma locução em latim, quando, na verdade, a origem desse princípio não é latina, e sim grega.

Entre os pensamentos mais difundidos sobre a origem do princípio do *ne bis in idem*, prevalece a percepção que vincula seu nascimento ao direito romano, indicando Arturo Rocco que a expressão *bis de eadem re agere ne liceat*, como o princípio era conhecido inicialmente, teve sua primeira referência, pelo menos no que diz respeito à persecução punitiva, na Lei das Doze Tábuas, no final do século IV a.C.⁹

Costuma-se também atribuir a origem desse princípio à edição da *Lex Repetundarum* – aproximadamente entre os anos 123 e 122 a.C. –, no direito romano, na qual se fixou que a sentença poria fim ao processo, não se admitindo nova ação pelos mesmos fatos.¹⁰

Há, ainda, quem associe o nascimento do princípio do *ne bis in idem* a alguns escritos de Quintiliano ou, mesmo que com caráter marcadamente ético, a Gaio, constando registro dessa última referência no *Digesto* de Justiniano – *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*¹¹ (*Digesta* 50.17.57).¹²

No entanto, entre os adeptos da origem romana do *ne bis in idem*, a corrente mais tradicional é a que relaciona o surgimento desse princípio 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.¹³

Por isso é que, na literatura existente sobre o princípio do *ne bis in idem*, predomina o entendimento de que ele expressa a proibição ou a impossibilidade de uma mesma “coisa” (objeto ou direito) ser reclamada mais de uma vez. Essa formulação pode ser aferida a partir da vigência da *Lex Aebutia*,¹⁴ por volta do ano 150 a.C., no período republicano, por meio do ato processual denominado *litis contestatio*, o qual adquiriu, nessa fase da *praxis* romana, maior relevância.¹⁵

⁹ ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*. Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. v. 2. p. 44-45.

¹⁰ Há de se ressaltar que o procedimento do *Repetundem* era eminentemente civil, não tendo atingido especial relevância na esfera penal. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El principio *non bis in idem*. *Cuardenos Luis Jiménez de Asúa*, n. 19. Madrid: Dykinson, 2004. p. 15.

¹¹ “A boa-fé não tolera que a mesma coisa seja exigida duas vezes”. Disponível em: <<http://www.multcarpo.com.br/latim.htm>>. Acesso em: 15 maio 2012.

¹² LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 34-35.

¹³ RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 56.

¹⁴ “A Lei Ebúcia, no século II a.C., autorizou o uso das fórmulas, originárias das províncias [...]. A fórmula é o esquema abstrato que serve de modelo geral para, no caso concreto, com as adaptações necessárias, redigir-se o documento, fixando-se o objeto da demanda a ser julgada pelo juiz”. MENDES, A. G. de Castro. *Direito processual romano*. Disponível em: <<http://www.ajufes.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2012.

¹⁵ “Há o abandono da oralidade pura das *legis actiones*, com a adoção de uma fórmula escrita em que os termos da controvérsia eram definidos e as partes se comprometiam a participar da fase *apud iudicem*, acatando o julgamento que

A *litis contestatio* correspondia ao ato procedimental que assinalava o início do processo e que, ao mesmo tempo, identificava as “reclamações” que deveriam ser consideradas na sentença, momento final do procedimento (*in iure*), cujo principal efeito seria o esgotamento ou exaurimento da ação.¹⁶

A regra era que, sempre que alguém se fazia valer de uma ação pessoal, com a fixação do objeto da demanda, denominado *iudicium*,¹⁷ não se permitia reiniciar-se a ação pelos mesmos argumentos, pois, por já haver sido exercitada, consumia-se ou extingua-se, em face do princípio da consunção.¹⁸ Quando se tratava das demais espécies de ações, não obstante a consunção da ação não ser automática, produzia-se, de qualquer forma, o efeito excludente de eventual renovação da ação, pelo menos no que se referia à *eadem res* (identidade da coisa pedida), por meio de exceções.

Ademais, havendo coincidência nos fins perseguidos pela dualidade de ações, estabeleciam os romanos que o pretor não deveria admitir o ingresso da segunda ação,¹⁹ vigorando a perspectiva de que a ação se extinguiria com a primeira sentença. Impedia-se, assim, o exercício da segunda ação e, por conseguinte, que o mesmo objeto (direito, coisa ou delito) fosse demandado mais de uma vez.²⁰

Com a aplicação do princípio 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

viesses a ser proferido. A *litis contestatio* nascia com esse pacto das partes, ao qual a doutrina atribuiu a natureza de contrato ou quase-contrato e que produzia os seguintes efeitos: a) *efeito conservativo* – a demanda era estabilizada e, portanto, a fórmula não mais poderia ser modificada; b) *efeito extintivo* – após a *litis contestatio* era vedada a propositura de nova demanda versando sobre a mesma relação jurídica e não apenas sobre o mesmo pedido; c) *efeito novatório* – a relação jurídica de direito material trazida para discussão no processo era extinta com a *litis contestatio*, formando-se uma nova que tinha os seus contornos definidos na fórmula”. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Notas sobre a litis contestatio e a sua sobrevivência no processo civil canônico*. Disponível em: <<http://dinamarco.sili.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

¹⁶ SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares, 2005. p. 973. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 37-39.

¹⁷ O *iudicium* era um o documento concretamente redigido de acordo com o modelo (fórmula). MENDES, A. G. de Castro. *Direito processual romano*. Disponível em: <<http://www.ajufferjes.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2012.

¹⁸ O fenômeno da consunção processual, no direito romano, teria seu fundamento “na regra de Gaio pela qual *bis de eadem re ne sit actio*, que permitia que as pretensões acionáveis fossem apenas uma vez efetivamente acionadas”, podendo, inclusive, na declaração de ineficácia de eventual repetição, ser invocada a “*exceptio rei in iudicium deductae* ou a *exceptio rei in iudicatae*”. COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2012. p. 58.

¹⁹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 45-46.

²⁰ SIENRA MARTÍNEZ, Agustina in HENDLER, Edmundo S. (comp.). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 183.

reclamada uma segunda vez, por restar “esgotada ou consumida”,²¹ expressando-se, dessa forma, o caráter marcadamente processual desse princípio pela proibição de ajuizamento e/ou julgamento de um segundo processo pelos mesmos fatos.

Recorda Léon Villalba que, 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 princípio do *ne bis in idem*: identidade das partes, do pedido e dos fundamentos.²²

Em sentido semelhante, é a observação de Muñoz Clares, ao afirmar que, em tal ordenamento, não havia qualquer formulação quanto ao conteúdo do princípio do *ne bis in idem*, mas tão somente quanto a sua consequência mais lógica ou mais evidente, tão bem definida nas máximas latinas *bis de eadem re ne sit actio* e *bis de eadem re agere ne liceat*, que poderiam ser traduzidas na proibição de repetição de ação a respeito do mesmo objeto.²³

Ainda para Muñoz Clares, os romanos, guiados pelo sentido de praticidade que lhes era característico, centravam sua atenção não na generalidade do princípio, mas na proibição de uma dupla reclamação pela mesma coisa.²⁴ Com isso, costumavam dizer, resolviam a questão, pois formalizada a reclamação de algo, já não se poderia demandar novamente a respeito do mesmo assunto. Isso lhes bastava para proibir a indesejável consequência a que conduz a violação do princípio do *ne bis in idem*: a existência de uma decisão duas vezes sobre os mesmos fatos.²⁵

Assim, considerando-se a forte influência do direito romano nos direitos dos povos da Europa Continental e, consequentemente, da América Latina – por ter sido por eles

²¹ SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares, 2005. p. 1094.

²² Tendo-se em vista que o fenômeno da consunção processual, no direito romano, tinha seu fundamento na máxima *bis de eadem re ne sit actio*, a aplicação dessa regra “não implicava a necessidade de realizar a mesma ação nem a intervenção das mesmas pessoas, centrando-se na exigência da *eadem rem*”. Porém, na vigência do processo formulário, “esta máxima se utilizou com a mesma finalidade que da *exceptio rei iudicate in iudicium deductae*, o que na prática se traduziu na extensão dos mesmos requisitos, especialmente a exigência de identidade dos litigantes – *eadem personae* –, o que pode explicar a atual estrutura aplicativa do princípio [do *ne bis in idem*]”. LEÓN VILLALBA, *ibidem*. p. 452.

²³ MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal*. definición, patologia y contrarios. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 33. Também ilustrativa da preocupação dos romanos mais com questões processuais do que com questões materiais, destaca Sanz Morán que, na evolução histórica do concurso de delitos, os romanos se detiveram apenas no estudo da (im)possibilidade de acumulação de várias acusações contra o mesmo sujeito, como também de uma mesma conduta ensejar mais de uma ação. No entanto, não formularam qualquer critério relacionado às regras de aplicação de penas em caso de pluralidade de infrações. SANZ MORÁN, Angel José. *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones da Universidad de Valladolid, 1986. p. 50-51.

²⁴ E talvez seja por essa acepção estritamente processual da tradição romana que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, até hoje, frequentemente confundem – ou limitam – o princípio do *ne bis in idem* ao instituto da coisa julgada.

²⁵ MUNÓZ CLARES, *loc. cit.*

colonizada – entende-se o porquê, até hoje, da semelhança da composição dos pressupostos de aplicabilidade do princípio do *ne bis idem* com os elementos de identificação da coisa julgada.

Além disso, há de ser registrado que, a despeito de alusões em outras fontes do direito romano, a consagração do princípio do *ne bis in idem* nessa civilização deu-se no *Corpus Iuris Civilis*, obra jurídica de fundamental importância, compilada pelo imperador bizantino Justiniano I e publicada em 533. Nesta constava-se que, uma vez um homem absolvido, não se poderia promover uma ação contra ele pelas mesmas ofensas, assim como ninguém seria demandado pelo mesmo crime com fundamento em diversos estatutos legais.²⁶

Também há de ser mencionado que, apesar das indicações pretéritas da proibição do *bis in idem* no direito romano, apenas na segunda metade do século VII, após a era cristã, na época de Cícero, foi que se tornou mais indiscutível a incidência desse princípio no âmbito dos julgamentos de caráter punitivo, tendo-se em vista, até então, a preponderância de procedimentos de ordem puramente civil no direito romano.²⁷

De todo modo, não obstante a reiterada enunciação no direito romano, o princípio do *ne bis in idem* teve uma aplicação restrita nas práticas judiciais romanas. É que consistia tão somente em um meio de evitar o inconveniente de reiteradas persecuções, não atingindo o *status* de garantia consagrada a favor do acusado, mas apenas de consequência processual.²⁸

Dando continuidade às indagações sobre o nascimento do princípio do *ne bis in idem*, destaca-se a posição de Brian Carter-Stiglitz, para quem, embora não seja clara a origem precisa do *double jeopardy*, figura da *common Law*, que equivale, em linhas gerais, ao princípio do *ne bis in idem*, suas raízes históricas certamente remontam a períodos anteriores à civilização romana, havendo, por exemplo, citações da proibição de mais de um julgamento nas antigas leis judaicas.²⁹

Seguindo a mesma orientação, Jay Sigler enfatiza que a proibição encartada em tal princípio começou a ser desenvolvida alguns séculos antes de Cristo, tanto que, ao tecer

²⁶ RUDSTEIN, David S. *A brief history of the fifth amendment guarantee against double jeopardy*. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol14/iss1/8>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

²⁷ ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*: Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. v. 2. p. 49-50.

²⁸ SIENRA MARTÍNEZ, Agustina. In: HENDLER, Edmundo S. (comp.). *Las garantías penales y procesales*: Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 185.

²⁹ CARTER-STIGLITZ, Brian. *Criminal law*: Hankerson v. State - the double jeopardy and offensive collateral estoppel issues that attend retrying aggravating factors. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu>>. Acesso em: 08 ago. 2011.

comentários sobre o direito canônico, relata que São Jerônimo, ao assentar, no ano 391, que Deus não puniria os homens duas vezes pelos mesmos atos, o fez com fundamento em trechos constantes do Antigo Testamento, como a passagem na qual o Profeta Nahum afirma que a pena não deverá ser aplicada mais de uma vez – “a aflição não deve ser imposta uma segunda vez”.³⁰

Paralelamente, Luís Mota Carmo traz indicações de autores que situam o nascimento do princípio do *ne bis in idem* na justiça hebraica, também a partir de textos de Nahum: “O que estais a pensar contra o Senhor? Nós executaremos o extermínio: o sofrimento não se erguerá pela segunda vez. [...]. Portanto disse o Senhor: considerando que eu te fiz sofrer, eu nunca mais te farei sofrer”.³¹

Por outro lado, há quem defenda que o princípio do *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.³²

Nesse sentido, não são poucos os autores que vinculam o nascimento do princípio 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 o primeiro afirmou que a lei proibía 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.³³

Oportuna se faz a citação de trechos desses discursos:

[...] As leis proibem 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).³⁴

[...] 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).³⁵

³⁰ SIGLER, Jay. *Double jeopardy: the development of a legal and social policy*. New York: Cornell University Press, 1969. p. 03.

³¹ CARMO, Luís Mota. *O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu*. 2009. (Dissertação de mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. p. 09.

³² LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 35-38.

³³ THOMAS III, George C. *Double jeopardy. The history, the law*. New York: New York University Press, 1998. p. 73.

³⁴ VINCE, James H. *Demosthenes I: Olynthiacs Philippics minor public speeches. Speech against Leptines*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1989. p. 589.

³⁵ Idem. p. 593-594.

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 matéria no tribunal ou submeter qualquer questão à votação, nem deve permitir qualquer acusação proibida por lei. (Discurso contra Timócrates, 55).³⁶

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).³⁷

Pelo exame dos fragmentos desses discursos de Demóstenes, extraem-se indicações não somente de um postulado de lógica, mas da existência de norma jurídica relacionada tanto à proibição de renovar questão já julgada como à de imposição de mais de uma sanção por cada infração. E, pela época que os discursos foram pronunciados, a legislação ateniense neles referida corresponde às reformas constitucionais realizadas por Sólon³⁸ no ano 594 a.C.³⁹

Conforme essa orientação é o pensamento de Rocco, pelo menos no que se refere à proibição de renovar questão já julgada, ao sustentar que, no direito grego, especificamente na legislação de Sólon, já se previa a autoridade da coisa julgada, apontando a faculdade de impedir-se o ajuizamento de uma segunda ação por meio de uma exceção – *exceptionem interponito actioni ad eludendum id quod in intentionem condemnationemve deducit* est – e indicando, ainda, que tal exceção também tinha por objetivo a proibição de renovação de questão já julgada – *ne res acta apud iudices repeteretur*.⁴⁰

³⁶ Idem. p. 407.

³⁷ Idem. p. 407-408.

³⁸ Na Grécia Antiga, da metade do século VII até o fim do século VI a.C., ocorreu um grande movimento de codificação, acarretando em várias cidades – *polis* – a elaboração de constituições, destacando-se a de Licurgo de Esparta, a de Drácon (621 a.C.) e a de Sólon (594 a.C.), ambos de Atenas. KERAMEUS, K. D.; KOZYRIS, P. J. *Introduction to Greek law*. London: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987. p. 2. Ainda sobre a data da atividade legislativa de Sólon, Delfim Ferreira Leão afirma que “a *akme* de Sólon situa-se na 46ª Olimpíada (= 596-592), sendo que o arcontado cairia no terceiro ano da mesma Olimpíada, portanto em 594-593. [...] A *nomothesia* ou atividade legislativa de Sólon teria ocorrido durante o mesmo período de tempo”. LEÃO, Delfim Ferreira *et al. Cidadania e paideia na Grécia Antiga*. São Paulo: Annablume Clássica, 2011. p. 75.

³⁹ RHODES, P. J. *A commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*. Oxford: Clarendon Press, 1981. p. 61, 118 et. seq. Ademais, é oportuno citar que as leis de Sólon, dentre outros direitos, instauraram a isonomia civil e regras sobre processo legislativo, contextualizadas, obviamente, na época. Nesse sentido, cita-se trecho do discurso escrito por Demóstenes contra Timócrates, o que reforça também a existência da Constituição de Atenas: “nas leis que nos regem, Atenienses, contêm-se prescrições tão precisas como claras sobre todo o processo a seguir na propositura das leis. Antes de mais, fixam a época em que a ação legislativa é admitida. Em segundo lugar, mesmo então, não permitem a todo cidadão exercê-lo a sua fantasia. É necessário, por outro lado, que o texto seja transcrito e afixado à vista de todos perante os Epónimos; por outro lado, que a lei proposta se aplique igualmente a todos os cidadãos; enfim que as leis contrárias sejam derogadas; sem falar doutras prescrições [...]. E caso de infração a uma só dessas regras, qualquer cidadão pode denunciá-la”. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 78.

⁴⁰ ROCCO, op. cit.. p. 34-35.

Interessante notar que mesmo os partidários da linhagem romana do princípio do *ne bis in idem* aceitam a possibilidade de ter tal postulado⁴¹ surgido no direito ateniense do século IV a.C. Assim é que León Villalba, um dos que defendem o nascimento do princípio no direito romano, admite a existência de uma regra semelhante na Grécia, no sentido da proibição de julgamento de um mesmo fato em dois processos. Também, ao analisar a obra de Quintiliano, admite a dificuldade em se determinar o período relativo às citações da fórmula *bis de eadem re ne sit actio* – não é lícito acionar duas vezes pelo mesmo –, que “em alguns casos derivam do direito ático do século IV a.C., em outros da Roma contemporânea ou simplesmente da fantasia dos retóricos”.⁴²

Em sentido semelhante, destaca Celso Neves que, ainda que o *bis de eadem re ne sit actio* tenha sido sistematizado no direito romano, acredita-se que essa máxima tenha tido origem antes mesmo do direito romano, havendo sido objeto, provavelmente, de “lei anterior às Doze Tábuas, mantida consuetudinariamente”.⁴³

Para Muñoz Clares, a despeito de a origem da proibição do *bis in idem* ter emergido da “intuição grega” de limitação e/ou contenção das consequências advindas pela prática de um mesmo fato, cuja formulação original era, em grego, *dis pros ton auton peri toon auton*,⁴⁴ dúvida não há de que, nessa mesma civilização, o referido postulado ganhou expressamente contornos jurídicos.

Ainda para Muñoz Clares,

Sua formulação expressa [do princípio 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

⁴¹ Por oportuno, entende-se conveniente ressaltar que, nesta pesquisa, a expressão postulado não é empregada na concepção defendida por Ávila, como “metanorma” do dever estruturante de realização de um fim ou um comportamento específico. Na verdade, utiliza-se essa expressão de forma denotativa, no sentido de máxima ou axioma ou, até mesmo, premissa que se pode, sem demonstração, admitir como verdadeira. Por outro lado, registra-se que, quanto às espécies normativas difundidas majoritariamente pela doutrina, o *ne bis in idem*, por apresentar uma dimensão abstrata, valorativa e finalística – um estado a ser alcançado pelo aplicador do direito –, deve ser considerado como princípio e não como regra. Sobre a distinção entre princípios e regras, consultar, dentre outros: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Acerca do conceito de postulados normativos, ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁴² LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*: sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 50.

⁴³ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p.10.

⁴⁴ Para Muñoz Clares, esse termo grego significaria “las leyes no permiten que sea dos veces contra el mismo”. MUNÓZ CLARES, op. cit., p. 26.

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”.⁴⁵

Assim, considerando-se todos os argumentos aduzidos em relação à origem do princípio do *ne bis in idem*, embora se reconheça a ausência de construção sistemática das instituições jurídicas no direito da Grécia Antiga, entende-se que a materialização do princípio de lógica que trata da proibição de renovação do que já foi decidido em norma jurídica e suas respectivas consequências ocorreu nessa civilização, havendo registro nesse sentido, pelo menos, a partir da reforma legislativa de Sólon (594 a.C.). E é por essa razão que se adota a corrente histórica que conecta o surgimento do princípio do *ne bis in idem* ao direito dos áticos.⁴⁶ Este, como bem afirmado por Demóstenes, em discursos pronunciados nos anos 355 a.C. e 353 a.C., não permitia que um mesmo homem fosse julgado mais de uma vez pelo mesmo assunto ou que uma questão, uma vez decidida, fosse novamente objeto de julgamento.⁴⁷

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, a qual seria, em tal época, até mesmo, de difícil demonstrabilidade.⁴⁸

Dando seguimento ao registro das principais manifestações históricas do princípio do *ne bis in idem*, há de ser ressaltado que, haja vista a grande importância do direito romano

⁴⁵ Idem. p. 41-42.

⁴⁶ Interessante ser ressaltado, mais uma vez, que León Villalba traz em sua obra sobre o *ne bis in idem* a possibilidade de a origem desse princípio ter se dado na Grécia Antiga. Porém, enuncia o entendimento de Liebs, para quem tal postulado não constitui no direito grego uma regra jurídica, mas tão somente uma “prática do ensino da retórica entre os áticos”. De qualquer forma, o próprio León Villalba admite que essa posição de Liebs não entra em contradição com a corrente que associa o nascimento do princípio do *ne bis in idem* ao direito romano, apenas dilatando mais no tempo sua origem e “criando um antecedente perfeitamente válido para explicar sua posterior utilização no processo romano”. LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 59.

⁴⁷ THOMAS III, George C. *Double jeopardy: the history, the law*. New York: New York University Press, 1998. p. 73. VINCE, James H. *Demosthenes I: Olynthiacs Philippics minor public speeches. Speech against Leptines*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1989. p. 589.

⁴⁸ “Não pode negar-se que a sua vigência [da máxima *ne bis in idem*] nos primitivos tempos é dificilmente demonstrável”. 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 Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34.

sobre a Igreja Católica, tal princípio, mesmo após a queda do Império Romano, manteve-se com os contornos aceitos por essa civilização, ou seja, com caráter marcadamente processual, havendo indicações a respeito dele na compilação de decretos papais promulgada pelo Papa Gregório IX, em 1246, baseada em cânones dos primeiros concílios. Nela constava-se que uma acusação não poderia ser renovada quando se tratasse dos mesmos crimes pelos quais o acusado havia sido absolvido.⁴⁹

No século XIII, com o surgimento dos sistemas processuais inquisitivos, pouco se encontra referência ao princípio do *ne bis in idem*, pois, nesse novo procedimento característico dos povos medievais, quase não se atribuía importância à autoridade da coisa julgada, permitindo-se amplamente a busca da “verdade material”, em muitos casos, a qualquer custo.

O juiz não decidia apenas sobre os fatos imputados, fundamentando sua decisão em sua própria investigação, de forma que, em não havendo provas suficientes, finalizava-se o processo, mesmo que provisoriamente, com a absolvição do acusado na instância,⁵⁰ reservando-se, em caso de dúvida, a possibilidade de ser reaberta a investigação. É que, como as absolvições se produziam *stantibus rebus*, a prática admitia frequentemente uma renovação ou volta da mesma causa, desde que fossem aduzidos novos fatos que não tivessem sido levados em consideração no processo anterior. Ademais, não se reconhecia a aplicação do *ne bis in idem* quando a primeira sentença tivesse sido prolatada por jurisdição diversa.⁵¹

Américo Taipa de Carvalho bem resume esse longo período da História, quando observa que os Estados absolutos não eram muito afeitos ao princípio do *ne bis in idem*, com a amplitude de proteção que irradia nos dias atuais, o que é uma consequência lógica “de regimes em que os direitos [...] não tinham a mínima consistência normativo-prática”.⁵² Como exemplo dessa observação, citam-se as *Siete Partidas* redigidas no Reino de Castilla, durante o reinado de Alfonso X (1252-1284),⁵³ que, apesar de contemplarem, em seu texto, o

⁴⁹ CARTER-STIGLITZ, Brian. *Criminal law*: Hankerson v. State - The double jeopardy and offensive collateral estoppel issues that attend retrying aggravating factors. Disponível em: <<http://www.digitalcommons.law.yale.edu>>. Acesso: em 08 ago. 2011.

⁵⁰ Conforme se percebe, essa expressão corresponde às absolvições por ausência de prova suficiente para a condenação. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*: sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 59.

⁵¹ Idem. p. 58-59.

⁵² CARVALHO, Américo A. Taipa. *Sucessão de leis penais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 213.

⁵³ ESPANHA. *Las siete partidas*. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-siete-partidas>>. Acesso em: 07 set. 2012.

princípio do *ne bis in idem*, ao menos em seu viés processual,⁵⁴ admitiam a tortura, na ausência de outras provas aptas a comprovar a autoria do delito.

Outro antecedente do princípio 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, “sob pena de multa de 500 libras esterlinas”.⁵⁵

Importante manifestação histórica do princípio em comento também se deu na Constituição dos Estados Unidos da América, pois, apesar de haver referência ao *double jeopardy*, desde 1641, na América do Norte – em Massachusetts, no *Bay Colony's Body of Liberties* –, um fato bastante significativo foi seu reconhecimento, em 1887, através da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que preconizou que ninguém seria julgado duas vezes pela mesma ofensa⁵⁶ – “[n]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”⁵⁷ ou, mais resumidamente, *double jeopardy*.⁵⁸

Apenas após o Iluminismo, o postulado em destaque começa a adquirir a natureza de direito fundamental de um Estado de Direito e, com o advento da Revolução Francesa, o princípio do *ne bis in idem* foi alçado a nível constitucional, no art. 9º da Constituição Francesa de 1791. Da mesma forma, o *Code des d'elits et des peines*, conhecido como o Código de Brumário, e o *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, reconheceram expressamente o princípio do *ne bis in idem*.⁵⁹

⁵⁴ NÚÑEZ SANCHEZ, Jorge Enrique. *El principio ne bis in idem: aproximación desde una perspectiva limitadora por el poder punitivo*. Disponível em: <<http://www2.scielo.org.ve>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 97. t.1.

⁵⁶ ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, [s.d.]. p. 64.

⁵⁷ Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item>. Acesso em: 13 set. 2011. Ainda a propósito da garantia de não ser submetido a um “duplo risco” (*double jeopardy*), nos termos preconizados na 5ª Emenda da Constituição americana, Cooley destaca que constitui “uma velha fórmula transmitida desde os tempos em que os castigos sangüinários eram frequentes; mas o que ela significa é que ninguém será submetido a processo pela segunda vez, e pela mesma culpa, desde que já haja sido julgado e condenado, ou absolvido”. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002. p. 287.

⁵⁸ “Embora a Quinta Emenda fale em ‘perigo de vida ou de perder alguns dos membros’, a proteção do risco duplo [*double jeopardy*] não é limitada a crimes graves. Essa garantia é aplicável a todos os procedimentos penais, incluindo aqueles instaurados em corte juvenil e em processos de contravenção, onde nada mais que uma multa é aplicada”. KANOVITZ, Jacqueline R. *Double jeopardy*. [...]. p. 459.

⁵⁹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 59.

Destaca-se, ainda, que tal postulado foi incorporado ao movimento europeu de codificação do século XIX, sendo, porém, acolhido basicamente 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 histórico evolutivo do princípio 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 princípio do *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.

Nesse sentido, são enfatizados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas,⁶⁰ a Convenção Americana de Direitos Humanos,⁶¹ a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais⁶² e o Estatuto de Roma.⁶³

⁶⁰ Em seu art. 14.7 dispõe que não poderá haver julgamento ou punição “novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país.” Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁶¹ Nela, foi reconhecido o princípio do *ne bis in idem*, no art. 8.4, nos seguintes termos: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Idem.

⁶² 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.

⁶³ 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. Conferir, ainda, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4, 2003; ano 5, n. 5, 2004. p. 94-95.

1.2 Sentido e alcance do princípio do *ne bis in idem*: reflexão preambular

Sem embargo de ser secular o postulado que proíbe o *bis in idem*, havendo, inclusive, quem afirme que a história desse princípio confunde-se com a própria história do *ius puniendi*, não há consenso na doutrina quanto à formulação de seu significado, sendo habitual encontrarem-se as mais variadas acepções.

De maneira semelhante, também são multiformes os fundamentos e as funções relacionadas ao princípio do *ne bis in idem*, observando-se frequentemente uma imprecisa utilização desses termos, como ocorre, por exemplo, quando os mesmos argumentos de determinado doutrinador para fundamentar o princípio do *ne bis in idem* também são empregados por outro doutrinador para indicar as funções de tal princípio.

Ilustrativas desse panorama, podem ser citadas as posições de Christine Van Den Wyngaert e Guy Stessens, que apontam a proteção do indivíduo como um dos fundamentos do princípio do *ne bis in idem*,⁶⁴ havendo, por sua vez, Vânia Costa Ramos destacado que, dentre algumas das funções do *ne bis in idem*, consta a garantia da segurança jurídica individual.⁶⁵

Assim, antes de serem expostos tais conceitos, por mais elementar que pareça, é necessário que se indique, em termos semânticos e no que se aplica à presente pesquisa, o que se entende por sentido, fundamento e função.

O termo “sentido” será aqui empregado como a acepção de um conceito, sua tradução, constituição ou significado, podendo a expressão “ter o sentido de” ser definida como “traduzir-se por, exprimir, querer dizer”. Já “fundamento” diz respeito a *ratio*, “base, alicerce, [...] principal causa, motivo”. E “função” é um termo polissêmico que, na hipótese desta investigação, é utilizado como a utilidade ou o desempenho de uma ação ou atividade que é peculiar a determinada pessoa, órgão ou instituto.⁶⁶

Por oportuno, esclarece-se que, em seguida, serão apenas indicadas as definições, os fundamentos e as funções usualmente encontrados na literatura jurídica sobre a matéria,

⁶⁴ VAN DEN WYNGAERT, Christine; STESENS, Guy. The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions. *International and Comparative Law Quarterly*, v. n. 48. p. 779-804, oct.1999.

⁶⁵ RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 82.

⁶⁶ GRAVE, João; COELHO NETO. *Lello Universal: Novo Dicionário Encyclopédico brasileiro*. Organizado e publicado pela Livraria Lello. Porto: Lello & Irmão Editores, [s.d]. v. 4. p. 1041 e 1111-1112.

reservando-se para o capítulo 4 desta pesquisa os esclarecimentos formulados nesta investigação sobre esses tópicos.

Com singular perspicácia, baseado nos aportes do direito grego, Muñoz Clares aduz que, do discurso de Demóstenes contra Leptino, afere-se o conteúdo do princípio do *ne bis in idem*, consubstanciado na interdição de dupla consequência sancionatória com fundamento em um mesmo fato.

Assim, no que se pode denominar de viés autêntico ou original do princípio do *ne bis in idem*, há de ser proibida a existência de mais de uma persecução, em face da impossibilidade de renovação de ação já julgada, que corresponderia à primitiva ideia do que se conhece hoje como coisa julgada, a imposição ou a associação de mais de uma sanção a um só fato, bem como a reconsideração – com duplicidade de reação sancionatória – do que já foi decidido.⁶⁷

Sob outra perspectiva, aqui denominada clássica ou tradicional, costuma-se relacionar a origem do princípio do *ne bis in idem* ao direito romano, determinando-se seu sentido, quase que exclusivamente, como a proibição de se promover uma nova ação sobre a mesma matéria, como consequência lógica do instituto da coisa julgada, derivado do caráter preclusivo do processo.

Goldschmidt via exatamente na proibição do *bis in idem* o significado da coisa julgada penal, que, em razão da consunção da *persecutio*, impedia a renovação de debates e de decisão da mesma causa.⁶⁸ Nesse mesmo sentido, Carnelutti entendia que a proibição do *bis in idem* expressava a concepção da eficácia preclusiva da coisa julgada no processo penal.⁶⁹

Como bem observa Rogério Schietti, nos países com formação jurídica romano-germânica, a proibição decorrente do princípio do *ne bis in idem* conectou-se mais diretamente à *res iudicata*, tanto que “os povos da Europa continental, durante séculos, mantiveram o instituto do *ne bis in idem* praticamente sob a mesma formulação teórica” das primeiras manifestações do direito romano.⁷⁰

⁶⁷ MUNOZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 43-45.

⁶⁸ GOLDSCHMIDT, James; GOLDSCHMIDT, Roberto. *Derecho justicial material: derecho justicial material civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. p. 100-101.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. V. IV. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia., 1950. p. 81

⁷⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11-12.

E a forte influência do sistema romano também se refletiu no ordenamento jurídico brasileiro, sendo corriqueira a vinculação da proibição do *bis in idem* à coisa julgada,⁷¹ como demonstra a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar.⁷²

Pode-se, então, definir o princípio do *ne bis in idem*, em uma perspectiva clássica, como um dos efeitos inerentes à força preclusiva da autoridade da coisa julgada – *res iudicata* –, significando a inadmissibilidade de multiplicidade de processos ou a reabertura da relação processual sobre o objeto do processo transitado em julgado.

Sem embargo da posição adotada na presente investigação, não se há de negar que, historicamente, as referências mais usuais são aquelas que vinculam o princípio do *ne bis in idem* à coisa julgada.

Dando continuidade ao ciclo evolutivo do princípio do *ne bis in idem*, somente a partir da segunda metade do século XX, com o transcendente processo de reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, é que começam a surgir novos aportes doutrinários e legislativos direcionados ao referido princípio.

Nessa expansão, registra León Villalba que tal princípio superou a noção tradicional limitada ao efeito preclusivo processual interno, havendo sido acrescida uma vertente substancial, de modo que pode incidir nas hipóteses de concorrência entre sanção administrativa e sanção penal.⁷³

Diferentes não são as lições de José Muñoz Lorente, para quem a vertente material do princípio caracteriza-se pela regra dirigida aos poderes públicos, no sentido da proibição de repressão, em mais de uma ocasião, de uma mesma conduta, ainda que tipificada como crime, contravenção ou infração administrativa, sem que haja apreciação da identidade de fato, de

⁷¹ Invocando a função preclusiva de novo julgamento exercida pelo princípio do *ne bis in idem*, parte da doutrina identifica tal princípio “como mera decorrência do fenômeno da coisa julgada”. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86606. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em: 22 maio 2007, DJe-072, DJ 03 ago. 2007. p. 86.

⁷³ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 88. Ver também: COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 83.

sujeito e de fundamento. Isso porque, de outra maneira, ocorreria uma *sobrerreacción* punitiva.⁷⁴

Barja de Quiroga também reforça a dimensão substancial que se deve atribuir ao *ne bis in idem*, ao afirmar que esse princípio se configura como um direito fundamental do cidadão, proibitivo da possibilidade de nova decisão ou condenação por fatos que já foram sancionados.⁷⁵ Por sua vez, Carpio Briz concebe o referido princípio como uma garantia de limitação do *ius puniendi*, tendente a proibir que um cidadão sofra reiterados castigos.⁷⁶

E Juliette Lelieur-Fischer traz três diferentes definições do princípio do *ne bis in idem*, costumando-se entender que, com a interdição decorrente de tal postulado, proíbe-se: 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.⁷⁷

Enfim, em uma perspectiva contemporânea, define-se o princípio do *ne bis in idem* como uma norma fundamental que informa o sistema sancionador estatal, sob uma dúplici vertente: de um lado, um princípio de natureza processual, proibitivo da renovação de processos ou julgamentos pelos mesmos fatos; por outro lado, um princípio de direito material, segundo o qual ninguém deve ser apenado mais de uma vez pelos mesmos fatos.

Interessante, ainda, mencionar que, embora historicamente o princípio do *ne bis in idem* tenha sido aplicado quase exclusivamente na ordem jurídica interna dos Estados e de forma restrita à jurisdição criminal, em face dos novos paradigmas de criminalidade, impulsionados pela ordem mundial de sociedade global dos tempos atuais, as fronteiras internas dos países foram facilmente ultrapassadas, dando lugar também a um sistema transnacional de justiça.⁷⁸

⁷⁴ MUÑOZ LORENTE, José. *La nueva configuración del principio non bis in idem*: las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ambito medioambiental. Madrid: Ecoiuris, 2001. p. 36.

⁷⁵ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 45-46.

⁷⁶ CARPIO BRIZ, David. Europeización y reconstitución del *non bis in idem*. Efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009. *Revista general de derecho penal* 14, 2010. p. 1-20. Disponível em: <<http://www.iustel.com>>. Acesso em: 13 maio 2011.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ VERVAELE, John A. E. The transnational *ne bis in idem* principle in the EU. *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue 2 (December) 2005. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org>>. Acesso em: 13 set. 2011. Ainda sobre o assunto, De La Cuesta destaca que “a concorrência de competência entre jurisdições penais, tradicionalmente tratada como um puro assunto doméstico, constitui também de maneira crescente um problema transnacional, devido não somente à intensificação da mobilidade dos cidadãos ou da emergência de novas instituições penais internacionais, senão também pela progressiva extensão do âmbito de competência das jurisdições penais nacionais a condutas cometidas no exterior ou através da consideração como infrações independentes das diversas partes de um comportamento global”. DE LA

Assim é que a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) proclamou, na Resolução B.4 da Seção IV, aprovada pelo XVI Congresso Internacional de Direito Penal, em Budapeste (1999), que, também no marco internacional ou no transnacional, o princípio do *ne bis in idem* deveria ser contemplado como um direito humano,⁷⁹ incorporado aos convênios internacionais e regionais de direitos humanos.⁸⁰

Quanto aos fundamentos do princípio do *ne bis in idem*, cumpre-se informar que os mesmos referenciais que foram empregados para a análise das diversas definições imputadas a esse princípio, tripartidos em perspectivas denominadas originária, clássica e contemporânea, também serão utilizados na indicação dos fundamentos usualmente a ele atribuídos.

Originariamente, considerando-se que o princípio do *ne bis in idem* foi conceituado como a proibição de pluralidade de consequências jurídicas pelos mesmos fatos, aponta Muñoz Clares que o seu fundamento autêntico seria a contenção ou a limitação de resposta punitiva por parte do Estado frente ao cidadão infrator.⁸¹

Já os seguidores da denominada perspectiva clássica, fazendo valer o caráter marcadamente processual da linhagem romana do princípio do *ne bis in idem*, costumam considerar como seu fundamento a segurança jurídica, por meio da certeza, da estabilidade e da presunção de veracidade das relações jurídicas já decididas.

A respeito disso, observa Rogério Schietti que o referencial teórico dos países da família jurídica romano-germânica geralmente compreende o princípio do *ne bis in idem* como uma regra inerente à função jurisdicional do Estado, fundamentando-o na necessidade de estabilidade e segurança para a saúde do sistema jurídico, complementada pelo princípio da confiança que deve nortear as relações entre o Estado e seus súditos.⁸²

CUESTA, José Luis. Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem* – relacion general. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 737.

⁷⁹ Disponível em: <<http://www.penal.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁸⁰ “Na verdade, a aplicação do princípio *ne bis in idem* aos conflitos de competência internacionais e transnacionais é com frequência problemática e as regras internacionais deveriam assegurar, como mínimo, que a pena executada no estrangeiro e que dita relação com a mesma conduta ou delito que é objeto de um segundo processo [...] seja levada em conta na sentença em caso de imposição de nova pena”. DE LA CUESTA, José Luis. Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem* – relacion general. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 738.

⁸¹ MUNOZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 34.

⁸² CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17. Por oportuno, pertinente registrar a diversidade histórica entre os países que adotam o sistema jurídico da *civil law* e os que adotam o da *common law*, pelo menos no que se refere à fundamentação do princípio do *ne bis in idem*. Enquanto para os primeiros prevaleceu, até bem pouco tempo, a posição de que tal postulado seria decorrência da coisa julgada, para os

Em continuidade à análise preambular dos fundamentos do princípio do *ne bis in idem*, em relação à perspectiva contemporânea – surgida na segunda metade do século XX – são múltiplas as razões invocadas para justificá-lo, todas derivadas dos princípios estruturantes de um Estado Democrático de Direito.

Os que sustentam o princípio da legalidade como base do *ne bis in idem* costumam explicar que a exigência de taxativa e anterior determinação normativa – *lex praevia* e *lex certa* – cumpre, dentre outros fins, a necessidade de conhecimento antecipado do conteúdo de eventual reação punitiva em face de hipotética prática de um fato delituoso. Apresentando-se a conduta anteriormente tipificada como uma “lei de efeitos seguros”, essa perderia sua utilidade se pudesse novamente ser objeto de punição.

Mercedes Pérez Manzano defende que, como se exige a previsão legal das condutas puníveis e de suas respectivas sanções, havendo determinado fato sido sancionado em uma primeira ocasião, a segunda ou ulteriores sanções se imporiam por um fato que já não poderia ser considerado punível no caso concreto. Por outro lado, informa que tal proibição conecta-se ao princípio da tipicidade das infrações, uma vez que o fato só pode considerar-se tipificado em uma das normas que descrevem as infrações. Aplicando-se somente uma delas, resta excluída a outra, até porque a acumulação de sanções configuraria uma resposta jurídica distinta da expressamente fixada na lei.⁸³

Contudo, a proibição do *bis in idem* como exigência do princípio da legalidade não é opinião unânime na Espanha, havendo lúcidas críticas a essa postura, como, por exemplo, a sustentada por Arroyo Zapatero. Para ele a possibilidade de ser imposta mais de uma sanção a um determinado indivíduo não viola o princípio da legalidade, tampouco da certeza, uma vez que “ambos os ilícitos podem estar clara e terminantemente formulados pela lei”. Os efeitos

últimos, ele é interpretado como uma garantia de proteção individual contra o poder punitivo do Estado, tendo como móveis a arbitrariedade, o excesso e a irracionalidade punitiva. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 65 et. seq. FRIEDLAND, Martin. *Double jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969. p. 03-06. E ainda citando as observações de Rogério Schietti, “como sintoma dessa afirmação, basta notar que, enquanto a mais importante e referida obra do direito inglês do século XVIII – os *Comentários das leis da Inglaterra*, de Blackstone – dedicou várias páginas ao estudo das regras que proibiam a renovação do litígio penal contra os súditos do reino inglês, o livro de correspondente importância para o direito dos povos de tradição romano-germânica – *Dos delitos e das penas*, de Beccaria – também escrito naquela quadra histórica, não faz qualquer referência, entre tantos princípios e garantias tratadas em sua seminal obra, ao *ne bis in idem*”. CRUZ, op. cit. p. 12. E tanto é assim, que, fundada na proteção do indivíduo, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que: “a ideia fundamental [...] é a de que não se deve permitir que o Estado, com todos os seus recursos e poder, pratique repetidas tentativas para condenar um indivíduo por um suposto delito, submetendo-o assim a constrangimentos, despesas e sofrimentos e obrigando-o a viver em um contínuo estado de ansiedade e insegurança”. *EE.UU v. Quirin*, 1942, US, V. 317. p. 43 e seguintes. In: MAYER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1. p. 602.

⁸³ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 74.

do *ne bis in idem* decorreriam das exigências de racionalidade e interdição de arbitrariedade que se impõem a todos os poderes públicos nos Estados Democráticos.⁸⁴

Quanto aos que aduzem ser o princípio da proporcionalidade o fundamento do *ne bis in idem*, frequentemente justificam essa opção na proibição de uma dupla carga aflitiva ou de excesso punitivo desproporcional na imposição de mais de uma sanção pelo mesmo conteúdo de injusto.⁸⁵

Outro entendimento sobre o fundamento do princípio do *ne bis in idem* é o preconizado por León Villalba, quando diz que a sua *ratio* seria a segurança do cidadão de não ser sancionado mais de uma vez, como contenção do *ius puniendi*. Essa limitação se projetaria em duas vertentes. Tanto se expressaria como proibição de arbitrariedade de atuação dos poderes públicos como direito fundamental, corolário do princípio da legalidade.⁸⁶ Nesta última perspectiva, centra-se em uma tríplice garantia: de conhecimento e certeza do direito positivo; de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico e nas instituições públicas, bem como de previsibilidade das consequências jurídicas. E é esse juízo de previsibilidade, segundo León Villalba, o que “dota de pleno sentido a proibição de que uma mesma conduta seja sancionada de forma múltipla”.⁸⁷

Traz-se também à colação o pensamento de Carlos Eduardo Adriano Japiassú, para quem o fundamento do princípio do *ne bis in idem* reside na necessidade de segurança jurídica como limitação ao poder punitivo estatal, assim como na ideia de que “a cada indivíduo será aplicada a sanção correspondente e suficiente para os seus atos (princípio da proporcionalidade)”.⁸⁸

Indicam-se, também, outros fundamentos, como, por exemplo, o defendido por Hendler, para quem se encontra nesse princípio uma indiscutível manifestação ou derivação

⁸⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. *Revista española de derecho constitucional*, Año n. 3, n. 8. 1983. p. 19.

⁸⁵ De acordo com essa posição, “a soma da pluralidade de sanções cria uma sanção alheia ao juízo de proporcionalidade considerado pelo legislador e materializa a imposição de uma sanção não prevista legalmente”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Pleno. Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

⁸⁶ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 404-406.

⁸⁷ Idem. p.404.

⁸⁸ 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, 2003/2004. p. 95.

lógica de um poder penal que reconhece no “fair play” um valor fundamental;⁸⁹ ou o sustentado por Vervaele, ao afirmar que são múltiplos os fundamentos do princípio do *ne bis in idem*, os quais assumem evidentes contornos de um princípio de proteção judicial para o cidadão em face do *ius puniendi* do Estado, indicando que seria corolário, dentre outros, do princípio do devido processo legal e de um processo justo.⁹⁰

Interessante é o posicionamento de Juliette Lelieur-Fischer, para quem o fundamento do princípio do *ne bis in idem* centra-se na unicidade de reação estatal.⁹¹ E para Novella Galantini a *ratio* do *ne bis in idem* é a possibilidade de subtração do indivíduo a uma ilimitada e porventura arbitrária perseguição penal, em razão da unidade da jurisdição.⁹²

Sintetizando a visão contemporânea do princípio do *ne bis in idem*, pode-se afirmar que restou superado qualquer fundamento que vinculasse tal princípio a uma garantia de mera conveniência das atividades persecutórias do Estado. Assim, tem prevalecido a concepção de que sua *ratio* consiste na tutela da segurança jurídico penal-individual, ou, ainda, em virtude dos princípios da legalidade, proporcionalidade e do devido processo legal, tendo como premissa a prevenção de submissão dos indivíduos ao exercício do *ius puniendi* estatal, mais de uma vez e pela mesma conduta.

Por fim, quanto às funções do princípio do *ne bis in idem*, apesar de, por muito tempo, ter sido bastante enfatizada a proibição de múltipla persecução penal como a função característica desse princípio, com a viragem paradigmática ocorrida desde o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), a qual inseriu a proteção dos direitos do homem no epicentro da maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos, a doutrina passou a compreender tal princípio sob uma duplicidade – ou até mesmo pluralidade – de aspectos. E as funções comumente atribuídas ao princípio do *ne bis in idem* podem ser traduzidas na proibição de ajuizamento de mais de um processo ou mais de uma investigação pelo mesmos fatos (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*) e na interdição de consequências sancionatórias pelos mesmos fatos

⁸⁹ HENDLER, Edmund S. (comp.). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2001. p. 131 et. seq.

⁹⁰ VERVAELE, John. *El principio ne bis in idem en Europa: el Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*. Disponível em: <<http://www.igitur-archive.library.uu.nl>>. Acesso em: 18 set. 2011.

⁹¹ 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*. (Tese de doutoramento) - Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris 2005. p. 335.

⁹² GALANTINI, Novella. Il divieto di doppio processo come diritto della persona. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano 24, Milano: Giuffrè, 1981. p. 98.

(*nemo debet bis puniri pro uno delicto*), nominadas pela doutrina de vertentes processual e material, respectivamente.⁹³

Também se discute na doutrina se, dentre as proibições garantidas pelo princípio do *ne bis in idem*, estaria a proibição de cumulação de qualificações ou de valoração de um mesmo fato sob pontos de vista jurídicos semelhantes.⁹⁴

A respeito disso, entende-se relevante a inclusão da impossibilidade de cumulação de qualificações ou de pluralidade de valorações jurídicas de um mesmo recorte de fato, independentemente de tal cumulação ser compreendida como uma dimensão autônoma ou um desdobramento da proibição de imposição de mais de uma sanção. Isso porque, tratando-se de consequências jurídico-punitivas decorrentes de uma única conduta, merece reflexão no âmbito da proibição do *bis in idem*.

1.3 Ambiguidades das expressões utilizadas nas definições normativas do princípio do *ne bis in idem*: questões a serem resolvidas

Não obstante sua remota existência e seu consagrado reconhecimento, o princípio do *ne bis in idem* continua suscitando muitas interrogações. E grande parte dessa incerteza pode ser atribuída, além de à equivocada interpretação de que o princípio do *ne bis in idem* seria mera decorrência da coisa julgada, à heterogeneidade das expressões utilizadas nos diversos instrumentos normativos que consagram esse princípio.

Quanto à multiplicidade de termos, a título de ilustração, cita-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que apresenta, como pressuposto para prevenir a dualidade de consequências jurídico-punitivas (*bis*), a existência de anterior pronunciamento estatal consubstanciado na absolvição ou condenação por sentença transitada em julgado (art. 14.7).

⁹³ Bockel questiona se essas proibições seriam nuanças do mesmo princípio, aspectos distintos ou proibições coincidentes. VAN BOCKEL, Bas. *The ne bis in idem principle in the EU law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 33 et. seq.

⁹⁴ Juliette Leulier-Fischer defende a inexistência de função própria da proibição de cumulação de qualificações, aduzindo que os argumentos elencados pela doutrina não correspondem verdadeiramente a uma função, sendo apenas considerações técnico-jurídicas ou instrumentos de realização de outras funções – as de proibição de cumulação de persecuções e de sanções. LEULIER-FISCHER, Juliette. *La règle ne bis in idem: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*. (Tese de doutoramento). Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005. p. 32-34. Em sentido semelhante: RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 27.

Por sua vez, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional refere-se apenas à condenação ou à absolvição (art. 20.1). De outro lado, o Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais menciona a absolvição ou a condenação por sentença definitiva, havendo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.4) apontado como tal pressuposto a sentença passada em julgado.

No tocante à proibição do *idem*, a problemática terminológica torna-se ainda mais patente, podendo ser citados alguns exemplos da multiplicidade de fórmulas empregadas, tais como:

- a) *delito*, mencionado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.7) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 50);
- b) *crime*, referido na Constituição da República portuguesa (art. 29.5);⁹⁵
- c) *infração*, denominação utilizada no Protocolo 7, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 4.1), no Código de Processo Penal da França (art. 368),⁹⁶ assim como no da Argentina (art. 1º);⁹⁷
- d) *atos constitutivos de crime*, locução citada no Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional (art. 20.1); e
- e) *atos*, expressão constante da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.4), na Lei Fundamental da Alemanha (art. 103, III)⁹⁸ e no Código de Processo Penal da Itália (arts. 649 e 669).⁹⁹

Ao discorrer sobre as questões que continuam suscitando dificuldades relativamente à interpretação de certas disposições substantivas ou regras mais gerais do princípio do *ne bis in idem*, Vervaele, com sua peculiar argúcia, sintetizou algumas das indagações mais recorrentes, identificadas em seguida:

- a) haveria identidade de sujeitos para os fins da proibição do *bis in idem* entre pessoa física e pessoa jurídica?;

⁹⁵ Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁹⁶ Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁹⁷ Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos.html>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁹⁸ Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁹⁹ Disponível em: <<http://www.leggeonline.info/procedurapenale>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

- b) o alcance desse princípio limita-se apenas à multiplicidade de sanções penais ou também engloba a proibição de acumulação de outras sanções punitivas, como as decorrentes do direito administrativo sancionador?;
- c) em que consiste uma sentença definitiva?;
- d) a extinção dos procedimentos investigatórios é considerada sentença definitiva para o impedimento de um novo processo?;
- e) na identificação do *idem*, considera-se o enquadramento legal do delito ou apenas os recortes de fatos, substancialmente?;
- f) os valores jurídicos que devem proteger os tipos legais influenciam na determinação do *idem*?; e
- g) haveria observância ao teor normativo do princípio do *ne bis in idem* na permissibilidade de um novo processo, desde que, por ocasião da imposição de eventual penalidade, se descontasse a sanção anteriormente aplicada?¹⁰⁰

Além dessas questões, também se indaga se a proibição de um novo processo restringe-se apenas ao âmbito processual penal ou se, igualmente, estende-se ao ordenamento estatal punitivo globalmente considerado, especificamente às searas do direito penal e do direito administrativo sancionador. E, em caso de sobreposição da atuação da jurisdição penal e da potestade sancionadora da administração, qual deveria prevalecer? Sempre haveria preponderância da atuação da jurisdição penal e, conseqüentemente, da sanção penal, ou seria considerada válida, independentemente de sua natureza, a que primeiro tivesse sido aplicada?

Adiante serão expostos os quadros normativos de aplicação do princípio do *ne bis in idem* no direito internacional e no direito europeu, bem como as interfaces entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, com a finalidade de, no capítulo 4, responder as questões acima indicadas.

1.4 Configuração do princípio do *ne bis in idem* no direito internacional: notas relevantes

O princípio do *ne bis in idem*, no plano do direito internacional, é, em regra,

¹⁰⁰ VERVAELE, John. Principio de reconocimiento mutuo y protección de derechos humanos. *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 18 set. 2011.

correlacionado à segurança jurídica que devem ter as relações jurídicas resolvidas definitivamente, sendo marcante o reconhecimento pelos tribunais internacionais da garantia da coisa julgada, não somente na qualidade de um princípio geral do Estado de Direito, mas também como um princípio basilar do direito das Nações.¹⁰¹

Discute-se se a proibição encartada em tal princípio é reconhecida apenas na jurisdição do Estado prolator da primeira resolução – efeito nacional – ou se também pode ser invocada entre jurisdições de diferentes Estados – efeito internacional.

Sem embargo da controvérsia existente sobre o *status* do princípio do *ne bis in idem* no direito internacional, havendo até mesmo quem o considere, dada sua importância para o direito penal, um princípio geral de direito internacional,¹⁰² os instrumentos de direitos humanos que consagram o princípio do *ne bis in idem*, tradicionalmente, não estendem a garantia da proibição do *bis in idem* entre as jurisdições de mais de um Estado, assegurando-o apenas de forma horizontal, ou seja, em nível de direito interno ou nacional.

Nesse sentido, observa John Vervaele que “não há norma imperativa de direito internacional (*ius cogens*) instituindo o dever de respeitar o princípio *ne bis in idem* entre os Estados”,¹⁰³ razão pela qual não se pode falar de efeitos da *res iudicata* no plano internacional, uma vez que as decisões de outros países e de organizações internacionais somente vincularão os órgãos judiciários nacionais a depender de tal previsão nos tratados bilaterais e multilaterais.

Gerard Conway partilha dessa orientação e, mesmo ressaltando que a dimensão cada vez mais internacionalizada do processo criminal torna ainda mais relevante o princípio do *ne bis in idem*, sustenta que tem prevalecido, no direito internacional, a opinião que o limita às disposições de tratados.¹⁰⁴

¹⁰¹ MOURA, Miguel Calado de Azevedo. *O efeito de res iudicata no direito internacional público e o artigo 61 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.jdsupra.com>>. Acesso em: 21 abr. 2012. A respeito da *res iudicata*, a Corte Internacional de Justiça, em uma revisão de julgamento relativa à aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (caso Bósnia e Herzegovina c. Iugoslávia, 2007), declarou que são dois os propósitos subjacentes ao princípio da coisa julgada. O primeiro deles relaciona-se à estabilidade das relações jurídicas, pela qual se exige que o litígio chegue ao fim; em segundo lugar, é do interesse de cada parte que uma questão que já foi julgada em favor de uma das partes não seja novamente arguida. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário do julgamento de 26 de fevereiro de 2007*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

¹⁰² Cf. CONWAY, Gerard. *Ne bis in idem in international law*: *International Criminal Law Review*, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

¹⁰³ VERVAELE, John. *The transnational ne bis in idem, principle in the EU: mutual recognition and equivalent protection of human rights*. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

¹⁰⁴ CONWAY, op. cit.

A respeito da inexistência de norma imperativa de direito internacional que haja instituído o dever de respeitar o princípio do *ne bis in idem* entre os Estados, o anterior Comitê sobre Direitos Humanos da ONU – órgão antecessor do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas¹⁰⁵ – decidiu que a regra estabelecida no art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas não se aplica na prevenção de múltiplas perseguições pelos mesmos fatos por diferentes jurisdições estatais.

Essa orientação foi tomada no caso *Ap. v. Itália*, no qual o demandante foi condenado, na Suíça, por crime contra o sistema financeiro à pena de dois anos de prisão. A Itália indiciou o demandante pelos mesmos fatos e solicitou à França, Estado no qual se encontrava, sua extradição, com o fim de processá-lo. Como esta recusou-se a conceder a extradição requerida, aquela processou e condenou o demandante à revelia. Em face dessa segunda condenação, *Ap.* encaminhou reclamação ao anterior Comitê sobre Direitos Humanos da ONU, na qual alegou que a Itália havia violado seu direito de não ser submetido a uma duplicidade de procedimentos pelos mesmos fatos. O Comitê entendeu que a garantia prevista no art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas não tem validade internacional, referindo-se somente aos julgamentos dentro de um mesmo Estado.¹⁰⁶

Nessa mesma linha, o Comitê, ao decidir o pedido de *A. R. J. v. Austrália*, reafirmou que a regra do *ne bis in idem* prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas não garante o respeito à proibição de mais de uma perseguição pelos mesmos fatos entre jurisdições de dois ou mais Estados, restringindo-se essa previsão apenas à jurisdição de um mesmo país.¹⁰⁷

Com efeito, considerando-se a multiplicidade dos conceitos atribuídos ao princípio do *ne bis in idem* nas ordens jurídicas internas, dúvida não há de que a aplicação de tal máxima aos conflitos de competência internacional é problemática, até por envolver o exercício de soberanias distintas. Contudo, recomenda-se que as regras internacionais assegurem, pelo

¹⁰⁵ O Conselho de Direitos Humanos é um órgão intergovernamental da Organização das Nações Unidas (ONU), responsável por fortalecer a promoção e a proteção dos direitos humanos em todo o mundo. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

¹⁰⁶ CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *Ap. v. Itália*. Comunicação 204/1986, 21ª Sessão, 02 de novembro de 1987. U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 67 (1987). Disponível em: <<http://www.worldcourts.com>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

¹⁰⁷ CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *A. R. J. v. Austrália*. Comunicação 692/1996, 60ª Sessão, 28 de julho de 1997. U.N. Doc. CCPR/C/60/D/692/1996. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

menos, que a pena executada no estrangeiro seja levada em consideração na segunda sentença, em caso de imposição de nova pena.¹⁰⁸

De toda sorte, é cada vez mais crescente a ampla aceitação do princípio do *ne bis in idem* pela comunidade internacional, tendo passado a ser aplicado até mesmo “verticalmente” – em nível internacional e transnacional –, ainda que por meio de tratados multilaterais, como ocorre, por exemplo, nos crimes sobre os quais recai a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.¹⁰⁹

Ainda sobre a interpretação do anterior Comitê sobre Direitos Humanos da ONU sobre o princípio do *ne bis in idem*, merece registro a decisão tomada no caso Marieta Terán Jijon v. Equador. Nessa reclamação, alegou a demandante que foi condenada por participação em um roubo a banco e que, posteriormente, foi acusada de posse ilegal de armas praticada durante o cometimento desse crime. O Comitê considerou que não ocorreu a alegada violação do princípio do *ne bis in idem*, uma vez que, a despeito de a segunda acusação referir-se a um elemento especial da primeira acusação, a demandante não chegou sequer a ser julgada uma segunda vez, pois o Tribunal Superior do Equador declarou a nulidade da imputação de posse ilegal de armas, em respeito ao princípio sob análise.¹¹⁰

Há, ainda, de ser feita referência à declaração do Conselho de Direitos Humanos, lançada no Comentário Geral 32,¹¹¹ na qual se reconheceu que os cidadãos que se recusarem a prestar serviços militares por objeção de consciência não poderão ser punidos mais de uma vez pelos mesmos fundamentos. Isso porque o princípio do *ne bis in idem* vedaria a reiterada punição dos objetores de consciência por sua contínua recusa em realizar ou continuar em serviço militar, em virtude de ordem renovada para servir nas forças armadas, baseando-se eventual duplicidade de sanção nas mesmas e constantes razões de consciência.

¹⁰⁸ DE LA CUESTA, José Luis. Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem* – relacion general. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 738.

¹⁰⁹ Spinellis cita outros instrumentos que estabeleceram disposições relativas ao *ne bis in idem* com efeitos verticais, tais como a Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e os Estatutos dos Tribunais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda. SPINELLIS, Dionysios. Global report the *ne bis in idem* principle in “global” instruments. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 1153-1157. Também há de ser mencionado que o princípio do *ne bis in idem* é frequentemente invocado em quase todos os tratados de extradição em vigor e nos demais instrumentos de cooperação penal internacional, destacando-se, dentre esses atos, o Manual sobre o Tratado Modelo de Extradição das Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/documents>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

¹¹⁰ CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Jijon v. Equador. Comunicação 277/1988, 44ª Sessão, 26 de março de 1992. U.N. Doc. CCPR/C/44/D/277/1988. Idem.

¹¹¹ CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Comentário Geral n. 32, artigo 14: direito à igualdade perante os tribunais e a um julgamento justo. 90ª Sessão, 27 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

1.5 Breves comentários sobre o sentido e o alcance do princípio do *ne bis in idem* nos debates da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)

Tendo-se em vista que o Brasil incorporou ao seu direito interno o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas¹¹² e considerando-se, ainda, que a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) é um órgão consultivo das Nações Unidas em matéria penal, faz-se pertinente a citação das conclusões tomadas no seu XVII Congresso Internacional, que ocorreu na China, de 12 a 19 de setembro de 2004. Este, na Seção IV, dedicou-se ao princípio do *ne bis in idem*.¹¹³

Inicialmente, os participantes desse colóquio reconheceram que a proibição da duplicidade de consequências jurídico-repressivas, como expressa pelo princípio do *ne bis in idem*, é uma demanda por justiça, certeza jurídica, proporcionalidade, assim como de autoridade das decisões judiciais. Por oportuno, reiteraram a resolução adotada pelo XVI Congresso Internacional de Direito Penal (1999), segundo a qual o *ne bis in idem* corresponde a um direito do homem que deve sempre ser aplicável nos níveis nacional e internacional. Também reiteraram que o princípio do *ne bis in idem* emerge em nível interno como uma exigência de justiça individual e uma garantia do cidadão, proibindo-se múltiplas persecuções e sanções a um mesmo indivíduo com base substancialmente nos mesmos fatos.

Sendo assim, estabeleceram, dentre outras medidas, que, para o pleno reconhecimento transnacional do princípio do *ne bis in idem*, é necessário resguardar esse direito do homem dentro da ordem jurídica interna através de previsões legais expressas.

Por *idem*, em termos de objeto do procedimento da concorrência normativa, estabeleceu-se que deve ser identificado como os “mesmos fatos” entendidos substancialmente. E o termo *bis*, como dupla incriminação a ser evitada, deve referir-se não apenas a novas sanções, relacionando-se igualmente à proibição de novas persecuções.

Ainda de acordo com as resoluções tomadas no XVII Congresso Internacional da AIDP, ressaltou-se que, de forma geral, qualquer julgamento final realizado por um tribunal penal, condenando ou absolvendo o acusado ou pondo fim definitivamente a um procedimento que diga respeito substancialmente aos mesmos fatos, deveria impedir uma

¹¹² BRASIL. Decreto-Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

¹¹³ Resolutions of the Congresses of the AIDP/IAPL (1926–2004). Disponível em: <www.penal.org>. Acesso em: 22 jun. 2009.

nova perseguição.

Todavia, tendo-se em vista as diferenças nas legislações nacionais, bem como que o término definitivo da perseguição pode ocorrer não apenas por meio de decisões judiciais, mas igualmente em razão de acordos negociados extrajudicialmente ou de decisões administrativas, somente em situações excepcionais deveria permitir-se a continuidade, suspensão ou reabertura do caso já julgado. Isso porque as sanções criminais podem não ser o único meio de punir violações à lei, perseguições não criminais e outras decisões com efeitos punitivos deveriam também impedir o ajuizamento de um novo processo.

Além do mais, em não sendo adotado o princípio do reconhecimento,¹¹⁴ devem os Estados implantar outras medidas apropriadas para prevenir duplas perseguições e duplas sanções, tais como o princípio do desconto ou da dedução, segundo o qual há de ser considerada a sanção aplicada anteriormente ou, pelo menos, garantir-se adequada atenuação.¹¹⁵

1.6 Tribunal Penal Internacional

Estabelecido pelo Estatuto de Roma, que entrou em vigor em 1º de julho de 2002 e conta, atualmente, com 120 Estados-Partes,¹¹⁶ o Tribunal Penal Internacional consiste em uma instituição permanente e independente, com competência para processar e julgar os crimes de maior gravidade com alcance internacional – crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão.¹¹⁷

No que diz respeito ao exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o Estatuto de Roma, em seu art. 17, adotou o princípio da complementaridade, também

¹¹⁴ “As demandas do *ne bis in idem* são melhor atendidas com o princípio do reconhecimento segundo o qual a proibição e inadmissibilidade de subsequentes perseguições e condenações deveriam ser o principal objetivo em nível interno”. 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, 2003/2004, p. 116.

¹¹⁵ *Resolutions of the Congresses of the AIDP/IAPL (1926–2004)*. Disponível em: <www.penal.org>. Acesso em: 22 jun. 2009. Conferir também: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ao IV, n. 4 e 5, 2003/2004, p. 113-116.

¹¹⁶ Conforme informações constantes no sítio do Tribunal Penal Internacional, em 12 de fevereiro de 2012, 120 países integravam o Estatuto de Roma. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int>. Acesso em: 01 mar. 2012.

¹¹⁷ Os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra estão tipificados nos arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma, respectivamente. Por outro lado, a definição legal do crime de agressão apenas foi adotada em 2010, pela Assembleia dos Estados-Partes, por ocasião da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, ocorrida em Kampala, na Uganda. Idem.

conhecido como subsidiariedade,¹¹⁸ pelo qual essa Corte somente admitirá um caso quando um Estado, signatário dessa convenção, não tenha vontade de atuar sobre determinado fato¹¹⁹ ou seja incapaz de fazê-lo, devendo, do mesmo modo, ser suficientemente grave a situação para justificar a adoção de medidas por parte desse Tribunal.¹²⁰

Como sustenta Figueiredo Dias, são características marcantes do Tribunal Penal Internacional a vinculação voluntária e a complementaridade ou subsidiariedade. Pela primeira, a jurisdição internacional não é imposta aos tribunais nacionais, vinculando exclusivamente os Estados que aderiram ao Estatuto de Roma; e, quanto à segunda, é permitido o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional somente quando o Estado competente para julgar o fato não o fizer ou não tiver a possibilidade de fazê-lo.¹²¹

Nessa ótica, importante se faz a transcrição do art. 20 do Estatuto de Roma, como se confere a seguir:

Artigo 20. *Ne bis in idem*.

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: tenha tido por objetivo subtrair o acusado a sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.¹²²

Como se percebe da leitura do dispositivo convencional acima transcrito, a despeito do

¹¹⁸ “O Direito penal internacional tem um caráter duplamente subsidiário: é subsidiário, como todo Direito penal, porque só deve ser aplicado quando se considerem insuficientes outras formas de reação jurídica para a proteção dos bens jurídicos, e é subsidiário, em segundo lugar, a respeito destes bens jurídicos compartilhados [de interesse nacional e internacional], porque só cabe ser aplicado quando falhe a proteção devida pelo ordenamento jurídico estatal”. GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Disponível em: <<http://portal.uclm.es>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

¹¹⁹ De acordo com o disposto no Estatuto de Roma (art. 17.2), a ausência de “disposição para atuar” será determinada pelo Tribunal Penal Internacional quando: a) o processo em âmbito nacional tiver sido conduzido com o propósito de subtrair a pessoa de sua responsabilidade perante a Corte Internacional; b) houver delonga injustificada no procedimento; e c) o processo não tiver sido ou estiver sendo conduzido “de maneira independente e imparcial”. Estatuto de Roma. Disponível em: <<http://www.treaties.un.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Tomo 1. p. 12. Ver também: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 171-172.

¹²² Estatuto de Roma. Disponível em: <<http://www.treaties.un.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

reconhecimento de efeitos *ex tunc* e transnacional às resoluções de condenação ou de absolvição pronunciadas pelo Tribunal Internacional, proibindo-se a renovação de demanda julgada por esse órgão, a qual se estende até mesmo para outros tribunais, é permitido o exercício da jurisdição internacional nos casos já decididos pelas jurisdições nacionais. Isso se for verificado que, no Estado de origem, houve deliberada intenção de subtrair o acusado de um efetivo e justo julgamento.

Sobre as restrições do Estatuto de Roma à aplicação do princípio do *ne bis in idem*, observa Ágata Sanz Hermida que, por implicar a realização de um juízo de valor acerca do funcionamento dos órgãos jurisdicionais de um Estado, os julgamentos da Corte Internacional poderão converter-se em nova instância para a análise de fatos que, na opinião dos interessados, não obtiveram a atenção devida pelos tribunais nacionais, minando a segurança jurídica consubstancial ao conceito de coisa julgada.¹²³ De igual modo, para Kai Ambos tais restrições são criticáveis, haja vista a imprecisão dos critérios utilizados conforme o princípio de complementariedade.¹²⁴

Deve-se também ressaltar que, mesmo que a exceção relativa à ausência de independência e imparcialidade ou da intenção de submeter a pessoa à ação da Justiça seja o critério de restrição mais objetivo, ainda assim Spinellis não descarta a possibilidade de haver, a respeito dessa matéria, decisões do Tribunal Penal Internacional “de qualquer maneira”.

Por isso defende-se que a limitação dos efeitos do *ne bis in idem* prevista no art. 20.3 do Estatuto de Roma deve incidir em casos extremos, exigindo-se muita cautela na aplicação dessa regra convencional, pois o princípio da complementaridade, nos moldes adotados por tal instrumento, ao possibilitar ao Tribunal Penal Internacional o pronunciamento sobre a eficácia ou a ineficácia das justiças nacionais, poderá tornar-se um “instrumento de arbítrio ou

¹²³ SANZ HERMIDA, Ágata. A Corte Penal Internacional: jurisdição e competência. *Ciências Penais*, v. 5, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

¹²⁴ AMBOS, Kai. *Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de>>. Acesso em: 19 abr. 2012. Interessante também o pensamento de Spinellis, para quem: “a primeira exceção diz respeito ao caso de processos fraudulentos realizados com o propósito de subtrair a pessoa em causa. A segunda diz respeito a uma variedade de circunstâncias, ao contrário das normas do devido processo reconhecidas pelo direito internacional, e de forma incompatível com a intenção de levar a pessoa à ação da justiça. Na prática, esses dois casos não diferem muito, duvidando-se de que ambos eram necessários. De qualquer forma, a diferença consiste no seguinte: o primeiro pressupõe um plano concebido para proteger o acusado. A outra inclui várias circunstâncias e baseia-se em um recurso adicional (‘... incompatível com a intenção...’) que pode ser atribuído objetivamente, ou seja, não sendo necessário provar em julgamento um fato subjetivo, como um propósito”. SPINELLIS, Dionysios. Global report the *ne bis in idem* principle in “global” instruments. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 1160-1161.

de injustiça e de indesejada intromissão”,¹²⁵ principalmente no que se refere à dimensão que deve ser dada ao princípio do *ne bis in idem*.

Ressalta-se, por fim, que, não obstante ser contemplado como um direito humano, o debate sobre o *ne bis in idem* no âmbito do Tribunal Penal Internacional ainda não proporcionou grandes embates, talvez por envolver o exercício de jurisdições nacionais, inter-relacionado com o princípio da complementaridade.¹²⁶

1.7 Corte Interamericana de Direitos Humanos

Registra-se, de início, que o Estado brasileiro, a despeito de ter ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos em 25 de setembro de 1992, somente reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998, com o Decreto Legislativo 89/1998.¹²⁷

Sem embargo de ser considerada por alguns uma corte audaciosa de direitos humanos, que se caracteriza por seu ativismo judicial e por interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos como uma verdadeira “Constituição dos Estados Americanos”,¹²⁸ tem sido

¹²⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 174. Máira Rocha Machado também reconhece a dificuldade de ser aferida, nos casos concretos, a disposição, a capacidade, a independência e a imparcialidade dos processos conduzidos pelas jurisdições nacionais. MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2004. p. 109. E sustentam, ainda, Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado e Maria Thereza Rocha de Assis Moura que “as fórmulas adotadas pelo ER [Estatuto de Roma] são abertas e, portanto, dependentes da integração jurisprudencial. De qualquer forma, nesta busca por padrões de limitação do *ne bis in idem* o TPI poderá lançar o seu olhar para as decisões proferidas pelos tribunais de direitos humanos [...] Afinal, como se sabe, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos são uma das bases jurídicas de apoio do TPI, de modo que o exame da jurisprudência das respectivas cortes regionais de direitos humanos pode trazer importantes paradigmas hermenêuticos para as futuras decisões”. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coords.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo II. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 407.

¹²⁶ A respeito disso, destaca-se o pensamento de Helmut Satzger e de Julia Kayser, para quem o princípio do *ne bis in idem* quase não teve nenhum efeito no direito penal internacional. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coords.). *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007. p. 95. Essa também é a opinião de Sure Log, ao reconhecer que, no âmbito do direito penal internacional, o princípio do *ne bis in idem* não garante efetiva proteção contra múltiplas perseguições e punições. YEE, Sienho (edit.). *International crime and punishment: selected issues*. v. 2. Lanham: University Press of America, 2004. p. 170.

¹²⁷ Decreto Legislativo 89/1998 que “aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos”. Idem.

¹²⁸ Apesar de todos esses adjetivos, de acordo com dados informados pela Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Juíza Cecilia Medina Quiroga, em 30 de março de 2009, somente 12% das sentenças da Corte foram plenamente cumpridas pelos Estados em todos os seus pontos. A área que teve o maior descumprimento foi o relacionado

tímida e, até mesmo, restritiva a abordagem da Corte Interamericana de Direitos Humanos nas questões que envolvem o princípio do *ne bis in idem*.

No caso de María Elena Loayza Tamayo contra a República do Peru, a demandante foi processada, na justiça militar, pelo delito de traição à pátria. A acusação: ser integrante da organização terrorista denominada “Sendero Luminoso”, além de responsável pela direção, supervisão, controle e abastecimento logístico das células criminosas que executavam as diversas ações terroristas.

O Juizado Especial da Marinha absolveu Tamayo dessa imputação, havendo a Sala Plena do Tribunal Supremo Militar Especial, após a interposição de sucessivos recursos, confirmado, definitivamente, tal absolvição. Este último Juízo, todavia, acolhendo as considerações lançadas na sentença absolutória proferida pela 1ª instância e, tendo em vista a existência de “indícios razoáveis” da responsabilidade da acusada pelo “delito de terrorismo”, ordenou a remessa de cópia dos autos para o Ministério Público.¹²⁹

A demandante foi posteriormente processada pelo 43º Juízo Penal de Lima, sob a imputação de ter cometido o delito de terrorismo. Foi condenada pelo Tribunal Especial “sem rosto” da Justiça Comum, à pena privativa de liberdade de 20 anos. Essa decisão foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça.

Ao julgar o caso Loayza Tamayo (1997), a Corte Interamericana de Justiça concluiu que o Estado peruano violou o princípio do *ne bis in idem*, assegurado no art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Foi destacado que a demandante foi processada na justiça militar por delito de traição à pátria, o qual está estreitamente vinculado ao delito de terrorismo, como se infere tanto da leitura comparativa dos tipos legais de tais delitos como pela circunstância das sentenças pronunciadas pela justiça militar e pela justiça comum terem sido fundadas nos mesmos fatos, advindos, inclusive, da mesma peça policial.

às sentenças que determinaram a investigação, processamento e eventual condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.ultimahora.com>>. Acesso em: 13 mar. 2012. Por seu turno, segundo consta do artigo “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, de Kai Ambos y María Laura Böhm, a quota de cumprimento das sentenças do TEDH é estimada em 97%, segundo relatório do Conselho da Europa em 2006, apesar de não ter restado muito claro os critérios que foram utilizados para a consecução dessa porcentagem, como por exemplo, a conduta estatal que foi considerada como cumprimento de determinada sentença. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 45-47 – p.69.

¹²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo v. República del Perú. Sentencia de 17 de setiembre de 1997. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

Consignou também a Corte que os diplomas normativos desses crimes referem-se a condutas vagas e imprecisas, que podem ser inseridas “indistintamente dentro de um delito como em outro”.¹³⁰

Sobre esse pronunciamento, cabe destacar a observação de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Zilli e Fabíola Girão Monteconrado, para quem não houve uma delimitação clara do que se deveria entender por “mesmos fatos”, pois

Ainda que reconhecida a natureza absolutória da decisão proferida pela Justiça Militar, caberia à Corte IDH precisar o sentido e o alcance da expressão “mesmo fato”, prevista pelo artigo 8.4 da Convenção Americana, justamente por constituir este o pressuposto da garantia do *ne bis in idem*. Esta questão, contudo, não foi enfrentada com profundidade. Ao contrário, o raciocínio trilhado pela maioria traz dúvidas quanto ao sentido que se pretendeu dar à expressão “fato”. Afinal, durante a motivação da decisão os juízes, além de contraporem os tipos penais abstratos, examinaram as imputações acusatórias deixando a impressão de que os fatores seriam idênticos ou ao menos equiparáveis.¹³¹

As demais situações enfrentadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o princípio do *ne bis in idem* não abordaram, sequer superficialmente, os conceitos dos termos que compõem esse princípio, tratando-se, ao contrário, de casos que relativizaram tal garantia, sob o argumento – nem sempre contundente – da ocorrência de “coisa julgada fraudulenta”.

O primeiro desses casos diz respeito à execução sumária de Jorge Carpio Nicolle, jornalista e político, por mais de quinze homens, supostamente integrantes das Patrulhas de Autodefesa Civil, grupo paramilitar da Guatemala.¹³² A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que os tribunais guatemaltecos não processaram efetivamente os responsáveis por essas violações,¹³³ havendo sido indevida a absolvição dos acusados.

Em seguida, baseando-se nos Estatutos de Roma e dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da ex-Iugoslávia, a Corte afirmou o dever do Estado de reexaminar a coisa julgada fraudulenta, entendida como aquela que resulta do juízo que desrespeita as regras do devido processo legal ou da ausência de independência e imparcialidade dos juízes atuantes no caso. Assim, determinou a efetiva investigação dos crimes praticados contra Jorge Carpio

¹³⁰ Idem.

¹³¹ AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Coords.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. Tomo 2. p. 411.

¹³² Nessa emboscada, também foram assassinados Juan Vicente Villacorta, Alejandro Ávila Guzmán e Rigoberto Rivas González, tendo restado lesionado gravemente Sydney Shaw. E para entender melhor tal contexto, registra-se que na Guatemala, entre 1962 e 1996, em razão de um conflito armado interno, houve mais de 200.000 vítimas de execuções arbitrárias e desaparecimentos forçados decorrentes da violência política praticada, em sua maioria, pelo Estado e por grupos paramilitares, como as Patrulhas de Autodefesa Civil e os Comitês Voluntários de Defesa. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Carpio Nicolle e outros v. Guatemala. Sentença de 22 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

¹³³ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento desse caso, entendeu que foram excluídas de qualquer valoração as declarações prestadas pelas vítimas e a motivação política desses crimes, além de não ter sido sequer ordenada a apuração acerca do desaparecimento de provas durante as investigações.

Nicolle e sua comitiva, deixando também assentada a obrigação do Estado da Guatemala de reexaminar a coisa julgada fraudulenta.¹³⁴

Ao julgar o caso Gutiérrez Soler contra a Colômbia (2005), que versava sobre a detenção ilegal, torturas e tratos cruéis, desumanos e degradantes praticados pelo Coronel da Polícia Nacional, Luis Gonzaga Enciso Barón, e o ex-Tenente Coronel do Exército, Ricardo Dalel Barón, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também decidiu relativizar o princípio do *ne bis in idem*, sob o argumento da ocorrência de coisa julgada fraudulenta. É que, para a Corte, os tribunais colombianos, intencionalmente, consideraram as provas inconsistentes, assim como as declarações da vítima, por faltar a ela “credibilidade” e, até mesmo, os depoimentos das testemunhas, as quais foram classificadas de “suspeitas” em razão de vínculos mantidos com a vítima.¹³⁵

No entanto, há de se consignar o voto em separado do Juiz Sergio Garcia, que enfatizou a necessidade de que o reconhecimento da coisa julgada fraudulenta fosse sempre precedido de uma análise criteriosa, fundada em apreciações objetivas e não subjetivas. Mesmo admitindo-se que a autoridade da coisa julgada somente se justificaria nas hipóteses de regularidade do processo e de legitimidade na atuação do julgador, de qualquer forma, é preciso cuidado e reflexão nas diversas hipóteses que podem ensejar a desconsideração dessa garantia, como, por exemplo, sob o fundamento de que as diligências praticadas e a sentença prolatada não constituem um autêntico processo. Isso porque, ao se retirar de uma sentença, aparentemente válida e definitiva, a eficácia da coisa julgada, desconhece-se, por conseguinte, a aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* – que constitui um direito fundamental.¹³⁶

Além do mais, como destacado por Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Zilli e Fabíola Girão Monteconrado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gutiérrez Soler, fundada na vaga premissa de “fatos incontroversos”, reconheceu a ocorrência de coisa julgada fraudulenta, sem precisar, contudo, o sentido dessa expressão ou os graves vícios processuais que justificariam a não observância ao princípio do *ne bis in idem*.¹³⁷

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gutiérrez Soler v. Colômbia. Sentença de 12 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coords.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. Tomo 2. p. 427.

Em relação ao caso Almonacid Arellano e outros contra o Estado do Chile (2006), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora reconhecendo que o princípio do *ne bis in idem* tem natureza de direito humano, sustentou sua relatividade, não devendo ser aplicado quando: a) o processo tiver sido conduzido com o propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal; b) o processo não tiver sido instruído e julgado de maneira imparcial e independente; e c) não houver a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça. Sendo, então, pronunciada nessas circunstâncias, a sentença não produzirá coisa julgada, por ser apenas “aparente” ou “fraudulenta”.¹³⁸

Assim, decidiu a Corte que esse processo conduzido pela justiça militar chilena não apresentava as garantias de “competência, independência e imparcialidade”, havendo sido utilizado com o propósito de subtrair os prováveis responsáveis de suas responsabilidades penais, ao ter sido aplicada norma que lhes concedeu anistia. Em consequência, ordenou o processamento e julgamento dos fatos referentes ao caso Almonacid Arellano, não podendo ser alegada a incidência do princípio do *ne bis in idem* para deixar de cumprir essa ordem.¹³⁹

No que se refere ao caso La Cantuta contra o Peru (2006), a Corte Interamericana de Direitos Humanos afastou, mais uma vez, a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, asseverando que essa garantia não deveria ser cumprida nas hipóteses de coisa julgada aparente ou fraudulenta – as mesmas indicadas no julgamento do caso Almonacid Arellano e outros contra o Estado do Chile.¹⁴⁰

Outro julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que teve como consequência a não observância ao princípio do *ne bis in idem* foi o caso Escher e outros contra o Brasil (2009). Esse processo versou sobre a divulgação de trechos de interceptações telefônicas deferida, sem qualquer fundamentação e sem observância aos demais requisitos legais, pelo Juízo da Vara de Loanda, Paraná. A despeito do sigilo judicial de tal medida, trechos dos diálogos interceptados foram divulgados em rede de televisão de alcance

¹³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros v. Estado do Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Os fatos do caso La Cantuta relacionam-se a detenções ilegais de estudantes e professor da Universidade Nacional de Educação Enrique Gúzman y Valle (La Cantuta). Todas as vítimas continuam desaparecidas, com exceção de duas, pois foram encontrados apenas os restos mortais de Bertila Lozano Torres e Luis Enrique Ortiz Peria em valas clandestinas localizadas em Cieneguilla e Huachipa. Como destacado pela Corte, esses fatos revestem-se de especial gravidade por terem sido cometidos em um contexto histórico de prática sistemática e generalizada de detenções arbitrárias, torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados contra setores da população peruana, designados como “subversivos”, perpetradas por órgãos de segurança e inteligência estatais, principalmente pelas operações do denominado “Grupo Colina”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso La Cantuta v. Peru. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

nacional. No dia seguinte a essa divulgação, o ex-secretário de segurança pública do estado do Paraná, Cândido Martins, deu entrevista coletiva à imprensa. Comentou as medidas adotadas pelo Poder Público, reproduziu o áudio de algumas conversas interceptadas e entregou aos jornalistas presentes transcrições do material interceptado.¹⁴¹

Ao resolver esse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro por violação à vida privada, à honra, à reputação, à liberdade de associação dos trabalhadores rurais envolvidos na demanda. E, olvidando-se da regra do art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos ou, pelo menos, de cotejá-la com as circunstâncias que autorizariam o reconhecimento da denominada coisa julgada aparente ou fraudulenta, indicadas em julgamentos precedentes, a Corte ordenou que o Estado brasileiro realizasse novas investigações para a apuração da divulgação ilegal de conversas telefônicas de trabalhadores rurais pelo ex-secretário de segurança pública do estado do Paraná, Cândido Martins, mesmo após o trânsito em julgado de acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, que o absolveu por esses fatos.¹⁴² Com efeito, sem que houvesse a indicação da ocorrência de nenhuma das situações ensejadoras da relativização do princípio do *ne bis in idem*, a Corte, paradoxalmente, adotou um regime jurídico punitivo mais rigoroso, ampliando a não aplicação do art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em vez de tratá-la como uma situação excepcional.¹⁴³

Como forma de demonstrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Escher e outros contra o Brasil, atuou como instância revisora de decisões nacionais, revalorando o mérito desses atos,¹⁴⁴ colacionam-se trechos do julgamento em comento:

203. Conforme ordenado por aquele tribunal [do Paraná], iniciou-se a ação penal contra o ex-secretário de segurança pela suposta divulgação das conversas telefônicas interceptadas, e tal funcionário foi condenado em primeira instância, mediante sentença da Segunda Vara Criminal de Curitiba. Não obstante, em sede de apelação, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça decidiu reverter a condenação e absolvê-lo [...], sob o argumento de que

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher e outros v. Brasil. Sentença de 06 de julho de 2009. Idem.

¹⁴³ “[...] A relativização da regra da coisa julgada e da garantia do *ne bis in idem* [no caso Escher extrapolaram o âmbito cerrado dos crimes contra a humanidade e que, via de regra, são praticados em um contexto de suspensão do Estado de Direito e posteriormente acobertados por autoanistias ou por processos conduzidos por juízos de exceção. De fato, aqui a relativização daquelas garantias alcançou situação em que os delitos foram cometidos em pleno contexto democrático, sem que o fato sequer pudesse ser equiparado a um crime contra a humanidade”. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coords.). *op. cit.*, p. 431.

¹⁴⁴ “Na hipótese, a Corte manifestamente valorou a decisão absolutória proferida pelo TJ/PR, afirmando que a convicção dos julgadores teria sido construída sem que fosse realizada prova que foi reputada essencial pela própria Corte. Nessa dimensão, a Corte extrapolou os limites do exercício de sua função. Não se limitou a apontar as violações aos direitos humanos consagrados na Convenção. Foi mais além: valorou o contexto probatório obtido e colhido em processo penal interno, considerando insuficientes aquelas provas de que se teriam valido os juízes nacionais”. Idem. p. 430.

“o [ex-secretário de segurança] não quebrou o sigilo dos dados obtidos pela interceptação telefônica, vez que não se pode quebrar [...] o sigilo de dados que já haviam sido divulgados no dia anterior em rede de televisão, em programa noticioso de grande audiência”.

204. O Tribunal já indicou que o ex-secretário de segurança, sem autorização judicial, expôs o áudio das gravações a outras pessoas e distribuiu fragmentos impressos das conversas, bem como poderia ter divulgado novas partes das gravações [...]. Apesar das divergências entre as declarações do ex-secretário de segurança e dos três jornalistas convocados a prestar depoimento sobre o ocorrido na coletiva de imprensa, particularmente quanto à distribuição de trechos transcritos de algumas conversas interceptadas e à reprodução do áudio das gravações durante o mencionado evento, não se buscaram outras provas que pudessem esclarecer os fatos. Vinculado a isso, tampouco se solicitaram aos respectivos canais de televisão as fitas com as reportagens exibidas no Jornal Nacional nos dias 7 e 8 de junho de 1999, nem a gravação da coletiva de imprensa desse último dia. Assim, a Corte nota que a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concluiu que o ex-secretário não divulgou novos trechos da conversa telefônica, sem ter essa prova nem comparar o material exposto em ambas as divulgações.¹⁴⁵

Percebe-se, dessa narrativa, que a Corte admitiu a violação do princípio do *ne bis in idem* para resguardar o direito à privacidade e à intimidade, sem a indicação de argumentos suficientes para tal, pois, como visto, não houve qualquer menção de que tenha a jurisdição brasileira agido sem independência e imparcialidade ou que tenha conduzido o processo com a intenção de subtrair o acusado de sua responsabilidade criminal. Inclusive, esse caso foi diferente da tônica dos demais casos, nos quais houve a relativização do princípio do *ne bis in idem* sob o argumento de resguardo da “efetiva punição” de crimes contra a humanidade ou de crimes graves contra a vida, a integridade física e a liberdade, praticados em contextos ditatoriais.

Daí a pertinência das colocações de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Zilli e Fabíola Girão Monteconrado, ao observarem que a preocupação da Corte tem-se voltado muito mais para o estabelecimento de reservas a esse princípio, sendo, pelo menos, instigante essa constatação. É que, sendo o continente americano marcado por uma cultura jurídico-penal repressora, com acentuada presença de sistemas processuais penais rígidos, a expectativa deveria ser justamente a inversa, no sentido de uma “maior procura pela responsabilização dos Estados pelo descumprimento da regra do *ne bis in idem*”.¹⁴⁶

Por fim, insta registrar a tendência dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em vincular à proibição do *bis in idem* aos efeitos preclusivos da coisa julgada, como infere-se do caso Mohamed contra a Argentina, decidido em 23 de novembro de 2012, no qual restou assentado que o princípio do *ne bis in idem* sustenta-se na proibição

¹⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher e outros v. Brasil. Sentença de 06 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

¹⁴⁶ AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Coords.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. Tomo II. p. 426.

de um novo julgamento sobre os mesmos fatos que tenham sido matéria de sentença com autoridade de coisa julgada.¹⁴⁷

¹⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed v. Argentina. Sentença de 23 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

2 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA EUROPEIA

2.1 O princípio do *ne bis in idem* no direito interno de alguns Estados europeus

Em razão da sólida construção doutrinária oferecida pela experiência europeia a respeito das interferências recíprocas do direito penal e do direito administrativo sancionador, considera-se pertinente a abordagem, ainda que resumidamente, dos aspectos mais relevantes do princípio do *ne bis in idem*, na moldura atribuída a esse princípio no direito interno (nacional) de alguns dos Estados-Membros da União Europeia e também do Conselho da Europa.

Ressalta-se, desde já, que, em razão da necessidade de se adequar às regras jurídicas da União Europeia e do Conselho da Europa, a interpretação conferida ao direito interno dos países europeus está em constante mutação, objetivando amoldar-se ao sentido e ao alcance imputados ao princípio do *ne bis in idem* pelos órgãos de direito comunitário e de direito internacional europeus.

Por outro lado, considerando-se que seria tarefa demasiadamente longa e enfadonha falar sobre todos os Estados da União Europeia¹⁴⁸ ou do Conselho da Europa,¹⁴⁹ foram eleitos aqueles que, além de terem exercido estreita influência no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no direito penal, ainda orientam a construção do pensamento dogmático brasileiro, como, por exemplo, a Alemanha e a Itália.

Foi também seguindo esse critério que se deu a escolha da França, cujo ordenamento jurídico foi o modelo inspirador do direito administrativo brasileiro. Não se pode, obviamente, esquecer Portugal, cuja influência na história do Estado brasileiro é incontestável, tanto que, até o século XIX, foi regido por legislação de origem portuguesa – as Ordenações do Reino português (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).

Do mesmo modo, há de ser registrado o porquê da escolha do direito espanhol, pois, além de a Espanha ser considerada o país onde, atualmente, a discussão sobre o aumento da atuação sancionadora da Administração, com sobreposição de imposição de sanções por

¹⁴⁸ Atualmente a União Europeia conta com 27 Estados-Membros. EUROPA. Informação extraída do portal da União Europeia. Disponível em: <<http://www.europa.eu>>. Acesso em: 09 nov. 2011.

¹⁴⁹ O Conselho da Europa tem em seus quadros 47 países. EUROPA. Informação extraída do portal do Conselho da Europa. Disponível em: <<http://www.coe.int>>. Acesso em: 08 dez. 2011.

mais de um órgão estatal, é mais evidente, o desenvolvimento das sanções administrativas no direito brasileiro muito se assemelha ao do direito espanhol.

É que na Alemanha e na Itália, por exemplo, com o advento do Estado liberal, o Poder Judiciário assumiu o exercício de repressão das infrações à ordem jurídica em geral, de forma quase exclusiva. Com o incremento e a complexidade das funções estatais, característicos da segunda metade do século XX, esses ordenamentos jurídicos adotaram reformas legislativas, descriminalizando diversas atividades, que foram incorporadas à tutela administrativa sancionadora. E diferentemente desse quadro, tanto no Estado espanhol como no brasileiro, a Administração sempre dispôs de instrumentos repressivos.¹⁵⁰

Assim, em comparação aos demais, será dado destaque ao direito espanhol, seja por apresentar similitudes, nessa área, com o Estado brasileiro, seja por oferecer denso referencial teórico sobre a matéria, situando-se em estágio avançado de discussão doutrinária e de reconhecimento jurisprudencial acerca da inadmissibilidade de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos.

Registra-se, ainda, que também serão comentadas as regras de outros ordenamentos jurídicos europeus, tais como os da Áustria, da Bélgica e dos Países Baixos, sobre o princípio do *ne bis in idem*, em razão do excelente grau de reconhecimento e respeito que ele alcançou nesses Estados.

Relativamente ao direito alemão, o princípio do *ne bis in idem* tem uma larga tradição, sendo reconhecido como norma reitora de justiça. Em 1902, o Reichsgericht (tribunal antecedente da Suprema Corte Federal – BGH) decidiu que o direito de não ser submetido a dupla punição constitui um direito material protetivo do acusado.¹⁵¹

Tal princípio é reconhecido, na Alemanha, tanto em normas infraconstitucionais¹⁵² como na Lei Fundamental de 1949, que, em seu art. 103, III, dispõe que ninguém pode ser condenado mais de uma vez pelos mesmos fatos, com fundamento na lei penal geral.¹⁵³

¹⁵⁰ Observa-se que, pelo menos nos primeiros momentos da história constitucional desses países, houve apenas um prolongamento das estruturas absolutistas então reinantes. Acerca da história da atuação sancionadora da Espanha, conferir: SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989. p. 119 et. seq. E sobre o panorama histórico dessa matéria no direito brasileiro, ver: CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

¹⁵¹ SCHOMBURG, Wolfgang. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 942.

¹⁵² §§ 263 e 264 do StPO e arts. 5º e 37 do StGB. ALEMANHA. *Strafprozeßordnung*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch>>. Acesso em: 11 dez. 2011. Wolfgang Schomburg também cita as seções 153, 172, 174, 373a e 410.3 do StPO como normas processuais a respeito do princípio do *ne bis in idem*, especificamente no que se relaciona à moldura do elemento *bis*. SCHOMBURG, Wolfgang. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle *ne bis in idem*, *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 942-945. Ver também MUÑOZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal. Definición, patología y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 205.

Em decisão sobre o art. 103, III, da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional alemão declarou que o princípio *ne bis in idem* exclui a possibilidade de “persecução penal repetida do mesmo ato que fora objeto do primeiro julgamento”. Também assentou que o “decisivo é o processo histórico ao qual a acusação e a decisão judicial de [seu] recebimento se referem, e no qual o acusado teria cometido ou participado de uma conduta tipificada”.¹⁵⁴

Tratava esse caso de reclamações constitucionais movidas em face de condenações proferidas pela prática de deserção da prestação de serviço civil substitutivo ao serviço militar. Nele reconheceu-se violação do princípio do *ne bis in idem*, entendendo-se que não era possível uma nova persecução penal e, por conseguinte, aplicação de pena por deserção, pelo fato de os reclamantes terem-se recusado, repetidamente, a prestar o serviço substitutivo civil nas mesmas razões de consciência que já haviam fundamentado a primeira condenação.

É que, para o Tribunal Constitucional alemão, o “mesmo delito”, na acepção do art. 103, III, da Lei Fundamental, também estava presente na reiteração do não cumprimento de uma convocação para o serviço substitutivo civil, considerada de maneira definitiva, com efeito contínuo.

No direito germânico, são utilizados, sem qualquer distinção prática, tanto os termos de proibição de dupla punição como os de proibição de duplo julgamento, para referir-se ao princípio do *ne bis in idem*.¹⁵⁵ Prepondera o entendimento que o concebe como um instituto de natureza dúplice, projetando-se, por um lado, como direito fundamental da defesa frente ao Estado e correspondendo, por outro, à garantia processual da coisa julgada.¹⁵⁶

Porém há divergências quanto aos limites do art. 103, III, da Lei Fundamental, entendendo grande parte dos doutrinadores alemães que o alcance do princípio do *ne bis in idem* relaciona-se ao âmbito penal, notadamente aos limites da coisa julgada, impedindo-se apenas a dupla valoração ou a reabertura de novo procedimento no juízo penal. Em oposição a essa postura, alguns doutrinadores defendem que, tendo-se em vista o caráter de direito

¹⁵³ ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

¹⁵⁴ SCHWABE, Jürgen. Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial 23, 191 in *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Edição em português organizada por Leonardo Martins. Konrad-denauer-Stiftung, Programa Estado de Direito para a América do Sul. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005. p. 941 et. seq. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁵⁵ SCHOMBURG, Wolfgang. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 941.

¹⁵⁶ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 98.

fundamental do *ne bis in idem*, seus efeitos estendem-se a todo o ordenamento jurídico sancionador.¹⁵⁷

Por oportuno, registra-se que a Alemanha, ao assinar o Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, estipulou reserva relativa ao art. 4º do referido instrumento, limitando-o ao direito penal *stricto sensu*,¹⁵⁸ por considerar que, na relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, apesar da intercomunicabilidade dessas instâncias, bem disciplinada na lei de contraordenação, a primazia é do direito penal.¹⁵⁹

Relativamente à definição, no direito alemão, do elemento *bis*, entendido como pressuposto para a proibição de renovação do exercício do *ius puniendi*, até por sobressair a posição que limita o alcance do princípio do *ne bis in idem* ao âmbito penal, são consideradas como decisões de condenação aptas a impedir uma nova reação estatal as sentenças de condenação e as de absolvição transitadas em julgado prolatadas por juízos criminais, assim como aquelas que, a despeito de não apreciarem o mérito propriamente dito, tenham caráter de definitividade, como, por exemplo, as chamadas “ordens fixas de punição sumária” e as transações penais, quando cumpridas as respectivas condições.¹⁶⁰

No tocante ao conceito de *idem*, prevalece o entendimento que o relaciona ao “evento real, histórico, visto como um curso de conduta (‘fatos’)”, nos termos da Seção 264 do Código de Processo Penal alemão,¹⁶¹ sendo suficiente que fragmentos dessa conduta tenham sido objeto de procedimento criminal anterior.¹⁶²

De qualquer forma, não obstante a concepção do *idem* circunscrever-se à jurisdição penal, resguarda-se, no direito alemão, a inadmissibilidade de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.

¹⁵⁷ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 104-105.

¹⁵⁸ Informação extraída do portal do Conselho da Europa que relaciona a legislação comunitária vigente. Disponível em: <<http://conventions.coe.int>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁵⁹ LUCHTMAN, Michiel. *Transnational law enforcement in the European Union and the ne bis in idem principle*. Ensaio inédito. Originais consultados com a permissão do autor, em 10 dez. 2011.

¹⁶⁰ SCHOMBURG, Wolfgang. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 942-945.

¹⁶¹ ALEMANHA. *German Criminal Code*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

¹⁶² SCHOMBURG, Wolfgang. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 942.

Nesse sentido, tem sido observado, na proteção de diversas matérias, principalmente relacionadas ao direito econômico, um processo de reencaminhamento para a legislação sancionadora administrativa, a denominada “OrdnungswidrigkeitenGesetz”, ou, resumidamente, OWiG.

Com efeito, as chamadas sanções de ordem surgiram na Alemanha, a partir da década de 30 do século passado, limitando-se, inicialmente, aos assuntos de direito econômico. Explica Manuel da Costa Andrade que “não foram apenas as circunstâncias programáticas da vida nessa época que provocaram o aparecimento de tal direito”, mas a ideia, então vigente, de que deveria haver um direito penal centrado na violação de bens jurídicos e outro ramo jurídico em que se verificava uma antinormatividade de menor carga ética.¹⁶³

Mesmo após a derrocada do Estado Nacional-Socialista, essa tendência continuou acentuando-se, com a utilização, cada vez mais, de sanções de ordem. Em 1968, houve uma ampla reforma no sistema sancionador alemão, “provocando *a latere* um movimento de descriminalização que levou, em 1975, ao desaparecimento das contravenções”¹⁶⁴ – umas foram extintas, outras convertidas em crimes e outras em contraordenações.

E essa habitualidade com a qual se produziu tal confluência sancionatória fez com que o legislador alemão criasse importantes laços de comunicação entre órgãos judiciais e administrativos, jurisdicionalizando, inclusive, em alguns aspectos, o procedimento administrativo punitivo.¹⁶⁵

A propósito, no modelo alemão, quando a realização de uma conduta subsume-se, ao mesmo tempo, tanto a uma infração penal como a uma infração administrativa, apenas a lei penal será aplicada (art. 21.1 da OWiG),¹⁶⁶ podendo incidir tão somente a lei administrativa, caso não haja a imposição de sanção penal. Em geral, entende-se, na doutrina germânica, que essa mencionada regra da subsidiariedade justifica-se por, na maioria das vezes, os fatos que correspondem, concomitantemente, a crime e a infração administrativa, terem entre si uma

¹⁶³ Interessante registrar que essa tendência foi utilizada pelo Estado Nacional-Socialista, com a multiplicação das “infrações punidas com ‘pena de ordem’, com desprezo de todas as garantias”. ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã). *Revista de Direito e Economia*. p. 102, 1980-1981.

¹⁶⁴ Idem. p. 102 et. seq.

¹⁶⁵ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 110.

¹⁶⁶ ALEMANHA. German Administrative Offenses Act (ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ) (OWiG). *In the version of the publication of 19 February 1987 (Federal Law Gazette I p. 602) with subsequent amendments through 24 August 2004*. Disponível em: <<http://www.mpicc.de>>. Acesso em: 07 set. 2010.

relação de gradação, de modo que o conteúdo do injusto do primeiro absorve o do segundo, uma vez que as tutelas miram o mesmo bem ou interesse jurídico.¹⁶⁷

Aliás, de acordo com o Capítulo II da Parte I da OWiG – “Fundamentos para punibilidade” –, são exigidos, para a caracterização da infração administrativa, os elementos da tipicidade e da culpabilidade, próprios dos crimes.¹⁶⁸

Outra situação que merece ser comentada é o disposto na Seção 41 da OWiG, que determina à autoridade administrativa a obrigação de remeter o procedimento para o Ministério Público, desde que haja a indicação de que o ato praticado também envolve a violação de leis penais.¹⁶⁹

E a Seção 45 da OWiG declara competente o juiz penal para julgar o ilícito administrativo diretamente relacionado ao ilícito penal, estendendo a competência da jurisdição penal para a ocasional imposição de sanções administrativas.¹⁷⁰ Além disso, estabelece a Seção 84 do mesmo diploma legal que, uma vez sendo declarada pelo juiz criminal a qualificação de determinado fato como infração administrativa ou como crime, a mesma conduta não poderá ser sancionada novamente com outro título, seja penal, seja administrativo.¹⁷¹

Por fim, registra-se que são consideradas infrações administrativas todos aqueles fatos cuja sanção consiste em uma pena pecuniária (art. 1.1 da OWiG), independentemente de se tratar de ilícitos “genuinamente” administrativos ou fruto de decisões legislativas de reenvio da matéria para a seara administrativa.

Quanto ao direito italiano, o princípio do *ne bis in idem*, até o presente momento, não foi consagrado em nível constitucional.¹⁷² Não há dúvida, porém, sobre seu acolhimento nesse ordenamento jurídico, admitindo-se seus efeitos tanto no direito processual como no direito

¹⁶⁷ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español. estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 398.

¹⁶⁸ ALEMANHA. German Administrative Offenses Act (ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ) (OWiG), op. cit.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ ALEMANHA. German Administrative Offenses Act (ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ) (OWiG), op. cit.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² PISANI, Mario. Le principe *ne bis in idem* au niveau international et la procédure pénale italienne. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 1017.

material e sendo considerado um direito fundamental para o cidadão, como aspecto essencial da liberdade individual.¹⁷³

Em relação às consequências processuais do princípio do *ne bis in idem*, a principal delas é seu reconhecimento como causa de improcedibilidade de nova ação penal. Foi, assim, tanto no art. 435 do Código de Processo Penal italiano de 1913 como no art. 90 do Código de 1930 e está previsto, atualmente, nos artigos 649 e 669 do vigente Código de Processo Penal de 1988.¹⁷⁴

Um dado interessante do direito italiano é que, de maneira semelhante ao que ocorre no direito alemão, com a expansão do sistema de sanções administrativas, houve a regulação desse fenômeno, com a modificação do sistema penal, por meio da descriminalização de diversas condutas e o respectivo envio da regulamentação delas para a seara do direito administrativo sancionador.

Apesar de ser bastante difundida a ideia de que o processo de despenalização italiano iniciou-se em 1981, há quem defenda que tal afirmativa não corresponde à realidade, pois as leis que deram início a esse processo remontam a 1967, relacionando-se às áreas de circulação de veículos e de polícia florestal. Em 1975, foi também promulgada a Lei 706, a qual pode ser considerada o primeiro diploma legal italiano, que tratou, em caráter geral, do processo de despenalização.¹⁷⁵

De todo modo, não se nega que foi a partir da Lei 689, de 24 de novembro de 1981,¹⁷⁶ responsável pela modificação geral do sistema penal, que esse processo foi implementado, de

¹⁷³ ITÁLIA. Declarações extraídas de trechos dos julgamentos da *Sentenza* 317/2009 e da *Sentenza* 406/2000 da Corte Constitucional italiana. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 09 dez. 2011.

¹⁷⁴ “649. Proibição de um segundo julgamento. 1. O imputado absolvido ou condenado com sentença ou decreto penal tornados irrevogáveis não pode ser novamente submetido a procedimento penal pelo mesmo fato, mesmo se esse for considerado diferentemente pelo título, pelo grau ou pelas circunstâncias, salvo pelo disposto nos artigos 69 inciso 2 e 345. [...]”. “669. Pluralidade de sentenças para o mesmo fato contra a mesma pessoa. 1. Se outras sentenças de condenação tornadas irrevogáveis foram pronunciadas contra a mesma pessoa pelo mesmo fato, o juiz ordena a execução da sentença com a qual se pronunciou a condenação menos grave, revogando as outras (disp. do art. 193). 2. Quando as penas infligidas forem diferentes, o interessado pode indicar a sentença que deve ser cumprida. Se o interessado não se valer de tal faculdade antes da decisão do juiz da execução, aplicam-se as disposições dos incisos 3 e 4”. ITÁLIA. *Codice procedura penale italiano, Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447*. Disponível em: <<http://www.provincia.milano.it>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁷⁵ BERNARDI, Alessandro. Breves notas acerca de la línea evolutiva de la despenalización en Italia. *Revista penal*, n. 12, 2003, p. 45.

¹⁷⁶ Após essa lei de caráter geral, sucederam-se diversos diplomas legais sobre o mesmo tema, alargando-se o âmbito do processo de despenalização, tais como: “Legge 16 gennaio 2003, n. 3 – Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione; Legge 12 giugno 2003, n. 134 – “Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti”; Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 – “Codice in materia di protezione dei dati personali”; Decreto-Legge 30 dicembre 2005, n. 272, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – serie generale – n. 303 del 30 dicembre 2005, successivamente convertito in Legge 21 febbraio 2006, n. 49 – [...] Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della

forma racional e articulada, por meio de uma “penetrante política de despenalização”,¹⁷⁷ havendo sido disciplinados, material e processualmente, os ilícitos administrativos punidos com pena de multa, tanto aqueles tipificados originalmente pelo direito administrativo sancionador como os derivados do processo de despenalização.¹⁷⁸

Nesses termos, reza o art. 32 da Lei 689/81 que já não são considerados crimes e estão sujeitos à sanção administrativa todos aqueles tipos cuja pena cominada seja exclusivamente de multa. Dispõe, ainda, o art. 33 do mesmo diploma legal que não mais constituem crime, estando sujeitas ao pagamento de multa, diversas contravenções previstas no Código Penal e em leis extravagantes.¹⁷⁹

Por sua vez, o art. 9.1 da Lei 689/81 ordena que, nos casos de sobreposição de leis penais e leis administrativas, e com o fim de evitar que o agente responda mais de uma vez por idêntica conduta, quando esse mesmo fato for punido por uma norma penal e por uma norma administrativa, será esse concurso de leis regido pelo princípio da especialidade.¹⁸⁰

Finalizando a sucinta exposição sobre o princípio do *ne bis in idem* no direito italiano, outro dispositivo da Lei 689/81 que merece ser comentado é seu art. 24, que, ao tratar da conexão entre crime e infração administrativa, estabelece, como regra geral, a competência da autoridade penal para conhecer e julgar infração administrativa da qual dependa a existência de determinado crime.¹⁸¹

Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 48 del 27 febbraio 2006 – Suppl. Ordinario n. 45; Decreto legislativo 02 febbraio 2006, n. 40, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 38 del 15 febbraio 2006 - Suppl. Ordinario n. 40 "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80"; Legge 24 Luglio 2008, n. 125, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 173 del 25 Luglio 2008 – "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica; Legge 18 giugno 2009, n. 69 – "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95; Legge 15 luglio 2009, n. 94 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24 luglio 2009 – Supplemento ordinario n. 128". ITÁLIA. *Legge 24 novembre 1981, n. 689. Modifiche al sistema penale.* Disponível em: <<http://www.sanzioniamministrative.it>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

¹⁷⁷ BERNARDI, Alessandro. Breves notas acerca de la línea evolutiva de la despenalización en Italia. *Revista penal*, n. 12. p. 47, 2003.

¹⁷⁸ RUFFO, Mario Alberto. *Diritto penale amministrativo*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2004. p. 09.

¹⁷⁹ ITÁLIA. *Legge 24 novembre 1981, n. 689. Modifiche al sistema penale.* Disponível em: <<http://www.sanzioniamministrative.it>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

¹⁸⁰ Idem. Segundo Dolcini, a homogeneidade dos fins da sanção penal e da administrativa se manifesta nesse diploma legal, dentre outros argumentos, pela adoção do princípio da especialidade nos casos de concurso de normas entre os delitos e ilícitos administrativos, em face da homogeneidade de seus fins e por ambos serem “instrumento de tutela preventiva de bens jurídicos”. DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XXVII, 1984. p. 594 et. seq.

¹⁸¹ ITÁLIA. *Legge 24 novembre 1981, n. 689. Modifiche al sistema penale.* Disponível em: <<http://www.sanzioniamministrative.it>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

No tocante ao sistema francês, observa-se que, nesse ordenamento jurídico, o princípio do *ne bis in idem* está altamente vinculado à coisa julgada, que foi consagrada desde a Constituição de 1789, cujo texto foi incorporado à atual Constituição francesa, de 04 de outubro de 1959.¹⁸²

Sobre a limitação, quase exclusivamente, do princípio do *ne bis in idem*, aos efeitos da coisa julgada no direito francês, cita-se a peculiar redação do Código de Processo Penal francês, que, em seu art. 6º, dispõe que a ação para a aplicação da pena “extingue-se com a coisa julgada”.¹⁸³ E a aplicabilidade prática do princípio do *ne bis in idem* é bastante limitada também pela tendência adversa da jurisprudência, muitas vezes justificada pela doutrina, observando-se uma carência de regulação expressa de tal princípio, sobretudo quanto ao problema da dupla penalização, que não é solucionado pela aplicação dos textos legais sobre a matéria.¹⁸⁴

Outro fator que contribui para essa diluição do princípio do *ne bis in idem* no direito francês é o entendimento de que a garantia da inadmissibilidade de múltipla persecução pelos mesmos fatos é de aplicação restrita ao âmbito penal, fundado na premissa do princípio da independência de atuação das instâncias penais, que permitiria a coexistência de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos, até pela superioridade hierárquica da autoridade penal.¹⁸⁵

Nesse sentido, observa Juliette Lelieur-Fischer que, no contexto do direito francês, o princípio do *ne bis in idem* aplica-se generosamente no âmbito de competência exclusiva das autoridades penais, sendo, ao contrário, pouco aproveitado nas outras formas de repressão estatal.¹⁸⁶ É tanto que são frequentes as aplicações, simultâneas ou sucessivas, de sanções penais e sanções administrativas na seara do direito tributário francês, inclusive a ponto de alguns tipos penais sancionarem a própria vulneração da norma administrativa.¹⁸⁷

¹⁸² “O povo francês proclama solenemente sua adesão aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como foram definidos pela Declaração de 1789”. Trecho do preâmbulo da *Constitution de la République française du 4 octobre 1958*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁸³ FRANÇA. *Code de procédure pénale*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁸⁴ DESESSARD, Laurent. Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*, *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 915.

¹⁸⁵ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 126-129.

¹⁸⁶ 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*. (Tese de doutoramento). Paris: Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). 2005. p. 194.

¹⁸⁷ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 126.

O Conselho Constitucional francês já se pronunciou pela possibilidade de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos,¹⁸⁸ salvo se houver expressa previsão legal em sentido contrário, como ocorre, por exemplo, com a lei que regulamenta a liberdade de comunicação.¹⁸⁹

Aliás, também a Corte de Cassação afirma, há vários anos, a inaplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* a punições impostas por autoridades dotadas de concorrência repressiva de natureza diferente.¹⁹⁰ Assim, diante dessa jurisprudência inflexível, é comum as partes recorrerem a textos de tratados comunitários e internacionais sobre a matéria.¹⁹¹

Ainda a respeito da jurisprudência da Corte de Cassação francesa, ao decidir um recurso que invocava violação ao disposto no art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, declarou que o princípio do *ne bis in idem* não impediria a acumulação de acusação e de penalidades administrativas e penais pelos mesmos fatos em razão de dupla condenação – por infração fiscal, pela autoridade administrativa, e, em seguida, pelos mesmos fatos, por crime, por um tribunal criminal.¹⁹²

Posteriormente, mesmo em posição dissonante à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, particularmente em uma decisão contra o Estado francês (caso Ponsetti Chesnel), a Corte de Cassação confirmou a inaplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* na duplicidade de procedimentos instaurados por agências reguladoras do mercado de ações e por autoridades penais pelos mesmo fatos.¹⁹³

¹⁸⁸ FRANÇA. *Conseil constitutionnel* : Décision n. 97-395 DC du 30 décembre 1997. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁸⁹ 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. (Tese de doutoramento). Paris: Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). 2005. p. 209.

¹⁹⁰ Nesse sentido, cita-se a *Cass. crim. 09 janv. 1969, Bull. crim. n. 20 in 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*. (Tese de doutoramento). Paris: Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). 2005. p. 203.

¹⁹¹ LELIEUR-FISCHER, op. cit., p. 203.

¹⁹² *Cass. crim. 20 juin. 1996, Bull. crim. n. 268. In: LELIEUR-FISCHER, op. cit., p. 204*. Justifica-se, de qualquer forma, essa limitação à circunstância de o Governo francês ter apresentado reserva ao ratificar o Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, declarando que somente os delitos tipificados por lei francesa, dentro da jurisdição dos tribunais franceses criminais, podem ser considerados como infrações na acepção dos arts. 2º a 4º de referido protocolo. Informação extraída do portal do Conselho da Europa que relaciona a legislação comunitária vigente. Disponível em: <<http://conventions.coe.int>>. Acesso em: 25 nov. 2011

¹⁹³ *Cass. crim. 1er mars 2000, Bull. crim. n. 98*, mencionada por Juliette Lelieur-Fischer. Destaca, ainda, essa autora que a Lei de Segurança Financeira, de 1º de agosto de 2003, que modernizou o controle de mercados financeiros, criando, inclusive, a Autoridade de Mercados Financeiros, não melhorou a problemática do *ne bis in idem*, pois, por mais que disponha que a sobreposição de acusações de natureza diferente deve ser evitada, a possibilidade de acumulação de processos e de sanções (penais e administrativas) de algumas figuras do Código Monetário e Financeiro foi mantida, contrariando o que um projeto de lei de fevereiro de 2001 preconizava. LELIEUR-FISCHER, Juliette. *La règle ne bis in*

A jurisprudência do Conselho de Estado também se posiciona de acordo com a Corte de Cassação, havendo declarado, na Decisão 183.658, que a regra do art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não impede o ajuizamento de persecução de natureza repressiva distinta (não penal), mesmo quando os mesmos fatos já tenham tido como consequência a condenação por infração penal julgada definitivamente.¹⁹⁴

Quanto ao Conselho Constitucional, ressalta-se que, em 2004, quando esse se pronunciou sobre a ratificação do tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa e se tal ratificação deveria ser precedida por uma revisão da Constituição da França, declarou explicitamente que a proibição do princípio do *ne bis in idem* não se aplicava ao cúmulo de sanções penais e de outra natureza. E, referindo-se expressamente ao texto do art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o Conselho Constitucional declarou que essa disposição relacionava-se apenas ao direito penal, e não ao direito administrativo sancionador.¹⁹⁵

De toda sorte, tem-se admitido, na jurisprudência francesa, nas hipóteses de acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos, a incidência do princípio da proporcionalidade.¹⁹⁶

No que diz respeito ao direito português, o princípio do *ne bis in idem* tem *status* constitucional, estando previsto, expressamente, no art. 29.5 da Constituição da República portuguesa, que dispõe o seguinte: “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.¹⁹⁷

Não obstante a presença da expressão “crime” no preceito constitucional citado, entende-se que ela não se refere a um tipo legal, a certa e determinada descrição típica normativa de natureza jurídico-criminal, sob pena de esvaziar-se seu conteúdo. A respeito

idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. (Tese de doutoramento). Paris: Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). 2005. p. 206-207.

¹⁹⁴ Na decisão acima citada, o Conselho de Estado admitiu a possibilidade de um contribuinte condenado por fraude fiscal ser processado e condenado, administrativamente, pelas autoridades fiscais competentes pela prática de infração administrativa relativa à sonegação do imposto da fraude fiscal pela qual já havia sido condenado na esfera criminal. FRANÇA. *Conseil d'État. Décision 183658, 04 abr. 1997, CE, AVIS 9/8 SSR*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁹⁵ FRANÇA. *Conseil constitutionnel : décision n. 2004-505 DC du 19 novembre 2004*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011. Conferir também 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*. (Tese de doutoramento). Paris: Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). 2005. p. 209.

¹⁹⁶ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 133.

¹⁹⁷ Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

disso, tem decidido o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que o que “o referido preceito da CRP proíbe é, no fundo, que um mesmo e concreto objeto do processo possa fundar um segundo processo penal”.¹⁹⁸

No mesmo sentido, indica Frederico Isasca que a expressão “crime” constante do texto constitucional português deve ser entendida como um dado fato ou acontecimento histórico, sendo, portanto, a dupla apreciação jurídico-penal de determinado fato já julgado – e não tanto de um crime – que se quer evitar.¹⁹⁹ Ainda em relação a esse preceito normativo, Canotilho e Vital Moreira advertem que é óbvio que a Constituição portuguesa, ao proibir o duplo julgamento, também proíbe a dupla penalização.²⁰⁰

Por outro lado, igualmente à situação dos demais países aqui analisados, até pela influência do direito romano, o princípio do *ne bis in idem*, no direito português, é correlacionado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, primeiramente – e quase exclusivamente – aos contornos do caso julgado, olvidando-se que seu espectro de proteção não tem apenas essa aplicabilidade.

Aliás, mesmo no que diz respeito a tal matéria, a legislação portuguesa não oferece, segundo Lourenço Martins, uma regulamentação suficiente para cobrir as situações exigidas pelos efeitos da coisa julgada.²⁰¹

Vigora em Portugal regime semelhante ao adotado pela Alemanha para as chamadas infrações à ordem ou contraordenacionais, as quais são punidas com sanções exclusivamente pecuniárias, denominadas “coimas”. E, pelo menos no tocante a diversas atividades intervencionistas do Estado que aplicam tais sanções, como, por exemplo, as relacionadas aos domínios da economia, da saúde, do trânsito, do meio ambiente, entre outras, existem limitações à acumulação de sanções penais e sanções de contraordem pelos mesmos fatos.

Nesse sentido, dispõe o art. 20 do Decreto-Lei 433/82, com as subseqüentes alterações – Decreto-Lei 356/89, Decreto-Lei 244/95 e Lei 109/2001²⁰² –, que “se o mesmo fato

¹⁹⁸ PORTUGAL. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 15 de março de 2006, Processo 4403*. Disponível em: <<http://www.gde.mj.pt>>. Acesso em: 11 out. 2011.

¹⁹⁹ ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 220-221.

²⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 194-195.

²⁰¹ MARTINS, A. Lourenço. *Medida da pena, finalidade, escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 469.

²⁰² “Em 1979, o então ministro da justiça, EDUARDO CORREIA, elaborou o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24.7, que aprovou o novo regime geral das contraordenações. O diploma previa um regime em tudo semelhante à *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* da República Federal alemã, de 1968, contendo um conceito legal da contraordenação (‘todo o fato ilícito e subjetivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comina uma coima’) e um conjunto de

constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime”.²⁰³

Por sua vez, o art. 38.1 do mesmo diploma legal discorre sobre as autoridades competentes para conhecer do concurso entre crime e contraordenação, dispondo que quando, pelo mesmo fato, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processamento da contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal. Consta, ainda, desse preceito normativo, que “a decisão do Ministério Público sobre se um fato deve ou não ser processado como crime vincula as autoridades administrativas.”²⁰⁴

O art. 40 do Decreto-Lei 433/82 ordena o envio do processo ao Ministério Público pela autoridade administrativa, sempre que entender que a infração constitui crime, devendo o agente do Ministério Público, considerando que não se aplica à hipótese qualquer responsabilidade criminal, devolver o processo à Administração.²⁰⁵ Outra disposição desse diploma legislativo que atende ao princípio do *ne bis idem*, em seu aspecto de proibição de duplicidade de sanções, é o art. 82, que determina a caducidade da sanção pecuniária aplicada pelo cometimento de infração à ordem se o agente vier a ser condenado em processo criminal pelos mesmos fatos, disciplinando, inclusive, a eventual restituição da multa.²⁰⁶

E, em caso de impugnação judicial da condenação administrativa por contraordenação, o tribunal não ficará vinculado à apreciação do fato como contraordenação, podendo, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, converter o processo em processo

regras substantivas e processuais para a aplicação de coimas a contraordenações. O diploma não continha qualquer norma sancionadora em que se cominasse uma coima, ao invés do que sucedia com o diploma alemão. O diploma tinha aplicação imediata, porque estabelecia que eram ‘equiparáveis às contraordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias’ e que ao mesmo regime podiam ser submetidos os casos indicados na lei. As dúvidas sobre a constitucionalidade do diploma por omissão na CRP de qualquer menção ao regime das contraordenações e por falta de autorização legislativa do decreto-lei, bem como a incerteza sobre a capacidade das autoridades administrativas para processar e julgar as contraordenações suscitaram uma reação jurisprudencial e legislativa. Por um lado, o Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1.10, revogou as disposições do artigo 1.º, n.º 3 e n.º 4, ficando prejudicada a aplicação imediata da nova legislação, mas não o próprio decreto-lei [...]. O diploma de 1979 veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27.10 [...]. O novo diploma repetiu o anterior, com uma novidade: a regulamentação do concurso de crimes e contraordenações [...]”. *Comentário do Regime Geral das contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www2.ucp.pt>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

²⁰³ PORTUGAL. Legislação sobre ilícito de mera ordenação social (versão atualizada). Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

²⁰⁴ Também são disposições do art. 38.1 do Decreto-Lei 433/82 as seguintes: “[...] 2 - Se estiver pendente um processo na autoridade administrativa, devem os autos ser remetidos à autoridade competente nos termos do número anterior. 3 - Quando, nos casos previstos nos n.s. 1 e 2, o Ministério Público arquivar o processo criminal, mas se entender que subsiste a responsabilidade pela contraordenação, remeterá o processo à autoridade administrativa competente”. *Idem*.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Idem*.

criminal (art. 76.1). Além disso, nos termos do art. 77.1 do Decreto-Lei 433/82, o tribunal poderá apreciar como contraordenação determinada conduta que foi imputada como crime.²⁰⁷

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 244/95, procedeu-se a uma alteração substancial do Regime Geral das contraordenações do direito português, aproximando-o, cada vez mais, ao direito penal e ao processo penal.²⁰⁸

Destacam-se, dentre as mudanças, as regras sobre o aumento da sanção contraordenacional (multa), em caso de o agente auferir relevante benefício económico, e sua especial atenuação, nas hipóteses de erro não censurável, assim como a regulação da tentativa e do concurso de pessoas. Quanto às alterações de ordem processual, foram consagrados, no mencionado diploma legal, os direitos de defesa do acusado e o dever de fundamentação da decisão nos processos de contraordenações.²⁰⁹

Finalizando a exposição sobre o direito português, quanto à acumulação de sanções administrativas gerais (diferentes das “coimas”) e sanções penais pelos mesmos fatos e fundamentos, por mais que alguns setores da doutrina lusitana defendam a necessidade de um “aperfeiçoamento ou correção” do sistema sancionatório português ou, até mesmo, a dependência daquelas em relação às sanções administrativas aplicadas especificamente por infrações à ordem, prevalece o entendimento que admite a reiteração do exercício da atividade punitiva do Estado, invocando-se, dentre outros, o argumento formalista da separação de poderes ou funções estatais.²¹⁰

Em relação ao direito espanhol, observa-se, já há algumas décadas, uma sólida aplicabilidade dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, surgida, talvez, como forma de coibir os abusos praticados pelas ditaduras do General Primo de Rivera (1923-1930), seguida pela II República (1931-1939) e pelo regime totalitário do General Francisco Franco (1939-1976), que utilizaram a potestade administrativa, por meio das mais diversas sanções administrativas, como instrumento ordinário de luta contra a oposição

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Os arts. 32 e 41 determinam, respectivamente, a aplicação subsidiária das normas do Código Penal na fixação do regime substantivo das contraordenações e dos preceitos reguladores do processo criminal.

²⁰⁹ CONCEIÇÃO, Catarina Soares da. *Lei-Quadro das contra-ordenações ambientais*. Disponível em: <<http://www.blogdireitodoambiente.blogspot.com>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

²¹⁰ Sobre o assunto, conferir PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005. No mesmo sentido: NEVES, Ana Fernandes. *O direito disciplinar da função pública*. (Tese de doutoramento). Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2007.

política.²¹¹ De fato, ainda antes da promulgação da Constituição espanhola de 1978, em um momento em que o sistema jurídico espanhol não dispunha de muitos dos meios próprios de um Estado Democrático de Direito, já se reconhecia a ausência de diferença substancial entre as sanções penais e as sanções administrativas. Tanto é que, em acórdão de 09 de fevereiro de 1972, a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo da Espanha proferiu decisão que utilizou essa equiparação para sujeitar a aplicação de sanções administrativas a grande parte das garantias exigidas quanto à sanção penal.²¹²

Dando prosseguimento a esse alinhamento, a Constituição espanhola de 1978 vinculou expressamente a potestade sancionadora administrativa às garantias da legalidade e da tipicidade, ao estabelecer, em seu art. 25.1, que ninguém pode ser condenado ou sancionado por fatos que, no tempo em foram cometidos, não constituíam crime, contravenção ou infração administrativa, de acordo com a legislação vigente no momento da ação ou omissão.²¹³

Em 1981, a Corte Constitucional, na STC 2/1981, não obstante a ausência e reconhecimento explícito do princípio do *ne bis in idem* nos arts. 14 a 30 da Constituição da Espanha, destacou seu *status* constitucional de direito fundamental ao reconhecê-lo como corolário dos princípios da legalidade e da tipicidade.²¹⁴

Nessa decisão (STC 2/1981), declara a Corte que o princípio do *ne bis in idem* proíbe a duplicidade de sanções – administrativa e penal – nas hipóteses em que haja identidade de sujeito, dos fatos e dos fundamentos, desde que não se trate de relação de sujeição especial.²¹⁵

Desde então, o Tribunal Constitucional da Espanha vem atribuindo ao princípio do *ne bis in idem* a natureza de direito fundamental, ao estabelecer que a tríplice identidade acima

²¹¹ Além dessa peculiaridade histórica, podem ser mencionados como fatores que influenciaram o grande desenvolvimento do direito administrativo sancionador na Espanha: o movimento de despenalização observado em diversos países europeus; a influência do sistema norte-americano de regulação das atividades financeiras, do mercado de valores e de diversas outras áreas vitais de desenvolvimento social, tais como o sistema elétrico e o telefônico, por meio de agências reguladoras com uma gama de poderes sancionadores; o influxo do sistema de direito comunitário, em face do ingresso na União Europeia; e, por fim, a descentralização política espanhola, com a criação das Comunidades Autônomas, que correspondem a novos centros de poder sancionador. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. II. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 167-168.

²¹² COLOMER. Conclusões do Advogado-Geral no Processo C-176/03, do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 13 set. 2009.

²¹³ ESPANHA. *Constitución española de 1978*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

²¹⁴ ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 2/1981 (sentencia)*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

²¹⁵ ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 2/1981 (sentencia), publicación BOE 24 fev. 1981*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011. Ver também PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 23.

mencionada, além de constituir o pressuposto de aplicação da interdição constitucional de se incorrer em *bis in idem*, seja na vertente material, seja na processual, delimita o conteúdo dos princípios da legalidade e da tipicidade, consistindo precisamente na proibição de recair mais de uma sanção sobre o mesmo sujeito, assim como na submissão a mais de um procedimento penal, pelos mesmos fatos e fundamentos.²¹⁶ E é com esse mesmo alcance que a doutrina espanhola vem configurando o direito a não se ser submetido a uma pluralidade de sanções como consequência do anterior exercício do *ius puniendi*.²¹⁷

Quanto aos pronunciamentos emblemáticos da Corte Constitucional da Espanha, além do julgamento proferido na STC 2/1981, há de ser destacada a decisão pronunciada na STC 77/1983, em que se declarou a necessária subordinação da potestade administrativa às autoridades judiciais, afirmando-se que, na colisão entre uma atuação jurisdicional e uma atuação administrativa, deverá prevalecer a de natureza judicial.²¹⁸ Estabeleceu-se, desse modo, a paralisação de procedimento sancionador pela administração, que deverá ser posterior à autoridade judicial, desde que os fatos perquiridos sejam passíveis de constituir crime ou contravenção.

Ademais, há de ser mencionado a legislação infraconstitucional espanhola assegura a impossibilidade de ser o mesmo comportamento ilícito punido penal e administrativamente, quando presentes a identidade de sujeito, fatos e fundamentos (*Ley 30/1992*, em seu art. 133, e *Real Decreto 1398/1993*).²¹⁹

Por outro lado, mesmo tendo sido um pronunciamento isolado, há de se enfatizar a decisão proferida na STC 177/1999, por ter, de maneira incomum, fixado a prevalência do critério cronológico, independentemente do órgão estatal que tenha imposto a primeira sanção.²²⁰

²¹⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008. p. 41.

²¹⁷ Dentre outros, ver: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 45-46. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 74. Por todos, vide: LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.

²¹⁸ ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 77/1983 (sentencia)*, publicación BOE 7 nov. 1983. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

²¹⁹ Textos legais consultados no *Boletín Oficial del Estado español*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em 19 out. 2009.

²²⁰ ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia STC 177/1999 (sentencia)*, publicación BOE 18 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

Eis a situação fática desse precedente: em 1990, a empresa IRM Lloreda, por ter despejado águas contaminadas na rede de esgotos, sem a devida autorização e com índice de substâncias nocivas superior aos limites máximos autorizados por lei, foi condenada, no plano administrativo, ao pagamento de multa por infração ao meio ambiente. A Junta de Águas da Cataluña comunicou o fato praticado pela empresa à “Fiscalía” do Tribunal de Justiça da Cataluña, órgão competente para o ajuizamento da respectiva ação penal por crime contra o meio ambiente. Em 1991, o diretor-presidente da empresa IRM Lloreda foi condenado por crime ambiental, pelos mesmos fatos acima descritos. Ainda no primeiro julgamento, reconheceu-se a dualidade de processos pelos mesmos fatos e fundamentos. Todavia, dada a prevalência da jurisdição penal, apenas foi autorizada a compensação da multa penal imposta pelo valor da multa administrativa, que já havia, inclusive, sido paga.

Frente a essa sentença, que foi confirmada na apelação julgada pela “Audiencia Provincial” de Barcelona, o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu que a preferência da jurisdição penal sobre a potestade administrativa sancionadora deve ser entendida como uma garantia do cidadão, complementar de seu direito a não ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos, e nunca como uma circunstância limitativa da garantia que implica aquele direito fundamental.

Nesses termos, determinou a Corte, na STC 177/1999, que a perspectiva procedimental cristalizada na vertente processual do princípio do *ne bis in idem* não pode predominar ante sua vertente material, identificada como um direito fundamental de não se ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos. Por conseguinte, anulou a condenação penal, por ter sido imposta quando já havia decisão administrativa sob os mesmos pressupostos.²²¹

Posteriormente, no julgamento da STC 152/2001, o Tribunal Constitucional da Espanha indicou que haveria um momento processual próprio, idôneo, para invocação da paralisação do procedimento administrativo em favor da jurisdição penal. E, no caso em análise, o recorrente, desde o início, a despeito de ter conhecimento da propositura tanto do procedimento administrativo como da ação penal, quedou-se inerte. Desse modo, afirmou a Corte que, caso fosse estabelecida a proibição constitucional de incorrer em *bis in idem*, “a sanção administrativa mais leve, incorretamente imposta e tolerada com sua passiva atuação

²²¹ ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 177/1999 (sentencia), publicación BOE 18 nov. 1999.* Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011. Ver, ainda, NAVARRO CARDOSO, Fernando. *El principio de ne bis in idem a la luz de la sentencia del tribunal constitucional 177/1999.* MARTÍN, Adán Nieto (coord). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam.* Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. V. 1. p. 1217-1218.

[do recorrente], lhe serviria de escudo frente à correta imposição da sanção penal mais grave”.²²²

No entanto, no julgamento da STC 2/2003, o Tribunal Constitucional modificou consideravelmente as diretrizes estabelecidas nos julgamentos anteriores (STC 177/1999 e STC 152/2001), estabelecendo a supremacia da jurisdição penal sobre a potestade administrativa.²²³ A situação fática apreciada pela Corte relacionava-se à duplicidade de processos – administrativo e penal contra a mesma pessoa –, em virtude da condução de veículo automotor sob a influência de bebida alcoólica em taxas superiores à permitida legalmente. E, mesmo reconhecendo que caberia à potestade administrativa a suspensão do procedimento administrativo, uma vez que os fatos perquiridos eram constitutivos de crime, declarou que, não havendo solução prevista na legislação para a omissão da Administração, não caberia ao Tribunal Constitucional dirimir a desarticulação entre os órgãos estatais incumbidos da potestade punitiva em geral.²²⁴

Além disso, entendeu o Tribunal Constitucional espanhol, por ocasião do julgamento da STC 2/2003, pela inexistência de sanção desproporcional, em face de ter a jurisdição penal descontado de sua condenação a multa administrativa e o prazo de proibição de dirigir veículo automotor impostos pela Administração.

Do mesmo modo, é inegavelmente interessante o julgamento da STC 2/2003. Pontuou a Corte Constitucional espanhola que o crime de trânsito de embriaguez ao volante e a correlata infração administrativa compartilham um elemento nuclear comum, consistente na identidade de seus fatos constitutivos – condução de veículo automotor sob a influência de bebida alcoólica em taxas superiores à permitida legalmente –, de maneira que a imposição de sanções penais e sanções administrativas por idêntica conduta resulta em reiteração punitiva.

²²² "O silêncio do ator no processo penal durante o tempo em que a persecução estava em curso, e podia ser remediada, e o adiamento da reação defensiva ao momento em que a sanção administrativa for imposta, pode encontrar explicação [...] em uma tática defensiva, consistente em tolerar a violação atual do princípio 'non bis in idem' para utilizar a sanção administrativa como defesa ulterior frente à condenação penal; mas uma explicação tal que evidencia uma manipulação da funcionalidade do princípio 'non bis in idem' em vez de uma aceitável reclamação ao seu respeito". ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sala Segunda. STC 152/2001, de 2 de julio de 2001*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

²²³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Pleno. Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

²²⁴ "Somente ao legislador corresponde estabelecer os mecanismos normativos de articulação do exercício da potestade punitiva pela Administração e pela jurisdição penal para evitar a reiteração sancionadora e contemplar as consequências que derivem de seu não-cumprimento". ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Pleno. Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

Ademais, o bem jurídico protegido por ambas as normas é o mesmo: a segurança do trânsito como “valor intermediário” referente aos bens jurídicos “vida” e “integridade física”.²²⁵

Há, ainda, de ser ressaltada a decisão proferida na STC 334/2005, na qual o Tribunal Constitucional da Espanha confirmou a doutrina delineada no julgamento da STC 2/2003, ao declarar que “o núcleo essencial da garantia material do *non bis in idem* reside em impedir o excesso punitivo”.²²⁶ Portanto, desde que o julgado posterior proceda ao desconto dos efeitos da sanção estabelecida na decisão anterior, não se há de falar em sanções desproporcionais e, consequentemente, na proibição constitucional encartada no princípio do *ne bis in idem*.²²⁷

Enfim, a título de conclusão quanto ao sentido e ao alcance do princípio do *ne bis in idem* no direito espanhol, por sua precisão, invocam-se trechos da decisão do Tribunal Constitucional, na ATC 197/2009, ao destacar que tal princípio constitui uma garantia do cidadão – um direito fundamental –, que impede a imposição de sanção, em mais de uma ocasião, pelos mesmos fatos e com o mesmo fundamento.²²⁸ E também a extensão outorgada

²²⁵ “Com efeito, ambas as infrações, administrativa e penal, compartilham um elemento nuclear comum – conduzir um veículo de motor tendo ingerido álcool, superando as taxas regularmente determinadas, de maneira que ao se impor ambas as sanções de forma cumulativa, dito elemento resulta duplamente sancionado, sem que dita reiteração sancionadora possa justificar-se sobre a base de um diferente fundamento punitivo, dado que o bem ou interesse jurídico protegido por ambas as normas é o mesmo – a segurança do tráfego como valor intermediário referencial; a vida e integridade física de todos, como bens jurídicos referidos. Trata-se de um caso em que o delito absorve o total conteúdo de ilicitude da infração administrativa, pois o delito acrescenta a dito elemento comum o risco para os bens jurídicos vida e integridade física, inerente à condução realizada por uma pessoa com suas faculdades psicofísicas diminuídas, devido à efetiva influência do álcool ingerido”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Pleno. Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

²²⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sala Primera. Sentencia 334/2005, de 20 de diciembre de 2005*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ “[...] Convém recordar, como fizemos na STC 2/2003, de 16 de janeiro, FJ 3, ditada pelo Pleno, que desde a STC 2/1981, de 30 de janeiro, temos reconhecido que o princípio ‘*non bis in idem*’ veda a imposição de uma dualidade de sanções ‘nos casos em que se aprecie a identidade do sujeito, fato e fundamento’ (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre outras muitas nas SSTC 66/1986, de 26 de maio, FJ 2; 154/1990, de 15 de outubro, FJ 3; 234/1991, de 16 de dezembro, FJ 2; 270/1994, de 17 de outubro, FJ 5; e 204/1996, de 16 de dezembro, FJ 2). A garantia de não ser submetido a ‘*bis in idem*’ se configura como um direito fundamental que, em sua vertente material, impede sancionar em mais de uma ocasião o mesmo fato com o mesmo fundamento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de novembro, FJ 3; 94/1986, de 08 de julho, FJ 4; 154/1990, de 15 de outubro, FJ 3; e 204/1996, de 16 de dezembro, FJ 2). Junto a esta vertente material, este Tribunal tem dotado de relevância constitucional o aspecto formal ou processual deste princípio, que, ‘de conformidade com a STC 77/1983, de 3 de outubro, (FJ 3), se concreta na regra da preferência ou precedência da autoridade judicial penal sobre a Administração a respeito de sua atuação em matéria sancionadora naqueles casos nos quais os fatos a sancionar possam ser, não só constitutivos de infração administrativa, senão também de delito ou contravenção segundo o Código penal’ (por todos, ATC 277/2003, de 25 de julho, FJ 2. A existência da potestade sancionadora da Administração submete-se, pois ‘às necessárias cautelas, que preservem e garantam os direitos dos cidadãos; entre elas, a necessária subordinação dos atos da Administração de imposição de sanções à Autoridade judicial. Desta subordinação deriva uma triplíce exigência: a) o necessário controle ‘*a posteriori*’ pela Autoridade judicial dos atos administrativos mediante o oportuno recurso; b) a impossibilidade de que os órgãos da Administração levem a cabo atuações ou procedimentos sancionadores, naqueles casos nos quais os fatos possam ser constitutivos de delito ou falta segundo o Código penal ou as Leis penais especiais, enquanto a Autoridade judicial não se tenha pronunciado sobre eles; c) a necessidade de respeitar a coisa julgada’ (STC 77/1983, de 03 de outubro, FJ 3). Em qualquer caso, o pressuposto para a aplicação da interdição constitucional de incorrer ‘*bis in idem*’, seja este material ou processual, é a constatação da triplíce identidade de fato, sujeito e fundamento; pois os direitos fundamentais reconhecidos no art. 25.1 CE, ‘não impedem a concorrência de quaisquer sanções e procedimentos sancionadores, ainda que tenham por objeto os mesmos fatos, pois estes direitos

na STC 69/2010, onde restou consignado que o princípio do *ne bis in idem*, no direito espanhol, deve coincidir substancialmente ao mesmo conteúdo assinalado a esse princípio nos convênios internacionais sobre direitos humanos.²²⁹

Prosseguindo no exame do princípio do *ne bis in idem* no direito interno de alguns Estados europeus, menciona-se que, apesar de não constar do texto original da Constituição da Áustria, tal postulado tem equivalência de norma constitucional, em face da ratificação, pela República austríaca, do Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que foi incorporada a esse ordenamento jurídico com *status* constitucional.²³⁰

E, como frequentemente previsto no direito nacional da grande maioria dos Estados democráticos da contemporaneidade, o Código de Processo Penal da Áustria proíbe a reabertura de processos julgados por decisões finais (*res iudicata*) de autoridades penais. Ademais, como também costuma ocorrer historicamente, até pela forte influência do pensamento romano que restringiu o princípio do *ne bis in idem* praticamente aos efeitos processuais da coisa julgada, o quadro normativo interno do direito austríaco permite a acumulação de sanções penais e sanções administrativas. Dispõe, a respeito disso, a lei administrativa penal de 1991 – “Verwaltungsstrafgesetz” (VStG) –, em seu art. 30.1, que, se o agente é acusado de ter cometido uma infração administrativa e um crime, tais infrações devem ser julgadas independentemente uma da outra, ainda que tenham sido resultados de uma única ação.²³¹

Tendo em vista essa clássica vinculação do princípio do *ne bis in idem* aos efeitos processuais da coisa julgada no processo penal, a Áustria, ao ratificar o Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, apresentou, dentre outras reservas, exceção de aplicação ao art. 4º de tal diploma legislativo,

fundamentais consistem precisamente na proibição de mais de uma sanção e em não ser submetido a um duplo procedimento punitivo, pelos mesmos fatos e com o mesmo fundamento’ (STC 2/2003, de 16 de janeiro, FJ 5)”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sección Cuarta. Auto 197/2009, de 29 de junio de 2009*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

²²⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sala Segunda. STC 69/2010, de 18 de octubre de 2010*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

²³⁰ GARTNER, Irene. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 787. Ver também o portal do Conselho da Europa. Disponível em: <<http://conventions.coe.int>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

²³¹ ÁUSTRIA. *Austrian Federal Chancellery. Bundeskanzleramt Rechtsinformationssystem. Administrative penal act 1991 – VStG*. Disponível em: <<http://www.ris.bka.gv.at>>. Acesso em: 11 dez. 2011. Sobre o Código de Processo Penal austríaco, conferir, ainda: GARTNER, Irene. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 787.

por entender que esse dispositivo refere-se exclusivamente ao processo penal, conforme, inclusive, disciplina o Código de Processo Penal austríaco.²³²

Entretanto, registra-se que, posteriormente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Gradinger contra a Áustria*, considerou inválido o modelo legal do direito austríaco que limita o alcance do princípio do *ne bis in idem* ao processo penal.²³³

Assim é que, conforme registra Irene Gartner, no relatório sobre o tema do *ne bis in idem* no direito austríaco, apresentado à Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em respeito à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos acima mencionada, o Tribunal Constitucional austríaco pronunciou-se pela inadmissibilidade de persecução administrativa relacionada a aspectos essenciais de fatos que tinham sido objeto de procedimento criminal transitado em julgado.²³⁴

No tocante ao direito interno da Bélgica, foi reconhecida a regra geral do princípio do *ne bis in idem* na legislação ordinária desse ordenamento jurídico, dispondo, a respeito dele, o Código de Processo Penal, em seu art. 339, que o acusado absolvido por um tribunal penal não pode ser processado pelos mesmos fatos, independentemente da qualificação jurídica dada a eles.²³⁵ É usual entender-se, em face dessa redação legal, que apenas julgamentos realizados por autoridades penais teriam o condão de produzir os efeitos do princípio do *ne bis in idem*.²³⁶

Todavia, tem sido arguido com bastante intensidade na doutrina o argumento de que as decisões administrativas podem ser alcançadas pela proibição do princípio do *ne bis in idem*, desde que as sanções nelas impostas tenham natureza repressiva.²³⁷ Por outro lado, a reconhecida natureza caótica de aplicação de sanções administrativas, combinada com a proliferação de autoridades que detêm essa atribuição, tem exigido o estabelecimento de um sistema comum das redes punitivas estatais. Nesse sentido, em parecer emitido por sua Seção Legislativa, o Conselho de Estado belga reconheceu que os efeitos do princípio do *ne bis in idem*

²³² Informação extraída do sítio da União Europeia que relaciona a legislação comunitária vigente. Disponível em: <<http://conventions.coe.int>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

²³³ EUROPA. European Court of Human Rights. *Court (Chamber). Case of Gradinger v. Austria (Application n. 15963/90)*, 23 out. 1995. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

²³⁴ GARTNER, Irene. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 789.

²³⁵ BÉLGICA. *Code d'Instruction Criminelle*. Disponível em: <<http://www.ejustice.just.fgov.be>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

²³⁶ BEKEN, T. Vander; VERMEULEN, G.; ONGENA, T. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 812.

²³⁷ *Idem*.

podem estender-se a outras ordens repressivas, além da criminal, com a interdição do cúmulo de sanções por um mesmo comportamento, ainda que de diferentes ordens – penal e administrativa –, desde que ambas tenham caráter repressivo.²³⁸

Seguindo essa orientação, há de ser mencionada a legislação ambiental dos Flandres, que entrou em vigor em 2009. Ela dispõe que, decidindo o órgão acusatório que determinado fato constitui crime ambiental, o respectivo órgão administrativo ambiental fica impedido de impor qualquer sanção administrativa em face dessa mesma conduta. E, caso o órgão acusatório não proceda à notificação, a eventual imposição de multa administrativa será excluída.²³⁹

Reforçando esse panorama de comunicabilidade entre as sanções penais e as sanções administrativas, recentemente a Bélgica, em 13 de abril de 2012,²⁴⁰ ratificou o Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o qual introduziu, explicitamente, no corpo desse tratado, o princípio do *ne bis in idem*.²⁴¹

Quanto aos Países Baixos, não há dúvida acerca do reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* em seu direito interno, havendo previsão nesse sentido, desde 1886, especificamente no art. 68 do Código Penal, cuja regra dispõe que, após decisão final, nenhuma pessoa poderá ser processada novamente pela prática do mesmo fato.²⁴²

Como destaca André Klip, no direito neerlandês, o princípio do *ne bis in idem* é aplicável apenas a decisões prolatadas pela jurisdição criminal, excluindo-se as situações nas quais o agente tenha sido condenado a sanções administrativas, a menos que isso seja

²³⁸ BÉLGICA. *Chambre des Représentants de Belgique. Avis du Conseil d'Etat n° 33.182/2*. Doc. Parl. 50, 1842/001,1843/001. p. 252. Disponível em: <<http://www.dekamer.be>>. Acesso em: 10 dez. 2011. Ver também DESCHIETÈRE, Celine. *De l'application du principe non bis in idem aux sanctions administratives: l'impossible traduction*. Disponível em: <<http://www.celinelory.net>>. Acesso em: 23 nov. 2011. Porém, infelizmente, essa não foi a orientação adotada na lei belga que regulamenta o setor financeiro (*Service Public Federal Finances*), de 02 de julho de 2010, publicada no Jornal Oficial belga, de 28 de setembro de 2010, a qual, em seu art. 73, ordena que as multas administrativas aplicadas antes do processo penal, pelos mesmos fatos ou por fatos conexos, sejam imputadas no montante total da multa penal eventualmente imposta. Disponível em: <<http://www.ejustice.just.fgov.be>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

²³⁹ A Lei de 21 dezembro de 2007 do Parlamento Flamengo, que entrou em vigor em 1º de maio de 2009, completa o Ato de 05 de abril de 1995, contendo disposições gerais relativas à política ambiental, publicada no Jornal Oficial belga de 29 de fevereiro de 2008, na seção da *Autorite Flamande*. Disponível em: <<http://www.ejustice.just.fgov.be>>. Acesso em: 10 dez. 2011. Sobre o assunto, conferir, ainda, RAEDSCHELDERS, Sigrid. *Interrelations between administrative and criminal sanctions in environmental law: new legislation and actual practice in Flanders*. Disponível em: <<http://www.inece.org>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

²⁴⁰ Disponível em: <<http://www.conventions.coe.int>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

²⁴¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 13 set. 2011.

²⁴² PAÍSES BAIXOS. *Wetboek van Strafrecht*. Disponível em <<http://www.wetboek-online.nl>>. Acesso em: 11 dez. 2011. Ver também KLIP, André; WILT, Harmen van der. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 1091.

expressamente proibido.²⁴³ Essa também é a observação de Peter Baauw, ao registrar que o disposto no art. 68 do Código Penal neerlandês tem seu campo de incidência restrito à jurisdição criminal, não impedindo o ajuizamento de processo e/ou a imposição de eventual penalidade a precedente condenação prolatada por autoridade administrativa, salvo disposição em contrário.²⁴⁴

A propósito, não obstante o Governo dos Países Baixos ter assinado, em 22 de novembro de 1984, o Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, até a presente data, não houve o depósito de nenhum instrumento de ratificação de tal documento convencional.²⁴⁵

Conforme informações de André Klip, os Países Baixos não ratificaram esse Protocolo, em face de o receio governamental da interpretação extensiva da Corte Europeia de Direitos Humanos – que inclui no conceito de pena criminal todas aquelas sanções que tenham conteúdo repressivo (*criminal charge*) – interferir na posição neerlandesa de restringir, como regra, o princípio do *ne bis in idem* à seara criminal.²⁴⁶

De qualquer forma, algumas leis neerlandesas contêm disposições excludentes da imposição de sanções administrativas, nas hipóteses de condenação criminal pela mesma conduta, ou determinam que seja essa levada em consideração por ocasião da cominação de qualquer sanção administrativa.²⁴⁷

Podem ser citados como exemplos de diplomas legais neerlandeses que incluem esses aspectos atenuantes do *ne bis in idem* a Lei de Delitos Econômicos (art. 5º), a legislação relativa aos impostos e a Lei de Seguridade Social (art. 12).²⁴⁸

²⁴³ KLIP, André; WILT, Harmen van der. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 1091.

²⁴⁴ BAAUW, Peter. *Ne bis in idem in SWART*, Bert; KLIP, André (edit.). *International criminal law in the Netherlands*. Freiburg im Bressgau: Iuscrim, 1997. p. 76.

²⁴⁵ Informação extraída do portal do Conselho da Europa que relaciona a legislação comunitária vigente. Disponível em: <<http://conventions.coe.int>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

²⁴⁶ KLIP, André; WILT, Harmen van der. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. p. 1093.

²⁴⁷ E é nesse sentido o entendimento da Corte Suprema dos Países Baixos: “HR 5 February 1991, NJ 1991, 402; HR 21 May 1991, NJ 1991, 728” in BAAUW, Peter. *Ne bis in idem in SWART*, Bert; KLIP, André (ed.). *International criminal law in the Netherlands*. Freiburg im Bressgau: Iuscrim, 1997. p. 76.

²⁴⁸ ROGIER, Lodewijk. *Penal sanctions, administrative sanctions and the 'una via' principle*. Disponível em: <<http://www.papers.ssrn.com>>. Acesso em: 23 nov. 2011. Para consultar a legislação neerlandesa, vide: <<http://wetten.overheid.nl>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

2.2 O princípio do *ne bis in idem* na União Europeia

No âmbito da União Europeia, o princípio do *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 Comum Europeu de liberdade, segurança e justiça; 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.

Quanto aos atos normativos relativos ao princípio do *ne bis in idem* em matéria de cooperação penal,²⁴⁹ destacam-se a Decisão-Quadro 2002/584/JAI, atinente ao mandado de detenção europeu e aos procedimentos de entrega entre Estados-Membro,²⁵⁰ e a Decisão-Quadro 2008/978/JAI, referente ao mandado europeu de obtenção de provas destinado à apreensão de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais,²⁵¹ os quais reconhecem a aplicação do princípio do *ne bis in idem* como um dos motivos de recusa obrigatória aos seus respectivos cumprimentos.

Quanto ao princípio do *ne bis in idem* na experiência do Espaço Comum Europeu de liberdade, segurança e justiça, não há dúvida de que o documento mais invocado para a aplicação dessa máxima é a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS), incorporada ao quadro jurídico e institucional da União Europeia pelo Tratado de Amsterdam.²⁵²

Pela importância da CAAS, transcrevem-se os seus arts. 54 a 57:

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

²⁴⁹ Como atos embrionários dessa competência, citam-se a Convenção Europeia sobre a Validade Internacional dos Julgamentos Penais (1970), promulgada pelo Conselho da Europa, que, em seus arts. 53 a 55, referia-se ao princípio do *ne bis in idem*, proibindo que uma pessoa que tivesse sido objeto de condenação definitiva em um Estado contratante fosse, pelos mesmos fatos, processada, condenada ou submetida ao cumprimento de pena em outro Estado contratante, e a Convenção sobre a Transmissão de Processos Penais (1972), também do Conselho da Europa. Outros documentos importantes no âmbito da cooperação jurisdicional em matéria penal, foram o Tratado de Amsterdam e as conclusões do Conselho Europeu de Tampere.

²⁵⁰ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 13 maio 2012.

²⁵¹ Idem.

²⁵² Mesmo incorporado ao ordenamento jurídico da União Europeia, nem todos os Estados signatários do Tratado da União Europeia integram o chamado Espaço Schengen. Atualmente, dos 27 Estados-Membros da União Europeia, seja porque não desejam suprimir os controles em suas fronteiras, seja porque não reúnem ainda as condições nele requeridas, apenas cinco não integram o Espaço Schengen, quais sejam, Chipre, Irlanda, Reino Unido, Bulgária e Romênia. E, mesmo alheios à estrutura comunitária europeia, Suíça, Islândia, Noruega e Liechtenstein aderiram às regras do Acervo de Schengen, integrando o denominado Espaço Schengen. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries>. Acesso em: 15 jun. 2012.

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

Artigo 55. *Omissis*.

Artigo 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 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.

Artigo 57. 1. Sempre que uma pessoa seja acusada de uma infração por uma Parte Contratante e as autoridades competentes desta Parte Contratante tiverem razões para crer que a acusação se refere aos mesmos fatos relativamente aos quais foi já definitivamente julgada por um tribunal de outra Parte Contratante, essas autoridades solicitarão, se o considerarem necessário, informações pertinentes às autoridades competentes da Parte Contratante em cujo território foi já tomada a decisão. 2. As informações solicitadas serão fornecidas o mais rapidamente possível e serão tomadas em consideração para o seguimento a dar ao processo em curso.
[...].²⁵³

Posteriormente, o Tratado de Lisboa modificou as regras jurídicas do Espaço Schengen,²⁵⁴ reforçando a noção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, com a implementação de políticas comuns e a supranacionalização do direito penal, que passou a ser também um tema europeu.²⁵⁵

Sem embargo da ausência de aprovação à proposta de decisão-quadro relativa à aplicação do princípio do *ne bis in idem* apresentada, em 2003, pela Grécia²⁵⁶, o Conselho da União Europeia decidiu debater critérios de escolha da jurisdição mais apropriada para determinada persecução. Assim é que, em 2005, foi editado o Livro Verde da Comissão da União Europeia, que teve por objeto lançar ampla consulta sobre o princípio do *ne bis in*

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries>. Acesso em: 15 jun. 2012.

²⁵⁵ HERLIN-KARNELL, Ester. What principles drive (or should drive) European criminal law? *German law journal* 1115-1130 (2010). Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

²⁵⁶ O objetivo da proposta da República helênica era proporcionar aos Estados-Membros da União Europeia “regras jurídicas comuns referentes ao princípio *ne bis in idem*, a fim de assegurar a uniformidade na interpretação das regras e na sua aplicação prática”. Constava de tal ato que deveria ser entendido por “a) ‘Infração penal’: – um fato que constitua crime nos termos da legislação de cada Estado-Membro, – um fato que constitua uma infração administrativa ou contra-ordenação punível com multa por uma autoridade administrativa, em conformidade com a legislação nacional de cada Estado-Membro, desde que seja da competência da autoridade administrativa e a pessoa em causa possa suscitar a questão perante um tribunal penal; b) ‘Sentença’: qualquer sentença transitada em julgado proferida por um tribunal penal de um Estado-Membro no termo de um processo penal, condenando ou absolvendo o réu ou que extinga a instância, em conformidade com o direito nacional de cada Estado-Membro, e também qualquer acordo extrajudicial negociado por mediação num processo penal; é considerada transitada em julgado qualquer sentença que, de acordo com o direito nacional, tenha força de caso julgado; [...]; d) ‘Litispendência’: situação em que, relativamente a uma infração penal, é proposta uma ação penal contra uma pessoa, sem que tenha sido proferida uma sentença e estando o processo já pendente num outro tribunal; e) ‘Idem’: segunda infração penal fundada exclusivamente nos mesmos fatos, ou em fatos substancialmente idênticos, independentemente da sua qualificação jurídica”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

idem, em especial os conflitos de competência em matéria penal que poderiam surgir entre dois ou mais Estados e a necessidade de se fazer valer a proibição do *bis in idem*.²⁵⁷

Como resultado, foi aprovada a Decisão-Quadro 2009/948/JAI relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal, com a coordenação das eventuais investigações e processos penais pelos mesmos fatos.²⁵⁸

Além desses níveis de competência, o princípio do *ne bis in idem* é também compreendido como um direito fundamental da União, gozando da qualidade de “estatuto de direito fundamental da União, em virtude da sua consagração no artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais”.²⁵⁹

Todavia, como registra Vervaele, a redação do art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é desalentadora, por ter restringido seu alcance exclusivamente a assuntos de natureza penal, em desconformidade com a interpretação que

²⁵⁷ Isso porque a multiplicação de procedimentos penais é prejudicial aos direitos e interesses dos cidadãos e pode implicar a duplicação indevida de perseguições, pois “à medida que a criminalidade adquire uma dimensão internacional, a justiça penal da União Europeia (UE) está cada vez mais confrontada com situações em que vários Estados-Membros têm competência penal para julgar o mesmo caso. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

²⁵⁸ 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 princípio 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. *Idem*. Ainda sobre o assunto, interessante mencionar os critérios elencados na proposta de decisão-quadro apresentada pela República helênic sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem*: “artigo 3º. Litispêndência. Se, estando pendente um processo num Estado-Membro, for proposta uma ação penal pela mesma infração penal num outro Estado-Membro, aplica-se o seguinte procedimento: a) É dada preferência ao Estado-Membro do foro que melhor garanta a adequada administração da justiça, tomando em consideração os seguintes critérios: (aa) o Estado-Membro em cujo território tiver sido praticada a infração, (bb) o Estado-Membro de que seja nacional ou residente o autor da infração, (cc) o Estado-Membro de origem das vítimas, (dd) o Estado-Membro em que tiver sido encontrado o autor da infração; b) Quando vários Estados-Membros forem competentes e puderem exercer a ação penal relativamente a uma infração penal baseada nos mesmos fatos reais, as autoridades competentes de cada um daqueles Estados podem, após a realização de consultas que tomem em consideração os critérios mencionados na alínea a, escolher o Estado-Membro do foro ao qual deve ser dada preferência; c) Uma vez dada preferência ao foro de um Estado-Membro, deve sustar-se a instância nos processos pendentes em outros Estados-Membros até que a questão seja definitivamente julgada no Estado-Membro cujo foro foi preferido. Quando se sustenha a instância num processo num Estado-Membro, as autoridades competentes deste último devem informar imediatamente do fato as autoridades homólogas do Estado-Membro cujo foro foi preferido. Se, por qualquer razão, não for proferida uma sentença que julgue definitivamente a questão no Estado-Membro cujo foro foi escolhido, as autoridades competentes deste último devem informar sem demora do fato as autoridades homólogas do primeiro Estado-Membro que tenha sustado a instância no processo”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

²⁵⁹ KOKOTT. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 15 de dezembro de 2011. Processo contra Lukasz Marcin Bonda (C- 489/10). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

tem prevalecido quanto ao alcance do disposto no art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.²⁶⁰

De modo semelhante é o pensamento de Bockel, ao mencionar que, apesar da redação do art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ter se inspirado nos arts. 4P7 da CEDH e 54 CAAS, seus termos são mais restritivos, quando comparados a tais dispositivos convencionais. Entretanto, tal limitação não deve ser decisiva na interpretação do âmbito de aplicação do princípio do *ne bis in idem* como direito fundamental da União Europeia, havendo de ser compreendido da forma mais abrangente possível, analogamente à interpretação que tem dado a Corte Europeia de Direitos Humanos a esse princípio.²⁶¹

2.2.1 Extensão do princípio do *ne bis in idem* na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Como forma de demonstrar a dimensão do princípio do *ne bis in idem* na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, serão adiante comentados alguns julgamentos relevantes sobre tal tema.²⁶² De início, a perspectiva abordada será a respeito desse princípio como direito do Espaço Comum Europeu de liberdade, segurança e justiça.

²⁶⁰ VERVAELE, Jonh A. E. *El principio de ne bis in idem en Europa*. Disponível em: <<http://portal.uclm.es>>. Acesso em: 25 maio 2012.

²⁶¹ VAN BOCKEL, Bas. *The ne bis in idem principle in the EU law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 17-18. Nesse sentido, inclusive, é a redação do art. 52.3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União. Em sentido contrário, e mesmo levando em consideração o estado atual da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o princípio do *ne bis in idem*, o Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón defende uma interpretação parcialmente autônoma de tal princípio, em nível de direito da União. VILLALÓN. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 12 de junho de 2012. Processo C- 617/10 de Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun.2012.

²⁶² Convém informar, que, apesar do princípio do *ne bis in idem* ser também consagrado como um princípio fundamental do direito de concorrência, essa perspectiva não será aqui examinada. De qualquer forma, insta registrar que, haja vista a existência de “carga punitiva” em algumas das sanções cominadas no direito de concorrência, percebe-se certa incoerência no entendimento de que o espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem* não proibiria a acumulação de sanções comunitárias e nacionais. Isso porque, além da identidade dos fatos e do infrator, ainda que haja questionamento quanto à exigência da unidade do interesse jurídico protegido,²⁶² este se encontraria atendido, uma vez que, no direito concorrencial, os bens jurídicos protegidos pelas normas de direito comunitário e nacional apresentam-se em uma relação de continente/conteúdo. Além do mais, como bem registrou a Advogada-Geral Eleanor Sharpston, o conteúdo de elementos nucleares do princípio do *ne in idem* não deveria variar substancialmente, consoante “seja aplicado no âmbito do artigo 54 da CAAS ou, em geral, como princípio fundamental do direito comunitário (por exemplo, no âmbito do direito da concorrência. SHARPSTON. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 15 de junho de 2006. Processo-crime contra Giuseppe Francesco Gasparini e outros. Pedido de decisão prejudicial: Audiência Provincial de Málaga – Espanha. Processo C-467/04. Coletânea da Jurisprudência 2006 p. I-09199. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011. Contudo, o Tribunal de Justiça da União Europeia, posiciona-se, especialmente com base no art. 3.2 do Regulamento (CE) 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, pela não aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* situações em que os ordenamentos jurídicos nacionais e as autoridades de concorrência comunitária intervieram no quadro de suas respectivas competências. Fundamenta-se tal entendimento, em razão de suposta heterogeneidade dos

Relativamente à interpretação do elemento *bis*, aqui entendido no sentido da natureza das decisões que podem produzir ou gerar os efeitos do *ne bis in idem*, impedindo duplicidade de resposta estatal, os primeiros julgamentos do Tribunal de Justiça da União Europeia que merecem registro são os processos C-187/01 e C-385/01.²⁶³

Conforme consta do processo C-187/01, foram apreendidos no estabelecimento comercial de H. Gözütok, nos Países Baixos, quantidade considerável de drogas. Essa apreensão resultou na instauração de dois procedimentos criminais nos Países Baixos, que foram arquivados depois de H. Gözütok ter aceitado as transações propostas pelo Ministério Público.

Por outro lado, em razão de relevante movimentação em um banco alemão, o Ministério Público de Aachen, na Alemanha, acusou H. Gözütok de ter praticado tráfico de drogas nos Países Baixos, havendo ele sido condenado por essa acusação.

Dessa decisão, H. Gözütok interpôs recurso ao “Landgericht Aachen”, que o absolveu, entendendo que, “nos termos do artigo 54 da CAAS, o arquivamento definitivo do procedimento criminal pelas autoridades neerlandesas vinculava as autoridades alemãs”.²⁶⁴ O Ministério Público, então, apresentou recurso para o “Oberlandesgericht Köln”, que decidiu suspender o processo, submetendo ao Tribunal de Justiça da União Europeia questão prejudicial.

Quanto ao processo C-385/01, registra-se que K. Brügge, cidadão alemão residente em Rheinbach, na Alemanha, foi investigado formalmente na Bélgica por ter causado lesões corporais gravíssimas. Entretanto, haja vista que o procedimento criminal instaurado na Alemanha já havia sido arquivado por meio de pagamento de determinada quantia em dinheiro, nos termos propostos pelo Ministério Público,²⁶⁵ o “Rechtbank van eerste aanleg te Veurne” (Bélgica) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

interesses jurídicos²⁶² – nacional e comunitário –, quando muitas vezes tais interesses correlacionam-se como círculos de interferência. Nesse sentido: WILHELM, Walt. Acórdão do processo 14/68. Consultar também: MAZÁK. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 18 de janeiro de 2007. Processo C-328/05 P SGL Carbon AG contra Comissão das Comunidades Europeias. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

²⁶³ 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.

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ É que, de acordo com a lei alemã, é concedida ao Ministério Público a faculdade de, em certas condições, arquivar os processos penais, sem a homologação do órgão jurisdicional competente, após o pagamento pelo acusado de determinada quantia em dinheiro a uma instituição de interesse geral ou ao Erário.

A aplicação do artigo 54 [da CAAS] permite que o Ministério Público belga acione em juízo num tribunal penal belga um nacional alemão e este o julgue pelos mesmos fatos relativamente aos quais o Ministério Público alemão lhe proporcionou, mediante um acordo amigável, o termo do processo mediante o pagamento de uma quantia, que foi paga pelo cidadão alemão?²⁶⁶

Ao responder as indagações suscitadas, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no que se refere ao que se deve entender por ação definitivamente julgada, apta a irradiar os efeitos proibitivos do princípio do *ne bis in idem*, reconheceu essa consequência na extinção da ação penal, autorizada pela ordem jurídica nacional pertinente, mesmo que por decisão do Ministério Público. Por outro lado, reconheceu o Tribunal que, nessa hipótese de extinção de ação penal, pune-se, de maneira ampla, o comportamento ilícito imputado ao acusado, mediante seu compromisso de executar determinadas obrigações.

Assim, concluiu o Tribunal de Justiça da União Europeia que, considerando que o instituto jurídico da transação, devidamente cumprida, tem o condão de extinguir definitivamente a ação penal, deve-se entender que o acusado foi definitivamente julgado em relação aos fatos que lhe foram imputados.²⁶⁷

Dando continuidade à análise de julgamentos do Tribunal de Justiça europeu a respeito do princípio do *ne bis in idem*, destaca-se a decisão do processo C-297/07.²⁶⁸ Esse teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo “Landgericht Regensburg” (Alemanha), em razão de um processo penal que tramitava na Alemanha contra K. Bourquain, cidadão alemão, por homicídio, apesar de já ter sido julgado pela França pelos mesmos fatos.

Considerando-se que não foi possível a execução da pena aplicada, o órgão jurisdicional alemão solicitou ao Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, em Freiburg, um parecer sobre o disposto no art. 54 da CAAS. *In casu*, esse instituto concluiu que as condições de aplicação do princípio do *ne bis in idem* estavam preenchidas, o que impedia a abertura de novo processo penal, tendo mantido essa posição também no pedido de observações complementares.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia asseverou que o único pressuposto de aplicação do art. 54 da CAAS é a prolação de uma sentença definitiva, concluindo que o princípio do *ne bis in idem* aplica-se mesmo em razão de da impossibilidade de cumprimento da pena à qual havia sido condenado o demandante por questões processuais.

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 11 de dezembro de 2008. Processo contra K. Bourquain (C-297/07). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

Ainda em relação aos julgamentos importantes do Tribunal de Justiça europeu referentes ao princípio do *ne bis in idem*, enfatiza-se a decisão proferida no processo C-491/07.²⁶⁹ Segundo esses autos, Vladimir Turanský, cidadão eslovaco, foi acusado de ter roubado, em um domicílio em Viena, na Áustria, uma quantia em dinheiro, após ter ferido gravemente seu proprietário. Por esse fato, teria sido formalmente indiciado na Áustria.

A Polícia de Prievidza, na Eslováquia, instaurou procedimento pelos fatos denunciados, havendo, posteriormente, arquivado à acusação “uma vez que o ato não constitui crime e não existem razões para a sua prossecução”, ressaltando, ademais, que, nessa hipótese, “não poderia haver ação penal, pois os fatos estão prescritos”.²⁷⁰

O órgão jurisdicional austríaco, tendo que resolver se a decisão da autoridade policial eslovaca impediria a retomada do procedimento suspenso na República da Áustria, submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia questão prejudicial. E na resposta, o Tribunal declarou que o ato de uma autoridade policial não punha definitivamente termo à ação pública, razão pela qual não poderia ser considerada uma decisão definitivamente julgada, apta a impedir a instauração de novos processos.

No que diz respeito à interpretação do elemento *idem* conferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, faz-se importante trazer à colação o resumo da questão fática constante do processo C-436/04, de Leopold Henri Van Esbroeck.²⁷¹

O belga L. H. Van Esbroeck foi condenado em Bergen, na Noruega, por importação ilegal de drogas, em território norueguês. Também foi instaurado processo penal, na Bélgica, e o “Correctionele Rechtbank” da Antuérpia condenou referido acusado por exportação ilícita para fora da Bélgica.

Tendo em vista que essa decisão foi confirmada por outras instâncias, L. H. Van Esbroeck interpôs recurso de anulação ao “Hof van Cassatie”, invocando violação do princípio do *ne bis in idem*, havendo o órgão jurisdicional belga decidido suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia questão prejudicial.

Ao apresentar suas conclusões sobre esse caso, o Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer sustentou que, na definição do elemento *idem*, hão de ser considerados os fatos, sem preocupação com sua qualificação jurídica ou, até mesmo, com os bens

²⁶⁹ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Seção), de 22 de dezembro de 2008. Processo contra V. Turanský (C-491/07). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ 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.

protegidos com o tipo penal, uma vez que esses se encontram altamente vinculados às opções legítimas das políticas criminais nacionais.²⁷²

Também afirma que é possível aferir-se essa opinião por meio de uma aproximação linguística, pois

A versão espanhola da Convenção, em que se lê “por los mismos hechos”, não oferece dúvidas; os textos alemão, francês, inglês, italiano e neerlandês (“wegen derselben Tat”, “pour les mêmes faits”, “for the same acts”, “per i medesimi fatti” e “wegens dezelfde feiten”, respectivamente) também não se prestam a polêmica, pois todos aludem ao *idem factum*, ao conjunto de acontecimentos que se julgam como fenômeno histórico que o juiz há de apreciar, retirando as consequências jurídicas relevantes.²⁷³

Assim, para o Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, dúvida não há de que, materialmente, o fato pelo qual L. Van Esbroeck foi punido na Noruega coincide com o objeto da sua condenação na Bélgica, consistente no “transporte clandestino de um país para outro de uma quantidade de drogas”,²⁷⁴ sendo tal conduta qualificada de formas diferentes: na Bélgica, como exportação e, na Noruega, como importação de substâncias ilícitas.

E foi nesse sentido que o Tribunal de Justiça da União Europeia respondeu ao reenvio prejudicial de que trata esse processo (C-436/04). Como bem exposto, resulta da própria redação do art. 54 da CAAS que tal normativa tem por objeto a materialidade dos “mesmos fatos” concretamente vertidos na causa, excluindo-se, na identificação dessa unidade, a qualificação jurídica imputada.

Por isso é que a eventualidade de qualificações jurídicas divergentes atribuída aos mesmos fatos não pode impedir a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, também não procedendo o critério da identidade do bem jurídico protegido, uma vez que é suscetível de variar entre os Estados.

Outro reenvio prejudicial julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia deu-se no processo C-288/05,²⁷⁵ tendo como interessado Jürgen Kretzinger, que, por duas vezes transportou da Grécia para o Reino Unido, via Itália e Alemanha, cigarros de contrabando.

Consta desses autos que, no primeiro transporte, o caminhão conduzido pelo acusado “continha um carregamento de 34.500 pacotes de cigarros que acabou por ser interceptado na

²⁷² COLOMER. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 20 de outubro de 2005. Processo-crime contra Leopold Henri Van Esbroeck. Pedido de decisão prejudicial: Hof van Cassatie – Bélgica. Processo C-436/04. Coletânea da Jurisprudência 2006. p. I-02333. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ 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.

Itália pela *Guardia di Finanza* (polícia financeira) italiana”,²⁷⁶ e, após ser interrogado, J. Kretzinger foi posto em liberdade.

Por essa apreensão, o acusado foi condenado definitivamente pela Corte de Apelação de Veneza à pena de prisão de um ano e oito meses. Salienta-se que essa condenação deu-se em razão da prática de crime de importação e de posse “de 6.900 quilogramas de tabaco estrangeiro de contrabando e de subtração ao pagamento dos respectivos direitos aduaneiros”.²⁷⁷

Em relação ao segundo transporte, o caminhão continha “um carregamento de 14.927 pacotes de cigarros de contrabando”,²⁷⁸ tendo J. Kretzinger sido novamente condenado pelas autoridades italianas.

Por outro lado, J. Kretzinger foi condenado, na Alemanha, pelo “Landgericht Augsburg”, por “evasão ao pagamento dos direitos aduaneiros constituídos sobre a importação inicial das mercadorias introduzidas na Grécia através de contrabando”.²⁷⁹

A despeito de ter conhecimento das condenações na Itália, o órgão jurisdicional alemão entendeu que, “embora os mesmos dois carregamentos de cigarros constituíssem a base fática das duas condenações em Itália e das suas próprias decisões”,²⁸⁰ não haveria óbice ao processamento e julgamento de J. Kretzinger na Alemanha, pois as condenações proferidas na República italiana não haviam sido executadas.

Ao se pronunciar sobre esse assunto, a Advogada-Geral Eleanor Sharpston propôs que o Tribunal de Justiça consignasse que a expressão “mesmos fatos” prevista no art. 54 da CAAS, referia-se à identidade dos fatos materiais, sendo entendida como um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas no tempo, no espaço e por seu objeto. E que as sucessivas passagens de fronteiras internas no decurso da operação de transportar mercadorias de contrabando de seu ponto de entrada até um destino final, em uma única operação, podiam, em regra, ser consideradas fatos indissociavelmente ligados para fins de aplicação do princípio do *ne bis in idem*.²⁸¹

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ SHARPSTON. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 05 de dezembro de 2006. Processo-crime contra Jürgen Kretzinger. Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemanha. Processo C-288/05. Coletânea da Jurisprudência 2007 p. I-06441. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

A respeito disso, decidiu o Tribunal de Justiça da União Europeia que transporte de cigarros de contrabando, como o que estava em causa, poderia sim constituir um conjunto de fatos que faziam parte do conceito de mesmos fatos, nos moldes já declarados no julgamento do processo de Van Esbroeck.

Há, ainda, um significativo acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o conceito do elemento *idem*, que merece ser enfatizado. É o processo C-367/05,²⁸² de Norma Kraaijenbrink, cidadã neerlandesa, condenada, nos Países Baixos, por diversos crimes de receptação de capitais provenientes de tráfico de droga, e, posteriormente, também condenada na Bélgica, em razão de várias operações de câmbio relativas a montantes de dinheiro proveniente do tráfico de drogas praticado nos Países Baixos.

Sobre esse caso, entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia que não restava claramente estabelecido se os lucros financeiros provenientes do tráfico de drogas eram os que estavam na origem, no todo ou em parte, dos comportamentos ilícitos punidos nos Países Baixos e na Bélgica. E, como o conceito de mesmos fatos, nessa situação concreta, havia de ser estabelecido por meio de uma ligação objetiva entre os montantes de dinheiro em causa nos dois processos, não havendo nos autos elementos que autorizassem essa conclusão, apenas as instâncias nacionais competentes poderiam apreciar se o grau de identidade e de conexão entre todas as circunstâncias fatuais que haviam dado lugar a tais ações penais davam azo ao reconhecimento de que se tratava dos mesmos fatos.

Em relação ao processo C-467/04,²⁸³ de Giuseppe Francesco Gasparini e outros, o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou que uma decisão de um órgão jurisdicional de um Estado contratante, proferida na sequência do exercício da ação penal, que absolve definitivamente um arguido por prescrição do procedimento, obsta, pela aplicação do princípio do *ne bis in idem*, que ele seja novamente processado e/ou julgado pelos mesmos fatos. Reconheceu também o Tribunal que a colocação de uma mercadoria no território de um Estado-Membro, posterior a sua importação no Estado-Membro que proferiu a absolvição, configurava um comportamento suscetível de constituir um conjunto de mesmos fatos, cuja resolução definitiva deveria ser realizada pelas instâncias nacionais competentes.²⁸⁴

²⁸² EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 18 de julho de 2007. Processo contra Norma Kraaijenbrink (C-367/05). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²⁸³ 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.

²⁸⁴ *Idem*. Ainda no que se refere a esse julgamento, merecem transcrição alguns trechos das conclusões apresentadas pela Advogada-Geral Eleanor Sharpston, por bem destacarem a dimensão do postulado em análise: “o princípio *ne bis in idem* responde a uma razão de ser diferente. Esse princípio, cujas origens nos sistemas jurídicos ocidentais remontam à

Outro julgamento digno de nota é o que se deu no processo C-150/05,²⁸⁵ no qual consta que Jean Leon van Straaten foi acusado, nos Países Baixos, de ter importado, proveniente da Itália, drogas. Também foi acusado de ter, em sua posse, nos Países Baixos, drogas. Pela primeira acusação, o demandante foi absolvido, havendo sido condenado pela segunda.

Na Itália, van Straaten foi acusado por ter em sua posse, e por ter exportado para os Países Baixos, por diversas vezes, uma quantidade considerável de heroína. Por essa acusação van Straaten foi condenado pelo Tribunal de Milão, na Itália.

Diante desse caso, o Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer observou que, no tocante ao conceito de *idem* (mesmos fatos), há a junção de dois elementos – um objetivo e outro subjetivo. Referindo-se ao aspecto objetivo, ressaltou que o “conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si”,²⁸⁶ que integra o conceito de mesmos fatos, deve vincular-se ao espaço e ao tempo, de modo que, se em ambos os aspectos existir unidade, não se pode dividir a realidade em episódios artificialmente isolados. Enfatizou, ainda, que o nexó psíquico do autor deve também ser levado em consideração. “Um único tempo, um único espaço, mas também um único intuito”.²⁸⁷ Mas, de qualquer forma, mesmo tendo em conta essa trilogia, para verificar a igualdade exigida pelo princípio do *ne bis in idem*, não há dúvida de que, na caracterização de sua convergência,

O lugar pode mudar, como no processo Van Esbroeck, em que se transportava uma quantidade de substâncias proibidas de um Estado-Membro para outro, sem que mude o

antiguidade clássica, é principalmente (embora não exclusivamente) considerado um meio de proteção do indivíduo contra eventuais abusos, pelo Estado, do seu *ius puniendi*. Deve impedir-se que o Estado tente por várias vezes condenar um indivíduo por um alegado crime. Depois da realização de um julgamento, acompanhado de todas as garantias processuais adequadas, e de a questão da eventual dívida do indivíduo para com a sociedade ter sido apreciada, o Estado não o deve submeter à provação de um novo julgamento [ou, segundo a expressão utilizada nos sistemas jurídicos anglo-americanos, não o deve colocar em “double jeopardy” (duplo risco de ser condenado)]. Tal como o juiz Black, do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, concisamente explica, “a ideia subjacente [...] é a de que o Estado, com todos os seus recursos e poderes, não possa repetidamente tentar condenar um indivíduo por um alegado crime, sujeitando-o assim a dificuldades, despesas e provações, e obrigando-o a viver num estado permanente de ansiedade e insegurança, e aumentando as probabilidades de vir a ser julgado culpado, apesar de estar inocente” [...]. O direito de não ser acusado duas vezes pelos mesmos fatos evoluiu, assim, no sentido de se tornar um direito humano fundamental à proteção contra o *ius puniendi* do Estado, e foi codificado em várias convenções internacionais. SHARPSTON. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 15 de junho de 2006. Processo-crime contra Giuseppe Francesco Gasparini e outros. Pedido de decisão prejudicial: Audiência Provincial de Málaga - Espanha. Processo C-467/04. Coletânea da Jurisprudência 2006 p. I-09199. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²⁸⁵ 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.

²⁸⁶ COLOMER. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 08 de junho de 2006. Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden e República italiana. Pedido de decisão prejudicial: Rechtbank 's-Hertogenbosch - Países Baixos. Processo C-15005. Coletânea da Jurisprudência 2006 p. I-09327. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²⁸⁷ Idem.

evento. A trama do delito é susceptível de se prolongar e de se dividir em fases singulares, conservando, no que respeita à punição, a sua unidade. Por fim, nada impede que, por vezes, a intenção do autor mude e, apesar dessa circunstância, o evento se mantém inalterado.²⁸⁸

No que diz respeito ao elemento subjetivo, destacou o Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer que consiste na identidade do indivíduo que foi julgado. Assim, a colaboração de outros sujeitos, a eventualidade de que mudem ao longo da sequência criminal e a circunstância de serem, ou não, condenados, têm caráter acessório.

E nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia reafirmou que o único critério relevante para efeitos da aplicação de mencionado dispositivo normativo era o da identidade dos fatos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si. Ademais, destacou, no que diz respeito aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, não se fazer necessário que a quantidade de droga em causa nos dois Estados contratantes ou as pessoas que alegadamente participaram dos fatos nos dois Estados fossem idênticas,²⁸⁹ já havendo decidido, inclusive, que os fatos puníveis, que consistiam na exportação e na importação das mesmas drogas, deveriam, em princípio, ser considerados os mesmos fatos, na aceção do art. 54 da CAAS.

A respeito da questão relativa ao conceito do elemento *bis*, enfatizou que o disposto no art. 54 da CAAS aplica-se às decisões de autoridades judiciais de um Estado contratante que absolvem um acusado por insuficiência de provas, até porque mencionado dispositivo normativo não faz qualquer referência ao conteúdo da sentença definitiva.²⁹⁰

A propósito dos efeitos do *ne bis in idem* como motivo de recusa de cumprimento de mandado de detenção europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia teve a oportunidade de se pronunciar sobre essa matéria no julgamento do processo C-261/09.²⁹¹

Os fatos desse litígio reportam-se à circunstância de haver sido emitido, pelo Tribunal de Catania, na Itália, mandado de detenção europeu contra Gaetano Mantello, sob o fundamento da prática de associação criminosa do delito de tráfico de cocaína, assim como sua participação no delito de posse ilegal de cocaína, entre janeiro de 2004 e novembro de 2005.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ 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.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 16 de novembro de 2010. Processo contra Gaetano Mantello (processo C-261/09). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

Entretanto, considerando que o Tribunal de Catania já havia condenado Gaetano Mantello por detenção ilegal de drogas, o órgão jurisdicional de reenvio de Stuttgart decidiu suspender a execução de referido mandado de detenção e submeter questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Ao julgar esse pedido, o Tribunal decidiu que se considera uma pessoa definitivamente julgada pelos mesmos fatos, na acepção do art. 3.2 da Decisão-Quadro 2002/584, quando, na sequência de um processo penal, a ação pública fica 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 as autoridades judiciais de um Estado-Membro tenham proferido uma decisão que tenha absolvido definitivamente o arguido dos fatos de que foi acusado (v., por analogia, acórdãos van Straaten e Turanský, já referidos).²⁹²

Atendendo a essas considerações, concluiu o Tribunal de Justiça da União Europeia, no julgamento do processo contra Gaetano Mantello (C-261/09), que a autoridade judiciária de execução não tinha nenhuma razão para aplicar, em relação a essa sentença, o motivo de não execução obrigatória previsto no art. 3.2 da Decisão-Quadro 2002/584. É que, havendo a autoridade judiciária de emissão declarado que a anterior sentença proferida na sua ordem jurídica não constituía uma sentença definitiva que abrangesse os fatos constantes do referido mandado de detenção, não havia de se falar em impedimento ao cumprimento dos procedimentos nele visados.²⁹³

Quanto ao *ne bis in idem* como direito fundamental da União Europeia, no julgamento do processo contra Lukasz Marcin Bonda (C- 489/10),²⁹⁴ decidiu o Pleno do Tribunal de Justiça, em sessão realizada em 05 de junho de 2012, que as sanções administrativas

²⁹² EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 16 de novembro de 2010. Processo contra Gaetano Mantello (processo C-261/09). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²⁹³ “Em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, em que, em resposta a um pedido de informações na acepção do artigo 15, n. 2, dessa Decisão-Quadro formulado pela autoridade judiciária de execução, a autoridade judiciária de emissão declarou expressamente, em aplicação do seu direito nacional e no respeito das exigências decorrentes do conceito de “mesmos fatos” tal como consagrado nesse mesmo artigo 3, n. 2, que a anterior sentença proferida na sua ordem jurídica não constituía uma sentença definitiva que abrangesse os fatos visados no seu mandado de detenção e, por conseguinte, não obstava aos procedimentos visados no referido mandado de detenção, a autoridade judiciária de execução não tem nenhuma razão para aplicar, em relação a essa sentença, o motivo de não execução obrigatória previsto no referido artigo 3, n. 2”. Idem.

²⁹⁴ 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.

cominadas, *in casu*, não continham finalidade repressiva, não podendo, assim, ser equiparadas a matérias de “caráter penal ou com características semelhantes a um processo penal”.²⁹⁵

Segundo consta dos autos do processo C- 489/10, L. Bonda prestou declarações incorretas acerca da dimensão das superfícies agrícolas por si utilizadas e das culturas nelas praticadas. Por esse motivo, teve denegada a sua solicitação de benefícios agrícolas pela Seção Distrital da Agência para a Reestruturação e Modernização da Agricultura, havendo, ainda, sido-lhe decretada a perda de tais subsídios nos três anos seguintes.

Por esses mesmos fatos, o “Sąd Rejonowy w Goleniowie”, juízo de primeira instância na Polónia, condenou L. Bonda pela prática do crime de fraude na obtenção de subvenções, previsto no artigo 297, § 1º, do Código Penal polaco, à pena privativa de liberdade e multa. Em segunda instância, os autos foram arquivados sob o argumento de ter sido anteriormente aplicada, pela mesma conduta, uma sanção ao demandado. Dessa decisão, o Procurador-Geral interpôs recurso de cassação para o “Sąd Najwyższy” – órgão jurisdicional de reenvio –, no qual foi arguido questão prejudicial sobre a natureza jurídica da sanção administrativa imposta a L. Bonda.

E como já adiantado, o Tribunal de Justiça recordou já haver decidido que sanções previstas nas regulamentações de política agrícola comum, tais como a exclusão temporária de um operador económico do benefício do regime de ajudas, não poderiam ser qualificadas como sanções de natureza penal.²⁹⁶ Seguindo essa orientação, assentou que a natureza administrativa dessas medidas não se opõe à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao conceito de processo penal.

De maneira geral, foi nessa mesma direção o julgamento realizado pela Grande Sala do Tribunal de Justiça da União Europeia em 26 de fevereiro de 2013 (processo C-617/10)²⁹⁷, no qual restou assentado que o princípio do *ne bis in idem* não se opõe a que um Estado-Membro imponha, para os mesmos fatos, mesmo sucessivamente, uma sanção de natureza fiscal e uma sanção de natureza penal, desde que a primeira sanção não se revista de caráter punitivo.

Além disso, foi afirmado, mais uma vez, que, para efeitos da apreciação da natureza

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ “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.

²⁹⁷ 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

penal das sanções fiscais, impõe-se a apreciação da qualificação jurídica da infração, da própria natureza da infração, assim como do tipo e da gravidade da sanção cominada, nos termos que serão analisados no capítulo adiante.

E diferentemente do decidido no caso Bonda, entendeu o Tribunal que, à luz desses critérios, competiria ao órgão jurisdicional nacional verificar a compatibilidade, ou não, do cúmulo das sanções fiscais e penais previsto pela legislação nacional com o princípio do *ne bis in idem*. De qualquer forma registrou que, desde que as sanções fiscais (administrativas) sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas, essa acumulação há de ser considerada ofensiva a tal princípio.²⁹⁸

Por fim, quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o princípio do *ne bis in idem*, há de ser comentado o princípio do desconto de que trata o art. 56 da CAAS.

De acordo com tal dispositivo convencional, se for ajuizada uma nova ação judicial por um Estado-Membro contra uma pessoa que tenha sido definitivamente julgada por uma autoridade penal de outro Estado-Membro, deverá ser descontado, na sanção que vier a ser eventualmente imposta, qualquer período de privação de liberdade cumprido no território desse Estado.

Sobre esse 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*.²⁹⁹

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 princípio do *ne bis in idem* não o seja,³⁰⁰ enfatizando que o princípio da compensação – de que trata o art. 56 da

²⁹⁸ “V., neste sentido, nomeadamente, acórdãos Comissão/Grécia, já referido, n.º 24; de 10 de julho de 1990, Hansen, C- 326/88, Colet., p. I- 2911, n.º 17; de 30 de setembro de 2003, Inspire Art, C- 167/01, Colet., p. I- 10155, n.º 62; de 15 de janeiro de 2004, Penycoed, C- 230/01, Colet., p. I- 937, n.º 36, e de 3 de maio de 2005, Berlusconi e o., C- 387/02, C- 391/02 e C- 403/02, Colet., p. I- 3565, n.º 65)”. Idem.

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ “57. Esse argumento foi veementemente contestado pelos Países Baixos. Esses alegaram que o princípio da compensação contido no artigo 56 da CAAS se restringe aos casos em que se aplicam as derrogações ao artigo 55, n. 1, da mesma CAAS. Em qualquer outro caso, a aplicabilidade desse princípio é uma questão de direito nacional. Aceitar o argumento

CAAS – e o princípio do *ne bis in idem* – regulado no art. 54 da CASS – são conceitualmente distintos, não obstante serem manifestações de imperativos gerais de equidade ou justiça nos procedimentos penais.³⁰¹

E da leitura do acórdão do processo C-367/05, infere-se que 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 princípio do *ne bis in idem*, devem os tribunais criminais nacionais, quando da condenação, levar em consideração as penas que já tenham sido aplicadas e satisfeitas ou cumpridas pelo arguido noutro Estado-Membro.³⁰² Isso porque, se os fatos do segundo processo integrarem a base do processo definitivamente julgado, deve este último ser arquivado por ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

De qualquer forma, em não sendo reconhecidos os efeitos do *ne bis in idem*, nada impede que se levem em conta, para efeitos da fixação da pena, sanções eventualmente já aplicadas na primeira ação penal.³⁰³

da Comissão equivaleria a uma harmonização velada do direito penal nacional, iludindo as disposições da CAAS. 58. Não vislumbramos qualquer nexo literal ou lógico entre os artigos 55 e 56 da CAAS que permita suportar essa interpretação. Fundamentalmente, concordamos com a perspectiva da Comissão no sentido de que existe um princípio geral de compensação no direito da União Europeia de acordo com o qual as penas anteriores devem ser tidas em conta se o infrator for condenado num segundo processo pelos mesmos fatos. 59. Tanto quanto pudemos apurar, não só o direito penal de cada Estado-Membro contém variantes desse princípio como o próprio Tribunal de Justiça já reconheceu a sua existência no contexto da aplicação simultânea de sanções nacionais e comunitárias em direito da concorrência. No acórdão Wilhelm, o Tribunal de Justiça declarou que, «se a possibilidade de um processo duplo conduzir a um cúmulo de sanções [pelos mesmos fatos], uma exigência geral de equidade [...] implica que sejam tomadas em conta todas as decisões condenatórias anteriores na determinação de uma eventual sanção». Essa jurisprudência foi confirmada mais tarde no acórdão Boehringer Mannheim [...]. 65. A esse respeito, discordamos da interpretação restritiva do artigo 56 da CAAS feita pelo Governo neerlandês. Nada na redação dessa norma indica que a sua finalidade se limite aos casos em que o artigo 55, n. 1, da CAAS se aplica. Pelo contrário, uma interpretação literal sugere claramente que se deve aplicar aos casos em que, por qualquer razão, seja intentada uma ação contra um arguido num Estado-Membro, não obstante o fato de ter sido julgado pelos mesmos fatos noutro Estado-Membro. 66. Obviamente que a análise que antecede se aplica quando o arguido está a ser julgado e condenado pelos mesmos fatos segunda vez noutro Estado-Membro e não possa invocar o artigo 54 da CAAS. Se se concluir que os fatos não são os mesmos, nenhuma obrigação resulta do artigo 56 da CAAS nem, como dissemos, do princípio geral da compensação”. 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.

³⁰¹ 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.

³⁰² Essa também foi a conclusão de Vânia Costa Ramos: “o TJ parece concordar com essa opinião [da Advogada-Geral], ressaltando as obrigações dos EM decorrentes da Convenção Única e do artigo 36 da CAAS – pontos 33 a 35 do acórdão de Kraaijenbrink”. RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem* e União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 204.

³⁰³ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 18 de julho de 2007. Processo contra Norma Kraaijenbrink (C-367/05). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

2.3 A Corte Europeia de Direitos Humanos e o princípio do *ne bis in idem*

Quanto às decisões dessa Corte com reflexos no alcance e na interpretação do princípio 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.

E entre os primeiros julgados da Corte de Estrasburgo, que ainda hoje servem de parâmetro para a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, cumpre-se que seja citado, inicialmente, o caso Engel e outros v. Países Baixos (1976), que dizia respeito a sanções disciplinares impostas a membros das forças armadas.³⁰⁴ Nessa decisão, indicou-se a tendência do juiz europeu – que continua, até hoje observada – de analisar materialmente os fatos postos em julgamento.

E como já mencionado, foram indicados como parâmetros para a caracterização ou não, da natureza penal de determinada matéria, os seguintes critérios: (a) a qualificação dada pelo direito interno nacional, que tem, como bem assinalado pela Corte, 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.³⁰⁵

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ Como bem sintetizado pela Advogada-Geral Juliane Kokott, do Tribunal de Justiça da União Europeia, “o TEDH interpreta o conceito de “processo penal”, tal como previsto no artigo 4º, n. 1, do Protocolo n. 7, à luz dos princípios gerais que desenvolveu para os conceitos de “acusação em matéria penal” e de “pena”, previstos nos artigos 6º e 7º da CEDH. [...]. O primeiro critério “Engel” reporta-se à qualificação que é feita no direito nacional de certa disposição, quanto à sua atribuição ao direito penal. Todavia, o TEDH considera que esta categorização não é decisiva, servindo apenas como ponto de partida para a análise. No âmbito do segundo critério “Engel”, o TEDH começa por apreciar o círculo de destinatários da disposição que sanciona certa conduta. O fato de uma disposição se dirigir à generalidade das pessoas e não a um determinado grupo com certo estatuto – como sucede por exemplo no direito disciplinar – constitui indício do caráter penal da sanção. Em paralelo, o TEDH atribui ainda importância ao objetivo da sanção prevista na disposição penal. O caráter penal é negado quando a sanção só tem em vista a reparação de prejuízos patrimoniais. Se, pelo contrário, visar a repressão e a prevenção, então o entendimento é que se está perante uma sanção penal. Além disso, o TEDH, na sua jurisprudência mais recente, tem também em conta saber se o sancionamento da conduta ilícita se destina a proteger bens jurídicos cuja proteção seja normalmente assegurada através de normas de direito penal. Estes elementos devem ser ponderados segundo uma visão de conjunto. O terceiro critério “Engel” incide sobre o tipo e a gravidade da pena. No caso de penas privativas de liberdade aplica-se em geral a presunção, que só muito excepcionalmente pode ser ilidida, de que a sanção tem caráter penal. Também as penas de multa cujo não pagamento é sancionado, em substituição, com uma pena de prisão, ou que implicam inscrição no registo criminal, constituem um indício de que se está na presença de um processo penal. O TEDH estabelece uma relação de alternatividade entre o segundo e o terceiro critérios. Porém, se uma apreciação separada de ambos os critérios não conduzir a um resultado claro, então aprecia-os cumulativamente KOKOTT. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 15 de dezembro de

Além do caso Engel, outra decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos 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. Reafirmou a Corte 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 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 a Corte que o fato de essa infração de trânsito ser reconhecidamente um “delito menor”, dificilmente suscetível de prejudicar a reputação do infrator, não tem o condão de levá-la para fora do âmbito criminal.³⁰⁶

Quanto à definição das decisões que podem produzir uma duplicidade (*bis*) de resposta estatal aos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos, verifica-se que o Tribunal de Estrasburgo, desde o julgamento do caso Gradinger v. Áustria (1995), que tratava de infrações relacionadas ao trânsito, 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 princípio do *ne bis in idem* seja regido por leis administrativas, pode ser reconhecida a violação a tal princípio, desde que assemelhado aos de natureza penal.³⁰⁷

Esse alinhamento foi reiterado, mais uma vez, no julgamento de admissibilidade do caso Rosequinst, no qual restou assentado a possibilidade de infringência do princípio do *ne bis in idem* na hipótese de acumulação de procedimentos penal e administrativo por infrações de ordem tributária.³⁰⁸

De outro lado, como também estabelecido a partir do julgamento do caso Gradinger, a Corte tem reafirmado que o objetivo do art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é a proibição de repetição de

2011. Processo contra Lukasz Marcin Bonda (C- 489/10). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

³⁰⁶ 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.

³⁰⁷ 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.

³⁰⁸ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 14 de setembro de 2004. Processo de Rosenquinst v. Suécia (admissibilidade). Idem.

procedimentos criminais depois de concluídos por decisão definitiva³⁰⁹ – 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.³¹⁰

Dando continuidade à análise do significado do termo *bis* para o direito internacional dos povos europeus, sustentou o Tribunal de Estrasburgo, no julgamento do caso Franz Fischer v. Áustria (2001), que o prospecto de proteção desse princípio 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 pela mesma infração.³¹¹ Faz-se importante também indicar que, no julgamento de admissibilidade do caso Zigarella v. Itália (2002), a Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou essa posição.³¹²

Em relação ao termo *idem*, no caso Gradinger v. Áustria (1995), o Tribunal de Estrasburgo decidiu pela violação do princípio do *ne bis in idem*, por ter sido o demandante condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor, assim como condenado novamente, ainda que no marco de um procedimento administrativo, por conduzir veículo automotor sob influência de álcool. É que, para a Corte, restou caracterizada a ocorrência de duplicidade de sanções derivadas de um mesmo fato, haja vista que a única diferença entre as imputações desses processos 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 princípio do *ne bis in idem*.³¹³

Ao julgar o caso Oliveira v. Suíça (1998), a Corte, contrariando a linha de raciocínio adotada no caso Gradinger, considerou que a condenação da demandante ao pagamento de multa administrativa como consequência de ter provocado acidente de trânsito, cumulada com

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ 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.

³¹¹ 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.

³¹² “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.

³¹³ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 23 de outubro de 1995. Processo de Gradinger v. Áustria (autos n. 8544/79). Idem.

posterior condenação pelo crime de lesões corporais culposas, não apresentou qualquer ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.³¹⁴

Nessa decisão, assinalou o Tribunal tratar-se de hipótese de concurso formal de delitos, pelo qual, mediante uma só ação, praticam-se dois ou mais crimes, que, *in casu*, foram “perder o controle de veículo e lesões ocasionadas imprudentemente”. Por essa razão, entendeu que a duplicidade de procedimentos e de sanções não implicaram ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, mormente porque os órgãos judiciais suíços ao aplicarem multa à demandada, deduziram dessa sanção o valor da multa administrativa imposta anteriormente, como sempre se deve dar no concurso formal de delitos, aplicando-se a regra de que “a pena maior absorve a pena menor”. Ademais, reconheceu a Corte que, a despeito de ser mais consentâneo com os princípios de uma boa administração de justiça que as duas infrações, na modalidade de concurso formal de delitos, tivessem sido processadas e julgadas em uma só jurisdição, em procedimento único, o fato de não ter sido assim não comportaria consequências para fins de aplicação do princípio do *ne bis in idem*.³¹⁵

De qualquer forma, cumpre-se destacar o voto divergente do juiz Repik, o qual lançou um questionamento acerca dos critérios que deveriam ser utilizados na consideração do que seria o mesmo *actus reus*. Para ele o decisivo não deveria ser a qualificação jurídica atribuída aos fatos, e sim a identidade da conduta particularmente imputada ao acusado, como forma de evitar-se que “um fato perfeitamente definido e singular se fragmente com modificação de alguns de seus elementos específicos” e que, em razão desse indevido fracionamento, alguém seja processado duas vezes pelos mesmos fatos, sob o simples argumento de diferentes qualificações jurídicas. E foi por isso que o juiz Repik, no julgamento do caso Oliveira v. Suíça, entendeu que a doutrina estabelecida no caso Gradinger v. Áustria era inteiramente aplicável à situação vertente.³¹⁶

Por outro lado, reconhecendo contradição entre os julgamentos dos casos Gradinger e Oliveira,³¹⁷ a Corte Europeia de Direitos Humanos acolheu a existência de violação do princípio do *ne bis in idem*, no julgamento do caso Franz Fischer v. Áustria. Para a Corte, houve indevido *bis in idem*, pois, sobre a “base de um mesmo fato”, o demandante Fischer foi

³¹⁴ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 30 de julho de 1998. Processo de Oliveira v. Suíça (autos n. 84/1997/868/1080). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ Para saber mais sobre o assunto, consultar: BARGA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 28.

processado e condenado pela infração administrativa de dirigir embriagado 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.³¹⁸

Também decidiu o Tribunal, ainda no julgamento do caso Franz Fischer, que a incidência do princípio do *ne bis in idem* vincula-se à relação existente entre as infrações relacionadas aos mesmos fatos e imputadas mais de uma vez ao mesmo acusado, não se havendo de vincular seu reconhecimento à eventual ordem de preferência do procedimento penal ante o procedimento administrativo ou de relação de subsidiariedade deste em relação àquele.³¹⁹

Não obstante já ter o Pleno da Corte Europeia de Direitos Humanos se pronunciado, em outras oportunidades, sobre o princípio do *ne bis in idem*, a decisão mais relevante – e esclarecedora – a respeito desse assunto deu-se no caso Sergey Zolotoukhine v. Rússia (2009), .

Nesse julgamento, o próprio Tribunal de Estrasburgo reconheceu que a jurisprudência até então lançada sobre o art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais 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 demandante havia sido condenado e/ou julgado correspondiam, ou não, aos mesmos fatos.³²⁰

³¹⁸ 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.

³¹⁹ Em julgamentos posteriores, como, por exemplo, nos casos W.F. v. Áustria (autos n. 38275/97) e Sailer v. Áustria (autos n. 38237/97), relacionados a acidentes de trânsito, especificamente à condução de veículo automotor sob efeito de álcool, a Corte Europeia de Direitos Humanos, à semelhança do decidido no caso Franz Fischer v. Áustria, considerou que o princípio do *ne bis in idem* não exclui a garantia de que os fatos que já tenham sido objeto de sanção administrativa, equiparada às de natureza penal, sejam novamente imputados em procedimentos criminais. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

³²⁰ Na seara de infrações de trânsito, por exemplo, muitos são os exemplos sobre a variação de critérios utilizados pela Corte na delimitação da existência ou não de “elementos essenciais” entre duas infrações. No caso Bachmaier, admitiu-se a duplicidade de procedimentos, sob o argumento retórico de que a “circunstância agravante particular de conduzir sob os efeitos de álcool somente havia sido utilizada em um procedimento” (Bachmaier c. Austria, n. 77413/01, 02 de setembro de 2004). No caso Manasson, o Tribunal entendeu pela ausência de *idem factum* nas condenações cumulativas impostas pelo direito administrativo tributário e pelo direito penal (Processo de Mishel Manasson v. Suécia, de 08 de abril de 2003). Do mesmo modo, pronunciou-se o Tribunal pela diversidade dos fatos relacionados a infrações tributárias de ordem penal e de ordem administrativa, em razão da ausência de exigência de dolo no que se refere a essa última figura ou por força de fins distintos na prática das mesmas infrações (casos Rosenquist, Storbraaten e Haavrig, dentre outros). Também decidiu o Tribunal de Estrasburgo pela não violação do princípio do *ne bis in idem* na condenação cumulativa das infrações de omissão de socorro e do dever de comunicar às autoridades a ocorrência de acidente, uma vez que apenas uma delas exigia para a sua caracterização a presença de dolo, além de tratarem de ações e omissões diferentes (caso Hauser-Sporn). Ademais, no caso Schutte, a Corte Europeia de Direitos Humanos sustentou a inexistência de *idem factum*, sob o argumento de que uma das infrações sob análise exigia para a sua configuração o uso de ameaça ou violência como meio de resistência à ordem pública, enquanto que a outra se relacionava apenas à simples negativa de

Especificamente no que se relaciona às circunstâncias desse caso, consta do seu relato que,

[...] A amiga do demandante foi descoberta no interior da zona militar e os dois foram conduzidos ao posto de polícia nº 9 com o fim de dar explicações. A entrada ilegal da amiga do demandante na zona militar não foi objeto de qualquer procedimento.

No posto de polícia, o demandante começou a insultar a Sra. Y. e o Capitão S. e a empurrar este último. Tentou retirar-se, mas foi impedido e se lhe algemou. Os policiais consideraram que o comportamento insultante do interessado era constitutivo de uma infração administrativa.

O demandante foi levado a seguir ao escritório do Comandante K., que começou a redigir um relatório sobre a infração administrativa. O Capitão S. e outro policial estiveram também presentes. O demandante continuou comportando-se mal e injuriando o Comandante K.

Depois da redação do relatório, os policiais conduziram em um carro o demandante ao posto de polícia regional de Gribanovski. Durante o trajeto, o interessado continuou injuriando o Comandante K. – que se encontrava no mesmo veículo – e o ameaçou de morte.³²¹

Diante desses fatos, Zolotoukhine foi condenado, na seara administrativa, pela prática de “atos perturbadores menores” (art. 158 do Código de Infrações Administrativas da Rússia). Posteriormente, foi imputada ao mesmo demandante, em um procedimento penal, dentre outras infrações, o cometimento de “atos perturbadores” tipificados no art. 213 do Código Penal da Rússia.

No tocante à alegação de violação do elemento *bis*, afirmou a Corte que o princípio do *ne bis in idem* contempla não somente a proteção contra uma segunda condenação, mas também contra mais de um processo. Aliás, como já assinalado, tal princípio contém três garantias distintas, a saber: ninguém pode ser condenado nem processado duas vezes pelos mesmos fatos, tampouco suscetível de sê-lo.

Observou também a Corte que, pela aplicação do princípio do *ne bis in idem*, proíbe-se a repetição de procedimentos penais definitivamente julgados, ou seja, irrevogáveis, no sentido de não serem mais suscetíveis de impugnação por meio de recursos ordinários. E, *in casu*, além de não haver dúvida de que a decisão prolatada no processo administrativo ao qual respondeu o demandante já havia adquirido força de definitividade, enfatizou o Tribunal que tal procedimento equiparava-se ao de natureza penal, nos termos do conceito autônomo já estabelecido para essa matéria, tanto pela objetividade jurídica perseguida, qual seja, a garantia da proteção da dignidade humana e da ordem pública – interesses comumente

cumprimento de normas de segurança viária. Quanto ao caso Ponsetti e Chesnel v. France, o Tribunal de Estrasburgo entendeu que as infrações tributárias administrativas e penais, pelas quais foram os demandantes processados e condenados, sem embargo de procederem do mesmo substrato fático, apresentavam diferenças em seus elementos constitutivos, uma vez que para a configuração do crime tributário exigia-se a deliberada utilização de meios fraudulentos (dolo), o que não se fazia necessário para a prática da infração administrativa. Essa mesma orientação foi seguida para a não admissão do caso Isaksen v. Noruega (2003). 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.

³²¹ Idem.

incluídos na esfera de proteção das normas penais – como principalmente pela gravidade da penalidade aplicada.

Do mesmo, quanto ao termo *idem*, concluiu o Tribunal de Estrasburgo, no julgamento do caso Sergey Zolotoukhine v. Rússia, pela vulneração do princípio 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 do crime do art. 213 do Código Penal russo, 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 (art. 213, § 2, “b”, do Código Penal russo) englobava, em sua totalidade, os fatos relacionados à infração tipificada no Código de Infrações Administrativas (art. 158), tanto que essa última infração – “atos perturbadores menores” – não continha nenhum elemento que não estivesse inserido no crime de “atos perturbadores”. Além do mais, observou a Corte que a alegada diferença do grau de gravidade dessas infrações não tem o condão de descaracterizar tal afirmação.

Importante se faz, ainda, relacionar outras decisões importantes a respeito da magnitude conferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao princípio do *ne bis in idem*. Ao decidir o caso Ruotsalainen v. Finlândia (2009), reconheceu-se que o demandante foi sancionado duas vezes pelos mesmos fatos – *bis in idem* –, por ter sido duplamente submetido a um procedimento penal e a um procedimento administrativo pelo mesmo conjunto de circunstâncias fáticas concretas, inseparavelmente unidas no tempo e no espaço, sendo irrelevante que se exija intencionalidade (*dolo*) em uma dessas infrações.³²²

Como tantas vezes decidido pela Corte, mesmo fazendo parte formalmente do regime fiscal administrativo da Finlândia, a multa tributária decorrente de procedimento administrativo, *in casu*, tem conotação de natureza penal, pois, além de ser regulada em uma norma dirigida a todos os cidadãos, é incontestável a finalidade de “prevenção da conduta infratora, circunstância reconhecida como característica das sanções penais”. Além disso, o valor atribuído à penalidade administrativa imposta ao demandante, por ter ultrapassado o

³²² Consta desses autos que o demandante Ruotsalainen foi parado pela polícia durante uma *blitz* rodoviária, ocasião em que se descobriu a existência, no interior do tanque de seu automóvel, de “combustível tributado mais levemente do que [...] o óleo diesel”. Por esses fatos, o demandante foi condenado definitivamente pela prática de crime tributário tipificado no art. 3º, do Capítulo 29, do Código Penal finlandês. Por outro lado, com base nessas mesmas informações, foi o demandante sancionado administrativamente por ter conduzido seu veículo, durante o exercício fiscal de 2001, com combustível tributado com alíquota menor do que o óleo diesel, sem que tenha havido notificação ao órgão competente para as providências e pagamentos devidos. EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 16 de junho de 2009. Processo Ruotsalainen v. Finlândia (autos n. 13079/03). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

triplo do tributo que seria devido, reforça, mais ainda, a natureza não apenas compensatória, senão preventiva e repressiva dessa sanção.

No caso *Maresti v. Croácia* (2009), a Corte também constatou a violação do princípio do *ne bis in idem*, por ter sido o demandante condenado, inicialmente, por contravenção contra a paz e a ordem pública e, posteriormente, pelo crime de lesão corporal por fatos praticados em um mesmo contexto espacial e temporal.³²³

Mesmo reconhecendo-se que na contravenção contra a paz e a ordem pública, diferentemente do que ocorre com o crime de lesão corporal, não se exige, para a sua configuração, a ocorrência efetiva de danos (ferimentos), sendo uma infração de perigo, o Tribunal de Estrasburgo declarou expressamente que ambas as condenações tiveram como substrato essencialmente “o mesmo evento e os mesmos atos”. Também nesse julgamento, afirmou a Corte que a eventual dedução, na segunda condenação, da penalidade imposta no primeiro processo não altera a circunstância de ter sido o demandante julgado duas vezes pelos mesmos fatos.³²⁴

Diferentemente não se deu no julgamento do caso *Tomasovic v. Croácia* (2011). Nesse, reconheceu o Tribunal de Estrasburgo a violação do princípio do *ne bis in idem* por tratar-se de duplicidade de procedimentos e de condenações fundadas no mesmo contexto fático e espacial. Foram consideradas irrelevantes as arguições de que a primeira infração à qual foi a demandante condenada (por ter “trazido consigo” 0,21 gramas de heroína), diversamente do crime de posse de pequenas quantidades de entorpecentes, não teria como objetivo a punição de seus agentes, “mas a proteção de sua saúde, desencorajando-os da posse e do uso de substâncias ilegais”. Igualmente não se aceitou a alegação de que havia sido deduzida, da segunda condenação, o montante da pena de multa imposta no primeiro processo.³²⁵

E, por fim, no julgamento do processo *Asadbeyli e outros v. Azerbaijão* (2012),³²⁶ a Corte de Estrasburgo reconheceu a ocorrência de violação do princípio do *ne bis in idem*, uma vez que o demandado E. Mammadov foi sancionado pela prática de infração administrativa

³²³ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 25 de junho de 2009. Processo de *Maresti v. Croácia* (autos n. 55759/07). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

³²⁴ *Idem*.

³²⁵ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 18 de outubro de 2011. Processo de *Tomasovic v. Croácia* (autos n. 53785/09). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

³²⁶ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 11 de dezembro de 2012. Processo de *Asadbeyli e outros v. Azerbaijão* (autos n. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 e 16519/06). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

consistente na desobediência à ordem legal de autoridade policial, e depois condenado, no juízo criminal, por promover desordem pública e por usar de violência contra autoridades públicas. Nessa situação foi decidido que a primeira sanção era, substancialmente, de natureza criminal, em razão da incidência dos critérios estabelecidos desde a resolução do caso Engel, reafirmados, dentre outros, no julgamento do caso Sergey Zolotoukhine v. Rússia. Ainda entendeu a Corte que o demandado foi processado e julgado essencialmente pelos mesmos fatos, mormente pela estreita conexão entre eles.³²⁷

³²⁷ Também recentemente, no caso Margus v. Croácia, a Corte de Estrasburgo, por sua 1ª Seção, não reconheceu a alegação de violação do princípio do *ne bis in idem*, por entender que, de maneira indevida, havia sido concedida anistia aos crimes imputados no primeiro procedimento. De qualquer forma, em face da irrisignação do demandado, esse caso foi submetido, em 13 de março de 2013, para apreciação pelo Pleno. EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 13 de novembro de 2012. Processo de Margus v. Croácia (autos n. 4455/10). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

3 INTERFACES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1 Potestade sancionadora da administração: do poder de polícia ao direito administrativo sancionador

A função punitiva da Administração Pública, consistente em uma de suas genuínas atribuições, não é algo novo, registrando-se sua constante aplicação na história do Estado brasileiro, desde a formação inicial deste. Assim é que, tanto na época colonial como na imperial, bem como após a proclamação da República, mesmo com a ascensão do princípio da divisão de poderes, nunca foi exclusividade dos juízes e dos tribunais brasileiros a aplicação de sanções.

Na história do ordenamento jurídico brasileiro, a atividade sancionadora da Administração sempre foi admitida sem maiores questionamentos, havendo indicações a respeito dela já nas Ordenações Filipinas, no ano de 1602 (item 28 do Título LXII),³²⁸ na Constituição imperial de 1824 – ao tratar das “posturas policiais” – e em todas as constituições republicanas. Entendia-se que o fundamento dessa atividade punitiva seria proveniente da própria *ratio* administrativa, plasmada na persecução do interesse público por meio do exercício do chamado poder de polícia.³²⁹

Enunciado, então, como a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem pública por meios coercitivos, o poder de polícia representava um instrumento de cumprimento ou de satisfação dos interesses gerais da coletividade.³³⁰

³²⁸ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do poder administrativo sancionador: o exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 17 set. 2010.

³²⁹ Altamente imbricado à ideia de arbitrariedade, o termo “polícia” identificava-se, em sua origem, com o poder absolutista que detinham os monarcas. “O príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus politiae* que designava tudo que era necessário à boa ordem da sociedade civil sob autoridade do Estado em contraposição à boa ordem moral e religiosa, de competência exclusiva da autoridade eclesiástica”. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil: poder de polícia*. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. p. 21-22.

³³⁰ Nesses termos, José Cretella Júnior conceitua o poder de polícia como “todo o sistema de proteção [com contornos indeterminados] que funciona, em nossos dias, nos Estados de direito. Devendo satisfazer a tríplice objetivo, qual seja o de assegurar a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas, é a competência para impor medidas que visem tal *desideratum*. É a faculdade discricionária da Administração de limitar as liberdades individuais em prol do interesse coletivo”. Idem. p. 54.

Daí a ideia a proclamação de ser a supremacia geral do interesse público frente aos administrados o fundamento da atividade sancionadora da Administração,³³¹ pela simples razão de a ela caber a “tutela dos interesses públicos que o sistema define”³³² ou para firmar “a prevalência dele [interesse da coletividade] sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.³³³

Esse arquétipo punitivo administrativo, tradicionalmente identificado como recorte do poder de polícia, pode ser denominado como a primeira fase da potestade punitiva da Administração Pública.

Por outro lado, apesar de ser um fenômeno relacionado mais diretamente ao ordenamento jurídico da Alemanha, há quem considere a construção doutrinária do direito penal administrativo, sistematizada por Goldschmidt na primeira metade do século XX, como a segunda fase de evolução da potestade sancionadora administrativa.³³⁴

De qualquer forma esse ensaio teórico não exerceu influência significativa no exercício da função sancionadora da Administração Pública brasileira, que continuava aplicando as sanções repressivas aos particulares com fundamento na tradicional concepção do poder de polícia, baseado na manutenção da ordem pública.³³⁵

A terceira fase de evolução da potestade sancionadora administrativa relaciona-se ao surgimento do direito administrativo sancionador, especialmente a partir da década de 60 do século passado, cabendo às cortes constitucionais europeias a formulação de suas linhas fundamentais, por meio de uma gradativa aproximação aos princípios do direito penal.³³⁶

No tocante a essa denominação – direito administrativo sancionador –, há de ser esclarecido que, apesar de ser uma construção relativamente recente, não se reporta a algo

³³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre o poder de polícia. *Revista de direito público*, n. 9, 1969. p. 62.

³³² BEZNOS, Clovis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 75-76.

³³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

³³⁴ Acerca desse assunto, conferir o item 3.3 deste capítulo.

³³⁵ Aliás, historicamente, no Brasil, foram – e ainda são – poucas as discussões sistematizadas a respeito da legitimidade da repressão sancionadora de determinados delitos pela Administração.

³³⁶ “No início do século XX, intensifica-se um movimento, sobretudo na Itália, mas também na Alemanha, e na Europa se alastra no decorrer das décadas e se multiplica de maneira extremamente veloz no pós-guerra, especialmente na década de 60 em diante, como o fenômeno que ganhou a designação técnica de Direito Administrativo Sancionador”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sistema administrativo sancionador e direitos fundamentais. Algumas considerações sistemáticas*. Exposição resumidamente apresentada no Seminário II Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional, organizado pelo IIEDE e realizado em São Paulo, nos dias 04 e 05 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

novo, e sim à atividade punitiva da Administração Pública, que constitui uma de suas genuínas atribuições, inerente à formação do próprio Estado.

Sobre o nascimento dessa nova vertente evolutiva da função punitiva da Administração, Alejandro Nieto indica como marco histórico da viragem paradigmática do direito administrativo da “ordem” para o direito administrativo sancionador a lei de contraordenações alemã de 1968, que despenalizou diversas condutas, transferindo-as para a seara da potestade administrativa.³³⁷

Outro fator que muito contribuiu para o surgimento dessa nova concepção da função punitiva da Administração foram os aportes advindos da doutrina do direito penal administrativo, no qual já havia sido seriamente questionada a ideologia despótica do *ius politiae*, propiciando campo fértil para o desenvolvimento do direito administrativo sancionador.³³⁸

Ademais, com as mudanças decorrentes dos pós-guerras do século XX e a retomada dos valores fundamentais dos homens, consagrando-se a necessidade de sua proteção, deixaria de ser razoável o exercício da potestade punitiva da Administração fundada em concepções autoritárias.

Daí a necessidade de uma fórmula punitiva administrativa altamente compromissada com a prevalência dos direitos e garantias fundamentais, consubstanciada na teoria da disciplina denominada direito administrativo sancionador, a qual, como sua própria nomenclatura indica, é um ramo do direito administrativo, sem embargo da intensa influência dessa matéria pela dogmática do direito penal.³³⁹

Quanto à realidade brasileira, continua sendo notória – e, cada vez mais, corriqueira – a aplicação de sanções administrativas, pois basta observar o cotidiano da Administração, em todos os níveis, para se vislumbrar a imposição das mais variadas sanções nos campos que comportam as funções de fiscalização e de repressão do Estado.³⁴⁰ No entanto, o uso recorrente desse “direito administrativo sancionador” já não pode mais ser concebido com fundamento na tradicional concepção de manutenção da ordem pública, e sim vinculado ao

³³⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 173-177.

³³⁸ Idem. p. 176.

³³⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 177.

³⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39.

princípio da legalidade, inclusive com seus aspectos materiais.³⁴¹ É que, da leitura do texto constitucional brasileiro, não se olvida que as abruptas transformações, também experimentadas pelo Estado brasileiro nas últimas décadas, especialmente após a redemocratização do país, aliadas a uma vasta quantidade de normas constitucionais direcionadas à Administração Pública, além da densidade normativa atribuída aos princípios, foram determinantes para a constitucionalização não apenas do direito administrativo, mas também de todo o ordenamento jurídico.

É de frisar-se que, a partir do modelo constitucional de Estado Democrático de Direito fundado na dignidade humana e na preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre a Administração e os administrados, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.³⁴²

Nesse contexto, destacam-se a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado,³⁴³ a vinculação do administrador à Constituição – e não apenas à lei ordinária –, bem como a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, sendo a ascensão dos direitos fundamentais, iniludivelmente, a mudança que mais intensamente concorreu para o triunfo da constitucionalização sobre o direito administrativo.³⁴⁴

Evidenciando, mais ainda, essa profunda viragem paradigmática experimentada pelo direito público, Gustavo Binenbojm recorda que, na construção ou proposição dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, “a tessitura constitucional assume papel condutor determinante” e que todas as feições jurídicas da Administração Pública estão alicerçadas na dimensão material da Constituição, como estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.³⁴⁵

³⁴¹ Nessa linha, adverte Helena Regina Lobo da Costa que o denominado poder de polícia há de ser compreendido, atualmente, como “mera expressão do princípio da legalidade”, haja vista a impossibilidade de imposição de qualquer dever geral de respeito a ordens administrativas sem que esteja consubstanciada no princípio da legalidade, inclusive no que diz respeito a seus aspectos materiais. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

³⁴³ Segundo Gustavo Binenbojm, “a constitucionalização do conceito de interesse público [...] fere de morte a ideia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. Qualquer juízo de prevalência deve ser sempre reconduzido ao sistema constitucional, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa”. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, número 13, março/abril/maio 2008. p. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

³⁴⁴ “A ideia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 04 abr. 2010. Conferir ainda: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Infrações e sanções nos serviços públicos*. Disponível em: <<http://www.febratel.org.br>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

³⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26.

Por isso, há de se entender que resta superado *in totum* o argumento recorrente utilizado pela Administração Pública no exercício da função sancionadora, qual seja, da suposta prevalência do interesse público em face dos direitos individuais³⁴⁶, não apenas pela constitucionalização das relações administrativas e pela primazia dos direitos fundamentais, mas também pela complexidade das relações sociais, que não mais comportam essa dualidade cartesiana.³⁴⁷

3.2 Potestade sancionadora da administração como uma das manifestações do *ius puniendi* do Estado

Como visto, já não mais há de se aceitar o exercício do poder sancionador da Administração baseado em um poder vinculado à alegada superioridade do interesse público ou em um poder de polícia nos moldes oitocentistas, relacionado ao *ius politiae*.

Mas, por outro lado, é inegável que, cada vez mais, tem se percebido a intervenção e/ou regulação do Poder Público na manutenção não apenas da ordem pública e social, mas também de uma denominada ordem global difusa.

E de onde adviria esse poder sancionador tão intensamente exercido pela Administração?

Evidentemente, na moldura constitucional dos Estados contemporâneos, não há como projetar o poder sancionador da Administração como um poder autônomo, originário ou próprio³⁴⁸ ou como um poder que simplesmente imponha obediência aos cidadãos com o fim de ser mantida a boa ordem administrativa. Semelhante ponto de vista implicaria, sem dúvida, uma perigosa ausência de limites das funções repressivas do Estado, que operaria sem a

³⁴⁶ “A suposta objetividade (e pretendida positividade) com a qual se insistia em divorciar o Direito Administrativo dos demais ramos do Direito Público, na realidade ‘mascarava uma superioridade formal da Administração sobre o cidadão’, tudo não passando de um persistente mito histórico, construído sobre uma imaginada superioridade *rousseauiana a priori* dos ‘interesses gerais’ geridos pela Administração”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sistema administrativo sancionador e direitos fundamentais*: algumas considerações sistemáticas. Exposição resumidamente apresentada no Seminário II Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional, organizado pelo IIEDE e realizado em São Paulo, nos dias 04 e 05 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

³⁴⁷ Como diz Alejandro Nieto, o exercício da potestade administrativa deve ser realizado por meios técnico-jurídicos aptos a potencializar as garantias dos particulares. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 177.

³⁴⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. Madrid: Ramón Areces, 2005. p. 107.

necessidade de submeter-se a qualquer critério racional na restrição das liberdades dos cidadãos.³⁴⁹

Em não sendo esse poder autônomo, há de se compreender a potestade sancionadora da Administração como uma das manifestações ou irradiações do *ius puniendi* do Estado, derivada da sua soberania e representada pela “relação jurídica que o delito [infração] cria entre o Estado e o infrator”.³⁵⁰ E nesse paradigma somente o Estado pode exercitá-la (limite subjetivo), com obediência às regras constitucionais e legais (limite objetivo), não o realizando diretamente, mas sempre por meio de um devido processo legal (limite funcional).³⁵¹

Realmente, o *ius puniendi* do Estado – que é uno – tem como emanções o poder sancionador da Administração e o poder sancionador dos juízes e tribunais, consistindo ambos em manifestações de uma mesma singularidade, qual seja, o ordenamento punitivo do Estado.³⁵² Por isso percucientes são as palavras de Zugaldía Espinar, ao explicar que, no exercício de seu poder controlador/sancionador, o Estado dispõe do direito penal e, por meio

³⁴⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador: parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 90.

³⁵⁰ ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 52.

³⁵¹ Evidentemente, na concepção originária da doutrina da separação das funções ou dos poderes do Estado, quais sejam, o de legislar, o de aplicar as leis e o de julgar, não competiria à Administração a função de impor sanções. No entanto, hodiernamente, legitimados pelo próprio texto constitucional, como bem ilustra Celso Bastos, “os órgãos estatais não exercem simplesmente funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções (legislativa, judiciária e executiva) em sentido material”. BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 345.

³⁵² Seguindo a mesma orientação é o pensamento de Carbonell Mateu, ao asseverar que não se pode entender que o poder sancionador da Administração é originário, decorrendo, evidentemente, do *ius puniendi* público, que corresponde a uma das funções do Estado decorrentes do pacto social derivado da Constituição. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 85 e 100. Ver também: POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador. *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* 7, año 1989. p. 55 e seguintes. E, apesar de tecer algumas críticas sobre o assunto, segundo Alejandro Nieto, esse é o entendimento que tem prevalecido na Espanha, tanto na doutrina como na jurisprudência do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 85. Em sentido análogo, defendo a semelhança ou avizinhamento dos sistemas punitivos penal e administrativo; para Palazzo, mesmo “diversos e distintos”, tais sistemas “aproximam-se em uma unidade substancial”. PALAZZO, Francesco. I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio). *L'illecito penal amministrativo. Verifica di un sistema (profili penalistici e processuali)*. Atti del convegno di Modena. Padova: Cedam, 1987, p. 35. Reconhece-se, contudo, que esse entendimento encontra oposição mesmo dentre aqueles que defendem a inexistência de critérios distintivos de natureza ontológica entre os ilícitos penal e administrativo. Nessa linha, cita-se o pensamento de Helena Regina Lobo da Costa, que sustenta não acreditar na tese de que haveria um só *ius puniendi*, do qual o direito penal e o direito administrativo seriam desdobramentos, até porque, dentre outros argumentos, “a própria expressão *ius puniendi* possui um cariz autoritário, induzindo à crença de que o Estado possui um ‘direito subjetivo de punir’”. Além disso, ainda segundo essa autora, “a consequência de aplicação das garantias do direito penal à esfera administrativa não decorre, logicamente, dessa tese [...]”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208-209. Para mais detalhes dessas perspectivas, vide: NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 85 e seguintes.

do Poder Judiciário, pode aplicar penas e medidas de segurança. Além disso, pode aplicar, por meio da Administração Pública, de forma residual, outros “instrumentos de controle-sanção que pertencem ao âmbito do direito administrativo: a sanção administrativa”.³⁵³

No mesmo alinhamento, León Villalba afirma que o fundamento da potestade sancionadora da Administração não é autônomo, independente ou um fim em si mesmo, consistindo em um instrumento derivado do *ius puniendi* genérico do Estado para a repressão das condutas que infringem a ordem social assinalada constitucionalmente.³⁵⁴

Como forma de reforçar a assertiva de que o direito penal e o direito administrativo sancionador são extensões de um mesmo – e único – poder imanente ao Estado, faz-se pertinente mencionar que, na formação primitiva do direito, não havia qualquer distinção no domínio das regulações jurídicas até então exercidas. E essa situação perdurou até o século XVIII, época em que ocorreu tanto o processo de autonomização do direito penal como o do direito administrativo. Estes foram construídos em oposição ao direito civil, como decorrência, em grande parte, da criação do Estado de Direito e da transformação do direito natural em direito positivo,³⁵⁵ como também da fragmentação do pensamento científico, tão característico do método cartesiano que revolucionou essa época.

A propósito do assunto, interessante é a observação de Álvaro Pires, no sentido de que os juristas costumam estabelecer uma “diferença assimétrica” entre o direito civil e o direito penal, a qual insistem em manter “a qualquer preço”, ainda que com a “intervenção de ficções”,³⁵⁶ olvidando-se de que tal distinção deve ser considerada, não em uma perspectiva natural, ontológica, mas como uma construção social, iniciada no século XVIII e consolidada no século XIX.³⁵⁷

Ainda na esteira desses ensinamentos, realça-se que, somente a partir de Beccaria (1764), adotou-se esse discurso de suposta – e “nítida” – diferenciação entre o sistema

³⁵³ ZULGADÍA ESPINAR, José M. *et al. Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 178. Igualmente, enfatiza Lesmes Serrano que a potestade sancionadora da Administração, ao lado da potestade penal do Poder Judiciário, advém de uma unidade superior: o *ius puniendi* do Estado. LESMES SERRANO, Carlos *et al. Derecho penal administrativo: ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente*. Granada: Comares, 1997. p. 01.

³⁵⁴ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 177.

³⁵⁵ PIRES, Álvaro P. La “línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. *RBCCRim*, Ano 12, n. 46, jan.-fev. 2004. p. 42.

³⁵⁶ *Idem*. p. 14-25.

³⁵⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I. p. 18.

criminal e o sistema civil. E, por mais “artificial” que essa postura se apresente, constitui, até hoje, o pensamento prevalente na cultura jurídica, pois se disseminou a perspectiva de não apenas “representar esses dois sistemas como ‘naturalmente’ diferentes, mas, mais fundamentalmente ainda, a lutar para conservá-los os mais distintos possíveis um do outro”.³⁵⁸

De fato, a fragmentação entre o direito penal, de um lado, e os direitos civil e administrativo, de outro, acabou por influenciar a construção da formação de conceber o sistema penal, o qual Álvaro Pires nominou de “racionalidade penal moderna”,³⁵⁹ como se representasse um processo estático e excludente a atribuição da tarefa de buscar e aplicar a punição mais adequada aos culpados – atribuída aos criminalistas – e a missão de assegurar a reparação do dano – conferida aos civilistas.³⁶⁰

Como indicam Marta Rodriguez de Assis Machado e Flavia Portella Püsche, “esse processo de autonomização do direito penal originou a separação dos conjuntos conceituais dano/vítima/reparação, de um lado, e desobediência/inimigo do rei/punição, de outro”,³⁶¹ havendo a noção de crime se vinculado ao segundo grupo. Isso talvez explique a hercúlea tarefa, ainda hoje reinante, de estabelecerem-se divisões rígidas entre o direito penal e o direito civil. É que “o esforço de naturalização do crime e do criminoso acompanhou o nascimento do saber penal e da criminologia” e, mesmo sendo típicos do século XVIII, continua-se, nos tempos presentes, a pensar e a agir como se, de fato, houvesse tais diferenças naturais a distinguir, por exemplo, os âmbitos do ilícito civil e do ilícito penal, da sanção civil e da sanção penal, da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, entre outros.³⁶² E essa separação, por surgir normalmente como um pressuposto, sendo raramente tematizada ou questionada, também pode ser uma das causas da “resistência em se considerar a indenização ou qualquer forma de solução negociada do conflito solução suficiente em direito penal”.³⁶³

³⁵⁸ PIRES, Álvaro P. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias*. Porto Alegre, Ano 1, n. 1, jan./jun. 1999. p. 67.

³⁵⁹ PIRES, Álvaro P. La “línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. *RBCCRim*, Ano 12, n. 46, jan.-fev. 2004.

³⁶⁰ MACHADO, Maíra Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I. p. 116.

³⁶¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I. p. 18.

³⁶² Idem. p. 35.

³⁶³ MACHADO, Maíra Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I. p. 116.

Com o fim de demonstrar a confusão reinante entre o direito privado e o direito penal até o século XVIII, outra reflexão interessante é a de Davi Tangerino, ao destacar que a noção germinal de delito, no direito germânico primitivo, traduzia-se na realização de um dano, de um resultado lesivo, representando, fundamentalmente, uma “relação interpartes e não a quebra da paz com a comunidade como um todo”.³⁶⁴

Também é desse autor a observação de que, no período pré-iluminista, Hobbes apenas distinguia as leis civis das leis eclesiásticas,³⁶⁵ consistindo a lei penal em “uma espécie de direito de acompanhamento”, uma vez que cada proibição do direito se fazia acompanhar de uma sanção, ou seja, de uma lei penal.³⁶⁶ Assim é que, para Hobbes, a lei civil continha, além de uma parte distributiva, outra de natureza penal.³⁶⁷ E Rosseau, em sua obra *Do contrato social*, ao discorrer sobre a divisão das leis, entendeu que as leis penais “no fundo, são menos uma espécie particular de leis do que a sanção de todas as outras”.³⁶⁸

Quanto ao direito administrativo como sistema de pensamento diferenciado dos demais ramos do direito, ou seja, informado por proposições próprias, derogatórias e exorbitantes do direito comum,³⁶⁹, a orientação que prevalece, conforme já mencionado acima, é a que indica seu surgimento no século XVIII e da mesma forma que se deu com o direito penal: como fruto das grandes revoluções burguesas desse momento,³⁷⁰ sendo usualmente citada a Revolução Francesa de 1789 como marco inicial do seu nascimento.³⁷¹

³⁶⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 18.

³⁶⁵ Como afirma Hobbes, “a antiga lei de Roma denominava-se lei civil, originando-se da palavra latina *civitas*, que significa Estado”. Ainda para ele, a lei civil recebe essa denominação em razão do nome da pessoa que a ordena, ou seja, a *persona civitatis*, a pessoa do Estado, definindo-a da seguinte maneira: “a lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra”. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 188.

³⁶⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 30.

³⁶⁷ Idem. p. 30. Menciona-se, ainda que, para Hobbes, “das leis positivas umas são humanas e outras são divinas; e das leis positivas humanas umas são distributivas e as outras penais. As distributivas são as que determinam os direitos dos súditos, declarando a cada um por meio do que adquire e conserva a propriedade de terras ou bens, e um direito ou liberdade de ação; estas leis são dirigidas a todos os súditos. As penais são as que declaram qual a penalidade que deve ser infligida àqueles que violam a lei”. Também para Hobbes, “a punição é [...] uma consequência da violação da lei”. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 201 e 207.

³⁶⁸ ROSSEAU, J. J. *Do contrato social: princípios de direito político*. 3. ed. revista da tradução e comentários de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 100.

³⁶⁹ SANTOS NETO, João Antunes. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 117.

³⁷⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “a formação do direito administrativo teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da

Ainda sobre esse processo de autonomização, registra-se que, sem embargo da consolidação do direito administrativo, como ramo autônomo, ser uma construção do século XVIII, não há dúvida da existência anterior de normas encarregadas do exercício de funções administrativas. Como observado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o que se verificava é que “tais normas se enquadravam no *ius civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito”.³⁷²

No mesmo sentido, sustenta J. Antunes de Santos Neto que, até a consolidação desse processo de autonomização do direito administrativo no século XVIII, nas questões envolvendo o Estado, aplicavam-se as regras do direito civil, que era o “direito comum” para dirimir todas as relações jurídicas existentes, até mesmo nas raras vezes em que se admitia a presença estatal nas relações jurídicas.³⁷³

Em síntese, todos esses argumentos foram para corroborar a posição aqui defendida, no sentido da unicidade do *ius puniendi* do Estado, concebendo-se a divisão das funções estatais apenas no sentido orgânico, quando da aplicação de sanções administrativas pelos

separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado”. Ainda para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “pode-se afirmar que o direito administrativo teve origem na França, em decorrência da criação da jurisdição administrativa (o sistema do contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum. Foi pela elaboração pretoriana dos órgãos de jurisdição administrativa, em especial de seu órgão de cúpula, o Conselho de Estado, que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do direito administrativo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 21 maio 2012. Todavia, mesmo reconhecendo-se a prevalência da corrente de pensamento descrita acima, não se pode deixar de transcrever a perspicaz observação de Gustavo Binenbojm, quando afirma que “a associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações”. É que a conhecida origem pretoriana do direito administrativo, pela inquestionável contribuição do Conselho de Estado francês, derogatória do direito comum, traz em si a seguinte contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública, não como fruto da vontade geral, expressa pelo Poder Legislativo, mas “como decisão autovinculativa do próprio Executivo”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

³⁷¹ Como “certidão de nascimento” do direito administrativo, costuma-se também indicar uma lei francesa editada em 1800 – “*Loi de 28 de pluviôse do Ano VIII* –, a qual organizou e limitou externamente a Administração Pública. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10. Ver também MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 32-33.

³⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 21 maio 2012. Há também de ser recordado que, sobre o exercício do *ius puniendi* pela Administração, até a formação do Estado de Direito, os assuntos de “justiça” e “polícia” concentravam-se em uma só mão, sendo percucentes as observações de Marcelo Madureira Prates, ao sustentar que, ao estudar-se a potestade sancionadora administrativa, não é apropriado falar-se em ingresso da Administração no exercício do poder punitivo estatal a partir da transição do Estado Liberal para o Estado Social, mas sim do seu retorno. Isso porque, mesmo que a passagem do Estado Absoluto para o Estado Liberal tenha significado, em muitos casos, “a progressiva abolição do então habitual poder sancionador detido pela Administração, mediante a introdução da rígida divisão de poderes e a consequente ‘jurisdicionalização’ da repressão estatal”, o aumento das funções estatais notadas, principalmente, depois da segunda metade do século XX, veio operar exatamente em sentido oposto. PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 26.

³⁷³ SANTOS NETO, João Antunes. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 117-118.

mais diversos órgãos da Administração Pública e de sanções penais e não penais pelos juízes e tribunais.

Ademais, como bem destacado por Delmas-Marty e Teitgen-Colly, nunca foi monopólio dos juízes o exercício do *ius puniendi*, da mesma forma que o direito penal nunca encerrou a integralidade das sanções com caráter punitivo,³⁷⁴ como se verá adiante.

3.3 Inter-relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo

A despeito de consistir em uma discussão clássica entre os juristas, ainda se mostra absolutamente atual a necessidade de reflexão sobre as fronteiras entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, com o fim de serem identificadas as diferenças ou semelhanças entre as ilicitudes relacionadas a tais espaços, mormente por ter a realidade demonstrado o imbricado inter-relacionamento entre essas irradiações do *ius puniendi* do Estado.

Conforme já referido, a inquietude quanto à definição do conceito material do ilícito surge, historicamente, com o Iluminismo, época em que se deu o processo de autonomização do direito penal. Além disso, antes desse período, em face da predominância religiosa no pensamento jurídico, “o delito era concebido unanimemente como violação contra a ordem estabelecida por Deus”.³⁷⁵

Especificamente acerca da existência, ou não, de traços distintivos essenciais entre as ilicitudes penal e administrativa, a discussão remonta ao final do século XIX, havendo se consolidado na doutrina duas grandes correntes de pensamento – as teorias da distinção ontológica e as teorias identificadoras ou da indistinção ontológica, com suas respectivas vertentes –, assim como a teoria da integração normativa, todas adiante comentadas.

3.3.1 Teorias da dualidade ontológica

³⁷⁴ DELMAS-MARTY Mireille e TEITGEN-COLLY, Catherine. *Punir sans juger? Répression administrative au droit administratif penal*. Paris: Economica, 1992. p. 07.

³⁷⁵ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 42.

A doutrina jurídico-penal tentou, em diversas ocasiões, distinguir, qualitativamente, o ilícito penal do ilícito administrativo, sendo que as construções doutrinárias mais mencionadas, por sua sistematização e repercussão, foram as de Feuerbach, ainda no século XIX, e a de Goldschmidt, no início do século XX.³⁷⁶

Feuerbach diferenciava o “crime propriamente dito” do “delito de polícia”, uma vez que consistiria o primeiro em todas as condutas contrárias ao direito natural, que atingiriam o indivíduo, fim último do Estado. Já o “delito de polícia” consistiria nas ações que, em si, não são contrárias ao direito, tampouco imorais, justificando-se sua repressão apenas em razão da persecução mediata dos fins do Estado pelas “leis de polícia”.³⁷⁷

Assim, para Feuerbach, o crime lesionaria os direitos originários do Estado, enquanto as “infrações de polícia”, que já “não são originariamente e por si mesmas antijurídicas”, lesionariam tão somente o “direito do Estado a exigir obediência a uma lei determinada de polícia” por puras considerações utilitárias.³⁷⁸ Era seguindo essa orientação que o Código Penal da Baviera, de 1813, sancionava apenas as condutas que violassem o exercício da liberdade individual numa ótica “kantiana”. As ofensas que não transgredissem essa liberdade eram definidas como infrações administrativas – “de polícia” –, regidas por leis especiais.³⁷⁹

Por sua vez, para Goldschmidt, os ilícitos penais seriam delitos “naturais”, “previamente dados” ou “metapositivos”, enquanto os delitos administrativos seriam “delitos artificiais”, apenas formalmente ilícitos ou criados tão somente pela vontade do Estado.³⁸⁰ Dessa forma, o ilícito administrativo não seria uma ação contrária ao direito, não representando lesão ou perigo de lesão de um interesse juridicamente tutelado, mas apenas uma ação contrária a interesses da administração, declarados administrativamente, ou a não ocorrência de um resultado favorável, consubstanciado na expressão *lucrum cessans*.³⁸¹

³⁷⁶ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1978. p. 33.

³⁷⁷ FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 56.

³⁷⁸ MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Tradução de Rodriguez Devesa. Madrid: Edersa, 1979. p. 44.

³⁷⁹ VERVAELE, John A. E. *Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero*. p. 04. (Originais consultados com a permissão do autor).

³⁸⁰ CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 1, n. 2, abr-jun, 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 28.

³⁸¹ GOLDSCHMIDT, J. Le contravenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo. In: LUCCHINI, Luigi [coord.]. *Per il cinquantenario della Rivista Penale*. Città di Castello: Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, 1925. p. 414.

Assim é que, na opinião de Goldschmidt, o ilícito administrativo, não obstante ofender a normalidade da vida cotidiana, não perturbaria a “moralidade média de um povo num dado momento”, mas somente “preceitos de direito público”.³⁸² E negar a diferença qualitativa entre as ilicitudes penal e administrativa representaria “uma tentativa de libertar o direito penal de seu fundamento ético”.³⁸³

Como pontua Fabio Roberto D’Avila, na formulação teórica de Goldschmidt, a ausência do *damnus emergens* e a presença apenas do *lucrum cessans* representariam as notas características distintivas do ilícito administrativo,

De um ilícito desprovido de ofensa a um bem jurídico, porém erigido segundo a ideia da promoção de interesses públicos, logo de um ilícito que se faz qualitativamente diverso do ilícito penal. Enquanto este alcança legitimidade apenas quando, para além da oposição ao preceito normativo (dimensão formal), tem o seu objeto de proteção violado, na forma de uma ofensa ao bem jurídico, ou seja, um *damnus emergens* (dimensão material), ao ilícito administrativo, desprovido de bem jurídico, bastaria o não-atendimento às exigências normativas de promoção, bastaria um *lucrum cessans*.³⁸⁴

Em breve resumo, para Goldschmidt, o ilícito penal distinguir-se-ia qualitativamente do ilícito administrativo,³⁸⁵ tendo-se em vista que aquele se caracteriza pela ofensividade (*damnus emergens*) a bens jurídicos, enquanto este se volta à promoção do bem-estar da sociedade.³⁸⁶

Há de ser ressaltada também a posição do jurista italiano Carmignani, anterior, inclusive, à de Goldschmidt (1902). Em seu *Juris Criminalis Elementa*, em 1833, Carmignani asseverava que os crimes propriamente ditos representariam lesão à segurança – “direito inerente à natureza do homem ou àquela da sociedade” –, e os “crimes de polícia” representariam lesão apenas à prosperidade pública.³⁸⁷

³⁸² Idem. p. 416.

³⁸³ Idem. p. 417.

³⁸⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85.

³⁸⁵ Conforme registra Eduardo Correia, Goldschmidt e, especialmente, Erik Wolf “procuraram fixar o domínio de um ‘ilícito penal administrativo’ com base num critério teleológico e, justamente arrancando diversidade dos fins do Estado. Para além de uma função legitimante, consistindo na proteção de certos interesses ou bens jurídicos essenciais à vida em sociedade e que o direito penal asseguraria, o Estado tenderia, cada vez mais, a realizar uma finalidade salutista, construindo uma ordenação destinada a promover o Bem-estar social, que caberia à administração atuar ou integrar”. CORREIA, Eduardo. *Direito penal e direito de mera ordenação social. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 07.

³⁸⁶ Nessa linha, “a ilicitude administrativa seria apenas a omissão do dever de auxiliar a administração no sentido de bem público ou estatal”. HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de direito administrativo*. Seleção histórica, 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 16.

³⁸⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86.

Já Mayer, que também distinguia, qualitativamente, o ilícito penal do ilícito administrativo, baseava seu entendimento em sua teoria das “normas de cultura”,³⁸⁸ pré-existentes ao Estado. Além dessas, eram estabelecidas outras, que, ao contrário, consistiriam apenas normas jurídicas, ou seja, criadas única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico.

Assim, enquanto a prática de um ilícito penal violaria, além da norma jurídica, uma norma de cultura, o ilícito administrativo ofenderia apenas uma norma jurídica, sendo seu conteúdo “culturalmente indiferente”.³⁸⁹

Por sua vez, Wolf, partindo dos fundamentos de Goldschmidt, porém em um viés mais valorativo do que ontológico, afirmava que a diferença entre o ilícito penal e o ilícito administrativo pode ser reduzida à finalidade da sanção aplicada. Isso porque a sanção administrativa não apresentava conteúdo de desaprovação ética ou uma *capitis diminutio*; seria culturalmente indiferente ao direito, servindo somente como alerta para os sujeitos “socialmente descuidados”.³⁹⁰

E Schmidt, mesmo admitindo a ausência de fronteiras claras e precisas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, insistia na diferença essencial entre essas ilicitudes. Argumentava que o ilícito penal se caracterizaria por tratar-se de um ataque à ordem moral, consistindo num ato ético-moral reprovável, enquanto o ilícito administrativo representaria somente a prática de ações moralmente neutras.³⁹¹

Na doutrina portuguesa, também são encontradas diversas construções sustentando a diferença qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social (administrativo).

³⁸⁸ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción del alemán por José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. Como aduzido por Mattes, “à toda ordem jurídica estatal precede um complexo prejudicial de normas de cultura, que somente pelo reconhecimento estatal que se realiza na legislação penal se converte em normas jurídicas. O Estado seleciona dentre as normas de cultura pré-existentes aquelas que quer reconhecer e proteger juridicamente [...]. Tais normas de cultura, como os mandatos e proibições para proteger a vida, a saúde, a integridade corporal, o patrimônio [...] existem antes do Estado, como em absoluto antes de toda a sociedade organizada e, com isso, antes de todo o ordenamento jurídico”. MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Tradução de Rodriguez Devesa. Madrid: Edersa, 1979. p. 170.

³⁸⁹ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción del alemán por José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 66.

³⁹⁰ MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Tradução de Rodriguez Devesa. Madrid: Edersa, 1979. p. 209.

³⁹¹ Idem. p. 214-215. Como explica Suay Rincon, para Schmidt, “o conteúdo material do injusto dos delitos judiciais [ilícito penal] é o dano concreto e mensurável a um determinado bem jurídico. Ao contrário, o delito administrativo não ultrapassa o âmbito dos interesses administrativos e não produz nenhum dano concreto”. SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989. p. 95. Ainda sobre a posição adotada por Schmidt, observa Helena Regina Lobo da Costa que, apesar de ter esse autor distinguido os âmbitos de interesse dos ilícitos penais e administrativos, considerou, “todavia, que essa diferenciação [...] se daria com base na avaliação do legislador, sendo, afinal, meramente formal”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.

Para Eduardo Correia, o ilícito administrativo não representa um *minus* relativamente ao ilícito penal, uma vez que não corresponde a imperativos ético-jurídicos; resulta de uma “ampliada concepção de justiça, [...] visando uma melhor produção ou distribuição das riquezas, uma maior promoção ou difusão da cultura ou de outros interesses da sociedade”.³⁹²

Figueiredo Dias, de maneira semelhante, também sustenta a distinção qualitativa entre crime e infração administrativa, aduzindo, todavia, que o desvalor ético-social que os diferencia relaciona-se à “conduta em si mesma”, isto é, considerada em momento anterior à valoração normativa, uma vez que “não se pode reconhecer a existência de um ilícito eticamente diferente”.³⁹³

Manoel da Costa Andrade, mesmo reconhecendo a relativa ausência de êxito das diversas teorias que procuram distinguir qualitativamente o crime da infração administrativa, defende, na inter-relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, a indispensabilidade de uma distinção qualitativa, tanto no plano substantivo como no processual, orientada principalmente por princípios materiais, muitos deles de cunho constitucional, os quais devem nortear a “mediação criadora do legislador”.³⁹⁴ De igual forma, José de Faria Costa assevera que, entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, existe uma diferença qualitativa,³⁹⁵ uma vez que este visa “ordenar ou promover ordenando os comportamentos socialmente necessários ao harmônico desenvolvimento comunitário”, não tendo, por conseguinte, como finalidade a proteção específica de bens jurídicos pessoais ou mesmo “supraindividuais de radical pessoal”, como tem o direito penal.³⁹⁶

³⁹² CORREIA, Eduardo. In: CORREIA, Eduardo; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da; DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA, José de Faria, LOPES ROCHA, Manuel Antonio; MACHADO, Miguek Pedrosa; CAEIRO, Pedro. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Volume I - Problemas gerais. p. 16.

³⁹³ “A conduta em si mesma, independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso [ilícito penal] axiologicamente relevante, no segundo caso [ilícito administrativo] axiologicamente neutra. O que no direito das contra-ordenações é axiologicamente neutro não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: CORREIA, Eduardo; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da; DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA, José de Faria, LOPES ROCHA, Manuel Antonio; MACHADO, Miguek Pedrosa; CAEIRO, Pedro. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Volume I - Problemas gerais. p. 26-27.

³⁹⁴ Manuel da Costa Andrade também não reconhece o critério quantitativo como válido, pois “evidente a impossibilidade de reconduzir todas as contraordenações à categoria de meras bagatelas penais”. ANDRADE, Manuel da Costa. In: CORREIA, Eduardo; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da; DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA, José de Faria, LOPES ROCHA, Manuel Antonio; MACHADO, Miguek Pedrosa; CAEIRO, Pedro. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Volume I - Problemas gerais. p. 104- 105.

³⁹⁵ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 35.

³⁹⁶ Idem. p. 39.

Pela conformidade com a elaboração proposta por José Faria Costa, há de ser registrado o entendimento do jurista brasileiro Fabio Roberto D'Avila, para quem o acento distintivo entre crime e infração administrativa é de natureza qualitativa, fundada em uma “diferente refração normativa da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal”.³⁹⁷

No que se refere ao atual panorama italiano, encontram-se posições minoritárias no sentido da distinção qualitativa entre as ilicitudes penal e administrativa. A respeito disso, Bricola afirma que o ilícito penal se diferenciaria essencialmente do ilícito administrativo, haja vista que competiria à norma penal a exclusiva proteção dos valores constitucionais primários, enquanto à norma administrativa sancionadora caberiam, em regra, os tipos de perigo presumido, os quais deveriam ser considerados “ilícitos formais”.³⁹⁸

Padovani também estabelece uma distinção estrutural entre as ilicitudes penal e administrativa, baseada na diferença entre tutela de bens e de funções. Segundo argumenta, não obstante a possibilidade de serem tutelados bens jurídicos pela norma administrativa sancionadora, o fim primário de tal incriminação seria a solução de conflitos de interesses administrativos ou a tutela de funções, enquanto a norma penal teria por fim imediato ou prevalente a tutela de bens jurídicos.³⁹⁹

Mesmo predominando na Alemanha as teorias da indistinção ontológica, admitindo-se eventuais diferenças apenas de acento quantitativo, cumpre-se assinalar a posição de Winfried Hassemer, que admite a existência de diferença essencial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, fundada não em razão de eventual distinção dos bens jurídicos que buscam tais sistemas proteger, mas sim por força da diversidade da técnica de tutela em relação aos referidos bens.

De acordo com esse entendimento, apenas o direito penal poderia assumir, legitimamente, funções repressivas. Ao contrário, a Administração atuaria em caráter de prevenção técnica, tutelando antecipadamente bens jurídicos, ao reprimir modalidades de condutas não imediatamente endereçadas a lesionar ou pôr em perigo seriamente bens

³⁹⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103.

³⁹⁸ BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato: novissimo digesto italiano*. Volume XIX. Torino: Editrice Torinese, 1973. p. 83.

³⁹⁹ PADOVANI, Tullio. Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo. *Cassazione penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, ano XXVII. Milano: Giuffrè, 1987. p. 675-676.

jurídicos de alto valor, “senão comportamentos tipicamente perigosos, segundo a experiência [comum]”.⁴⁰⁰

Por isso é que propõe Hassemer a adoção de um direito de intervenção especial, com sanções menos intensas, a fim de afastar do direito penal “os problemas que nos tempos atuais foram nele introduzidos”, como, por exemplo, a tutela de bens jurídicos supraindividuais.⁴⁰¹

Por arremate, há de ser mencionado que, na doutrina espanhola, não obstante a prevalência da tese da identidade substancial entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos, Silva Sánchez entende que o direito administrativo sancionador corresponde a um reforço da gestão ordinária da administração, ao cuidar das condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. E seu interesse reside na integralidade ou na globalidade do modelo, por isso ele tipifica infrações sob perspectivas gerais, não sendo necessário que a conduta sancionada apresente relevância ou lesividade para a proteção de um bem jurídico.⁴⁰²

3.3.2 Teorias da unidade ontológica

Para grande parte da doutrina, sob a perspectiva do conteúdo material não há qualquer diferença essencial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, assentando-se as distinções em caráter relativo apenas quanto ao maior ou menor conteúdo de injusto. Os partidários desse viés podem ser integrados na teoria da distinção meramente quantitativa.

Para Cerezo Mir, o conceito de bem jurídico não pode ser reduzido ao âmbito do direito penal, apresentando o ilícito penal e o ilícito administrativo a mesma estrutura lógica e

⁴⁰⁰ Todavia, Ramón García Albero faz uma observação interessante em relação ao posicionamento de Hassemer, aduzindo que “a expansão dos bens jurídicos na experiência jurídica contemporânea, de amplo espectro ou ‘difuso’, os quais correspondem mais a objetivos de organização política, social e econômica, do que a bens jurídicos no sentido tradicional, obscurece a distinção assinalada”. E continua afirmando que o uso da “criminalização antecipada” tem sido utilizado pelo direito penal para a proteção mediata dos bens jurídicos coletivos. GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo. Texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: OLIVARES, Gonzalo Quinteros; PRATS, Fermín Morales. *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 361-362.

⁴⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 207.

⁴⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006. p. 139-140.

um conteúdo material semelhante, com diferenças unicamente quantitativas.⁴⁰³ Destaca, ainda, que os mandatos e as proibições são estabelecidos pelo legislador com o fim de criar um “estado ou situação valiosos ou impedir a produção de um dano”, e não para exigir apenas obediência dos cidadãos, até porque, dentro do ordenamento jurídico, não pode haver normas puramente arbitrárias ou em razão da vontade exclusiva do Estado.

Como exemplo da presença de conteúdo ético-social ou cultural nos ilícitos administrativos, Cerezo Mir elenca as leis administrativas que regulam o trânsito, tendo, como fim último, sem dúvida, a proteção da vida humana, da integridade corporal e da propriedade.⁴⁰⁴

Nessa esteira de pensamento, Muñoz Conde afirma não haver diferença substancial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, havendo distinções apenas conjunturais, baseadas fundamentalmente em critérios quantitativos.⁴⁰⁵

Da mesma forma, para Cobo del Rosal e Vives Antón, é absolutamente insustentável a construção dogmática que distingue qualitativamente o ilícito penal do ilícito administrativo, até porque não se há de aceitar que este, diferentemente do crime, violaria apenas “interesses administrativos próprios”, uma vez que tais valores deverão ser sempre os da coletividade.⁴⁰⁶

Seguindo essa tendência, Zugaldía Espinar assevera que a diferença entre o crime e a infração administrativa não é substancial ou qualitativa – até porque os dois “constituem manifestações de um mesmo poder sancionador do Estado” – senão puramente quantitativas, no sentido de que os ilícitos penais devem ser os mais graves de todo o ordenamento jurídico,⁴⁰⁷ apresentando os ilícitos administrativos gravidade inferior àqueles.⁴⁰⁸

⁴⁰³ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 48.

⁴⁰⁴ Em idêntico sentido, Cerezo Mir cita o pensamento de Welzel, para quem o legislador não estabelece preceitos “para exigir a obediência dos cidadãos, mas para criar um estado ou situação valiosos ou impedir a produção de um dano”, assim como o de H. Mayer, segundo o qual toda a atividade do Estado, até mesmo “quando gira em torno de interesses temporais da Administração, vai dirigida ao fim unitário de criar uma ordem justa e útil”. CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 1, n. 2, abr-jun, 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 28-29.

⁴⁰⁵ Ressalta, contudo, que, em face do caráter de *ultima ratio* que deve ter o direito penal, caberia a este a tarefa de tipificar e punir as infrações mais graves. CONDE, Francisco Muñoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. Valencia: 1993. p. 70.

⁴⁰⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal*: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 50.

⁴⁰⁷ Da mesma forma, para María Calvo Charro, a diferença entre a infração penal e a infração administrativa depende da “potencial gravidade de suas consequências”, observando que o “ilícito penal e [o] ilícito administrativo não se diferenciam ontologicamente por seu conteúdo”. CALVO CHARRO, María. *Sanciones ambientales*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 34 e 97.

⁴⁰⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José M. *et al. Derecho penal*: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 183.

Na doutrina alemã, a partir do amplo processo de despenalização, particularmente após a Reforma de 1968, tem prevalecido a tese da identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, apenas com distinções de acento quantitativo. Em geral, entende-se que há uma relação de gradação (“Stufenverhältnis”) entre a infração penal e a infração administrativa, tanto que o conteúdo do injusto do primeiro absorve o do segundo, na hipótese de ambas as ilicitudes terem como objetividade o mesmo bem ou interesse jurídico.⁴⁰⁹

Por outro lado, apesar de atualmente ser majoritário, na doutrina italiana, o entendimento da essencialidade entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, com diferenças apenas no plano estritamente formal, a título de registro histórico, menciona-se que Ferri, ao elaborar o projeto preliminar do Código Penal italiano, em 1921, fez constar, no seu art. 11, que a diferença entre o ilícito penal e o administrativo seria apenas de “grau” ou em razão da “diversidade das sanções previstas em lei”.⁴¹⁰

Já na doutrina brasileira, destaca-se o pensamento de Nelson Hungria. Para ele a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, em sua essência, é o dever jurídico, razão pela qual não se há de falar em um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal.⁴¹¹

Com fundamento nos ensinamentos de Bentham e Beling, afirma Nelson Hungria que a única diferença que poderia ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; na maior ou menor gravidade de uma em cotejo com a outra, até porque “o ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal”.⁴¹²

Em Portugal, a despeito de ser bastante difundida a corrente que admite distinção qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, há recentes trabalhos acadêmicos desenvolvidos em sentido contrário, como, por exemplo, a tese de doutoramento de Nuno Lumbrales, sustentando a identidade “genética” da natureza dos crimes e das

⁴⁰⁹ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 398.

⁴¹⁰ GOLDSCHMIDT, J. Le contravenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo. In LUCCHINI, Luigi (coord.). *Per il cinquantenario della Rivista Penale*. Città di Castello: Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, 1925. p. 415.

⁴¹¹ “A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo”. HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de direito administrativo*. Seleção histórica, 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 17.

⁴¹² HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de direito administrativo*. Seleção histórica, 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 15.

contraordenações, diferenciados apenas pela intensidade da lesão ao bem jurídico em causa.⁴¹³

Ainda sobre as teorias da unidade ontológica entre crime e infração administrativa, destaca-se o viés negativista ou da indistinção. Não são poucos os que negam qualquer diferença ontológica entre esses domínios, atribuindo somente a razões de política criminal⁴¹⁴ ou a critérios normativos a escolha do legislador entre essas vias repressivas.⁴¹⁵ Há até mesmo aqueles mais radicais, que, na relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, admitem sua absoluta igualdade, com diferenças apenas de natureza meramente formal.

Pela análise do disposto no art. 1.1 da OWiG alemã, há quem entenda que o legislador alemão optou pela completa indiferença ética entre as ilicitudes penal e administrativa, atribuindo apenas acento de natureza formal entre tais matérias.⁴¹⁶ É que, nesse ordenamento jurídico, são considerados infrações administrativas todos aqueles fatos cuja sanção consiste em uma pena pecuniária, independentemente de se tratar de ilícitos “genuinamente” administrativos ou fruto de decisões legislativas de reenvio da matéria para a seara administrativa.

Na Espanha, onde tal matéria ainda hoje continua tendo inúmeros estudos, a orientação de Enrique Bacigalupo é a de que o direito penal e o direito administrativo sancionador fazem parte do sistema jurídico das sanções estatais, competindo à política criminal traçar os critérios indicativos das condutas tipificadas como crimes e como infrações administrativas, respectivamente, cabendo a essa última normatividade as condutas menos graves.⁴¹⁷

Garcia-Pablos de Molina é um dos que também aceitam a plena identidade entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, destacando que não é correto, nem admissível, distingui-los, em razão de suposta contraposição entre “bem jurídico” (ilícito penal) e

⁴¹³ “A infração administrativa consiste num ato socialmente inaceitável, na medida em que lesa ou põe em perigo interesses fundamentais da sociedade, constitucionalmente consagrados e protegidos, mas que não o faz com a intensidade necessária para justificar a intervenção do direito penal, o que em regra sucede pelo fato de a conduta que lhe está subjacente apenas provocar uma lesão ou perigo de lesão indiretos ou de diminuta relevância para o bem jurídico em causa”. LUMBRALES, Nuno B. M. *Sobre o conceito material de contra-ordenação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006. p. 221-223.

⁴¹⁴ Por política criminal, entende-se o conjunto de “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34.

⁴¹⁵ Dentre os administrativistas que negam a existência de distinção ontológica entre os ilícitos penal e administrativo, conferir a opinião de: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006. V. 2. p. 168 e seguintes.

⁴¹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194-195.

⁴¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44.

interesse da Administração (ilícito administrativo); justiça (ilícito penal) e bem-estar (ilícito administrativo); delito natural, de “per si” (ilícito penal) e delito formal (ilícito administrativo); ou infração ético-social e culturalmente significativa (ilícito penal) e infração irrelevante (ilícito administrativo).⁴¹⁸

É que, considerando-se que a Administração está vinculada à estrutura constitucional do Estado, sendo os interesses daquela não mais do que os da coletividade, mostra-se insustentável tal dualismo. Além disso, seria arbitrário e despótico entender que, desvinculada de qualquer relevância ético-social ou cultural, a Administração impusesse sanções aos cidadãos “apenas pela desobediência a mandatos e proibições”, não se sustentando mais a tese de que o ilícito penal seria reservado às condutas de dano ou lesão, enquanto o ilícito administrativo apenas às condutas de perigo, mormente abstrato. Inclusive, a partir do chamado núcleo central do direito penal até as últimas contravenções penais e/ou infrações administrativas, perpassa uma linha contínua de um ilícito material que se vai atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente.⁴¹⁹

Na mesma linha, registra-se a opinião de Suay Rincon, para quem uma infração administrativa pode converter-se em penal e vice-versa, o que não raro acontece sem que haja a alteração de uma só vírgula. Isso “põe em evidência que entre ambos os ilícitos não há diferença alguma. O ilícito administrativo não é qualitativamente distinto, senão exatamente igual ao ilícito penal”.⁴²⁰

Ainda na Espanha, Prieto Sanchís, qualificando de “ideia quimérica” a suposição de que existem notas internas distintivas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, no que se refere à demarcação das respectivas esferas punitivas, afirma que a “única diferença conceitual entre o direito penal e o ordenamento administrativo sancionador baseia-se na competência, que em um caso é judicial e no outro administrativa”.⁴²¹

⁴¹⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La eliminación del requisito de la cuantía en determinados supuestos delictivos. *Comentarios a la legislación penal* n. 3. Madrid: Edersa, 1984. p. 259.

⁴¹⁹ Competeria apenas ao legislador, “em virtude de uma valoração histórica que pondera as circunstâncias e necessidades sociais do momento”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. Madrid: Ramón Areces, 2005. p. 100-102. Da mesma forma, para María Calvo Charro, a diferença entre a infração penal e a infração administrativa depende da “potencial gravidade de suas consequências”, observando que o “ilícito penal e [o] ilícito administrativo não se diferenciam ontologicamente por seu conteúdo [...]”. A frequente conversão de infrações administrativas em fatos criminais (penalização) – recorde-se da elevação a delitos de certas infrações de circulação com veículos automotores – e, ao contrário, a conversão de delitos em meras infrações administrativas (despenalização) – confirma o que dissemos”. CALVO CHARRO, María. *Sanciones ambientales*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 34 e 97.

⁴²⁰ SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989. p. 95.

⁴²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho. *REDC*, n. 4, 1982. p. 101.

Do mesmo modo, posiciona-se Rodriguez Mourullo, ao defender que o ilícito penal e o ilícito administrativo não se diferenciam ontologicamente pelo seu conteúdo, senão unicamente pela natureza da sanção predisposta para cada um deles. Um ilícito é considerado de natureza penal se o ordenamento jurídico lhe atribui uma pena criminal; administrativo, se prevista uma sanção administrativa.⁴²²

Quanto à doutrina italiana, é quase unânime a opinião de que inexistem critérios substanciais para distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo. Nas palavras de Palazzo, “a qualificação de um ilícito como penal ou administrativo não resulta do seu intrínseco desvalor, mas sim unicamente em razão do tipo de sanção escolhida pelo legislador”, tanto que determinada infração administrativa poderá migrar para a tutela penal e vice-versa, sem que haja qualquer modificação estrutural dos atos que a compõem. Por isso é que, para ele, é impossível, em sede aplicativa, inferir-se a “natureza jurídica” do ilícito, a qual é informada apenas por sua disciplina formal. Todavia, como ele bem adverte, essa indistinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo não autoriza que o legislador os diferencie arbitrariamente, devendo a opção entre uma ou outra ordem de ilicitude ser pautada de forma racional.⁴²³

A respeito disso, é importante relembrar, no que diz respeito à escolha, no processo legislativo, entre sanções penais e sanções administrativas, que o modelo adotado na Itália segue o que consta de uma circular, editada pela Presidência do Conselho dos Ministros, em 19 de dezembro de 1983, a qual indica os critérios da proporcionalidade e da subsidiariedade como padrão de orientação para o legislador seguir nesse processo de seleção.⁴²⁴

Tanto é assim que, para Tomaso Cortesi, constantemente, sobretudo a partir do final da década de 60 do século passado, o legislador italiano, mantendo intacto o conteúdo do preceito normativo, transfere-o para o âmbito do direito administrativo sancionador, operando o que chama de “despenalização”. E tal tendência consolidou-se com a Lei 689/1981, que sistematizou a aplicação de sanções administrativas no ordenamento jurídico italiano,

⁴²² E sua “nova natureza jurídica”, “depende não de uma variação de sua ilicitude substancial, senão da mudança da qualidade da sanção”. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. p. 34. Também adotando distinção meramente formal: GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 354.

⁴²³ PALAZZO, Francesco. I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative [dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio]: L’illecito penal amministrativo. Verifica di un sistema (profili penalistici e processuali). Atti del convegno di Modena. Padova: Cedam, 1987. p. 15, 38-39.

⁴²⁴ Idem. p. 25.

aplicável não somente ao ilícito administrativo “despenalizado”, mas também ao ilícito administrativo *ex novo*, o que demonstra que compete ao legislador a escolha entre sanção penal ou sanção administrativa.⁴²⁵

Na mesma direção, preleciona Alessandra Rossi Vanini que o ilícito administrativo e o ilícito penal não se distinguem substancialmente, havendo apenas diferenças ditadas pela lei, a depender do modo da delinação – tipologia punitiva – a ser estabelecida, em concreto, pelo legislador.⁴²⁶

E essa foi, igualmente, a posição acolhida na jurisprudência dos tribunais italianos, como, por exemplo, na *Ordinanza* nº 262, de 2005, da Corte Constitucional da Itália, que indicou a “discrezionalità legislativa” como critério de escolha entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.⁴²⁷ Ainda como em julgado do Tribunal de Ravenna, que afirmou a identidade estrutural entre tais campos de ilicitude, com distinções apenas de caráter normativo, uma vez que compete ao legislador a decisão de configurar dado comportamento como crime ou infração administrativa, embora inspirada tal opção na consideração da importância dos bens jurídicos tutelados e na gravidade das agressões.⁴²⁸

Ainda na doutrina italiana, destaca-se a posição defendida por Marinucci e Dolcini, os quais afirmam que, na relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, o único critério de distinção dá-se em razão do “nome” atribuído às penas principais.⁴²⁹

Realça-se, no Brasil, o pensamento de Miguel Reale Júnior, quando assevera inexistir distinção estrutural entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, observando que, embora se admita como fator preponderante na escolha entre esses campos repressivos a gravidade da agressão, a opção prevalecente decorrerá de decisão política legislativa.⁴³⁰

⁴²⁵ CORTESI, Tomaso. La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. *Le riforme contemporanee del diritto penale e processuale penale in Europa e in Italia*. Napoli: Jovene Editore, 2006. p. 157.

⁴²⁶ VANNINI, Alessandra Rossi. *Illecito depenalizzato-amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 121.

⁴²⁷ *La sanzione penale a cura di S. Magnanensi e E. Rispoli*. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 27 set. 2010.

⁴²⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 158.

⁴²⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale. parte generale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 139. Crítica contundente dessa posição meramente formal, Laura Zuñiga Rodríguez destaca que a natureza da sanção é dependente da natureza do ilícito e não ao contrário. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? MARTÍN, Adán Nieto (coord). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. p. 1427.

⁴³⁰ PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 94.

Interessante também é a posição de Helena Regina Lobo da Costa, para quem não há diferenças ontológicas entre as condutas consideradas ilícitas no âmbito administrativo e na esfera penal. É que, considerando que o ilícito é um conceito criado normativamente, as diferenças encontradas entre tais esferas de ilicitude são fundadas somente em critérios normativos, tais como os relacionados à técnica jurídica adotada, às regras processuais, aos requisitos formais e materiais para a configuração de tais infrações, dentre outros.⁴³¹

Já para Régis Fernandes de Oliveira, “inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador”. E esse fator de distinção está, fundamentalmente, no regime jurídico ao qual são submetidos tais campos de ilicitude.⁴³²

3.3.3 Via de Mezzo

Apesar de reconhecer que a tutela de ofensa a bens jurídicos também está presente na formulação normativa do ilícito administrativo, assim como de sustentar que o juízo de desvalor ético das contraordenações somente é menor que os dos crimes, na medida em que diminui a “periculosidade social”, sendo a diferença entre eles predominantemente gradual ou de acento quantitativo, apresentando conteúdos semelhantes,⁴³³ Claus Roxin defende que, em determinadas circunstâncias, pode a “quantidade” transformar-se em “qualidade”.⁴³⁴

Ao explicar esse limite, “além do qual a quantidade se transforma em qualidade”, Roxin afirma que seria inimaginável a punição de um homicídio ou de um roubo a banco na seara do direito administrativo sancionador, sendo forçoso reconhecer a existência de um campo nuclear do direito penal, composto de bens jurídicos que exigem, até por força do

⁴³¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202-206.

⁴³² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 32. Adotando, do mesmo modo, apenas critério formal na diferenciação entre o ilícito penal e o administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello e Rafael Munhoz de Mello sustentam que é o regime jurídico da sanção que permite separar os ilícitos administrativos dos ilícitos penais. MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 61.

⁴³³ Para Roxin, a *ratio* dessas condutas estarem previstas em normatividades distintas se dá não em virtude da tutela de bens jurídicos, pois comum a ambas, mas em razão do princípio da subsidiariedade. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. *La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2. ed. alemana. Madrid: Civitas, 2007. p. 71.

⁴³⁴ Idem. p. 72-73. D´AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 89.

princípio da subsidiariedade, uma proteção penal. E é por isso que acredita ser mais adequado, a respeito da diferença entre crimes e infrações administrativas, adotar-se um critério misto – qualitativo/quantitativo –, uma vez que, na fronteira entre essas normatividades, há um amplo espaço de indiferença, que confere ao legislador grande poder de decisão na seleção de condutas a serem tipificadas. Porém, mesmo sendo apenas graduais as diferenças entre elas, tratando-se de delitos graves do âmbito do direito penal nuclear, “a punibilidade estaria absolutamente prefigurada por critérios de conteúdo”.⁴³⁵

Ainda a respeito dessa posição intermediária, enfatiza-se que esse é o pensamento adotado pela jurisprudência constitucional alemã, ao acolher a existência de “um núcleo de repressão puramente ética, correspondente ao direito penal, e outro de repressão técnica, espaço do direito contraordenacional”.⁴³⁶ Entre esses núcleos, a distinção seria de natureza substancial – qualitativa. Contudo, nas zonas limítrofes, as diferenças seriam apenas de acento quantitativo.

Na doutrina espanhola, também defendendo a teoria mista, encontra-se a opinião de Laura Zuñiga Rodríguez, para quem, apesar da diferença quantitativa nas áreas fronteiriças de delimitação entre os injustos penal e administrativo, como, por exemplo, nos delitos tributários e de trânsito, à medida que se avança para os pontos extremos, as diferenças tornam-se qualitativas, por se tratar de bens jurídicos pertencentes ao direito penal nuclear.

Para os espaços fronteiriços, indica a autora os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade como critérios valorativos a subsidiarem a decisão do legislador sobre o sistema de imputação – o do injusto penal ou o do injusto sancionador – mais adequado para a qualificação de determinada conduta.⁴³⁷

⁴³⁵ Idem. p. 89.

⁴³⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

⁴³⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? MARTÍN, Adán Nieto (coord). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. V. 1. p. 1430-1431. De igual maneira já se posicionou Manuel Gómez Tomillo, duvidando de que os ilícitos penais e os administrativos sejam substancialmente idênticos, até por não haver entre eles, necessariamente, correlação. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista semanal técnico-jurídica de derecho penal*. N. 4, 24 al 30 de enero de 2000. Madrid: La Ley, 2000. p. 78-79. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Urbanismo, función pública y derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 10. Entretanto, posteriormente, em obra sobre o direito administrativo sancionador, apenas aduzindo que “con independencia de lo anterior”, Gómez Tomillo aceita a “coincidência substancial” entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, em virtude das incontáveis vantagens dela decorrentes. Cita como exemplo a proibição de imposição cumulativa de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos, explicada somente pela identidade essencial entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador*: parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. 2. ed. Navarra: Arazandi, 2010. p. 97, 103 e 109.

Interessante também ser mencionado que, mesmo sustentando que haveria um espaço de tutela exclusiva do direito penal, na esteira da posição adotada pela jurisprudência constitucional alemã, Fabio Roberto D'Avila admite que a relação entre o direito penal e o direito sancionador de natureza administrativa perfaz-se em diferentes espaços normativos, dentre os quais menciona: “o primeiro espaço normativo, vedado ao direito penal, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à regulamentação administrativa” e o segundo, formado por fatos detentores de ofensividade, representaria um âmbito de intervenção possível tanto ao direito penal como ao direito administrativo, “no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais princípios de direito e pelos interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo”.⁴³⁸

3.3.4 Teoria da integração normativa

Há de se destacar a vertente integradora normativa, capitaneada por Alejandro Nieto, ao criticar a difundida “identidade ontológica” ou “metajurídica”⁴³⁹ entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, pois dizer que dois fenômenos são iguais, por natureza ou essência, não significa, necessariamente, a existência de similitudes de seus respectivos regimes jurídicos. Até porque “uma coisa é a identidade física ou real e outra a jurídica; de tal maneira que duas figuras metanormativas idênticas podem ser normativa ou juridicamente muito distintas, e vice-versa”.⁴⁴⁰

⁴³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103.

⁴³⁹ Alejandro Nieto critica, contundentemente, as teorias que afirmam a identidade “ontológica” do ilícito penal e do administrativo, “de rito transcendental”, entendida como “identidade de fenômenos reais, não normativos” ou “prenormativos”, assim como as que negam, seja por critérios qualitativos, seja por critérios quantitativos. Entende Alejandro Nieto que essa insistência da doutrina constitui um “falso problema”, sobretudo porque já foi enfrentado centenas de vezes, desde o século XIX, carecendo atualmente de interesse prático. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 152-153 e 161.

⁴⁴⁰ “Os ilícitos podem ser considerados como figuras reais que existem independentemente das normas ou como meras criações desta. No primeiro caso a norma se limita a reconhecer sua existência e a dotá-los de regime jurídico; enquanto que, no segundo caso, os cria. Aceitada essa dicotomia de planos, temos então que aceitar que a identidade (ou diferenciação) dos ilícitos pode dar-se ou no mundo da realidade (porque se trata de fenômenos distintos pela natureza, sem prejuízo de que em seguida as normas assim o reconheçam, ou não) ou no mundo das normas, porque estas assim o tenham estabelecido (no momento de criar ou reconhecer, conforme os casos, os ilícitos)”. Idem. p. 153.

Assim é que, para Nieto, os ilícitos penal e administrativo não devem ser considerados, “ontologicamente”, nem iguais nem desiguais, pela simples razão de serem conceitos rigorosa e exclusivamente normativos.

O ilícito não existe na realidade, é criado pela norma, de tal maneira que sem norma não pode haver ilícito. Sem norma que estabeleça uma proibição, não pode ser violada proibição alguma. [...]. O ilícito é, por definição, um antijurídico, e o antijurídico só pode surgir quando há um *ius* que é violado. [...]. Se a natureza dos ilícitos é inequivocamente normativa, nada há que vincule a norma criadora deles, que pode determinar livremente sua igualdade ou sua desigualdade com todas suas consequências.⁴⁴¹

E, ao entender que a identidade ou a distinção pode dar-se no campo da realidade (no “ser”) ou no da regulação normativa, não havendo critérios precisos para se estabelecer até que ponto o legislador está vinculado a essa perspectiva metajurídica, defende Alejandro Nieto que entre o ilícito penal e o administrativo pode haver apenas “ontologia normativa”, uma vez que compete ao legislador qualificar determinada conduta como crime ou infração administrativa, independentemente de seu conteúdo material, de sua função e de seus fins.⁴⁴²

Ademais, o processo de escolha entre uma e outra não seria informado pelo “ser” ou pela “natureza das coisas”, correspondendo, ao contrário, a meras etiquetas que o legislador iria colocando livremente por razões de uma política criminal global, na qual as normas são utilizadas como simples instrumentos.⁴⁴³

Do mesmo modo, acolhe León Villalba a teoria da integração normativa, aderindo à construção de Nieto, ao admitir a existência de ontologia normativa entre os ilícitos penal e administrativo, apontando a inutilidade de se estabelecer uma identidade ontológica ou metajurídica.⁴⁴⁴ Isso porque tanto um como outro são criações normativas, pois não existem sem que haja norma prévia definindo-os: sem leis que estabeleçam (“criem”) a conduta típica e a ela correlacionem uma sanção – seja penal, seja administrativa –, não há ilícito.

⁴⁴¹ Idem. p. 154.

⁴⁴² Ainda segundo Alejandro Nieto, “a norma é soberana para regular e, nesse caso, para qualificar, sendo notório que utiliza tal potestade com farta frequência. A lei alemã de 1952 estabeleceu uma diferença qualitativa entre delitos e infrações administrativas; e com a mesma autoridade a de 1968 abandonou essa atitude alegando uma diferença meramente quantitativa”. Da mesma forma, “o legislador quando o tem por conveniente, altera substancialmente a situação e o que ontem eram infrações administrativas, se converte amanhã em delitos (como ocorreu com as infrações de contrabando a partir da *Ley Organica* 7/1982, de 13 de julho), e o que eram ilícitos penais se convertem de pronto em infrações administrativas”. No contexto do direito espanhol, ainda de acordo com esse autor, não obstante serem “figuras normativas diferentes”, a Constituição (art. 25) impôs aos ilícitos penal e administrativo “um regime idêntico em alguns pontos”. Idem. p. 155, 159 e 162.

⁴⁴³ Idem. p. 160.

⁴⁴⁴ Ao defender a posição integradora, dentre outras razões, aduz León Villalba que não é claro o que significa “identidade ontológica”, acarretando, comumente, confusões entre “dita identidade com a necessidade de submeter a ambos [ilícitos penal e administrativo] a uma regulação normativa similar” ou a estabelecer essa identificação segundo critérios não normativos. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 268.

Consequentemente, o ilícito terá caráter penal ou administrativo, de acordo com o que dispuser, especificamente, a norma em cada momento. E, em última instância, nada impede que o legislador estabeleça uma regulação diferente.

Em todo caso, adverte León Villalba que a decisão do legislador em qualificar um comportamento como crime ou infração administrativa não é voluntariosa, baseando-se na importância dos bens jurídicos tutelados e na gravidade da agressão, fundados em critérios de política criminal legislativa, orientados, por exemplo, pelos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.⁴⁴⁵

3.3.5 Orientação adotada

Após a descrição das principais correntes de pensamento sobre a inter-relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, percebe-se que a discussão acerca de eventual distinção essencial entre tais ilicitudes, apesar de remontar a quase dois séculos, ainda hoje se mostra de extrema relevância, com construções teóricas recentes sobre a matéria.

Entre outras circunstâncias analisadas nas linhas anteriores, considerando-se a profunda mudança ocorrida nos paradigmas do direito administrativo, com a reconstrução de sua função sancionadora, a partir de um direito administrativo constitucionalizado em torno dos direitos fundamentais,⁴⁴⁶ já não mais se permite que a potestade punitiva estatal, ainda que na esfera administrativa, sancione uma conduta que não tenha por fim a defesa de valores relevantes socialmente e que não constitua, sequer abstratamente, lesão ou perigo de lesão a interesses juridicamente tutelados.⁴⁴⁷

Daí a crítica à concepção da “indiferença ética” da infração administrativa, notadamente pela evolução do conceito de bem jurídico, o qual abrange, hodiernamente, não

⁴⁴⁵ Idem. p. 269-270.

⁴⁴⁶ Não obstante tal reconstrução, ainda são constatadas diversas incompatibilidades no exercício de função sancionadora da Administração Pública, quando contrapostas com as exigências de um Estado Democrático de Direito, talvez em razão da incompletude do regime jurídico dos ilícitos administrativos. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 159.

⁴⁴⁷ “[...] A submissão da Administração Pública às leis e ao direito, numa fórmula crescentemente abrangente e condicionante, impede que se reconheça um suposto ordenamento particular do Estado ou de suas Administrações Públicas como objeto exclusivo de proteção do Direito Administrativo, derrubando-se a antiga tese de que esse ramo jurídico, em sua vertente sancionadora, teria por objeto a proteção do ordenamento interno da Administração, ao passo que o direito penal teria a incumbência de proteção do ordenamento externo ou social”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 122.

apenas interesses individuais, contextualizando também interesses sociais e, até mesmo, estatais. Com efeito, como demonstra a atual realidade legislativa, muitos dos bens jurídicos que as normas penais protegem são interesses pertencentes de modo imediato à administração pública.⁴⁴⁸

Por isso entende-se que o ilícito administrativo seria formado por fatos ofensivos a bens jurídicos, sendo, *a priori*, impossível distinguir, em razão da natureza do interesse tutelado, o injusto penal do injusto administrativo, devendo a eleição de uma ou de outra esfera sancionadora ser “fruto de uma opção política legislativa por um ou outro instrumento de proteção mais pertinente ao bem jurídico violado em cada caso e em momento concretos”.⁴⁴⁹

Destarte, não se há de aceitar a construção teórica que defende a existência de diferenças essenciais entre as ilicitudes penal e administrativa, fundada em suposta ausência de conteúdo ético-social da infração administrativa. Igualmente se apresenta falha a teoria mista ou *via de mezzo*, ao sustentar distinções qualitativas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, em razão do chamado âmbito do direito penal nuclear, no qual o espaço de punibilidade estaria absolutamente prefigurado por critérios de conteúdo.⁴⁵⁰ É que a proibição penal, além de ater-se ao princípio da fragmentariedade, corresponde ao ato de “culminação e não ao começo da ilicitude”.⁴⁵¹

De fato, considerando-se o caráter de *ultima ratio* que deve ter o direito penal, não se pode defender a obrigatoriedade de criminalização de certas condutas, ainda que para a preservação de direitos fundamentais, pois eventual intervenção jurídico-penal, em um Estado Democrático de Direito, somente estará legitimada se for concretamente necessária.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Ramón García Albero também critica a “indiferença ética” do ilícito administrativo, argumentando que o injusto administrativo, sem sombra de dúvida, possui valoração ética, embora bem menor do que aquela que se evidencia nos injustos penais. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 340.

⁴⁴⁹ CALVO CHARRO, María. *Sanciones ambientales*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 100.

⁴⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. ed. alemana. Madrid: Civitas, 2007. p. 73.

⁴⁵¹ QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 71.

⁴⁵² “A Constituição, ao impor deveres de proteção, não determina, necessariamente, a forma de proteção, que vai depender de uma série de fatores. Esta proteção só deverá ser prosseguida pelo direito penal caso este se apresente, de fato, como imprescindível. Sempre que seja possível obter proteção suficiente através de outros meios, sabemos bem que o direito penal, como ‘ultima ratio’ da política social, deve abster-se de intervir”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 294. Vide também a opinião de Carbonell Mateu, para quem, não obstante apresentarem, como regra geral, menor gravidade, as normas administrativas que proíbem ou impõem condutas, por estabelecerem limitações ao princípio geral de liberdade, devem respeitar, igualmente, o princípio da intervenção mínima. CARBONELL MATEU,

Com isso não se está a defender a possibilidade, ou melhor, a legitimidade de serem tutelados pelo direito penal fatos materialmente vinculados tão somente ao direito administrativo sancionador. Na verdade, a postura adotada é no sentido de que corresponde a um ato político a tipificação de determinado comportamento como crime ou infração administrativa.⁴⁵³

Cumpra-se assinalar, todavia, que a decisão do legislador não há de ser baseada em critérios voluntaristas, devendo orientar-se pelos programas de política criminal que se esperam de um sistema punitivo racional e coerente,⁴⁵⁴ assim como limitar-se ou vincular-se aos princípios de direito, mormente os princípios da intervenção mínima, cujos corolários são a subsidiariedade, a fragmentariedade e a *ultima ratio* do direito penal, além do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao ato político do legislador consistente na seleção criminalizante de certas condutas, ressalta-se que a natureza subsidiária do direito penal é uma “exigência jurídico-política dirigida ao legislador”,⁴⁵⁵ haja vista que, na eleição dos meios estatais de poder, o direito penal constitui o último dos recursos que podem ser por ele manejados, devendo ser

Juan Carlos. *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 89. Pela clareza na explicação, merece, ainda, ser registrada a crítica de Helena Regina Lobo da Costa à teoria mista qualitativa-quantitativa, adotada, dentre outros, pela jurisprudência constitucional alemã. Para essa autora, tal entendimento parte de um ponto de partida equivocado, ao reconhecer a existência de mandatos de criminalização obrigatórios no chamado espaço nuclear do direito penal, em desacordo, inclusive, com o princípio da fragmentariedade. E continua a autora: “além disso, a ideia de núcleos qualitativamente diferentes que, em zonas limítrofes tornam-se quantitativamente diferentes é igualmente falha, não apenas logicamente, como em razão da falta de um critério diferenciador”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

⁴⁵³ Pela lucidez das ideias, transcreve-se o pensamento de Janaina Conceição Paschoal, segundo a qual, em um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República brasileira, há um limite máximo a que pode chegar o legislador, não existindo, no entanto, um mínimo previamente determinado, até porque “um Direito Penal que se pretende mínimo não pode conviver com um mínimo formal irrenunciável, trazendo a Constituição, seja por meio de indicações ou de determinações expressas de criminalização, os bens que o Direito penal pode (e não os que deve) tutelar. Não se está a dizer com tais reflexões que não exista um mínimo irrenunciável. De fato, a maior parte dos autores que aborda a matéria não consegue, por exemplo, conceber a ausência de tutela penal para o bem jurídico vida. O que se está a aduzir é que esse mínimo não resulta apenas do fato de a Constituição reconhecer o bem jurídico como sendo caro à sociedade, mas, sim, da constatação de que a tutela de tal natureza é considerada concretamente necessária para aquele bem. [...]. Assim, [...] em sendo a intervenção penal uma exceção, se, de uma análise concreta, aferir-se que a elaboração da norma ou que sua manutenção não são efetivamente necessárias, não há previsão legal e/ou constitucional que possa obrigar que a conduta seja incriminada”. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 147-148.

⁴⁵⁴ Garcia-Pablos de Molina defende que, *de lege ferenda*, os processos de descriminalização (administrativização) e de neocriminalização devem ter a “gravidade material da infração” como critério reitor, além de outros critérios de política criminal, como, por exemplo, “a celeridade e a efetividade da sanção administrativa”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. Madrid: Ramón Areces, 2005. p. 113.

⁴⁵⁵ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. 7 ed. Traducido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 34-35.

escolhido apenas quando se mostrar indispensável para a conservação da paz social, cabendo, evidentemente, ao direito penal, como regra, cuidar das infrações consideradas mais graves.⁴⁵⁶

Nesse sentido, sustenta Gimbernat Ordeig que tal aspecto de “última instância” do sistema criminal é algo que o legislador penal deverá sempre ter em mente ao tipificar comportamentos. Isso porque a legitimação de recorrer-se a um instrumento tão radical como a pena somente se justificará quando o comportamento a ser regulado, além de se afastar, radicalmente, do que exige a ordem social, não puder ser preenchido por nenhum meio político de menor envergadura.⁴⁵⁷

Ainda a propósito desse processo de criação de leis penais, indicam-se alguns critérios sugeridos encontrados na doutrina, a saber: “(a) a relevância constitucional do bem objeto de proteção, (b) o desvalor social da ofensa, (c) a probabilidade do ataque ao bem e (d) as consequências que a incriminação acarreta na vida privada”.⁴⁵⁸

De outro lado, não se há de concordar com a necessária existência de diferenças de acento quantitativo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, pois isso pressuporia que o ilícito administrativo seria, em todo caso, uma “bagatela”, sob o ponto de vista de sua “quantidade de injusto”.⁴⁵⁹ E também não explicaria o fato de algumas sanções do direito administrativo sancionador serem tão ou até mais graves do que as sanções penais.⁴⁶⁰ Ademais, apesar de paradoxal, um mesmo comportamento, abstratamente considerado, pode

⁴⁵⁶ “A proteção da convivência cidadã pode ser conseguida [...] sem necessidade de recorrer à enérgica reação punitiva. É verdadeiro que a presença de um bem jurídico merecedor de tutela penal constitui um requisito irrenunciável para legitimar o exercício do *ius puniendi*, mas – em um sistema democrático – isso não é suficiente. É preciso, ademais, que a intervenção penal seja necessária; que o direito penal se conceba como o último recurso (*ultima ratio*) a ser utilizado quando não haja outros menos lesivos e – por isso – mais idôneos para resolver os conflitos sociais. À margem de estereis querelas terminológicas, está é a ideia que se invoca quando se alude aos princípios de subsidiariedade, acessoriedade e intervenção mínima, ou se sublinha o caráter fragmentário do direito penal”. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M. Dolores. *Los límites del ius puniendi*. ADPCP, Fasc. III, 1994. p. 98.

⁴⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

⁴⁵⁸ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 39-40.

⁴⁵⁹ PALIERO, Carlo Enrico. *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*. Padova: Cedam, 1985. p. 629.

⁴⁶⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204. No mesmo sentido, é a opinião de Ramón García Albero, ao mencionar as elevadas quantias das multas administrativas previstas no direito espanhol, notoriamente mais gravosas do que as contempladas no Código Penal espanhol. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 347.

ser castigado, no direito penal, com uma sanção bem menor do que aquela que para essa mesma conduta determina a correspondente lei administrativa sancionadora.⁴⁶¹

E isso ocorre, primeiro, porque “o dano real ao bem jurídico protegido pela norma penal pode ser muito pequeno”, enquanto, ao contrário, a exposição a perigo de um bem tutelado, por exemplo, pelo direito administrativo sancionador, justifica (preventivamente) o elevado valor de uma sanção administrativa.⁴⁶² E, segundo, como destacado por Volk, pela dimensão estigmatizante inerente à sanção penal, não observada nas sanções aplicadas pelo direito administrativo sancionador, sendo a sanção penal considerada como a mais grave, “até de um ponto de vista contra-fático”.⁴⁶³

Em síntese, por todo o exposto, a orientação que se adota é no sentido da inexistência de diferença estrutural entre o ilícito penal e o administrativo, haja vista a ausência de distinção substancial entre as condutas que, *de lege ferenda*, poderiam ser sancionadas no âmbito do direito penal e do direito administrativo sancionador, admitindo-se a proteção de um mesmo bem jurídico tanto por técnicas penais como por técnicas administrativas. Além do mais, como os ilícitos não existem independentemente das normas, sendo criações destas, eventuais semelhanças ou distinções devem ser buscadas no plano normativo.

As conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal, ocorrido em outubro de 1989, em Viena, são consentâneas com a tomada de posição acima indicada, ao estabelecer, na introdução de suas resoluções, que a questão de saber se determinada conduta deveria ser punida pelo direito penal ou pelo direito administrativo não pode ser determinada de maneira categórica, pois competiria ao legislador optar por uma dessas esferas sancionadoras, tendo em vista diversos critérios, especialmente o interesse social afetado pela

⁴⁶¹ Por isso é que, para Cuello Contreras, “não é certo, pois, que o direito penal seja sempre, em concreto (seja em abstrato), o regime mais gravoso”. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español*. parte general. Madrid: Dykinson, 2002. p. 24. Mas, como se explica acima, tal afirmação não infirma ou esvazia o princípio da subsidiariedade. De qualquer forma, registra-se que, para Tiedemann, principalmente no direito penal econômico e ambiental, bem como nos demais ramos do denominado “direito penal secundário”, verifica-se tal “desnaturação” do princípio da subsidiariedade. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*: parte general e especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 69 e 70. Ainda sobre essa discussão, interessante é a posição de Luís Greco, que sugere um redimensionamento do conteúdo do princípio da subsidiariedade, “tratando a sua premissa básica – ‘a sanção penal é sempre a mais grave’ – como uma presunção *prima facie*, afastável em casos concretos”. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. *Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Ano 2, n. 3, jul./dez. 2007. p. 268.

⁴⁶² CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español*: parte general. Madrid: Dykinson, 2002. p. 24.

⁴⁶³ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. *Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Ano 2, n. 3, jul./dez. 2007. p. 267.

conduta em questão, a gravidade da exposição a perigo ou dos danos causados a referido interesse, a natureza e o grau de culpa do ofensor.⁴⁶⁴

Relembra-se, por fim, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que declarou a identidade intrínseca entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, ao admitir a possibilidade de eleição, por parte do legislador, entre o uso da potestade penal e a administrativa sancionadora, uma vez que, nesse aspecto, não são compartimentos estanques.⁴⁶⁵

3.4 Homogeneidade das funções das sanções penais e das sanções administrativas de heterotutela

Da mesma forma que se discute na doutrina a inexistência de diferenças estruturais entre o ilícito penal e o administrativo, também se questiona se haveria finalidade distinta na imposição de sanções penais e de sanções administrativas de heterotutela – aquelas aplicadas tendo como fundamento relações gerais de sujeição⁴⁶⁶ –, a ponto de justificar a eventual acumulação dessas sanções, na hipótese de concorrência normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Contudo, há de ser ressaltado que o intuito da presente investigação não é perquirir-se sobre os fins da pena – considerados o alfa e o ômega do direito penal⁴⁶⁷ –, mas tão somente estudar a interface ou as congruências entre as sanções aplicadas por ramos do ordenamento punitivo estatal, quais sejam, o direito penal e o direito administrativo sancionador.

⁴⁶⁴ *Resolutions of the Congresses of the AIDP/IAPL (1926–2004)*. Disponível em: <www.penal.org>. Acesso em: 22 jun. 2009.

⁴⁶⁵ Sentença de 08 de junho de 1976 (caso Engel) e sentença de 21 de fevereiro de 1984 (caso Oztürk). Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em: 31 mar. 2012. Conferir também: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 127 e NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4 ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 151. Importante ainda mencionar que o Tribunal Supremo da Espanha assentou que a solução para o deslinde entre a imputação de uma infração penal ou uma administrativa implica um “juízo de valor eminentemente circunstancial” – STS de 11 de março de 1992 e de 19 de janeiro de 1994. CALVO CHARRO, María. *Sanciones ambientales*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 97.

⁴⁶⁶ Ou no exercício de sua função sancionadora, para a proteção da ordem social geral. ZULGADÍA ESPINAR, José M *et. al.* *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 178.

⁴⁶⁷ Como bem diz o Professor Nilo Batista, uma teoria da pena é sempre uma teoria do direito penal e o debate científico-político sobre a pena se transforma no debate sobre todo o direito penal. Daí a sabedoria chinesa chamar o código penal de “lei da pena”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 111.

Por outro lado, também se faz necessário registrar que serão expostas as teorias justificadoras ou legitimadoras dos fins comumente atribuídos à pena e suas respectivas vertentes, com o intuito de demonstrar as possíveis semelhanças entre as funções das sanções penais e as das sanções administrativas de heterotutela. Não está, portanto, dentre os objetivos desta pesquisa, a análise da legitimidade ou não dessas correntes de pensamento. Até porque não se adota a orientação de nenhuma delas, entendendo-se que a pena corresponde a um ato político ínsito ao funcionamento dos Estados modernos, balizada sua aplicação pelos princípios gerais de direito.

A respeito disso, é bastante interessante, até por seu caráter histórico, o pensamento de Tobias Barreto, um dos precursores, na doutrina latino-americana, da teoria agnóstica da pena. Ele entendia que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”, razão pela qual “quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra”.⁴⁶⁸

Nesse mesmo viés agnóstico a respeito da função da pena, porém atribuindo uma perspectiva negativa à função manifesta do poder punitivo, em face dos efeitos deteriorantes da pena, especialmente da pena de prisão,⁴⁶⁹ Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni abandonaram as “funções ocultas” das teorias tradicionais das penas. Eles explicam que “a pena (e todo o poder punitivo) é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter, mas não eliminar”, e que a teoria do direito penal, por meio de seus princípios e regras, deve oferecer segurança jurídica aos cidadãos, limitando e reduzindo o poder punitivo do Estado.⁴⁷⁰

Postas tais considerações, indica-se que, acerca da investigação das confluências das funções tradicionalmente atribuídas às sanções penais, emergem da ciência jurídico-penal duas principais correntes de pensamento acerca dos fins das penas.

⁴⁶⁸ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 178-179.

⁴⁶⁹ “A história do encarceramento penal revela [...] um conjunto imponente de pesquisas empíricas, especialmente sobre reincidência de penitenciários, [e] demonstra que nunca pôde a prisão – salvo casos excepcionais, estatisticamente irrelevantes – ‘proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado’, bem como que os efeitos degradantes da prisionização constituem precisamente o oposto do ‘respeito à integridade física e moral dos presos’. Ou seja, as normas acima referidas [arts. 38 e 59 do CP, art. 1º da LEP e art. 5º, inciso XLIX, da CF] conferem à prisão uma função que as ciências sociais comprovadamente declaram ser impossível. Neste caso, utilizando a interpretação progressiva, cabe adotar todas as cautelas, para, de um lado, evitar que o pretexto de uma finalidade irrealizável acentue as características deteriorantes da prisionização e intervenha ficcionalmente nos critérios jurídicos centrais da excarceração, bem como, de outro, oferecer – e não impor – possibilidades de que os presos diminuam seu nível de vulnerabilidade ao poder punitivo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo *et al.* *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Renvan, 2003. p. 113.

⁴⁷⁰ “O direito penal baseado na teoria negativa do poder punitivo e da pena fica livre para elaborar elementos orientadores de decisões que reforcem a segurança jurídica, entendida como tutela dos bens jurídicos; não dos bens jurídicos das vítimas de delitos, [...], mas sim dos bens jurídicos de todos os habitantes”. *Idem*. p. 109-111.

As teorias absolutas ou retribucionistas da pena justificam sua aplicação exclusivamente em face da infração praticada – *punitur quia peccatum est* –, como retribuição justa pelo “mal” cometido.⁴⁷¹ Têm como principais expoentes Kant e Hegel. O primeiro considerava a pena uma necessidade ética, uma exigência de realização da justiça,⁴⁷² pela violação da lei – por ter sido cometido um delito.⁴⁷³ E Hegel enxergava a pena como a necessidade racional de se restabelecer a vigência da “vontade geral” violada pela “vontade especial” do delinquente – a pena seria, assim, a negação (reação) da negação da ordem jurídica.⁴⁷⁴

A outra concepção tradicional da pena deve-se às teorias relativas ou preventivas, que justificam a pena não na necessidade de realização da justiça – que é absoluta –, e sim como denota a própria denominação, na prevenção, que é relativa e circunstancial. As teorias relativas ou preventivas atribuem às penas fins de utilidade social, justificando-as pela necessidade de se evitar a prática de novos delitos – *punitur ut ne peccetur* – seja por meio da prevenção geral, seja pela prevenção especial.

A doutrina da prevenção geral bifurca-se em duas correntes – prevenção geral negativa e prevenção geral positiva, também denominada de prevenção estabilizadora ou integradora. A primeira – prevenção geral negativa – busca seus fins com a ameaça intimidatória que a pena pode infundir nos possíveis infratores, dissuadindo-os de cometer outros delitos. Já a segunda – prevenção geral positiva – sustenta que a pena objetiva não apenas a intimidação da tendência a delinquir, tendo, além disso, como propósito incutir na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores, mediante a afirmação positiva do direito

⁴⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 59.

⁴⁷² “Para Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um ‘imperativo categórico’, isto é, de um imperativo incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois as ‘penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias’”. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19-20.

⁴⁷³ Como forma de reforçar a negação da doutrina kantiana a qualquer finalidade utilitária da pena, a qual deve ser sempre executada, ainda que não proporcione benefício algum, cita-se trecho da obra *Metafísica dos Costumes*, na qual Kant afirmou que, sendo a lei penal um imperativo categórico, “ai daquele que rasteja pelas sinuosidades da doutrina da felicidade para encontrar algo que o exonere do castigo ou, inclusivamente, apenas de um grau do mesmo, pela vantagem que promete, segundo o provérbio farisaico: ‘mais vale a morte de um só homem que a perda de todo o povo’! Porque se a justiça morrer, deixa de ter valor que os homens vivam sobre a Terra”. KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: princípios metafísicos da doutrina do direito*. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 147.

⁴⁷⁴ “Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação dessa negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ele consigo mesmo mediante a supressão da violação do direito”. HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 87.

penal, no sentido de “afirmação das convicções jurídicas fundamentais, da consciência social da norma ou de uma atitude de respeito ao direito”.⁴⁷⁵

Ao contrário da prevenção geral, que se volta para a coletividade, a prevenção especial tende a prevenir novos delitos, por meio da atuação diretamente sobre a pessoa do condenado, especialmente durante a execução da pena, seja pela advertência e intimidação individual, seja pela ressocialização.⁴⁷⁶

As teorias da prevenção especial dividem-se em prevenção especial negativa e prevenção especial positiva. Com a primeira, inibe-se a prática de delitos pela neutralização do condenado, em virtude de sua segregação na prisão, impedindo-o, com sua retirada momentânea do convívio social, de praticar novas infrações penais. Quanto à segunda, cumpre-se a finalidade da prevenção pela correção e ressocialização do condenado, entendendo-se que, em virtude dessa “transformação”, ele desistiria de cometer futuras infrações.

Em regra, os partidários das teorias que distinguem, qualitativamente, o ilícito penal do ilícito administrativo entendem que a sanção administrativa representaria um *aliud* em relação à pena. Apresentam, dentre outros argumentos, o de que a função sancionatória da Administração não poderia ser considerada um meio de realização abstrata da justiça, não havendo, entre os fundamentos das sanções administrativas, a retribuição do dano ou a reeducação ou reinserção social do condenado; sua finalidade seria tão somente a tutela dos interesses ínsitos à Administração.

Em sentido diverso, os adeptos das teorias que diferenciam o ilícito penal do ilícito administrativo apenas em face do grau de ofensa – critérios quantitativos – assim como os que defendem a identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo enxergam confluências entre as funções das penas e das sanções administrativas de heterotutela.

Nesses termos, afirma Cerezo Mir que, entre as penas e as sanções administrativas, existem apenas diferenças quantitativas, da mesma forma que ocorre com o ilícito penal e o ilícito administrativo, os quais têm conteúdo material semelhante e a mesma estrutura lógica. Assim, segundo observa, tanto as penas como as sanções administrativas encontram sua justificação “unicamente em sua proporção à gravidade da infração e em sua necessidade”.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal. Fundamentos e teoria do delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

⁴⁷⁶ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 20.

⁴⁷⁷ CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 1, n. 2, abril-junho, 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 28-29.

Para Nuno Lumbrals, as sanções penais, bem como as sanções administrativas, têm por finalidade reprimir e evitar a prática de novas infrações, consistindo ambas numa reação à prática de uma conduta ilícita e visando “atuar sobre o agente e os demais indivíduos no sentido de realçar perante todos a vigência da norma jurídica violada, e de contribuir para que a infração em causa não volte a ser cometida pelo agente ou por qualquer outra pessoa”.⁴⁷⁸

Emilio Dolcini, ao comentar a Lei italiana 689 de 1981, observa que o sistema repressivo por ela consolidado, apesar de modulado, é “substancialmente unitário”, não hesitando acerca do caráter punitivo-repressivo das sanções administrativas, até por ser, à semelhança das penas, instrumento de tutela preventiva de bens jurídicos.⁴⁷⁹

Paliero e Travi, seguindo essa orientação, argumentam que o sistema sancionatório administrativo, da mesma forma que o direito penal, corresponde a um instrumento ou técnica de controle social, e que as sanções administrativas são finalisticamente orientadas para a prevenção geral e especial, apresentando, desse modo, fins homogêneos aos das penas.⁴⁸⁰

E assim é o pensamento majoritário da doutrina italiana, a qual sustenta a homogeneidade dos fins das sanções penais e das sanções administrativas, perceptível, entre outros aspectos, na adoção do princípio da especialidade nos casos de concurso de normas entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos.⁴⁸¹

Ainda a propósito do tratamento homogêneo entre as sanções penais e as administrativas no ordenamento jurídico italiano, interessante mencionar que o art. 7º da Lei 689/81 dispõe sobre a não transmissibilidade aos herdeiros da obrigação de pagar a multa decorrente da prática de ilícito administrativo,⁴⁸² situação conhecida como princípio da intrascendência.

⁴⁷⁸ LUMBRALES, Nuno B. M. *Sobre o conceito material de contra-ordenação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006. p. 218.

⁴⁷⁹ DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Nuova serie, ano XXVII. Milano: Giuffrè, 1984. p. 594-596.

⁴⁸⁰ PALIERO, Carlo Enrico; TRAVI, Aldo. *La sanzione amministrativa: profili sistematici*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 308-309.

⁴⁸¹ É que, nos termos do art. 9.1 da Lei italiana 689 de 1981, o princípio da especialidade constitui a regra de solução do concurso normativo entre o direito penal e o direito administrativo, independentemente da pena cominada aos tipos concorrentes. E por isso se entende que haveria uma negação absoluta da possibilidade de estabelecer-se uma “hierarquização entre normas penais e administrativas”, sendo atribuído tratamento homogêneo entre os fins das sanções penais e os das sanções administrativas de heterotutela, com exceção apenas das sanções disciplinares, nos termos do art. 12 de referido diploma legal. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 119.

⁴⁸² Legge 24 novembre 1981, n. 689. *Modifiche al sistema penale*. Disponível em: <<http://www.sanzioniamministrative.it>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

Não é diferente o cenário espanhol, defendendo León Villalba a unidade dos fins perseguidos por meio das sanções penais e das sanções administrativas.⁴⁸³ Do mesmo modo, observa Suay Rincon que as sanções administrativas desempenham os mesmos fins das penas, quais sejam, o de “restaurar a paz do ordenamento jurídico e reprimir seu transgressor”.⁴⁸⁴

E no direito brasileiro, merece destaque o escólio de Miguel Reale Júnior, que, baseado na doutrina italiana, reconhece que as sanções administrativas retributivas podem desempenhar as mesmas funções das sanções penais – que, para ele, são a finalidade de prevenção geral e especial.⁴⁸⁵

Por outro lado, há de ser mencionado que a percepção da possibilidade de semelhança de fins ou funções entre as sanções penais e as sanções administrativas é tão cristalina, que até mesmo alguns ferrenhos defensores da diferença qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo a admitem, como Erik Wolf. Ele afirmou expressamente a natureza punitiva das sanções administrativas,⁴⁸⁶ ao aceitar que são “conceitual e ontologicamente da mesma natureza das [sanções] penais”.⁴⁸⁷

Pagliari, apesar de não aceitar a identidade estrutural entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, reconhece a finalidade punitiva e de intimidação de algumas sanções administrativas, como ocorre, por exemplo, com as sanções tributárias.⁴⁸⁸

Igualmente entre os que não admitem a identidade estrutural entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, mas reconhecem a semelhança dos fins das sanções penais e das sanções administrativas de heterotutela, destaca-se o entendimento de Laura Zuñiga Rodríguez. Para ela é evidente o caráter retributivo e preventivo das sanções administrativas, as quais classifica como sanções punitivas ou “penais em sentido amplo”, uma vez que materialmente “tem as mesmas características de uma pena”.⁴⁸⁹

⁴⁸³ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. sentido y alcance del principio ne bis in idem. Barcelona: Bosch, 1998. p. 170.

⁴⁸⁴ SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989. p. 81.

⁴⁸⁵ PRADO, Luiz Regis (coordenação). *Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

⁴⁸⁶ MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Tradução de Rodriguez Devesa. Madrid: Edersa, 1979. p. 208-209.

⁴⁸⁷ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 330.

⁴⁸⁸ PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 22 e 30.

⁴⁸⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada, Union Europea y sanciones a empresas*. Disponível em: <<http://www.unifr.ch>>. Acesso em: 23 set. 2010.

E a circunstância de não se fazer presente, quando da imposição de uma sanção administrativa, a finalidade de ressocialização do condenado não infirma a homogeneidade de fins entre as sanções penais e as sanções administrativas, pois a referida finalidade, além de difícil concretização – para não se dizer irrealizável –, deve ser disponibilizada pelo Estado por ocasião da execução da pena, e não imposta coercitivamente.

Há, ainda, de se fazer referência ao argumento comumente utilizado para se negar a identidade de funções entre as sanções penais e as sanções administrativas, consistente no fato de que a sanção administrativa não se relacionaria a um juízo de reprovação moral, tal como ocorre com as sanções criminais, tampouco apresentaria efeitos estigmatizantes.

Como tantas vezes assentado na presente pesquisa, o ilícito administrativo e a respectiva sanção imposta em caso de infração não são desconstituídos de reprovação ético-social, mesmo que, em regra, em menor escala que o ilícito penal.⁴⁹⁰ Além disso, o estigma característico das sanções penais constitui um de seus reflexos sociais, e não uma função ou finalidade. E, de toda forma, esse estigma não pode, *a priori*, ser absolutamente excluído das sanções administrativas.⁴⁹¹

A respeito disso, cita-se o efeito positivo alcançado junto aos consumidores por empresas que adotam práticas sustentáveis e, ao contrário, os efeitos estigmatizantes decorrentes das condutas das empresas responsáveis por danos ao meio ambiente.

E, como forma de se reforçar a posição adotada, no sentido da possibilidade de homogeneidade dos fins ou funções das sanções penais e das sanções administrativas de heterotutela, inclusive, em algumas hipóteses, os estigmatizantes, destaca-se a existência de registro público de algumas sanções administrativas em sentido lato. É o que ocorre, por exemplo, em relação às sanções pela prática de atos ímprobos, para as quais o Conselho Nacional de Justiça lançou, em 2009, um cadastro nacional de condenados por atos de improbidade administrativa, com forte inspiração no rol de culpados decorrente de sentença criminal transitada em julgado de que trata o Código de Processo Penal brasileiro.

Pelo exposto, constata-se que, seja de forma latente, seja de forma primária, as sanções administrativas de heterotutela podem cumprir os mesmos fins que se costuma atribuir às sanções penais, pois, dentre outras funções, protegem bens jurídicos, correspondem a uma punição em retribuição à prática de uma infração – *punitur quia peccatum est* – com caráter

⁴⁹⁰ Nesse sentido, para Rincon, as consequências – as “feridas” – de uma sanção administrativa são de mais fácil cicatrização dos que as consequências de uma infração penal. SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989. p. 105.

⁴⁹¹ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 358.

intimidatório – *punitur ut ne peccetur* – tanto ao condenado como aos possíveis infratores, reafirmando a manutenção da norma como modelo de orientação para a ordem social.

Nessa perspectiva, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Blanco Ricardo e outros v. Panamá, que, em matéria sancionatória administrativa, as sanções impostas são, como as penais, uma expressão do poder punitivo do Estado, de natureza similar a estas últimas, pois “umas e outras implicam menoscabo, privação ou restrição dos direitos das pessoas, como consequência de uma conduta ilícita”.⁴⁹²

Da mesma forma, há decisões da Corte Constitucional brasileira reconhecendo que as sanções administrativas também podem ter fins punitivos, como reconheceu o Ministro Eros Grau, ao julgar a Adi 2.797/DF, no Supremo Tribunal Federal. Ele afirmou que, apesar de a ação por ato de improbidade administrativa – baseada na Lei 8.429/92 – ser apurada no juízo cível, não se haveria de negar sua nítida natureza punitiva.⁴⁹³ No mesmo sentido, há julgados do Superior Tribunal de Justiça admitindo que a ação de improbidade administrativa se trata de uma ação de caráter repressivo.⁴⁹⁴

E ainda sobre as cortes superiores brasileiras, registra-se a existência de julgados que, reconhecendo a finalidade punitiva de algumas sanções administrativas, têm trasladado a estas últimas algumas prerrogativas das sanções penais, como a vedação de penas de caráter perpétuo. Esta tem sido estendida, por exemplo, às sanções administrativas de inabilitação para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras.⁴⁹⁵

⁴⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blanco Ricardo e outros v. Panamá. Sentença de 02 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

⁴⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em: 15 set. 2005, DJ 19 dez. 2006. p. 37.

⁴⁹⁴ Conferir, dentre outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 827.445/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em: 02 fev. 2010, DJe: 08 mar. 2010.

⁴⁹⁵ “DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5º, XLVI, "e", XLVII, "b", E § 2º, DA C.F. [...]. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5º, XLVI, "e", XLVII, "b", e § 2º da C.F. [...]. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 154134/SP, julgado em: 15 dez. 1998. “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIRETOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5, XLVII, PAR. 2, E XLVI, LETRA E, DA CF. DEFERIMENTO. [...]. II. A VEDAÇÃO ÀS PENAS DE CARATER PERPÉTUO NÃO PODE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE, ESTENDENDO-SE ÀS PENALIDADES DE SUSPENSÃO E INTERDIÇÃO DE DIREITOS CAPITULADOS NO INCISO LXVI, LETRA E, DO MESMO ARTIGO. III. SEGURANÇA CONHECIDA”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 1119/DF, julgado em 18 dez. 1991.

3.5 Aplicação matizada dos princípios cardeais do direito penal à potestade administrativa sancionadora

Tendo-se em vista a ausência de tradição principiológica própria do direito administrativo sancionador, a doutrina e a jurisprudência têm recorrido à aplicação dos princípios cardeais do direito penal nesse ramo do sistema repressivo. De todo modo, a consideração dessas searas repressoras como manifestações do *ius puniendi* do Estado não constitui o embasamento exclusivo para a aplicação de certas garantias de ordem penal ao exercício da função sancionadora da Administração Pública. É que, mesmo que se entendesse pela existência de distinções ontológicas entre as ilicitudes penal e administrativa, ainda assim não haveria razão para a inaplicabilidade dos valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito, tão intimamente relacionados aos limites que devem existir no exercício de qualquer atividade sancionadora ou punitiva do Estado, seja por intermédio do direito penal, seja do direito administrativo sancionador.

Ademais, a moderna interpretação constitucional, a doutrina universal dos direitos humanos e a teoria dos direitos fundamentais conduzem a uma progressiva aproximação dos métodos hermenêuticos, particularmente quando se trata de aplicação de medidas restritas da liberdade pelo Estado, em sentido amplo ou restrito, seja de natureza penal, seja de natureza administrativa.⁴⁹⁶ E, mesmo reconhecendo-se a diversidade de regimes jurídicos entre as infrações penais e as administrativas – por escolhas meramente políticas, repita-se – assim como a autonomia e a independência dessas searas, prevalece, atualmente, a aplicação dos princípios informadores do direito penal ao direito administrativo sancionador, com certos matizes ou gradações.⁴⁹⁷

Sobre essa transposição matizada, não se há de olvidar que, na seara do direito administrativo sancionador, no que diz respeito à incidência dos princípios de direito penal, deve sempre haver “adaptação” funcional, e nunca “supressão” substancial.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 147.

⁴⁹⁷ De forma diversa, Helena Regina Lobo da Costa entende que o direito administrativo sancionador deveria ter suas garantias reforçadas por via de “uma construção própria”, que levasse em consideração suas particularidades. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

⁴⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006. V. 2. p. 171.

Sob essa ótica, destaca Alejandro Nieto que a Administração Pública, quando exerce a função sancionadora, necessita ajustar-se à dogmática penal – tipificação da infração e da sanção – e aos princípios gerais do direito penal, o qual mantém uma função integradora sobre o direito administrativo sancionador.⁴⁹⁹

A propósito, como muitas vezes já afirmado, essa posição está consolidada no Tribunal de Estrasburgo, observando-se, igualmente, que os Tribunais Constitucionais de diversos países, há algumas décadas, vêm construindo a dogmática do direito administrativo sancionado com aplicação dos princípios penais, embora com nuances, a esse domínio.

Nesse sentido, percucientes são as seguintes observações: as garantias penais e processuais do direito penal aplicam-se aos procedimentos administrativos sancionadores na medida necessária para preservar os valores essenciais que se encontram na Constituição, inclusive a segurança jurídica; e tal aplicação não deve ser entendida de forma literal e imediata, devendo haver intercambialidade de regras no que diz respeito às linhas centrais – o que impede uma translação milimétrica das garantias próprias do procedimento judicial ao procedimento administrativo sancionador.⁵⁰⁰

É que, até mesmo no direito penal, seus princípios não são de aplicação uniforme a todos os institutos, pois as regras normativas são utilizadas com variações, como ocorre, por exemplo, na omissão, na participação, na utilização das normas de concurso em certos crimes, na antecipação do risco em determinadas figuras que eliminam a diferença entre tentativa e participação etc. Por isso carece de sentido tanto propugnar a extensão das particularidades normativas do direito penal sem restrições ao direito administrativo sancionador, como fundar-se nessas diferenças para concluir pela diferente natureza de um e de outro campo.⁵⁰¹

Ainda acerca da hodierna tendência de aplicação dos princípios jurídicos consolidados no direito penal ao direito administrativo sancionador, emblemático é o exemplo alemão, no qual a lei das contraordenações – a OWiG – determina expressamente, em sua Seção 46, a utilização das regras formais e materiais do direito penal ao direito administrativo sancionador, salvo expressa previsão em sentido contrário.

⁴⁹⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 166.

⁵⁰⁰ SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989. p. 105 e seguintes. NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. *Revista Xurídica Galega*, n. 63, 2009. p. 47-70. Disponível em: <<https://www.rexurga.es>>. Acesso em: 23 ago. 2012. GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Sanciones administrativas*. Granada: Comares, 2007. p. 16.

⁵⁰¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador: parte general*. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. 2. ed. Navarra: Arazandi, 2010. p. 113-114.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda são poucos os doutrinadores – principalmente dentre os administrativistas – que defendem a necessidade da observância, no direito administrativo sancionador, dos princípios cardeais consagrados no direito penal.

Para Diogo de Figueiredo de Moreira Neto, tal descompromisso constitucional da doutrina majoritária no Brasil deve-se talvez ao fato da não percepção da inexistência de diferença substancial entre as sanções administrativas e as sanções de natureza penal não privativa de liberdade.⁵⁰²

Daniel Ferreira, do mesmo modo, é um dos que não descartam a necessária observância dos princípios que protegem o agente sancionado administrativamente, ao afirmar que, independentemente da discussão sobre a natureza da sanção (penal ou administrativa), alguns princípios são de aplicação cogente, uma vez que “tais princípios, representativos de normas comuns à atividade punitiva do Estado – seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa –, estão dispostos no art. 5º da Constituição da República”.⁵⁰³

Interessante é a posição de Helena Regina Lobo da Costa, para quem os lindes principiológicos advindos dos princípios de direito penal refletem-se na aplicação do direito administrativo sancionador brasileiro pelo fato de muitas dessas garantias não serem exclusivas do direito penal,⁵⁰⁴ mas decorrentes da simples imposição de sanções pelo Estado ao particular. Daí a necessária presença de garantias consagradas no âmbito criminal, como a da “legalidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, motivação, a possibilidade de recurso etc”.⁵⁰⁵

Além dessas garantias, destacam-se os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, bem como o da licitude das provas, da retroatividade da norma mais favorável e da proibição de *reformatio in pejus*.⁵⁰⁶ E há também de observar-se

⁵⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Infrações e sanções nos serviços públicos*. Disponível em: <<http://www.febratel.org.br>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

⁵⁰³ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86.

⁵⁰⁴ Segundo essa autora, “tanto é assim que muitos princípios hoje consagrados na esfera penal tiveram seu nascedouro e desenvolvimento no âmbito administrativo. Exemplificadamente, pode-se mencionar o princípio da proporcionalidade, cuja fórmula de necessidade, idoneidade e proporcionalidade foi desenvolvida com vistas ao controle dos atos administrativos [...]”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206.

⁵⁰⁵ Idem. p. 205-206.

⁵⁰⁶ SUNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 80. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Parecer sobre direito administrativo sancionador. Disponível em: http://www.iiede.org.br/arquivos/parecer_drlogomoreiraneto_anatel>. Acesso em: 04 abr. 2010. PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

que, para a configuração da infração administrativa, exige-se a presença do elemento volitivo, no sentido de consciência e de intenção do agente de cometer a conduta tipificada como infração administrativa ou, pelo menos, de ausência do dever de cuidado, por não terem sido empregadas a atenção e diligências devidas.⁵⁰⁷

Com o objetivo de reforçar o entendimento acerca da imprescindibilidade de elemento subjetivo – dolo ou culpa, a depender do tipo legal – para a configuração da infração administrativa, invoca-se o direito estrangeiro, especificamente a posição da jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha. Este sustenta que, para a imposição de uma sanção administrativa, exige-se, além da tipicidade e da ilicitude da respectiva infração administrativa, a culpabilidade ou reprovabilidade do agente, elemento que constitui um dos princípios cardeais do direito penal e que também é aplicável ao direito administrativo sancionador.⁵⁰⁸

Diferente não é o ordenamento jurídico da Alemanha, que prevê na lei das contraordenações, em sua Seção 10, que apenas os atos dolosos poderão configurar infrações administrativas, admitindo-se, excepcionalmente, e desde que haja previsão legal para isso, a imposição de sanções administrativas em face da prática de atos negligentes.

Em relação ao direito brasileiro, pelo menos no que diz respeito à improbidade administrativa, restou consolidada no Superior Tribunal de Justiça a orientação que exige a presença de elemento subjetivo do agente para a configuração do ato ímprobo.⁵⁰⁹

Quanto à aplicação do princípio da legalidade, cuja incidência já quase não é mais discutida entre os estudiosos do direito administrativo sancionador, há decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de que o princípio da legalidade estrita informa o direito de punir do Estado, globalmente considerado.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Helena Regina Lobo da Costa é um das doutrinadoras brasileiras que não olvidam da necessidade do elemento subjetivo para a configuração da infração administrativa, devendo, *in casu*, ser aferida a responsabilidade individual subjetiva do agente, pela presença do dolo ou culpa, de acordo com a previsão legal. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 224.

⁵⁰⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador: parte general*. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. 2. ed. Navarra: Arazandi, 2010. p. 464.

⁵⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 827.445/SP*, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em: 02 fev. 2010, DJe: 08 mar. 2010. Há de se destacar que tal posição foi pacificada pela 1ª Seção do mesmo Tribunal, que assim decidiu: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em: 25 ago. 2010, DJe: 27 set. 2010.

⁵¹⁰ Dentre os julgados relevantes da Suprema Corte brasileira, invoca-se a decisão do Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos: “nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal”. BRASIL. Supremo Tribunal

Ainda no cenário jurídico brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a aplicação da pena, mesmo na esfera administrativa, há de observar o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, e que a punição deve “ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir ao erário público) e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais)”, não podendo a sanção, em hipótese alguma, “ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato”, sob pena de caracterizar-se “desvio de finalidade [...], tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita à revisão pelo Poder Judiciário”.⁵¹¹

Há também de ser destacado que, embora no direito brasileiro haja pouco desenvolvimento desse tema na seara do direito administrativo sancionador, dúvida não há sobre a incidência do princípio do *ne bis in idem* nessa instância, não sendo aceitável a acumulação de mais de um procedimento ou mais de uma sanção administrativa pelos mesmos fatos e fundamentos.

E como lembra Fábio Medina Osório, é corriqueira a possibilidade de múltiplas instâncias administrativas incidirem, simultaneamente, na tutela e repressão de um mesmo fato, como ocorre, por exemplo, entre as atribuições do Banco Central do Brasil, vinculado ao Ministério da Fazenda, e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.⁵¹²

Federal. AC-AgR-QO - 1033/DF – Rel. Min. CELSO DE MELLO – TRIBUNAL PLENO, julgado em: 25 maio 2006. Seguindo idêntica orientação, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que, sem previsão legal da infração, não se pode falar em aplicação de sanção administrativa: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1134417/MG*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em: 24 nov. 2009, DJe: 01 dez. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ROMS 19510/GO*. Processo: 200500047108. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma, julgado em: 20 jun. 2006. DJ 03 ago. 2006. p. 202.

⁵¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 20.665/SC*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em: 05 nov. 2009, DJe: 30 nov. 2009.

⁵¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 311.

4 CONTRIBUTO PARA A DENSIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Depois de relatados os aspectos universais do princípio do *ne bis in idem*, sua evolução e sua configuração nos mais diversos cenários de direito internacional e estrangeiro, aliados à constatação da inexistência de diferença estrutural entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, é chegado o momento de indicar o que se entende como o verdadeiro sentido e o alcance de um dos mais basilares princípios de tutela da liberdade do homem.

Assim, considerando-se que a presente investigação é motivada pela necessidade de compreender os horizontes do princípio do *ne bis in idem*, espera-se contribuir, por meio das proposições adiantes enunciadas, com o debate sobre a necessidade de se atribuir concretude às garantias por ele enunciadas.

Sem abdicar do que já foi assegurado, pretende-se ir mais além, abrindo-se novas vias de reflexão, descobrindo-se novos ou, melhor, genuínos sentidos do princípio do *ne bis in idem*

4.1 Significado

Em respeito à unidade que deve ter o pensamento jurídico, retornando-se às bases do direito ático, como forma de reconstrução da tradução genuína do princípio do *ne bis in idem*, entende-se que este deve corresponder a um princípio geral de direito, elevado, hodiernamente, a direito fundamental do indivíduo, pelo qual se proíbe a pluralidade de consequências jurídicas derivadas de uma só conduta e sob os mesmos fundamentos.

Preferiu-se não utilizar, na conceituação proposta, expressões como processo, julgamento, pena ou sanção, optando-se por incluir no espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem* uma proibição fundada na impossibilidade de repetição de qualquer consequência jurídica de natureza sancionadora decorrente dos mesmos fatos e dos mesmos fundamentos, a qual bem expressa a percepção sistêmica aqui invocada.

Isso porque, por força da unidade do *ius puniendi* do Estado, consistindo o direito administrativo sancionador e o direito penal em manifestações de uma mesma singularidade, qualquer consequência de natureza punitiva aplicada por essas esferas possui aptidão de gerar os efeitos do *ne bis in idem*.

No sentido aqui preconizado, cita-se a observação de Muñoz Clares, para quem, pela mesma razão pela qual “o toque da tecla de um piano dá lugar a um único som, um só fato deve dar lugar a uma só consequência jurídica estabelecida pelo direito sancionador”.⁵¹³

É que, aplicada uma determinada sanção a uma específica conduta, ocorre o esgotamento da reação punitiva ou, como diz o Tribunal Constitucional da Espanha, “la reacción punitiva ha quedado agotada”,⁵¹⁴ proibindo-se a multiplicação dos efeitos jurídico-punitivos advindos de um mesmo fato.

Importante também mencionar-se que a proibição de qualquer “gravame” incidir negativamente duas vezes sobre o mesmo assunto não é exclusiva do direito punitivo, sendo possível encontrar manifestações dessa proibição em assuntos alheios à esfera sancionatória,⁵¹⁵ como já notara Demóstenes, quando se insurgiu contra a lei de Leptino.⁵¹⁶

Enfim, não se olvidando do pensamento de Quintiliano, quando disse que a fórmula *bis de eadem re ne sit actio* não era muita esclarecedora (*genus ex iure obscure*),⁵¹⁷ apresentasse o significado do princípio do *ne bis in idem*, em uma síntese mais ampla possível, como o direito do indivíduo à unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos.

⁵¹³ MUNOZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 259.

⁵¹⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. *STC 154/1990*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

⁵¹⁵ No sentido dessa assertiva, traz-se à colação o seguinte julgado: “a incidência da taxa SELIC a título de juros moratórios, a partir da entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, exclui a incidência cumulativa de correção monetária, sob pena de *bis in idem*”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no Ag 1401515/PR*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em: 10 abr. 2012, DJe: 16 abr. 2012. E ainda: “haveria injustiça se o Fisco exigisse que a contribuinte, além de recolher PIS/Cofins sobre suas vendas, pagasse essas mesmas contribuições (que incidem sobre a receita bruta) também sobre o valor do creditamento relativo ao insumo. Ocorreria, nessa situação hipotética, *bis in idem*, pois o vendedor do insumo já recolheu, em tese, a contribuição que recai sobre essa receita”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1118274/PR*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em: 16 set. 2010, DJe: 04 fev. 2011.

⁵¹⁶ A lei de Leptino dizia respeito à situação não-penal, especificamente imunidade tributária, havendo Demóstenes, em seu discurso, aduzido que: “[...] as leis proibem proceder judicialmente duas vezes contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos, quer se trate de ação civil, de prestação de contas, [...] ou de qualquer outro pleito desse gênero”. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Ano 4, n. 16, jul./set., 2005. p. 19.

⁵¹⁷ “*Solet et illud quaeri quo referatur quod scriptum est ‘Bis de eadem re ne sit action’ id est, hoc ‘bis’ ad actorem an actionem. Haec ex iure obscure*”. Quintiliano *Institutiones Oratoriae* 7, 6, 4. TRACOGNA, Clara. *Ne bis in idem and conflicts of jurisdiction in the European area of liberty, security and justice*. *Lex ET Scientia International Journal (LESIJ)*, 2011. Disponível em: <<http://www.lexetscientia.univnt.ro>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

4.2 Fundamento

No capítulo 1, foram relatados que são multiformes as *rationes* atribuídas pela doutrina ao princípio do *ne bis in idem*. Sem embargo da extrema relevância daqueles fundamentos, objetivando-se ser coerente à proposição formulada quanto ao sentido do *ne bis in idem*, defende-se que a *ratio* desse princípio fundar-se-ia na interdição de uma quase ilimitada possibilidade sancionatória do Estado, como efeito ou consequência do anterior exercício do *ius puniendi*.

Ressalta-se que isso não significa dizer que os outros argumentos devam ser rechaçados. Até porque, analisando-se as razões neles aduzidas, percebe-se que, na verdade, correspondem a reflexos da impossibilidade de determinada infração à lei continuar gerando efeitos, a não ser, evidentemente, de cunho executório, após a prolação de decisão definitiva sobre tal questão.

Com efeito, nos enunciados invocados a favor dos princípios da legalidade, tipicidade, proporcionalidade e culpabilidade como fundamentos do *ne bis in idem*, encontram-se expressões que traduzem fielmente a impossibilidade da renovação do *ius puniendi* estatal em face dos mesmos fatos e fundamentos, a saber:

- a) o princípio do *ne bis in idem* configura-se como direito fundamental do cidadão frente à decisão do poder público de castigá-lo por fatos que já foram objeto de sanção como consequência do anterior exercício do *ius puniendi*;⁵¹⁸
- b) uma vez exercida a potestade sancionadora sobre um fato, já não mais se permite o seu exercício;⁵¹⁹
- c) a aplicação de determinada sanção a um fato específico tem como pretensão esgotar o desvalor nela contido;⁵²⁰ e
- d) a sanção legalmente prevista há de ser considerada “autossuficiente”, sob uma perspectiva punitiva.⁵²¹

⁵¹⁸ ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 177/1999 (sentencia), publicación BOE 18 nov. 1999*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

⁵¹⁹ ESPANHA. Tribunal Supremo. *STS de 26 de febrero de 1985*. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

⁵²⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995. p. 79.

⁵²¹ RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. 2008. (Tese de doutoramento) - Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2008. p. 180-181.

Por outro lado, não são poucos os que fundamentam o princípio do *ne bis in idem* na força preclusiva da autoridade da coisa julgada. Todavia, apesar de serem institutos estreitamente correlacionados, não são coincidentes. Ademais, a coisa julgada não é a única instituição que pretende salvaguardar o princípio do *ne bis in idem*, tampouco tem exclusivamente esse mister.

É que a coisa julgada é um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo.⁵²² Assentado, substancialmente, na estabilidade definitiva das decisões judiciais exclui a possibilidade de reexame, dentro do mesmo processo, de questões já decididas – coisa julgada formal. Igualmente, desde que resolvida a pretensão processual, em termos finais, o conteúdo dessa decisão irradia-se extraprocessualmente, impedindo não apenas a renovação da relação processual resolvida, mas, principalmente, a vedação de qualquer outro procedimento, no mesmo juízo ou em juízos posteriores, sobre o objeto do processo transitado em julgado – coisa julgada material.⁵²³

Quanto aos efeitos da coisa julgada, costuma-se dizer que são dois os seus elementos. Um positivo, que é a proibição de que se decida uma pretensão processual resolvida em processo anterior, de forma diversa ao já decidido, e outro negativo, que é a proibição de que seja reformulada a pretensão processual já decidida.⁵²⁴ E é quanto a esse último aspecto que tradicionalmente se vincula o princípio do *ne bis in idem* à coisa julgada.⁵²⁵

⁵²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. V. 3. p. 295. Diferentemente do que pensavam os romanos, hodiernamente, sobretudo depois da construção teórica de Liebman, da primeira metade do século XX, prevalece o entendimento de que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvidio Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 05-06.

⁵²³ Ressalta-se que não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas: “a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. V. 3. p. 296.

⁵²⁴ É corrente a afirmação de que a coisa julgada penal produz, unicamente, o efeito excludente de reexame dos mesmos fatos – efeito, ou função, negativa –, não ocorrendo a obrigação de que outros juízos reconheçam a função positiva da coisa julgada penal, a ponto de determinar-se, prejudicialmente, em qualquer situação, o conteúdo de segunda sentença. Entretanto, recusar, por completo, o efeito positivo da coisa julgada penal não é a solução mais adequada. A questão encontra-se intimamente ligada à fundamentação da sentença, especificamente aos chamados casos amplexivos da coisa julgada, aqueles nos quais a autoridade da coisa julgada material poderá recair sobre os motivos do *decisum*. Nesse sentido: ARMENTA DEU, Tereza. *Lecciones de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 311; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre la cosa juzgada. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991. p. 162. Sobre a eficácia *ad extra* das sentenças penais, consular: ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99 e seguintes. E mesmo não admitindo o efeito positivo da coisa julgada no processo penal, Ada Pellegrini Grinover admite, em algumas hipóteses, a existência de vinculação do *decisum* a outros juízos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 22.

⁵²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, 1950. V. 4. p. 81. Da mesma forma, para Fenech, a fórmula *ne bis in idem* era

É evidente que a consequência mais importante – ou mais imediata – do princípio do *ne bis in idem* é a proibição de cunho processual, consistente na duplicidade de procedimentos. E admite-se que essa manifestação dos efeitos do *ne bis in idem* é exercida ou cumprida pelos efeitos negativos da coisa julgada.

Entretanto, essa íntima conexão que guarda o princípio do *ne bis in idem* com a coisa julgada não corresponde à matriz fundamental desse postulado. Isso porque a coisa julgada tem por finalidade conferir estabilidade e segurança para a saúde do sistema jurídico, especificamente das relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença, enquanto o princípio do *ne bis in idem* tem por missão proteger, de forma direta, a situação jurídica do cidadão, assegurando-lhe proteção de natureza individual, representada pela unicidade da (re)ação punitiva estatal.

Não se nega, contudo, que o princípio do *ne bis in idem* influencie positivamente a imagem da justiça, com reflexos mediatos nos índices de respeitabilidade e de confiança da sociedade no funcionamento de tal sistema. Assim como não se olvida que a coisa julgada até cumpre uma das finalidades do princípio do *ne bis in idem*, mas não esgota o seu alcance, mesmo porque não é o instrumento exclusivo de sua materialização.

Tanto é assim que a proibição (*ne*) de duplicidade de consequências punitivas (*bis*) opera efeitos impeditivos, inclusive nas hipóteses em que, pelo menos em sentido próprio ou estrito, não se pode falar de autoridade de coisa julgada quanto ao primeiro julgamento ou quanto à primeira penalidade imposta. E aí reside a diferença qualitativa entre a proteção individual exercida pelo princípio do *ne bis in idem* e a que resultaria da autoridade da coisa julgada.

Enquanto esta tem apenas vocação para proteger a estabilidade de uma decisão, aquele protege a situação jurídica individual decorrente dessa decisão, evitando que a decisão de uma outra autoridade punitiva, em aplicação de regras ou pressupostos diferentes (e por isso, sem possibilidade de pôr em causa a palavra, a *juris dictio* da autoridade que se houvera já pronunciado), possa alterar a situação já definida.⁵²⁶

Por outro lado, haja vista o imbricado vínculo entre a coisa julgada e o princípio do *ne bis in idem*, há até quem afirme que a relação entre tais institutos seria em sentido inverso à acima analisada, tendo a coisa julgada o seu fundamento na proibição do *bis in idem*.

consequência da função negativa da coisa julgada. Dizia esse autor que, por *ne*, deve-se interpretar a proibição de dois processos com o mesmo objeto. E, nesses termos, “um tribunal posterior não poderá emitir qualquer decisão quando o objeto do processo foi sentenciado anteriormente”. FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Labor S.A, 1952. V. 2. p. 529. Assim também pensava Goldschmidt, ao conceber a proibição do *bis in idem* como efeito típico da coisa julgada penal. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 38-42.

⁵²⁶ RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 82.

Frederico Isasca é um dos que sustentam que “o princípio do caso julgado tem as suas mais profundas raízes no direito romano, ou talvez mesmo antes, surgindo como corolário lógico do *non bis in idem*”.⁵²⁷

No entanto entende-se que não há, pelo menos de forma precisa, como aclarar a natureza dessa inter-relação, a ponto de indicar se a coisa julgada teria, ou não, seu fundamento na proibição do *bis in idem*. Nesse sentido, transcreve-se observação de León Villalba:

Quem veio antes, e, portanto quem influiu em quem, a proibição de *bis in idem* ou o instituto da coisa julgada? Responder a essa pergunta parece, *a priori*, uma tarefa impossível, já que para isso teria que se determinar com exatidão o momento preciso de nascimento da cada instituto bem como as funções que ambos cumpriam. Nesse sentido, devemos recordar a confusão criada na utilização de ambos institutos nos marcos do processo formulário e a interposição de requisitos que posteriormente gerou uma identidade prática em sua aplicação. Durante esse período a máxima [do *ne bis in idem*] utilizava-se como justificativa e com a mesma finalidade que a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, isto é, para obstaculizar a renovação de novas diligências judiciais e, portanto, foram-lhe estendidos os mesmos requisitos [...].⁵²⁸

Com efeito, a incompreensão histórica decorrente da vinculação do princípio do *ne bis in idem* à coisa julgada, acentuada pela concorrência dos mesmos requisitos no reconhecimento de ambos os institutos, deve-se à aplicação da máxima *bis de eadem re ne sit actio*, no direito romano, para impedir a renovação de questão julgada.

Daí surge a necessidade de serem analisados os argumentos invocados pelos juristas romanos nessa questão. Até porque, considerando-se a quase inexistência de literatura sobre essa questão no direito ático, há realmente de buscar-se em fontes relativas ao direito romano os traços elucidativos da matriz estrutural desse princípio.

Habitualmente, considera-se a civilização romana como a matriz do direito moderno. Todavia, não se há de olvidar que foi na Grécia onde ocorreu a transformação revolucionária do pensamento humano, tanto que, nos estudos do direito romano, reconhece-se plenamente a estreita influência da filosofia grega na construção do raciocínio jurídico romano.⁵²⁹ Mesmo que não se possa atribuir aos gregos o título de juristas, no sentido intenso do vocábulo, não

⁵²⁷ ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 215. No mesmo sentido: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991. p. 25. Ainda: PARDO, M.; RUBIO, E. et al. *Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional*. Disponível em: <<http://ocw.um.es>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

⁵²⁸ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 443.

⁵²⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897. p. 03-07. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 31 jul. 2012. “A filosofia grega foi um sopro benfazejo sobre a rigidez romana”. MEIRA, Silvio A. B. *O direito romano e seus adversários: perspectivas para o futuro*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

se nega que eles foram os grandes teóricos da *iusfilosofia*.⁵³⁰

De outra sorte, ainda que não haja consenso acerca da influência imediata do direito da Grécia Antiga no direito romano,⁵³¹ não se nega que grande parte das fontes teóricas deste último remete-se ao direito grego⁵³². Muitos admitem, inclusive, a existência, em Roma, de compilação de leis e teorias jurídicas da Grécia Antiga, principalmente de Atenas e Esparta. A respeito disso, Arnaldo Godoy afirma que a Lei das XII Tábuas resultou da expedição romana a Atenas, “que percebida com os olhos de hoje sugere-nos operação pragmática de direito comparado”.⁵³³

Como mencionado no capítulo 1, o primeiro registro do princípio do *ne bis in idem* no direito romano deu-se, provavelmente, na Lei das Doze Tábuas, do final do século IV a.C., na qual constava o impedimento do *bis de eadem re agere ne liceat*. Talvez esse tenha sido o embrião da garantia da coisa julgada.⁵³⁴

E corroborando a comunicabilidade do direito greco-romano, recorda-se que a legislação de Sólon já previa a possibilidade de insurgir-se contra a renovação de questão já julgada, que poderia dar-se por meio da *exceptionem interponere actioni ad eludendum id*

⁵³⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. p. 75-76. Ainda sobre a importância do direito grego no desenvolvimento das instituições jurídicas ocidentais, para Fábio Vergara Cerqueira deve-se à civilização grega o sentido da universalidade da justiça: “um direito que valha de forma igual para todos cidadãos”. *As origens do direito ocidental na pólis grega*. CERQUEIRA, Fábio Vergara. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

⁵³¹ Abelardo da Cunha, por exemplo, é um dos que negam a influência do direito da Grécia Antiga no sistema jurídico romano. LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito, instituições jurídicas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 45-46. Também: SALDANHA, Nelson. *A lei das doze tábuas e o direito penal romano*. Disponível em: <<http://www.unicap.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁵³² SANTOS, Robson Borges dos. O direito ateniense clássico e o seu legado cultural: educação política e as (proto)profissões jurídicas. *Revista online do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁵³³ “Os romanos teriam estudado o direito grego ao conceberem a legislação das XII Tábuas. Embora dotados de sentido pragmático, em oposição à percepção mais metafísica da jurisprudência helênica, os romanos se apoderaram de soluções gregas, que teriam influenciado a composição do texto das XII Tábuas. Dizia-nos velho ditado que *Graecia capta ferum victorem cepit*, isto é, que a Grécia conquistada conquistou o selvagem vencedor. A parêmia identificava também a influência que o direito helênico exercera sobre a concepção jurídica romana. Ao que consta, por volta do ano de 452 a.C. os romanos Postúmio, Mânlio e Sulpício teriam estado em Atenas de modo a conhecerem o direito grego”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas introdutórias ao direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos>>. Acesso em: 31 jul. 2012. No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci informa que teria sido enviada a Atenas uma comissão constituída por três membros (Spurius Postumius, Servius Sulpicius e Aulus Manlius), com o objetivo precípuo de estudar as leis de Sólon. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29. Há, ainda, quem atribua ao filósofo grego Hermodoro de Éfeso, residente em Roma, a contribuição na elaboração da Lei das XII Tábuas, traduzindo e interpretando a legislação ateniense, sobretudo as leis de Dácon e Sólon. ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62-63 e p. 86. Para saber mais sobre a “helenização” da cultura romana, inclusive da jurídica, recomenda-se consultar: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito grego & historiografia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵³⁴ ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche: trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. V. 2. p. 44-45.

*quod in intentionem condemnationemve deductum est.*⁵³⁵ No entanto foi na *praxis* romana, sobretudo durante o período formulário, que o impedimento de discutir-se assunto anteriormente arguido em juízo, nominado *exceptio rei in iudicium deductae*, passou a exercer a mesma função da coisa julgada.

É que, relacionado aos efeitos da *litis contestatio*, havia a extinção do *ius actionum*, que era atrelado à própria relação de direito material deduzida em juízo – *deducta* –, com efeito consuntivo, expresso pela regra obstativa de nova ação.⁵³⁶ Precluía-se a possibilidade de discutir o “deduzido”, tornando-se irrelevante a arguição do “dedutível” – aquilo que poderia ter sido deduzido.

Para os romanos, o resultado do processo traduzia-se no bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*). Daí a extinção da obrigação e do direito de ação, de forma satisfativa. Após a celebração da *litis contestatio*, o direito do demandante já não guardava qualquer vínculo com a questão discutida em juízo, correspondendo a um novo direito, formado pelo vínculo processual entre as partes, cujo resultado deveria obrigatoriamente ser por elas aceito.

Em resumo, a coisa julgada era o resultado do processo – a *res iudicata* –, traduzida pela *res de qua agitur*, depois que se julgou devida ou não devida, transformando-se em “novação processual”. A *res iudicata* era o único e exclusivo efeito do *iudicatum*, a qual era entendida como efeito da sentença, que resultava da força criadora do ato judicial.⁵³⁷ Não havia necessidade de recorrer-se a outros elementos, pois “o *iudicatum* impunha ao réu uma obrigação, sancionada pela *actio iudicati*, que não diferia, em nada, das outras *obligaciones*, ou então o liberava do vínculo emergente da *litis contestatio*”.⁵³⁸

Posteriormente, a coisa julgada deixa de ser um antecedente lógico do *iudicatum* para constituir-se no próprio ato que solucionava a controvérsia – *sententia*. Por último, representava a coisa julgada a “entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao monopólio do Estado”, na *extraordinaria cognitio*, até consolidar-se na codificação de

⁵³⁵ PETIT, Samuel. *Leges atticæ*, liv. IV, tit. IV in WESSELING, Peter et al. : continens varios commentatores, qui jus romanum - , 1741. p. 429. Disponível em: <<http://www.books.google.it>>. Acesso em: 07 jul. 2012. No mesmo sentido: ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*: Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. V. 2. -

⁵³⁶ NEVES, Celso. *Cosa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 11-12.

⁵³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 205.

⁵³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 02-03.

Justiniano.⁵³⁹

Todavia, em todas essas fases do direito romano, a proibição de renovação tanto das questões deduzidas no processo (*res deducta*) como das dedutíveis era tida como consequência natural da repercussão do exercício da demanda e de sua posterior resolução, por força da regra geral da consunção.⁵⁴⁰

A propósito, as *Institutas* de Gaio não permitiam que as pretensões acionáveis fossem mais de uma vez efetivamente acionadas. Não era possível nova demanda pelo mesmo direito.⁵⁴¹ Assim a aplicação, no direito romano, da máxima *bis de eadem re ne sit actio*, também indicada pela expressão *bis de eadem re agere non licet*, foi a solução pragmática encontrada para solucionar eventual concorrência de ações. Independentemente do teor da decisão, deduzida a coisa em julgamento, já não era possível nova demanda pelo mesmo direito. E era por meio da *exceptio rei in iudicium deductae*, que se impedia a potestade de pleitear nova *actio*, a qual restava perempta.

Observa-se, da mesma forma, que, no direito romano, a significação da *res iudicata* era dada não apenas pela consumação da *actio*, mas igualmente pela força criadora da sentença, que poderia consistir em uma obrigação ao réu ou em uma liberação do vínculo criado pela *litis contestatio*. E uma vez ditada essa “condenação” ou “absolvição”, perimia-se o direito “criado” pela sentença.

Ainda acerca do sistema processual romano, destaca-se que, até pela evolução nele experimentada, com a superação da vingança taliônica para um direito de litigar, concebia-se que o direito de ação, ao ser exercitado, consumia-se integralmente, em razão da absorção do direito alegado pelo vínculo processual definido. Com isso, considerava-se a situação satisfeita, em moldes semelhantes ao que ocorria com a vingança, que, ao ser posta em prática, tinha-se como uma obrigação cumprida, no sentido de ter sido “pago” inteiramente aquilo que se devia.⁵⁴²

Desse modo, entende-se que, apesar dos referenciais do direito romano terem se voltado mais diretamente para a proibição de ordem processual do *ne bis in idem*, deles

⁵³⁹ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 45.

⁵⁴⁰ LIEBMAN, op. cit., p. 03.

⁵⁴¹ “Quando se fez comparecer o autor para a litiscontestação, a [...] *exceptio* tinha a mesma eficácia que uma peremptória; produzia uma definitiva *absolutio* do demandado, com força de coisa julgada; o autor perdia o pleito e não podia demandar mais”. BÜLLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 63-65.

⁵⁴² LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 45

extraem-se indicações de que tal princípio tem como base a impossibilidade de um mesmo ato gerar múltiplas consequências. Inclusive pode-se aferir essa assertiva dos termos tradicionalmente encontrados nos estudos das fontes históricas para justificar a proibição de mais de um pronunciamento pelas mesmas razões, quais sejam, “consumir”, “perimir”, “exaurir”, “esgotar”, “absorver”, “pôr termo”, “extinguir”, “acabar”, “cessar”, dentre outros.

Em sentido semelhante, Muñoz Clares, utilizando expressões que remetem à doutrina da coisa julgada no direito romano, aduz que a consunção é o “motor interno” do princípio do *ne bis in idem*. Por isso propõe que poderia tal postulado ser denominado de “princípio da equivalência consuntiva fato/tipo”. É que, nessa perspectiva, para determinado fato, somente poderá ser a ele associada uma única consequência, na proporção fato/tipo.

Ao explicar essa limitação, sustenta que:

Uma vez contemplada uma conduta, a aplicação de um tipo penal ou de uma infração administrativa e, portanto, de sua consequência sancionadora, consome o fato e extingue sua vigência temporária; logo, se o Estado, em um exercício abusivo do *ius puniendi*, pretende reiniciar a persecução do fato, como tal, este já foi consumido e, assim, não cabe dele extrair nenhuma outra consequência, pois esse fato, no presente, já não tem vigência [...] e não cabe revitalizá-lo de forma alguma.⁵⁴³

Seguindo essa linha, Juliette Lelieur-Fischer afirma que restou superada a noção tradicional limitada ao efeito preclusivo processual de respeito à coisa julgada. E tal princípio há de ser compreendido com base no princípio da unicidade de ação repressiva estatal, centrado na simples constatação de que, a um ato delituoso, não pode ser dada mais do que uma resposta.⁵⁴⁴ Pendendo sobre o indivíduo já julgado a possibilidade de ser novamente processado ou condenado pelo Estado, pela prática de uma só conduta, rebaixa-se tal cidadão a objeto de tirania do quase ilimitado *ius puniendi* do Estado. Permaneceria em “estado de vida suspensa” perante a ameaça de um novo processo. E daí adviria a negação da dignidade do homem.

Por isso é que, para Juliette Lelieur-Fischer, a matriz estruturante do princípio do *ne bis in idem* funda-se na necessidade de ser respeitada a dignidade do ser humano e, consequentemente, de valores como coerência e racionalidade do ordenamento jurídico, vedação à arbitrariedade e ingerência do Estado, segurança jurídica individual, legalidade, proporcionalidade, entre outros.⁵⁴⁵

⁵⁴³ MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 263-264.

⁵⁴⁴ 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. 335.

⁵⁴⁵ Idem. p. 370 et. seq.

Essa também é a opinião de Vânia Costa Ramos, ao sublinhar que o *ne bis in idem* é um princípio essencial à efetivação da dignidade do homem, como proteção contra a imprevisibilidade da ação estatal e contra a limitação injustificada da liberdade, defendendo-se o indivíduo dos abusos do poder do Estado.⁵⁴⁶

Por todos esses argumentos, defende-se, na presente investigação, que, “ajustadas as contas”, compensada a ação do cidadão com a reação estatal, já não mais se permite a imposição de qualquer consequência jurídica. E essa afirmação não se consubstancia apenas na perspectiva de consunção do fato em razão de anterior reação punitiva, mas também como forma de se concretizar o princípio da dignidade do homem.

Como já indicava Kant, a diferença do homem dos demais seres é a sua dignidade. Sempre que o homem é tratado não como um fim em si mesmo, mas como um objeto ou meio para se atingir determinadas finalidades, sua dignidade é violada.⁵⁴⁷

E partindo-se dessa ideia, deve-se compreender que o princípio da dignidade humana impede que o homem seja convertido em objeto de perseguições permanentes, como se a espada de Dâmocles estivesse sempre pendente sobre si. É que, considerando-se que a proteção da esfera de liberdade do cidadão constitui um elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana,⁵⁴⁸ o *ne bis in idem* somente poderia ser cumprido quando baseado na ideia de limitação do poder estatal.

⁵⁴⁶ “O *ne bis in idem* garante ao indivíduo a proteção de sua pessoa contra os incômodos, as agressões a sua esfera jurídica decorrentes da repetição de uma ação punitiva. Uma ação punitiva não é algo meramente formal, burocrático. Pelo contrário, numa ação de natureza punitiva não há qualquer momento livre de agressão aos direitos fundamentais do indivíduo visado. O complexo processual consubstancia uma violação prolongada ao direito à liberdade – manifestado na [...] aplicação de medidas coativas sobre a pessoa e sobre o patrimônio do indivíduo, obrigando a uma afetação de seus recursos financeiros para a sua defesa. Sem mencionar o efeito a nível psicológico que pode, em certas circunstâncias, transformar o processo num verdadeiro purgatório, numa infundável tormenta, num encarceramento em liberdade. Esta afetação da liberdade individual repercute-se também a nível social, através da estigmatização causada pela mera existência de uma ação penal contra o indivíduo, bem como no núcleo familiar próximo, fustigado (in)diretamente pelas implicações psicológicas, sociais e patrimoniais sofridas pelo visado”. RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 94-95.

⁵⁴⁷ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes. Parte I. Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 146-147. e seguintes. Ainda Kant: “[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58. Consultar também: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21 e seguintes.

⁵⁴⁸ “A natureza humana do Homem – única pelo signo da liberdade – é a razão de sua dignidade. Aniquilada a liberdade, violar-se-á sua dignidade”. RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 97. Sugere-se também consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91386, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em: 19 fev. 2008, DJe-088 de 15 maio 2008. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87111, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em: 21 fev. 2006, DJ 23 jun. 2006. p. 70. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5758, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em: 13 maio 2009, DJe-148 de 06 ago. 2009.

Isso porque, para cada ato delituoso não pode ser dada mais do que uma resposta. Do contrário, o homem seria submetido a uma situação jurídica indefinida, indigna com a condição humana, assemelhando-se a “máquina de perseguição” a um “epulão insaciável, movida pela fobia de deixar impune o hipotético réu”.⁵⁴⁹ E, nos tempos presentes, sob o signo dos valores edificantes dos Estados Democráticos de Direito, tal desiderato já não se coaduna com a necessária tutela jurídica da liberdade dos indivíduos que estão sob o *ius persecuendi* estatal.⁵⁵⁰

Em suma, consolidando-se o que se analisou, propõe-se, como fundamento axial do princípio do *ne bis in idem*, o direito de proteção do indivíduo à unicidade da (re)ação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos, centrado no princípio da dignidade do homem.

4.3 Função

Em face do significado e do fundamento do *ne bis in idem* acima apresentados, depreende-se que a função desse princípio há de ser a interdição de que recaia, sobre uma mesma conduta objetivada juridicamente, uma pluralidade de consequências jurídicas, seja de natureza material, seja processual. E essa proibição deverá dar-se independentemente da autoridade estatal que a pronuncie.

É que o campo de atividade do princípio do *ne bis in idem* estende-se à multiplicidade de planos do *ius puniendi* do Estado, proibindo-se, a qualquer dos seus numerosos agentes, órgãos, instituições, tribunais, juízos, agências, entre outros, a realização de qualquer segunda

⁵⁴⁹ CORDÍ, Lorenzo. Il principio del *ne bis in idem* nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia. *Indice penale*, V. 10, n. 2, 2007. p. 765. Como diz Muñoz Clares, em não sendo assim, corre-se o risco de aceitar-se manifestações “esquizofrênicas” do Estado como titular do *ius puniendi*. MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal*: definición, patologia y contrarios. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 269. Acresça-se a essa advertência, a afirmação de que, nos paradigmas vigentes de perseguição penal dos Estados Democráticos de Direito, já não mais se permite a busca desenfreada da ilusória “verdade material”. O juiz, ao julgar os fatos imputados ao acusado, deve escolher a hipótese mais racional dentre suas diversas reconstruções possíveis, correspondendo a verdade processual à “hipótese mais provável”, segundo os elementos de confirmação existentes nos autos, desde que subordinados aos princípios e às garantias constitucionais. A propósito, vide: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 101, 2001.

⁵⁵⁰ “No Estado de Direito o processo penal não deixa de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à perseguição criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e consequentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova escola processual de São Paulo*: novas tendências do direito processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 67.

(re)ação punitiva pelos mesmos fatos e fundamentos.

Tradicionalmente, elenca-se na doutrina, como principais funções do princípio do *ne bis in idem*, a proibição encartada na expressão *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém pode ser submetido a mais de um processo ou mais de uma investigação pelo mesmo delito), bem como a interdição consubstanciada na máxima *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém pode ser castigado duas vezes pelo mesmo delito).

No entanto, tendo-se em vista a propalada unidade do *ius puniendi* do Estado, objetivando-se alcançar o espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem*, em sua integralidade, em termos semelhantes às percepções sistêmicas sugeridas para o significado e fundamento de tal princípio, propõe-se, sob uma só perspectiva, a indicação do seu eixo funcional.

Ademais, as chamadas dimensões do princípio do *ne bis in idem* não são extensões estanques, até porque o direito penal, além da indiscutível interpenetração com o direito administrativo sancionador, também exerce – e recebe – influência do direito processual penal.⁵⁵¹

De qualquer forma, apresenta-se a individuação do que é por ele proibido em uma tríplice dimensão: processual, indicada pela máxima *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*; material, traduzida na expressão *nemo debet bis puniri pro uno delicto*; e transversal, relacionada à impossibilidade de sobreposição de sanção administrativa e sanção penal pela mesma conduta objetivada juridicamente e com os mesmos fins.

Quanto a esta última problemática, nominou-se tal inter-relação de dimensão transversal⁵⁵² do princípio do *ne bis in idem*, pois, mesmo aqueles que não aceitam que o direito penal e o direito administrativo sancionador sejam manifestações da unidade da potestade punitiva estatal, não podem negar a existência de congruência de valores em pontos de interseção desses dois ramos do ordenamento jurídico.

No que diz respeito à dimensão ou extensão processual do princípio do *ne bis in idem*, elenca-se, em apertada síntese, que se proíbe, pelos mesmos fatos e fundamentos, mais de um processo no âmbito penal e mais de um processo no âmbito administrativo – como também o

⁵⁵¹ O direito penal e o direito processual penal atuam como uma “ciência penal global” ou sob uma perspectiva de “duas faces de uma mesma moeda”, reconhecendo-se que o processo penal cumpre, inclusive, finalidades preventivas que são consideradas estritamente penais. PALMA, Maria Fernanda (coord.). *O problema penal do processo penal: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 41-53.

⁵⁵² O termo “transversal” é aqui empregado como a compreensão globalizante do conhecimento por meio de uma (re)integração de aspectos que ficaram isolados uns dos outros pela visão distorcida da disciplinaridade.

risco deles. Também não se deve permitir o ajuizamento de processo penal ou de processo administrativo, quando a conduta imputada ao acusado já tiver sido objeto de re(ação) estatal. Isso porque, independentemente da natureza da autoridade processante, o princípio do *ne bis in idem* há de irradiar-se para todo o ordenamento jurídico globalmente considerado, atingindo os procedimentos de natureza punitiva.

Questão que se impõe aclarar diz respeito à interface entre a dimensão processual e a dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*, especificamente quanto ao momento em que deve se eleger a via processual adequada, concentrando-se em uma só unidade processual a persecução e o julgamento dos mesmos fatos que, aparentemente, configurem tanto ilícito penal como ilícito administrativo. Esse aspecto será tratado oportunamente no próximo capítulo, por ocasião do estudo das dimensões do princípio do *ne bis in idem* no direito brasileiro e a busca da superação de suas disfunções.

Por outro lado, dando-se cumprimento ao princípio do *ne bis in idem*, em sua dimensão material, proíbe-se, em um único procedimento ou em procedimentos simultâneos ou, ainda, em procedimentos sucessivos, que uma mesma conduta sirva de supedâneo a uma pluralidade de valorações jurídicas com sobreposições punitivas. Impede-se, assim, quanto ao mesmo indivíduo, por idênticos fatos e fundamentos, a imposição de mais de uma sanção, em sentido autônomo e individualizado, assim como a associação de mais de uma consequência jurídico-repressiva.

Por fim, ainda no que se refere à dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*, proíbe-se a aplicação cumulativa de sanções penais e sanções administrativas.

4.4 Pressupostos de aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*

Como já observado, os fortes contornos processuais do princípio do *ne bis in idem* dados pelo direito romano foram responsáveis pelo desenvolvimento dos pressupostos de operatividade desse princípio em moldes semelhantes aos utilizados na identificação dos limites da coisa julgada, que são a *eadem persona* (mesmas partes), a *eadem res* (mesmo pedido) e a *eadem causa petendi* (mesma causa de pedir).

Daí o porquê, além da *juris dictio*, entendida, em regra, como sentença, no sentido de ato processual que põe fim ao processo, as circunstâncias determinantes da operatividade do

princípio do *ne bis in idem* serem as seguintes: identidade do sujeito infrator, unidade fática e unidade dos fundamentos. Em seguida, serão analisadas tais circunstâncias.

4.4.1 Identidade de sujeito

A verificação do primeiro pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem* não apresenta maiores discussões, exigindo-se tão somente que não recaia sobre o mesmo sujeito passivo mais de uma consequência de natureza punitiva em face dos mesmos fatos e do mesmo fundamento.

Na aferição dessa unidade, o que realmente importa é “a identidade física do acusado, e não o seu nome ou identidade formal”.⁵⁵³ Com efeito, somente tem relevância a identidade da parte passiva, pouco importando as pessoas ou órgãos constantes do pólo ativo do caso já apreciado, bem como a vítima ou o sujeito passivo da infração.

Para alguns a dupla persecução ou a imposição paralela de sanções, uma à pessoa física que atua como representante ou órgão da pessoa jurídica e outra à própria pessoa jurídica, constituiria violação do princípio do *ne bis in idem*, haja vista que apenas formalmente tais sujeitos seriam considerados distintos.

Também se sustenta que não poderia haver autonomia sancionadora entre a pessoa física e a pessoa jurídica, pois esta unicamente responde por determinada conduta ilícita por meio da extensão da culpabilidade da pessoa física.⁵⁵⁴

Entretanto, além da ausência da unidade de sujeito, considerando-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser concebida autonomamente, fundada em uma culpabilidade própria, não se há de falar em violação do princípio do *ne bis in idem* pela acumulação de processos e/ou sanções à pessoa física e à pessoa jurídica. Isso porque a responsabilidade da pessoa jurídica pode se centrar em um fato próprio, decorrente da

⁵⁵³ “Não é porque a ação foi promovida mediante queixa que poderá, posteriormente, ser promovida mediante denúncia, [...] ainda que a legitimação correta fosse do Ministério Público. [...]. O que importa para a coisa julgada, portanto, é o pólo passivo, a pessoa do réu em face de determinado fato”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 346. “Se o mesmo crime é imputado a uma pluralidade de pessoas, o caso julgado só existe relativamente àquelas que foram já submetidas a um processo anterior, de acordo com o princípio *res inter alios iudicata, aliis, nec nocet, nec prodest solet*”. SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996. p. 42.

⁵⁵⁴ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 127.

inexistência de medidas necessárias para prevenir, detectar e coibir fatos delitivos praticados por alguns dos seus dirigentes ou empregados. Dessa forma, a conduta ilícita imputada à pessoa jurídica, na qualidade de autora funcional,⁵⁵⁵ não se vincularia necessariamente à conduta praticada pela pessoa física, a despeito de não ilidir a responsabilidade penal desta (critério acumulativo).

Apesar das interconexões entre o comportamento ilícito da pessoa física e da pessoa jurídica, esta tem vontade e capacidade de agir próprias, as quais, como já destacava João Marcello de Araújo Júnior, muitas vezes independem, até mesmo, da vontade dos seus dirigentes.⁵⁵⁶

Sobre a responsabilidade punitiva própria da pessoa jurídica, registra-se a recente modificação legislativa do Código Penal espanhol (LO 5/2010), que, em seu art. 31 (2 e 3), adotou “culpabilidades independentes”, na relação entre a infração cometida pela pessoa física e pela pessoa jurídica, não se havendo, portanto, em falar-se de violação do princípio do *ne bis in idem*.⁵⁵⁷ Quanto à determinação das penas, foi acolhido o critério de “não translação”, estabelecendo-se que as circunstâncias que afetem a culpabilidade ou agravem a responsabilidade do autor individual não serão relevantes para o coletivo.⁵⁵⁸

Confirmando ainda mais a autonomia da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a *novel* legislação espanhola permite a imputação individual e exclusiva à pessoa jurídica, não exigindo a ocorrência de concurso obrigatório entre a pessoa física e a pessoa jurídica.⁵⁵⁹

No Brasil, infelizmente, não tem prevalecido esse entendimento. Por aqui a tendência, sobretudo jurisprudencial, é de se conceber a responsabilidade da empresa, não de um ponto

⁵⁵⁵ Acerca da autoria funcional das pessoas jurídicas: VERVAELE, John A. E. La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda: matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 1, 1998. p. 153-186.

⁵⁵⁶ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 64.

⁵⁵⁷ Antes mesmo da reforma do Código Penal espanhol pela LO 5/2010, já era nesse sentido o entendimento do Tribunal Constitucional (STC 188/2005, a título exemplificativo) e do Tribunal Supremo da Espanha (STS de 15 de octubre de 2008, entre outras). Consultar: <<http://www.boe.es>>.

⁵⁵⁸ Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 30 nov. 2011. Sobre a responsabilidade da pessoa jurídica no direito espanhol, Zugaldía Espinar foi um dos que sempre defenderam a inexistência de indevido *bis in idem*, quando se sanciona uma pessoa jurídica e uma pessoa física, pois são pessoas e patrimônios claramente diferenciados. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.). *Fundamentos de derecho penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 591. Ver também: DE LA CUESTA, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español*. Disponível em: <<http://www.penalecontemporaneo.it>>. Acesso em: 31 jul. 2012. Ressalta-se ainda que, apesar de Nieto Martín continuar a defender a possibilidade de *bis in idem* em algumas situações nas quais haja a imposição cumulativa de sanções à pessoa física e à pessoa jurídica, para ele não haveria essa indevida duplicidade quando a sanção aplicada ao representante da empresa se fundasse em atos que extrapolassem os limites de seu mandato. NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. *Revista Xurídica Galega*, n. 63, 2009. p. 47-70. Disponível em: <<https://www.rexurga.es>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁵⁵⁹ Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

de vista independente ou originário, mas decorrente da conduta das pessoas físicas.⁵⁶⁰

Pela sistemática introduzida pela lei dos crimes ambientais (Lei 9.605/98), que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica,⁵⁶¹ somente é possível a imputação de crime à empresa, caso também haja imputação à pessoa física que atuou em nome ou em benefício daquela.⁵⁶²

Em contundente crítica a esse modelo, Davi Tangerino defende a existência de uma “culpa da própria pessoa jurídica” por falhas ou defeitos da organização *interna corporis* de suas atividades, pois, em não sendo assim, sustentando-se a responsabilidade da pessoa

⁵⁶⁰ Apesar de afirmar que a culpabilidade pode ser traduzida como responsabilidade social e de que “a atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa”, o Superior Tribunal de Justiça tem limitado ou vinculado a culpabilidade da empresa tão somente “à vontade do seu administrador”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 564.960/SC*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 02 jun. 2005, DJ 13 jun. 2005. p. 331.

⁵⁶¹ Sem embargo dos arts. 173, § 5º e 225, § 3º da Constituição Federal brasileira terem previsto a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos delitos econômicos em sentido estrito (crimes contra a ordem econômica, contra o sistema financeiro e contra a economia popular) e aos crimes contra o ambiente, apenas quanto a estes últimos houve regulamentação pelo legislador ordinário, por meio da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁵⁶² “Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2012. Ao interpretar esses dispositivos legais, o Superior Tribunal de Justiça não aceitou a imputação exclusiva de crime ambiental à pessoa jurídica, decidindo nos seguintes termos: “CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. [...] CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO. [...] Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. [...] A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 610.114/RN*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 17 nov. 2005, DJ 19 dez. 2005. p. 463. Todavia, em sentido contrário a esse entendimento, interessantes são as observações de Ana Paula F. Nogueira Cruz: “deve-se fazer um reparo à interpretação que corriqueiramente vem sendo dada aos arts. 2º e 3º da Lei 9.605/98. Nem sempre ocorrerá o concurso necessário entre a pessoa jurídica e a pessoa física, seja esta o dirigente, seja o empregado. Não estamos falando aqui na hipótese de inculpabilidade deste agentes [...]. Estamos tratando das situações em que não se consegue efetivamente obter a individualização de uma conduta por parte da pessoa física, na hipótese desta atuar como mero instrumento da organização. Esta situação pode ocorrer quando o crime ambiental decorre não de um ato específico, mas de defeitos da organização [...]”. CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 262-263. Nesse sentido também foram as conclusões do XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em setembro de 1994, no Rio de Janeiro: “[...] a persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade”. *Resolutions of the Congresses of the AIDP/IAPL (1926–2004)*. Disponível em: <www.penal.org>. Acesso em: 22 jun. 2009.

jurídica em um ato de outrem, adota-se um modelo de responsabilidade objetiva⁵⁶³.

No entanto, mesmo sendo assente no ordenamento jurídico brasileiro a dependência da culpabilidade da pessoa jurídica à da pessoa física, infere-se que, para a jurisprudência brasileira, não haveria de se falar em infringência do princípio do *ne bis in idem* na aplicação cumulativa de pena à pessoa física e à pessoa jurídica. É que, ao enfrentar alegação de ofensa ao princípio da intranscendência, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela manifesta distinção entre a pessoa física e a pessoas jurídica, indicando que:

Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.⁵⁶⁴

De qualquer forma, ainda que essa aplicação cumulativa de sanções não entre em conflito com as irradiações protetivas e proibitivas do princípio do *ne bis in idem*, entende-se que, na fixação da pena a ser aplicada à pessoa física, devem ser levadas em consideração as sanções aplicadas à pessoa jurídica.

Em investigação dedicada ao princípio do *ne bis in idem*, o Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, na Proposta de Freiburg sobre as jurisdições concorrentes e a proibição de múltiplas persecuções na União Europeia, com a finalidade de garantir efetividade ao princípio da proporcionalidade, recomendou, como *standard* mínimo de proteção, a aplicação do princípio do desconto na acumulação das penas impostas à pessoa jurídica e à pessoa física pelos mesmos fatos.⁵⁶⁵

Pelo princípio do desconto, quando não integralizados os pressupostos de operatividade do princípio do *ne bis in idem*, mas haja vista a interseção entre as consequências jurídico-repressivas aplicadas pela prática de uma singularidade fática,

⁵⁶³ “No campo da responsabilização penal da pessoa jurídica, porém, a responsabilidade objetiva acaba por renascer, na medida em que os aplicadores do Direito, ao encontrarem natural dificuldade em aplicar os institutos da teoria do delito, umbilicalmente ligados ao sujeito natural, às pessoas jurídicas, migram para um modelo privatista, mais adaptado aos entes morais. [...] Os modelos de culpabilidade própria da pessoa jurídica, além de mais compatíveis com as garantias constitucionais, revelaram-se, segundo Sieber, mais efetivos na prevenção de delitos, haja vista que estudos criminológicos constataram que o comportamento dos empregados é principalmente sensível à influência exercida pela própria empresa. Em um estudo empírico comparativo, descobriu-se que o cometimento de crimes é consideravelmente menor nas empresas onde existem regras éticas e programas de *compliance*”. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim IBCCRIM* n. 214, set. 2010. Também sobre a necessidade de realinhamento do conceito de culpabilidade para a pessoa jurídica, no sentido de reconhecer-se a autonomia e a independência da culpabilidade entre a pessoa física e a pessoa jurídica, além da indicação de um panorama geral desse assunto na doutrina brasileira, consultar: CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 246-254.

⁵⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 610.114/RN*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 17 nov. 2005, DJ 19 dez. 2005. p. 463.

⁵⁶⁵ BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2003. p. 35-36.

recomenda-se que se proceda a uma compensação, na segunda sanção, como forma de mitigar os efeitos do *bis* punitivo.⁵⁶⁶

Assim é que, no caso ora discutido, tendo-se em vista a inaplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*, na hipótese de incidência cumulativa de sanções à pessoa física e à pessoa jurídica por fatos semelhantes, sopesados, como critério de mitigação, os efeitos da condenação da pessoa jurídica por ocasião da individualização da sanção a ser imposta à pessoa física, poderá haver tanto a substituição da reprimenda cominada por uma menos severa como a dedução da pena pecuniária anteriormente determinada à pessoa jurídica.

A recente modificação do Código Penal espanhol, também informada por esse mesmo propósito, nos termos do art. 31.2, permite que haja modulação do *quantum* das penas pecuniárias impostas à pessoa jurídica e à pessoa física, como consequência do cometimento dos mesmos fatos, quando a totalidade das respectivas sanções se mostrar desarrazoada, de modo que a soma resultante seja proporcional à gravidade dos fatos.⁵⁶⁷

Concluindo-se a análise da identidade do sujeito infrator, como primeiro pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem*, afirma-se que o que se proíbe é a incidência sobre o mesmo sujeito passivo de mais de uma consequência de natureza punitiva em face dos mesmos fatos e do mesmo fundamento. Tanto por critério formal, consubstanciado na regra geral de que a pessoa jurídica e a pessoa física são entidades juridicamente distintas, como por critério material, por apresentarem culpabilidades independentes, não incorre em indevido *bis in idem* a aplicação cumulativa de sanções à pessoa jurídica e à pessoa física.

4.4.2 Existência de anterior consequência sancionatória (o *bis*)

Na tarefa de elucidação das questões que impediriam um *bis* sancionatório, invoca-se elucidativo pronunciamento do Tribunal Constitucional da Espanha, no qual se afirmou que se deve entender por sanção não apenas aquelas penas aplicadas em sentido autônomo e

⁵⁶⁶ Como precedentemente observado, o princípio do desconto e o princípio do *ne bis in idem* são conceitualmente distintos, não obstante serem manifestações de imperativos gerais de justiça nos procedimentos repressivos.

⁵⁶⁷ Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

individualizado, mas todas as consequências substanciais de natureza repressiva ou restritiva de direitos em decorrência da prática de um ilícito.⁵⁶⁸

E para que a (re)ação ou resposta estatal seja considerada apta a irradiar os efeitos do *ne bis in idem*, exige-se que a pretensão punitiva tenha sido resolvida ou imposta, em regra, por meio de sentenças judiciais condenatórias ou absolutórias transitadas em julgado, assim compreendidas aquelas não mais impugnáveis por recursos ordinários.

Igualmente se dá com as decisões que tenham aptidão de impedir ulterior ação pela mesma causa, por solucionarem definitivamente a pretensão processual punitiva. Isso ocorre, por exemplo, em relação à decisão judicial que determina o arquivamento de procedimento investigatório em razão da atipicidade do fato. Ainda que se trate de arquivamento de uma fase procedimental anterior à formalização da acusação, considera-se tal decisão como causa proibitiva para os termos do princípio do *ne bis in idem*.

Além do mais, o arquivamento de procedimento investigatório penal, no ordenamento jurídico brasileiro, é ordenado por autoridade judicial, não sendo admitida sua reabertura quando nele resta afirmado que o fato não constitui crime, mesmo na presença de novos elementos de prova.⁵⁶⁹

Defende-se, ademais, que, com o cumprimento das condições estabelecidas em transação penal, não é mais possível a posterior instauração de ação, a qual se considera definitivamente extinta, nos termos aceitos, inclusive, pela jurisprudência brasileira.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 48/2003 (sentencia)*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

⁵⁶⁹ A respeito disso, é iterativa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “[...]. A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, é similar à daquela que rejeita a denúncia [...] impedindo ‘se fundada na atipicidade do fato’ a propositura ulterior da ação penal, ainda quando a denúncia se pretenda alicerçada em novos elementos de prova. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80560, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em: 20 fev. 2001, DJ 30 mar. 2001. p. 81. Essa também é a posição reinante no Superior Tribunal de Justiça: “O ato, que atendendo às razões invocadas pelo Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito é decisão judicial, que tranca o processo [...]. É ato de razão e de vontade. [...]. Ao determinar o arquivamento de inquérito policial, decide sobre as provas nele coligidas e consoante pedido motivado (‘as razões invocadas’), do Ministério Público. [...]. Encerra um juízo de convencimento, relativo à natureza do fato, sua extensão e respectiva autoria, alicerçado em preliminar formação da culpa. [...]. Ora, a decisão judicial, que manda arquivar inquérito policial, pondo termo à primeira fase da persecução penal, pode só possuir a natureza de sentença”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 173.397/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 17 mar. 2011, DJe: 11 abr. 2011.

⁵⁷⁰ Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. *A contrario sensu*, então, devidamente cumpridas tais condições, impede-se a renovação da persecução estatal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602072 QO-RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em: 19 nov. 2009, DJe-035 25 fev. 2010. E, sem embargo de ter decidido numerosas vezes em sentido contrário, recentemente o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se nos mesmos termos assentados pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito, consultar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 188.959/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 20 out. 2011, DJe: 09 nov. 2011.

Em síntese, o entendimento aqui proposto é que não se deve permitir a renovação do *ius puniendi* estatal depois de ter sido resolvido o caso penal por meio de sentença ou decisão definitiva transitada em julgado.

Por outro lado, cumpre-se registrar que, ainda que a decisão que resolva definitivamente o caso penal seja proferida por juízo absolutamente incompetente, tem aptidão para produzir os efeitos proibitivos do princípio do *ne bis in idem*. Isso porque o vício processual decorrente da incompetência absoluta do juízo corresponde a um requisito de validade da relação jurídica processual, e não de existência, estando, pois, sujeita à preclusão absoluta depois do respectivo trânsito em julgado.⁵⁷¹

Por fim, pertinente citar-se o estudo elaborado pelo Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, denominado Proposta de Freiburg sobre as jurisdições concorrentes e a proibição de múltiplas persecuções na União Europeia. Nele proclama-se que as respostas dadas em procedimentais estatais aptas a impedir a renovação do exercício do *ius puniendi* não deveriam ser apenas as acima indicadas. É que, no espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem*, todo “julgamento final”, no sentido de toda decisão terminativa de procedimento repressivo que, salvo situações excepcionais, não puder ser reiniciado, incluindo-se as decisões pronunciadas por qualquer autoridade responsável ou competente pela persecução estatal, teria o condão de irradiar os efeitos proibitivos desse princípio.⁵⁷²

⁵⁷¹ No Brasil, é essa a posição que tem prevalecido. “É de se preservar a coisa julgada quanto à decisão extintiva da punibilidade do acusado, ainda que a sentença haja sido proferida por juízo incompetente para o feito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 89592, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em: 18 dez. 2006, DJe-004 26 abr. 2007. “A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente [...] embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. [...] Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 90472/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 29 set. 2009, DJe: 03 nov. 2009. Ainda a propósito, ressalta-se que, mesmo os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, sem embargo de divergirem da posição doutrinária majoritária a respeito da matéria – uma vez que entendem que a incompetência constitucional não gera nulidade, mas inexistência dos atos praticados pelo juiz incompetente – admitem os efeitos do *ne bis in idem* a respeito dos fatos que foram objeto de julgamento anterior. Aduzem que: “em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. E o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de outra ação penal”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 55.

⁵⁷² BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2003. p. 10-21.

4.4.3 Identidade de fatos e fundamentos (o *idem*)

Quanto ao significado do termo *idem*, muito se discute sobre os balizamentos a serem utilizados na identificação desse pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem*. Essa problemática terminológica deve-se sobretudo à multiplicidade de fórmulas empregadas nos instrumentos normativos que disciplinam essa matéria, tais como “delito”, “crime”, “infração”, “atos constitutivos de crime”, “fatos”, dentre outros.

De todos esses termos, parece que a expressão mais adequada para exprimir o genuíno significado do princípio do *ne bis in idem* é a utilizada na Convenção Americana de Direitos Humanos: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.⁵⁷³

Costuma-se definir o termo “mesmos fatos” como fatos substanciais ou essencialmente idênticos de um específico comportamento delimitado por critérios objetivos, consistentes no mesmo contexto espacial e temporal.⁵⁷⁴

Entretanto, a despeito de reconhecer-se que esse conceito busca retirar do espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem* qualquer vinculação à qualificação jurídica atribuída aos fatos, acredita-se que os indicativos de unidade fática seguida de unidade espaço-temporal não traduzem o verdadeiro alcance desse princípio.

Com efeito, circunscrevendo-se apenas a esses aspectos, estabelecido que o termo “mesmos fatos” corresponde aos mesmos fatos essenciais utilizados como supedâneo para a aplicação de mais de uma consequência jurídico-repressiva, ainda persiste a seguinte perplexidade de ordem prática: essa proibição ocorre ainda quando referido comportamento definido espaço-temporalmente não foi trazido por inteiro na anterior persecução ou no juízo de imputação precedente?

E a resposta somente pode ser dada por meio do estudo do fato processual e do objeto processual ou *thema decidendum*. Ademais, o conceito de fato processual, além de ser mais hegemônico na doutrina, revela-se mais abrangente, pois inclui não somente casos de unidade natural da ação, mas também de unidade jurídica de ações continuadas e crimes

⁵⁷³ Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁵⁷⁴ BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2003. p. 21.

permanentes.⁵⁷⁵

Por isso é que se propõe que a tradução do significado de “mesmos fatos” seja feita de forma relacionada à teoria processual penal. Com isso não se está a defender uma dicotomia do conceito de “mesmos fatos” para a dimensão material e outro para a dimensão processual do princípio do *ne bis in idem*. Apenas está a se afirmar que a amplitude que deve ter esse princípio será melhor compreendida quando assemelhada ao conceito de objeto do processo, o que não excluirá a utilização de aportes do direito material na delimitação do conceito de *idem facta*.⁵⁷⁶

Além disso, se foi quanto à consequência mais imediata da proibição do *bis in idem*, tradicionalmente identificada com o efeito negativo ou limites objetivos da coisa julgada, que tal princípio foi sistematizado pelos romanos e assim concebido quase exclusivamente até a primeira metade do século XX, mais uma razão para procurar nas construções teóricas referentes à definição do objeto processual a clarificação da identidade essencial dos fatos como pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem*.

Em direção ao provimento final do processo, o juiz se depara, além do pedido, com uma série de pontos relevantes, de direito e de fato, alegados ou não pelas partes, devendo o juiz, além de conhecê-los, também resolvê-los. Desse modo, a cognição deve ser estabelecida não apenas sobre a lide, mas também sobre todas as demais questões a ela correlacionadas.⁵⁷⁷

No exercício do *ius puniendi*, considerando-se que se prescinde do conceito de lide,⁵⁷⁸ o objeto do processo penal deve corresponder à pretensão processual manifestada em juízo.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 92.

⁵⁷⁶ Nos próprios lindes do direito penal se discute sobre a necessidade de percepção integrada do conceito de ação e de pluralidade de ações, inclusive com a utilização de referenciais normativos e não apenas naturais.

⁵⁷⁷ “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar [...] todas as questões de fato e as de direito deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*”. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005. p. 53.

⁵⁷⁸ No processo penal, o pedido, por ser geralmente genérico, encontra-se destituído de grande importância, sendo, ademais, extremamente discutível a existência de lide no processo penal – pelo menos no sentido *carneuttiano* de conflito de interesses qualificado por uma pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro – ou, mesmo que se admitisse, não seria essencial, haja vista que o processo ser concebido sem uma efetiva oposição do acusado à pretensão do autor. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24. Como bem disse Gustavo Badaró, “a lide pode até estar presente no processo penal, quando, por exemplo, formulada a acusação pelo ministério público ou pelo querelante, o acusado resiste a tal pretensão. Na grande maioria dos casos, inclusive, é isso que ocorre. Porém, a lide não é necessária para o nascimento e desenvolvimento do processo penal. Ao contrário, a lide é absolutamente irrelevante para o desenvolvimento e a decisão do processo”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 205. Ver ainda: LIMA, Marcellus Polastri. *Tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48. Para saber mais sobre a imprestabilidade do conceito de lide no processo penal, cujo conteúdo deve ser apresentado pela expressão caso penal, consultar: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

Assim é que a cognição há de estabelecer-se sobre a pretensão processual, aqui concebida como reclamação veiculada em juízo.⁵⁸⁰

Essa pretensão, uma vez *deduzida* por meio do exercício da ação, traduz-se na imputação de um de fato concreto, definido como infração. Daí enfatizar-se que o objeto do processo penal não é a imputação ou atribuição em si, mas aquilo que foi imputado – o fato juridicamente relevante individualizado na peça acusatória. Como dizia Carnelutti, o juiz deverá emitir sua decisão sobre a afirmação de que uma pessoa – imputado – cometeu um fato previsto – tipificado – por uma norma punitiva.⁵⁸¹

E na tarefa de identificação do significado de tais “fatos”, há quem entenda que ele deve ser considerado apenas em sua individualidade histórica. Restringe-se a noção de fato tão somente à conduta humana, que se delimita a partir de parâmetros espaço-temporais, tendo em conta o lugar e o momento em que se produziu o evento material.⁵⁸²

Nessa concepção naturalista, para fins de identificar o caso penal para delimitar a proibição de múltipla persecução sobre os mesmos fatos, há de conceber-se o conceito de “mesmos fatos” fundado na ideia de “sequência unitária de acontecimentos que formam uma unidade natural”, ou como “acontecimento histórico, ao qual se referem a demanda e a sentença do procedimento inicial, e, em cujo marco, o demandado deve haver realizado um tipo delitivo como autor ou partícipe”.⁵⁸³

⁵⁷⁹ Entendendo-se que objeto do processo é a pretensão processual, entre outros: BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 274 e seguintes. GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1981. p. 62 e seguintes. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 25 e seguintes. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. *Jus navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez, 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁵⁸⁰ Essa reclamação da parte é precisamente a pretensão processual, pois pretensão processual não quer dizer outra coisa senão reclamação frente à pessoa distinta (Estado-juiz) de uma conduta determinada. Interessante ressaltar-se, por outro lado, que a pretensão processual, em rigor, tem existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor e que, no final do processo, poderá ser acolhida ou rejeitada, mas nunca será uma pretensão inexistente. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 77-78. Do mesmo modo, adverte Scarance que “pode haver pretensão punitiva e inexistir o processo, porque não se descobriu a autoria ou ocorreu a extinção de punibilidade”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40

⁵⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, 1950. V. 4. p. 09.

⁵⁸² “A identificação do fato não se produz pela qualificação jurídica do fato nem pela qualidade ou quantidade da pena pedida, senão pela identidade de um acontecimento histórico, individualizado na sua unidade natural e não na jurídico-penal, de que se pretende extrair consequência jurídico-penal, qualquer que seja”. FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Labor, 1952. p. 545.

⁵⁸³ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 91.

No entanto, por mais que se entenda que o conceito de “mesmos fatos” relaciona-se aos elementos nucleares de determinado comportamento imputado ao acusado, na sua expressão material mais simples, tais como a morte, a subtração, o constrangimento, entre outros, independentemente de sua qualificação jurídica, título, grau ou circunstâncias, não se pode esquecer que esse acontecimento somente é relevante, ainda que hipoteticamente, “como e enquanto violador dos valores protegidos pelas normas jurídico-penais”.⁵⁸⁴

Por isso, conquanto constitua afirmação recorrente de que, para a apreciação da proibição do princípio do *ne bis in idem*, deve-se entender o termo “mesmos fatos” como fatos reais e históricos, delimitados por um mesmo contexto de tempo e espaço, não se há de negar a relevância da perspectiva normativa do objeto do processo. Isso porque a identidade de um fato não é determinável de um modo matemático, até porque o que se leva ao conhecimento do tribunal é um problema jurídico-punitivo.⁵⁸⁵

Como já referido, mesmo sendo inegável o mérito da teoria naturalista, ao excluir dos elementos identificadores desse o conceito a qualificação jurídica atribuída anteriormente aos fatos imputados,⁵⁸⁶ a abordagem que exige o problema não deverá se esgotar apenas em referenciais naturalistas, pois para a determinação da identidade do fato é imprescindível remeter-se ao seu significado jurídico. Os processos de subsunção são um caminho de mão dupla, “de ida e volta, nos quais se transita da informação fática à norma jurídica e desta aos fatos outra vez”.⁵⁸⁷

Daí se falar de uma visão normativa dos fatos, pois estes só podem identificar-se como objetos processuais quando revestidos de caracteres de infração, contemplados com uma espécie de “mirada jurídica”.⁵⁸⁸ É que, sendo a persecução punitiva um fenômeno jurídico, a identidade de fatos não poderá derivar somente de coincidência naturalística, mas também de valorações jurídicas a respeito deles. Assim, observando-se que o acontecimento exterior, o qual corresponde à conduta típica, é idêntico ao acontecimento histórico imputado

⁵⁸⁴ ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 86.

⁵⁸⁵ BARROSO, Ivo Miguel. *Estudo sobre o objecto do processo penal*. Lisboa: Vislis Editores, 2003. p. 18.

⁵⁸⁶ “O esclarecimento de que, para a aplicação dessa regra, não ingressam em consideração as valorações jurídicas, só tem um significado negativo e inicial: serve para explicar, fundamentalmente, que uma valoração jurídica diversa do mesmo comportamento concreto, como realidade histórica hipotética, não habilita uma nova persecução penal, pois, estabelecida a identidade pessoal, trata-se da mesma imputação. NÚÑEZ, Ricardo (dir.). *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*. *Doctrina penal*, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 430.

⁵⁸⁷ BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002. p. 172

⁵⁸⁸ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 92.

anteriormente, ou seus elementos são substancialmente coincidentes, verificada estará a identidade requerida para fins de incidência do princípio do *ne bis in idem*.⁵⁸⁹

Nesse sentido, Figueiredo Dias considera o fato processual penal “um recorte, um pedaço da vida”, o qual deve ser analisado a partir das consequências jurídicas por eles geradas. Adverte que, para a identificação dos fatos como requisito de aplicação do princípio *ne bis in idem*, deverão ser ponderadas todas as questões de fato, integradas por todas as possíveis questões de direitos que possam ser suscitadas.⁵⁹⁰

Realmente, a pretensão processual formulada em determinado procedimento somente se justifica se os fatos nele narrados tiverem relevância normativa, *in casu*, de caráter repressivo por subsunção do fato hipotético a um tipo legal.

Como observado pela doutrina que preconiza a utilização de referenciais jurídicos na construção do conceito de “mesmos fatos”, o fato processual, como acontecimento, corresponde ontologicamente não necessariamente a um único ato, sendo compreendido também por uma pluralidade de atos que se aglutinam em torno de certos elementos polarizadores. E o juízo de subsunção dessa fração individualizável do comportamento do agente pode ser dada em uma perspectiva social – quando a cindibilidade da unicidade fática não for considerada “natural” –, em uma perspectiva da experiência social da vida – por critérios de unidade do “ponto de vista” da sociedade e do próprio agente – e também à luz de uma perspectiva jurídica – decorrentes da interpretação das normas que preveem e tipificam o fato.⁵⁹¹

Assim, propõe-se que, na delimitação do conceito de “mesmos fatos”, haja a consideração tanto de referenciais pré-jurídicos como de aspectos normativos. E por “mesmos fatos” compreende-se, então, o mesmo fato-base ou substancial constante da anterior imputação ou, ainda, a mesma realidade histórica ou núcleo central da infração pela qual o acusado já foi processado, julgado ou condenado.

Também se inclui no significado de “mesmos fatos” a existência, ao menos parcial, de identidade dos atos concretos de realização dos tipos concorrentes. “Basta que haja uma porção comum no acontecer histórico dos objetos comparados”.⁵⁹²

⁵⁸⁹ BARROSO, Ivo Miguel. *Estudo sobre o objecto do processo penal*. Lisboa: Vislis Editores, 2003. p. 46.

⁵⁹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 48.

⁵⁹¹ ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 96.

⁵⁹² GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10. ed. Madrid: Artes y Graficas Ediciones, 1986. p. 292.

Por isso é que, trazida a juízo determinada atividade típica de uma infração, mesmo que haja mudança de alguns dos elementos do tipo descritos no primeiro processo, não se admitirá nova persecução, em razão da repetição da estrutura básica do fato e manutenção do objeto do processo.

Por exemplo, são consideradas irrelevantes, na construção do conceito de “mesmos fatos”, as circunstâncias de que em uma das infrações se exija a ocorrência de dano e na outra apenas de perigo, assim como que haja diferença do grau de gravidade das infrações ou mesmo a realização de tipo delitivo na qualidade de autor, coautor ou partícipe.⁵⁹³

Também se entende indiferente, para fins de incidência do princípio do *ne bis in idem*, a mudança de alguns elementos objetivos⁵⁹⁴ ou subjetivos do tipo (dolo e culpa)⁵⁹⁵, do resultado do delito (consumado e tentado), do modo de execução do delito ou do valor do objeto material da infração,⁵⁹⁶ dentre outras hipóteses, por não provocar ruptura da identidade

⁵⁹³ Em voto proferido pelo Ministro Oscar Corrêa, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, colhe-se que: “[...] o acusado, absolvido da imputação de ter sido o autor direto de um homicídio, não pode, posteriormente, ser acusado de co-autoria (por autoria intelectual), e, absolvido, vir a ser acusado de participação (por outra forma), no crime, etc... numa sucessão interminável de procedimentos aos quais estaria sujeito, pelo mesmo fato principal – a morte de alguém. [...] Se o réu foi acusado de ter estado de atalaia enquanto outros co-réus cometiam um furto, absolvido aquele do crime de furto por não ter estado de atalaia, não pode mais tarde ser processado por ter cometido a infração. O fato que constitui a infração é a subtração [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 64.158/MG. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Voto vencido do Min. Oscar Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006. Do mesmo modo para Manzini, absolvido alguém por haver concorrido de uma determinada forma para o delito, não pode depois ser processado por haver dele participado de uma forma diferente, visto que o fato relativo ao seu concurso segue sendo o mesmo. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. Tomo IV. p. 527.

⁵⁹⁴ “Se houve acusação por furto, porque o indivíduo ‘X’ subtraiu R\$ 1.000,00 de outrem, não poderá haver outra ação penal ainda que se apure, posteriormente, que naquela ação foram subtraídos R\$ 1.200,00. Também não poderá haver ação penal por apropriação indébita pela mesma conduta. Não poderá, ainda, haver nova ação penal por lesão corporal, se houve absolvição pelo homicídio da mesma pessoa pelo mesmo agente e na mesma oportunidade, porque o fato morte tem o mesmo núcleo essencial da lesão corporal. [...] *Idem* se a absolvição foi de lesão corporal em face de eventual crime de maus-tratos”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 345-346. E na jurisprudência, colhem-se os seguintes julgados: “[...] Tendo o paciente sido absolvido da conduta de desviar munições da Corporação (peculato) no âmbito da Justiça Militar, não pode vir a ser condenado posteriormente pela mesma conduta, ainda que sob nova qualificação jurídica (fornecimento de munições), sob pena de violação da coisa julgada”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 78.516/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 11 dez. 2007, DJ 18 fev. 2008. “[...] PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*. [...] Ainda que diversa a capitulação naquele e nestes autos, não há como se dar prosseguimento a este feito, em respeito ao postulado do *non bis in idem*. [...] Em que pesem terem sido denunciados no presente processo pelo crime de estelionato, ao passo que foram absolvidos no Processo nº 00.0057426-0 da imputação do delito insculpido no art. 304 [uso de documento falso], isto não altera o contexto jurídico da questão”. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. *Apelação criminal nº 3.943/CE*. 1ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Recife, PE, 24 nov. 2005; un. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁵⁹⁵ Como já dizia Leone, limitada a noção de “fato” a uma só conduta, é evidente que a mutação do elemento psicológico não provoca fragmentação na identidade do fato: “quem foi absolvido da imputação de um delito doloso, não pode ser chamado a responder pelo mesmo fato a título de delito culposos ou de delito caracterizado por dolo específico, e vice-versa”. LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968. V. 3. p. 343- 344.

⁵⁹⁶ “O trancamento [do inquérito] por atipicidade do fato, baseado na aplicação do princípio da insignificância, considerando um dado valor, que, posteriormente, se descobre equivocado, obsta a reabertura da ação e o oferecimento da denúncia”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 18.099/SC, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em:

nuclear do comportamento pelo qual o acusado já tenha sido processado, julgado e/ou condenado.

Não se pode aceitar, por exemplo, que em face de um único fato, compreendido como situação histórica concreta, haja imputação de homicídio doloso, e, posteriormente, após a absolvição com sentença transitada em julgado, seja ajuizada ação por homicídio culposo. É que, tanto na forma de homicídio doloso como na de culposo, o núcleo central do acontecimento concretamente imputado ao acusado permanece inalterado, qual seja, o de provocar a morte de uma pessoa.

É importante realçar, ainda, que, embora, eventualmente, existam entre as diversas imputações diferenças de tempo, de lugar, de modo de execução, ou mesmo do objeto do fato imputado, é possível a subsistência da identidade nuclear do fato, devendo, para tanto, ser analisado o acontecimento singularmente ocorrido.⁵⁹⁷

Na dúvida, deve-se invocar o consagrado “teste de Blockburger” utilizado pela Suprema Corte norte-americana para dirimir eventual controvérsia sobre a violação, ou não, do *double jeopardy*. No parâmetro estabelecido no julgamento do caso *Blockburger v. USA* (1932),⁵⁹⁸ se cada uma das ofensas praticadas exigir, para sua comprovação, um elemento diferente, não se há de falar em identidade de fatos.⁵⁹⁹

Pelo que se expôs, conclui-se pela possibilidade de infringência a proibição do *bis in idem*, se da comparação entre duas imputações referentes à mesma conduta resultar que um aspecto do fato, ou sua totalidade, tiver sido levado em consideração para a formulação de ambas as acusações.

Como diz Germano Marques Silva, os fatos constantes da infração novamente imputada ao acusado são considerados os mesmos quando existe uma parte comum entre o

07 mar. 2006, DJ 27 mar. 2006 p. 333.

⁵⁹⁷ A identidade permanece, por exemplo, se o objeto do furto são \$ 10 ou \$ 20, [...] se as lesões foram causadas com uma faca ou com outro elemento, se o fato se cometeu em outro lugar próximo ou em outro tempo aproximado, contanto que as diferenças não indiquem, indubitavelmente, que se trata de uma imputação distinta, cujo objeto é um acontecimento histórico diverso do anterior. NÚÑEZ, Ricardo (dir.). *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem). Doctrina penal*. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 430-431

⁵⁹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932). In: *United States Report* 530 oct. term 1999. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>>. Acesso em: 07 jul. 2012. Ver também *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 166-69 (1977). Idem.

⁵⁹⁹ Como explica a doutrina, de acordo com esse precedente, “para verificar se um mesmo ato ou transação constitui uma violação de duas provisões estatutárias distintas, o teste a ser aplicado para determinar se há duas ofensas ou somente uma é se cada provisão demanda a prova de um fato que a outra não requer”. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 31.

fato histórico julgado e o fato histórico a julgar e ambos os fatos tenham como objeto o mesmo bem jurídico ou formem, como ação que se integra na outra, um todo do ponto de vista jurídico.⁶⁰⁰

Além do mais, não se há de esquecer que, como estabelecido desde os romanos, os fatos imputados no processo compreendem o deduzido, assim como o dedutível. Com efeito, a resolução do caso penal, com a prolação de decisão definitiva, põe termo ao conteúdo da pretensão processual penal, em sua totalidade, estendendo-se a proibição de renovação da demanda não apenas sobre a “porção do fato” descrito no processo, mas sobre todo o fato, ainda que tenha havido deficiência na imputação.

Assim, respondendo a pergunta formulada no início deste tópico, sustenta-se que a proibição (*ne*) de imposição de mais de uma (*bis*) consequência jurídico-repressiva pela prática dos mesmos fatos (*idem*) ocorre, ainda, quando o comportamento definido espaço-temporalmente imputado ao acusado não foi trazido por inteiro para apreciação do juízo. Isso porque o objeto do processo é informado pelo princípio da consunção, pelo qual tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica, e não o foi, jamais poderá vir a sê-lo novamente.⁶⁰¹ E também se orienta pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, devendo o caso penal ser conhecido e julgado na sua totalidade – unitária e indivisivelmente – e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á irrepetivelmente decidido.⁶⁰²

Como observa Eduardo Correa, a impossibilidade de renovação de julgamento será estendida a todas as atividades que possam ser polarizadas na concreta violação imputada, em sua totalidade e de forma esgotante, tenham ou não sido apreciadas na sentença, quer esta seja condenatória, quer absolutória. Aquilo, pois, que, devendo tê-lo sido, não se decidiu, tem de considerar-se indireta ou tacitamente resolvido.⁶⁰³

⁶⁰⁰ SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 2000. V. 3. p. 45.

⁶⁰¹ Pela integralidade que deve ter o objeto do processo, exige-se que, cada processo, esgote incessantemente “o objeto ou objetos que o determinam a realizar sem que importe que o autor descreva incompletamente o mesmo. JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 134-135.

⁶⁰² DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 145. Consultar também: SANTOS, Gil Moreira. A estabilidade objectiva da lide em processo penal. *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fascículo 4, out-dez, 1992. p. 593 et seq.

⁶⁰³ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 339. Esclarecedoras são também as explicações de Eugênio Pacelli: “Quando se que diz que alguém teria subtraído a coisa de outrem pela prática de furto (art. 155, CP), a sentença [...] proferida impedirá a reabertura da discussão sobre o núcleo central da conduta, isto é, sobre ter havido alteração do domínio da coisa, aqui incluídas quaisquer outras ações eventualmente aptas a permitir a transferência da propriedade, tais como a violência e a grave ameaça, que poderiam caracterizar o roubo (art. 157). Nem mesmo se poderia pensar em nova ação penal na qual se imputasse unicamente a prática de circunstância elementar integrante do tipo penal efetivamente ocorrido. No exemplo anterior, do furto

E pela precisão dos argumentos, cumpre-se registrar o pensamento de Frederico Isasca, quando consigna que:

O que transita em julgado é o acontecimento da vida que, como e enquanto unidade, se submeteu à apreciação de um tribunal. Isto significa que todos os fatos praticados pelo arguido até a decisão final que diretamente se relacionem com o pedaço de vida apreciado e que com ele formam a aludida unidade de sentido, ainda que efetivamente não tenham sido conhecidos ou tomados em consideração pelo tribunal, não podem ser posteriormente apreciados. Quer porque enquanto isoladamente considerados não seriam suscetíveis de se consubstanciarem como objeto de um processo. Quer porque sua apreciação violaria frontalmente a regra *ne bis in idem*, entrando em aberto conflito com os fundamentos do caso julgado. Quer ainda porque, fornecendo o Código [...] todos os mecanismos necessários para uma apreciação esgotante do fato processual e portanto a possibilidade de se alcançar [...] uma justa decisão do caso concreto, far-se-ia responder o arguido pela negligência de outros na prossecução da justiça, ou pelos inevitáveis vícios do sistema, acabando, em última análise, por frustrar totalmente as legítimas expectativas de quem foi julgado e sentenciado, comprometendo assim, inabalavelmente, o respeito pela própria dignidade da pessoa humana.⁶⁰⁴

Sem dúvida, com a imputação de determinado caso penal a um indivíduo, resolvida tal pretensão, esgotam-se definitivamente todos os possíveis aspectos jurídicos relacionados ao fato a ele atribuído, invocados ou não no processo.⁶⁰⁵ Pensar o contrário seria permitir a imposição – ou o risco de – múltiplas consequências jurídico-punitivas pela prática da mesma conduta.

No entanto, para que haja irradiação dos efeitos do *ne bis in idem*, não se exige apenas a identidade fática. Além dessa, também deve haver similitude do fundamento jurídico subjacente aos “mesmo fatos”, o qual deve ser entendido como proteção do mesmo bem jurídico ou do mesmo interesse jurídico concretamente considerado, do modo mais amplo possível.⁶⁰⁶

(narrado) e do roubo (realizado), tal ocorreria se se pretendesse nova acusação pela prática de lesão corporal resultante da violência utilizada para a subtração da coisa. O núcleo da conduta funcionaria assim como o dado da realidade efetivamente julgado. As suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares estariam cobertas pela coisa julgada como desdobramento lógico-dedutivos do julgamento, ou seja, pela preclusão lógica dos demais fatos cuja ocorrência dependeria da existência do núcleo então julgado”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 517-518.

⁶⁰⁴ ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 229.

⁶⁰⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, a despeito da regra da imutabilidade do objeto litigioso do processo, encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, abre-se a possibilidade de aditamento por meio do instituto da *mutatio libelli* (art. 384 do Código de Processo Penal), o qual constitui a última oportunidade de se fazer a adequação da imputação à integralidade da conduta efetivamente praticada pelo acusado. Além do mais, não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, poderá o juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para esse fim (art. 384, § 1º e art. 28, ambos do Código de Processo Penal). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

⁶⁰⁶ BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002. p. 172. Em sentido semelhante, Prats Canut afirma que, quanto ao requisito da identidade de fundamento para a incidência da proibição do *bis in idem*, costuma-se identificá-lo com a “semelhança dos bens jurídicos protegidos pelas distintas normas sancionadoras ou entre os interesses tutelados por elas”. Se os bens ou interesses protegidos são homogêneos, não haverá a imposição de dupla punição, embora os tipos violados sejam distintos. PRATS CANUT, J. Miquel *et al.* *Derecho penal ambiental y derecho comunitario*. Madrid: Arazandi, 2002. p. 102.

Para determinar-se se há identidade do fundamento jurídico dos tipos concorrentes, devem-se analisar as funções e os objetivos afetados ou perseguidos pelas normas infringidas, não se esquecendo de que essa análise deve ser feita também diante dos critérios de resolução do concurso de leis – sobretudo sob uma perspectiva consuntiva. É que haverá unidade de interesse jurídico, de forma idêntica, na hipótese de identidade do conteúdo do injusto, ou de forma concêntrica, quando todos os elementos da primeira infração estiverem incluídos ou previstos na segunda, acrescidos de outros elementos ditos específicos.

A respeito da interseção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, recorda-se que um mesmo bem jurídico pode ser protegido tanto por técnicas penais como por técnicas administrativas. Ademais, as sanções administrativas, da mesma forma que as sanções penais, são uma expressão do poder punitivo do Estado, podendo apresentar fins retributivos e intimidatórios.

Assim é que ao discorrer sobre o conceito do “mesmo” na relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, anota Léon Villalba que a mera distinção nominal das leis que tipificam os tipos concorrentes ou a alusão a interesses gerais, profusos ou indeterminados não podem fundamentar a existência de mais de uma ação punitiva estatal diante da mesma conduta.⁶⁰⁷

De todo esse arrazoado, propõe-se que o termo *idem facta* corresponda à mesma conduta ou ao mesmo comportamento ou, ainda, ao mesmo ato ou a aspectos parciais dele, os quais foram incluídos no processo de subsunção típica tanto de uma como de outra infração. E para que haja efetiva aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*, há de observar-se também a existência de identidade do conteúdo material dessas ilicitudes.

Considera-se, também, *idem facta* a existência, ao menos parcial, de atos executivos no processo de subsunção típica das infrações concorrentes, com semelhante valoração jurídica.

4.4.3.1 Situações discutidas

Alguns problemas relativos aos efeitos consuntivos dos casos de unidade típica e de

⁶⁰⁷ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 495.

unidade jurídica de ação⁶⁰⁸ são tradicionalmente abordados nos estudos dos limites objetivos da coisa julgada, confirmando-se, cada vez mais, a necessidade de ser construído o conceito de “mesmos fatos” tanto com aportes materiais como processuais.

Existem tipos legais que, sob uma pluralidade de atos exteriores, determinam uma unidade de ação, vinculando em uma “unidade jurídico-social de valoração as várias manifestações naturais de vontade”.⁶⁰⁹ São exemplos de unidade típica de ação os delitos habituais e os delitos permanentes.

No delito habitual, a reiteração dos atos constantes na descrição legal é o que configura o crime. A acusação funda-se em uma unidade substancial de fatos, pois tomados singularmente, não seriam idôneos para a caracterização desse delito.

Desse modo, julgada definitivamente determinada imputação de crime habitual, todas as condutas praticadas até o trânsito em julgado dessa decisão serão consideradas incluídas na resolução do caso penal.⁶¹⁰

Quanto ao crime permanente, considerando-se que, nele, há uma só conduta, ainda que ampliada no tempo, e conseqüentemente um só delito, somente será permitida a proposição de uma única ação penal contra o agente.⁶¹¹ Admite-se o ajuizamento de novo processo pelo período não compreendido na primeira imputação, desde que por fatos ocorridos após o

⁶⁰⁸ Para Jescheck, além da concepção “natural” de ação, haveria a unidade típica de ação em sentido estrito, a unidade típica de ação em sentido amplo e a unidade jurídica da ação. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 764-772.

⁶⁰⁹ WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 174.

⁶¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V. 3. p. 94. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 320. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2. p. 629-630. No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência brasileira: “[...]. Tratando-se a gestão temerária de crime habitual, resta configurada a coisa julgada quando o réu já foi processado e condenado pelo crime tipificado no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ocorrido em período que engloba os fatos imputados nesta ação penal. Precedentes”. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação criminal 2004.70.00.032208-4/PR. Disponível em: <<http://www.elciopinheirodecastro.com.br>>. Acesso em: 13 abr. 2012. Ao contrário desse entendimento, há alguns doutrinadores que defendem que os efeitos consuntivos do caso julgado do delito habitual englobam os fatos praticados até o momento da formalização da acusação. Consultar: CATENA MORENO, Victor (dir.). *El proceso penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2000. V. 5. Tomo III. p. 2445. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 109.

⁶¹¹ “Constituindo uma só e única infração, [...] não se pode propor contra o agente mais que uma ação penal”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V. 3. p. 93. Vide ainda: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 319. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2. p. 629. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 138. A. ARLAS, José. *La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil*. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950. p. 69. SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996. p. 295

trânsito em julgado da decisão final.⁶¹²

No que diz respeito ao crime continuado, há de ser ressaltado que, mesmo sendo constituído por uma pluralidade de ações (em sentido natural), é tratado como unidade jurídico-material de ação, por ter o legislador optado em valorar essa pluralidade de condutas como uma única figura delitiva.

Assim, apesar da pluralidade “natural” de ações, a existência dos “elos de uma mesma corrente” do crime continuado implica tratamento unitário da culpabilidade, tendo como principal consequência jurídica que os plurais fatos dependentes do “nexo de continuidade” sejam sancionados como um só crime.⁶¹³

Problema controverso surge na delimitação dos efeitos dessa singularidade: somente para os fins de aplicação da pena deve-se aceitar a unidade jurídica da continuidade delitiva, ou esse sentido de “crime único” deve se estender para outras consequências?

Não são poucos os que defendem uma unidade jurídica integral do crime continuado, sustentando a ocorrência de ofensa ao princípio do *ne bis in idem* no ajuizamento de novo processo relativo a fatos de uma continuidade delitiva, depois de definitivamente julgada, ainda que esses “recortes naturais” não tivessem constado do primeiro processo.⁶¹⁴

⁶¹² Prevalece nos tribunais brasileiros o entendimento de que o termo final da permanência pode ser tanto a sentença como da denúncia: “CRIME PERMANENTE. A MANUTENÇÃO DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA APOS A CONDENAÇÃO OU MESMO A DENÚNCIA CONSTITUI NOVO CRIME [...]. INOCORRE ‘BIS IN IDEM’ NA NOVA IMPUTAÇÃO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 3.222/RJ, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em: 24 maio 1995, DJ 02 out. 1995. p. 32421. “[...] Em que pese o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei Especial envolver a prática reiterada de atos, de modo a caracterizar unidade jurídica e, em consequência, uma única ação penal, se após a prisão em flagrante e sua posterior liberação, os atos potencialmente delitivos continuaram ocorrendo, dando ensejo à outra prisão em flagrante, em dias praticamente subsequentes, é perfeitamente possível a instauração de novo procedimento criminal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 107.760/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 21 maio 2009, DJe: 15 jun. 2009. Admitindo o ajuizamento de novo processo pelo período não compreendido na primeira denúncia: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 803.

⁶¹³ O Código Penal brasileiro disciplina o crime continuado na parte que trata do concurso de crimes, nos seguintes termos: “Crime continuado. Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

⁶¹⁴ CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 135-137. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch & Cia, 1950. V. 4. p. 201. CARAMUTTI, Carlos S. *Concurso de delitos*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 284. No Brasil, destaca-se o pensamento de Heleno Cláudio Fragoso, para quem haveria unidade da continuidade delitiva para todos os efeitos, processuais e substanciais. Afirmava que, após o trânsito em julgado de sentença que decidiu sobre fatos inseridos em continuidade delitiva, torna-se preclusa qualquer decisão por fatos integrantes da mesma série. “E isso, quer os fatos novos tenham sido descobertos antes ou depois da sentença e ainda que ela os tenha totalmente ignorado”. FRAGOSO, Heleno. *Crime continuado, unidade de processo, coisa julgada*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

Todavia, considerando-se que o crime continuado, a despeito de receber tratamento de uma unidade jurídica de ação, é constituído por diversas condutas que, de forma independente, subsumem-se a diversos tipos legais, inclusive com momentos consumativos autônomos, entende-se que os fatos cometidos em uma série continuada, quando não constantes de determinado caso penal julgado, podem ser objeto de outro processo, sem que isso represente violação do princípio do *ne bis in idem*.⁶¹⁵

Além do mais, instaurados processos distintos em relação às condutas de uma continuidade delitiva,⁶¹⁶ não há óbice que, depois do trânsito em julgado de decisão condenatória em algum deles, sejam as penas unificadas.⁶¹⁷

Por fim, em relação ao concurso formal de crimes, tendo-se em vista que sua nota característica é a unidade de conduta⁶¹⁸, defende-se que, em razão dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da consunção do objeto processual, não se deve permitir a renovação do exercício do *ius puniendi* sobre um idêntico “agire”. Ainda que se trate de imputação

⁶¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V 3. p. 94. BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173-174. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 320. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 291-292. FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145-147. E o entendimento que predomina na jurisprudência brasileira também é o que limita a unidade jurídica do crime continuado à aplicação de pena: “CRIME CONTINUADO. [...] DESCOBERTA POSTERIOR DE OUTROS PECULATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE. NOVO PROCESSO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 56773*, Relator(a): Min. Soares Munoz, Primeira Turma, julgado em: 12 dez. 1978. p. 183. “A existência de sentença condenatória definitiva não impede o oferecimento de nova denúncia contra sócio de empresa, pelos mesmos fatos delituosos, mas relativos a períodos posteriores”. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. *Recurso criminal em sentido estrito nº 98.04.07332-3/SC*. 2ª Turma. Acórdão. Relator: João Pedro Gebrean Neto. Porto Alegre, RS, 03 ago. 2000.

⁶¹⁶ Ressalte-se que, como bem aduzido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, todas as condutas relacionadas à série continuada devem ser reunidas, com a necessária e obrigatória unificação de todos os processos que digam respeito ao crime continuado. SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2011. p. 211.

⁶¹⁷ Nessa hipótese, faz-se necessária a distinção de algumas situações. Se tiver havido condenação por um único crime, sobrevivendo condenação por outro crime que permita a configuração de continuidade delitiva, caberá ao juízo das execuções penais unificar as penas. Se a primeira condenação já tiver tratado de mais de crime unificado em uma continuidade, diante da nova condenação, o juízo das execuções unificará as penas, aplicando a causa de aumento mais adequada à hipótese. Entretanto, se a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva tiver sido aplicada na condenação anterior em seu grau máximo (dois terços), embora não haja impedimento para novo processo, no processo de unificação das penas, quanto à nova condenação do crime que ainda não havia sido julgado, não será possível qualquer acréscimo, pois a causa de aumento cominada ao crime continuado já foi fixada no máximo legal permitido. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 320.

⁶¹⁸ MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Atualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. V. 2. p. 564. Nos termos do Código Penal brasileiro, art. 70, *caput*, ocorre concurso formal de crimes “quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2011.

incompleta ou equivocada no primeiro processo, a pretensão punitiva restou satisfeita, sendo vedada sua repetição sob qualquer outro pretexto ou valoração.⁶¹⁹

É que a coincidência fática, ainda que mínima, dos elementos que compõem os tipos envolvidos no concurso formal de crimes, representando círculos secantes, impede a reavaliação desse mesmo “recorte” de fato”.

Admite-se, contudo, que essa questão não é pacífica, havendo abalizados posicionamentos sobre a possibilidade de o acusado ser novamente processado e julgado por outro crime cometido em concurso formal, principalmente quando forem diversos os bens jurídicos tutelados pelas normas punitivas concorrentes.⁶²⁰

4.5 Interseção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador: critérios de resolução

Como bem destaca Prieto Sanchís, seria tarefa com pouca – ou nenhuma – utilidade a construção de uma teoria própria do direito administrativo sancionador, mormente da

⁶¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 774. A. ARLAS, José. *La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil*. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950. p. 69. Ver também: NÚÑEZ, Ricardo (dir.). *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem): doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 435. ARMENTA DEU, Tereza. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 292. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido: “CONDUTA ÚNICA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. AJUIZAMENTO DE DUAS AÇÕES PENAIS. DUPLA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. [...] 1. Se o Ministério Público, no curso da ação penal, verifica que a conduta descrita na denúncia configura a prática de mais de um delito, cabe-lhe aditar a exordial. Aliás, o próprio magistrado, quando da prolação da sentença condenatória, pode alterar a tipificação legal atribuída pelo órgão acusatório, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*). 2. Não se pode admitir que, numa típica hipótese de concurso formal, que é justamente caracterizado pela prática de mais de um crime por meio de uma única conduta, seja oferecida uma segunda denúncia contra o réu, imputando-lhe a prática do delito cuja menção fora olvidada quando do ajuizamento e do julgamento da primeira ação penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 102.244/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em: 13 out. 2009, DJe: 03 nov. 2009.

⁶²⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V. 3. p. 93. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2. p. 627. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 319. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 34. O Supremo Tribunal Federal decidiu que, em regra, é possível o ajuizamento de duas ações no caso de tipos concorrentes de um concurso formal: “HABEAS CORPUS. CRIME FALIMENTAR E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. COINCIDÊNCIA FÁTICA. EXCEÇÃO DE COISA JULGADA E *BIS IN IDEM*. NÃO-OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. De uma determinada situação fática pode resultar o cometimento, em tese, de mais de um crime, idênticos ou não, conforme prevê a regra do concurso formal. Para que a exceção de coisa julgada seja acolhida é preciso que haja identidade de partes, objeto e fundamentos do pedido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 93917*, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em: 02 jun. 2009, DJe-121 30 jun. 2009.

problemática decorrente da infração administrativa, pois, *prima facie*, os valores por ele tutelados não se diferenciam dos protegidos pelo direito penal.⁶²¹

Por isso é que se propõe analisar os critérios de resolução do concurso de leis penais⁶²² como orientações de conformação da inter-relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.⁶²³

Além disso, na tarefa de identificação da similitude de fundamento dos mesmos fatos, muito mais do que bens ou interesses jurídicos protegidos, a remissão aos princípios da especialidade, subsunção e consunção, com uma contemplação valorativa ou, até mesmo, lógico-descriptiva, da reprovação que o ordenamento jurídico atribua à(s) conduta(s) imputada(s), constitui uma técnica mais apropriada para garantir o amplo espectro de proteção da proibição do *bis in idem*.

É que, em razão da natureza do interesse tutelado, não há como distinguir-se, *a priori*, o injusto penal do injusto administrativo, na aferição da identidade de fundamento para incidência da proibição do *bis in idem*, devendo-se evitar qualquer interpretação excessivamente formalista.⁶²⁴

Além do mais não são poucos os doutrinadores que consideram o *ne bis in idem* como princípio reitor do concurso de leis, costumando indicar que os critérios de solução do conflito de leis penais são regidos pelo princípio do *ne bis in idem*, uma vez que a proibição de aplicação de duplicidade de sanções para um mesmo conteúdo de injusto seria decorrente da função fundamentadora desse princípio.⁶²⁵

⁶²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Revista española de derecho constitucional*. Año 2, num. 4, jan.-abr., 1982. p. 110.

⁶²² Encontra-se na doutrina o emprego dos mais diversos termos para denominar esse fenômeno, destacando-se, dentre outros: concurso, concorrência ou conflito aparente de normas ou de leis, concurso aparente de tipos, concurso aparente de tipicidades, colisão de leis penais, unidade de crime e unidade de lei.

⁶²³ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal*. parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 83-84. CALVO CHARRO, María. *Sanciones ambientales*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 106. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 74. PRATS CANUT, J. Miquel *et al.* *Derecho penal ambiental y derecho comunitario*. Madrid: Arazandi, 2002. p. 101-102. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente*. Disponível em: <www.ruc.udc.es>. Acesso em: 03 set. 2010. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

⁶²⁴ In QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 334. Ver também: NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 510-512.

⁶²⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Diritti penale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2009. p. 468. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. parte general. 4. ed. Barcelona: Arazandi, 1996, p. 667. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 154. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 207. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 2000. p. 17. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 127. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*.

Por concurso de leis entende-se a incidência simultânea – e aparente – de dois ou mais preceitos normativos sobre determinado recorte de fato, não obstante se aplique, na hipótese fática concreta, apenas uma das formulações legais. E somente pode ser aplicada uma das normas em jogo, em razão do conteúdo de um delas abranger a totalidade de injusto de todos os demais tipos eventualmente concorrentes.⁶²⁶

Como esclarece Luiz Regis Prado, o princípio da coerência sistemática e a máxima *ne bis in idem*, que veda punir duplamente o mesmo fato, fundamentariam a solução aventada para o concurso de leis, até pelo “fechamento material” do conteúdo proibitivo pelo tipo aplicado, incluindo o do tipo descartado.⁶²⁷

Não raramente a doutrina aborda o concurso de leis juntamente com o estudo do concurso de crimes, o que tem acarretado a imprecisão dos conceitos necessários à solução desses problemas, até porque eles correspondem a situações distintas, relacionada a primeira delas ao processo de imputação, e a segunda, à determinação da pena.

Com singular perspicácia, registra Juarez Tavares que, apesar de haver quem queira conectar os critérios do concurso de leis ao concurso de crimes, a melhor direção é a que

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117. BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 248. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 52. BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 85.

⁶²⁶ Observa Zugaldía Espinar que um dos efeitos do princípio do *ne bis in idem* é a proibição de que sobre uma mesma ação recaia mais de um efeito fundamentador da responsabilidade punitiva, impedindo-se, dessa forma, que por um mesmo conteúdo de injusto imponham-se diversas sanções. ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel *et al.* *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 300-301. Essas também são as considerações de Quintero Olivares, ao afirmar que as regras que resolvem os concursos de leis são consequência lógica da proibição de castigar duas vezes o mesmo fato. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. 3. ed. Barcelona: Arazandi, 2009. p. 769. Igualmente, observa Mir Puig que, no concurso de leis, a aplicação conjunta de todos os preceitos legais violaria a proibição do *bis in idem*. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 4. ed. Barcelona: Arazandi, 1996. p. 667.

⁶²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 738. Daí que, para Jescheck, a expressão que melhor define a problemática do “concurso de leis” seria “unidade de lei”, haja vista que será aplicada apenas uma das leis em jogo, por ele denominada de “lei primária”, não incidindo no julgamento a “lei deslocada”. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002, p. 788-789. Também muito se discute se haveria, na hipótese de não atendibilidade do preceito primário, a possibilidade de aplicação da lei secundária, recurso ao qual a doutrina espanhola costuma referir-se como a “vuelta a la vida”, e a doutrina germânica como “wiederaufleben” do tipo preterido. A controvérsia gira em torno de se delimitar, no concurso de leis, eventual efeito residual do delito preterido, em face da impunidade do delito principal, pela presença das mais diversas causas – da incidência de obstáculos de cunho processual às de direito material, como, por exemplo, a extinção de punibilidade. A despeito de opiniões em sentido contrário, defende-se que não se deduz da disciplina do concurso de leis que, na ausência de efetiva aplicação da norma prevalente, deva-se recorrer automaticamente ao tipo preterido. De igual modo, também não se há de considerá-lo imediatamente descaracterizado. Por todos conferir: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*. Madrid: Civitas, 1991.

desvincula as questões relativas a tais institutos, pois, ao contrário do que ocorre no concurso de crimes, no concurso de leis sempre haverá unidade de delito.⁶²⁸

Daí a necessidade de ser esclarecida se a admissão do concurso de leis ocorre apenas em uma unidade de ação ou se, ao contrário, permitir-se-ia sua existência também em uma pluralidade de ações.

Em relação aos conceitos de unidade de ação e de pluralidade de ações, há, na doutrina, as mais diversas definições, principalmente nas situações de pluralidade de atos. Tradicionalmente, as concepções mais recorrentes referem-se aos conceitos de ação, em sentido natural, ou ação naturalística, e de unidade naturalística de ação. Também não se pode esquecer do conceito de ação como unidade jurídica.

A ação naturalística não apresenta qualquer problemática quando o agente, mediante uma única decisão, realiza um único ato que resulta típico. As dificuldades surgem quando há uma pluralidade de atos, realizados sob uma unidade de manifestação de vontade.

A despeito da incerteza que poderá gerar a vinculação do conceito ao elemento subjetivo, a doutrina costuma sustentar a unidade de ação, mesmo quando há a produção plural de atos e de resultados típicos, desde que se trate de uma só conduta, fruto de uma manifestação una de vontade.

Estima-se que haverá unidade naturalística da ação quando várias condutas se interligam temporal e espacialmente, imbuídas por uma única manifestação de vontade, de maneira que se apresentem, sob o contexto de um observador, como se se tratasse de uma única ação.⁶²⁹

A construção do conceito de unidade naturalística da ação foi fruto da jurisprudência do Supremo Tribunal alemão, ao interpretar como unidade de ação os atos múltiplos da mesma natureza, decorrentes de uma só vontade e conectados pelo tempo e pelo espaço.⁶³⁰

Para Wessels, a fórmula adotada pelo Supremo Tribunal alemão estendeu consideravelmente o conceito de unidade de ação quando permitiu que “a vontade unitária de

⁶²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 509-510.

⁶²⁹ *Idem*. p. 495. Em sentido semelhante, Bacigalupo traz como conceito de unidade naturalística da ação a pluralidade de atos que transparece, valorativamente, como resultado de uma única conduta aos olhos do autor. BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. de André Estefan. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 531.

⁶³⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 495. Os tribunais espanhóis também adotam essa concepção: “[...]. Existirá unidade de ação e não pluralidade de ações, entendidas ambas no sentido de relevância penal, quando a pluralidade de atos praticados sejam percebidos por um terceiro não interveniente como uma unidade em razão do seu cometimento conforme uma única resolução delitiva e que se encontrem vinculadas no tempo e no espaço”. Tribunal Supremo de España. STS 820/2005, Sala 2ª de lo Penal, 23 de junio de 2005. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

fuga do autor”, por exemplo, fosse critério decisivo para englobar manifestações de vontade faticamente separadas, tais como conduzir sem carteira de habilitação, praticar lesão corporal, resistência e fuga em acidente de trânsito, sob uma unidade naturalística de ação.⁶³¹

Sem embargo das muitas discussões ainda suscitadas por tal orientação, informa Roxin que, na decisão de se entender se vários atos devem ou não fazer parte de um “único acontecimento histórico”, além dessa “vontade unitária” em um mesmo contexto espaço-temporal, a jurisprudência tem recorrido ultimamente à importância que representa para o direito penal o cometimento de todos os atos parciais da suposta “unidade fática”.⁶³²

Ademais, como ressalta Jakobs, a unidade da ação deve ser dada não apenas pela unidade subjetiva, mas também pela unidade da execução do comportamento típico.⁶³³

⁶³¹ WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 175. Como também observa Juarez Tavares, “apesar de a solução prática da jurisprudência alemã orientar-se mais pelo contexto, o que pode conduzir a conclusões adequadas em muitos casos, parece que a questão da unidade ou pluralidade de ações não pode ficar circunscrita à manifestação de vontade”. De qualquer forma, reconhece-se que o momento histórico da construção do chamado conceito naturalístico de ação, cuja nota característica seria a unidade de resolução única do fato, sob o contexto material da própria atividade desenvolvida pelo agente, delimitada em parâmetros espaciais e temporais, teve como fim coibir a absoluta indeterminação então reinante. Além do mais, tendo-se em vista todo o complexo da atividade humana, para Tavares, é muito mais adequada a construção do conceito de ação em uma perspectiva comunicativa, na qual se exige um parâmetro de referência, ou objeto de referência, como indicativo de seu sentido, a ele subordinando-se sua execução. Por objeto de referência, entende-se todo o complexo de condições normativas e empíricas, dentro de uma prática social, que orientam a execução de uma atividade, não devendo ser confundido com os objetos materiais do delito. Assim, ainda para esse autor, haverá uma ação sempre que a conduta se orientar no sentido dos objetos de referência que a determinam, de forma que, para considerá-la válida, não se faz necessária a renovação de sua execução pelo agente. Nesses termos, a orientação da atividade dentro do processo de comunicação em função dos objetos de referência torna-se imprescindível, consistindo a pretensão de validade no atendimento das determinações ditadas pelos próprios objetos de referência ou na remoção da resistência que apresentam, como forma de impor sobre eles a execução da atividade e, por conseguinte, lesar ou pôr em perigo um bem jurídico. Por isso, também como ressalta Tavares, tal complexo de “relações entre a atividade causal e a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico é que deve ser tomado como base para a determinação da unidade ou pluralidade de ações”, sendo facilmente compreendida a postura adotada pelos exemplos que invoca: “Alguém resolve realizar furto em uma residência, aproveitando-se de que a porta de entrada se encontra aberta. Após ingressar facilmente no imóvel e realizar algumas subtrações, o agente resolve romper um cofre que estava chumbado na parede, dele retirando pertences de pessoas diversas. Aqui haverá unidade de ação e, também, único delito de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, porque, independentemente dos objetos a serem subtraídos e mais o obstáculo que teve de ser rompido, a orientação da atividade seguiu o mesmo sentido de lesão de bem jurídico, ou seja, o sentido de subtrair bens situados naquela residência. Não foi, portanto, a forma como o processo causal se encaminhou que assinalara a unidade da ação, mas o sentido que lhe foi imprimido em função da lesão de bem jurídico. [...] Alguém mantendo a vítima sob coação, realiza com ela, inicialmente, atos libidinosos e, em seguida, conjunção carnal. Apesar de a conduta se desenrolar em várias fases, haverá unidade de ação e, igualmente apenas o delito de estupro. É que aqui o sentido da atividade determinado pelo objeto de referência, que seria a lesão à liberdade sexual, pressupunha vencer a resistência da vítima a partir da prática dos atos libidinosos, o que indicaria a unidade de ação, embora com procedimentos causais diversificados”. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 495-498.

⁶³² ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25. edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 160-163. Em sentido semelhante, Stratenwerth observa que, na aplicação desse critério de “vontade unitária”, a jurisprudência alemã não tem conseguido manter uma linha clara, sobretudo no que se refere à questão de saber se o que mais importa é a “aparência externa do fato” ou a “decisão unitária do autor em cometer o fato”. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. parte general I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005. p. 450.

⁶³³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 1076 e seguintes.

No tocante à unidade jurídica da ação, as modalidades que refletem na disciplina do concurso de leis são a unidade típica da ação e a unidade de ação em virtude de identidade parcial. Nesses casos, “o tipo legal vincula, em uma unidade jurídico-social de valoração, várias manifestações naturais de vontade”.⁶³⁴

Como visto anteriormente, são exemplos de unidade típica de ação os delitos plurissubsistentes, os permanentes, os habituais, além dos crimes complexos e os casos de progressão criminosa. Embora expressem apenas sentido parcial, admite-se, inclusive, nesses dois últimos exemplos, a existência de unidade jurídica da ação, pois, mesmo envolvendo atos ou bens jurídicos diversos, os delitos complexos e os casos de progressão criminosa podem ser conectados em um mesmo conteúdo de injusto.⁶³⁵

Além dessas hipóteses, pertencem ao conceito de unidade típica de ação a realização repetida do mesmo tipo penal, desde que baseada em uma resolução volitiva unitária e praticada em uma sequência direta,⁶³⁶ assim como os delitos culposos consubstanciados em tipos mistos (alternativos ou cumulativos).⁶³⁷

Ainda sobre a imprecisão que gira em torno dos conceitos de unidade de ação e pluralidade de ações, é preciso considerar que a grande dificuldade da doutrina em especificar essas categorias decorre da utilização de elementos preexistentes à ordem jurídica. Na verdade, essas definições deveriam ser concebidas como conceitos jurídicos, interconectados aos tipos legais, uma vez que seu conteúdo só é apreensível juridicamente.

Com efeito, inexistindo unidades pré-jurídicas de ação como objetos pré-constituídos de referência jurídica, na delimitação do conceito de unidade de ação e pluralidade de ações devem ser utilizadas remissões complementares ao sentido do tipo legal.

Assim é que, para Juarez Cirino dos Santos, “a fórmula adequada estaria na fusão dos conceitos de ação e de tipo legal, integrados na unidade do conceito de tipo de injusto”. E, na construção do conceito de tipo de injusto, os elementos essenciais seriam a correlação entre seu “conteúdo determinante”, evidenciado pela definição do que se entende como ação, e sua “forma determinada”, consistente na descrição do tipo legal.⁶³⁸

De acordo com essa orientação, existe unidade de tipo de injusto:

⁶³⁴ WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 174

⁶³⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 503.

⁶³⁶ WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 175.

⁶³⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 502.

⁶³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 399.

(a) em tipos legais divisíveis em pluralidade de atos, (b) em tipos legais que pressupõem pluralidade de atos, como o estupro (violência e conjunção carnal) e o roubo (violência e subtração), (c) em tipos legais de duração, caracterizados pela criação ou manutenção de situações antijurídicas, como violação de domicílio ou dirigir veículo automotor em via pública sem habilitação ou em estado de embriaguez etc.; por outro lado, existe também unidade de tipo de injusto em sentido amplo, (d) em situações de repetição da ação típica em rápida sequência temporal prevista no tipo (moeda falsa, rixa etc.) ou não prevista no tipo (remessa de escrito com várias injúrias, furto mediante pluralidade de ações de subtração etc.), desde que a repetição constitua simples aumento quantitativo do tipo de injusto – mas independente da natureza do bem jurídico, podendo atingir bens jurídicos personalíssimos de diferentes portadores, assim como, finalmente, (e) em situações de contínua realização da ação típica por atos sequenciais de aproximação progressiva do resultado, como o tráfico de drogas, por exemplo.⁶³⁹

Assentado que a unidade de ação, ou a unidade de tipo de injusto, pode dar-se num só ato ou fato, manifestado por uma única resolução de vontade, ou em uma cadeia de atos ou fatos vinculados em uma unidade jurídica, faz-se necessário, por conseguinte, que se analise se esse conceito seria decisivo ou não para a determinação do concurso de leis.

Para Mantovani, fala-se em concurso de normas quando mais de uma delas revela-se, ao menos *prima facie*, aplicável a um mesmo fato; porém apenas à primeira vista o fato transparece reconduzido a mais de uma norma, pois, na realidade, trata-se de um só crime com a aplicação de uma só norma incriminadora.⁶⁴⁰

Segundo Marinucci e Dolcini, o concurso aparente de normas ocorre em dois grupos de casos: (a) quando um único fato concreto indica a realização de uma pluralidade de normas incriminadoras, sendo aplicada apenas uma delas; e (b) quando se realiza mais de uma ação cronologicamente separada, subsumida, em princípio, a mais de uma norma incriminadora, sendo considerada apenas uma das ações e aplicada também apenas uma das normas incriminadoras, com a consequente impunidade do fato antecedente ou do fato subsequente ao que foi imputado.⁶⁴¹

Por seu turno, Wessels aduz que, no “concurso impróprio”, não obstante sejam preenchidos vários tipos penais, efetivamente só a lei primária será aplicada, sendo excluídas as demais. Tratando-se de unidade de ação, a forma desse “concurso impróprio” recebe a denominação de unidade de leis ou concurso de leis. E, havendo pluralidade de ações, os *ante facta* e *pos facta* não são punidos, consistindo em uma relação aparente de concurso. Isso

⁶³⁹ Idem. p. 399-400.

⁶⁴⁰ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2009. p. 462-463.

⁶⁴¹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 424.

porque há casos nos quais o preenchimento de um tipo penal absorve o conteúdo do injusto de uma ação autônoma, antecedente ou consequente, à ação principal.⁶⁴²

Verifica-se, então, que, entre as acepções de concurso de leis já apresentadas, mais as incontáveis definições que se poderiam citar, ocorre menção à unidade de ação em algumas delas, aceitando-se a pluralidade de ações em outras. Entretanto todas elas referem-se à aparente incidência de uma pluralidade de leis e à imprescindibilidade de aplicação de uma única norma incriminadora.

Desse modo, por prevalecer apenas um dos preceitos legais, a responsabilização do agente no concurso de leis circunscreve-se à imputação de uma única infração. E, tendo-se em vista que o agente responderá por um só delito, elenca-se, como pressuposto de existência do concurso de leis, além da pluralidade de normas, a unidade de delito, que se poderá consubstanciar tanto na ação em sentido natural, na unidade naturalística e jurídica da ação.

A propósito, já havia observado Cuello Contreras que a distinção entre unidade de ação ou pluralidade de ações não costuma incluir os casos pertencentes ao concurso de leis, sendo o número de infrações imputadas o fator decisivo na identificação deste, e não aquela diferenciação.⁶⁴³ Seguindo essa orientação, o Tribunal Constitucional espanhol declarou que o âmbito de operatividade do princípio do *ne bis in idem* pressupõe, como questão prévia, a existência de um único delito como resultado de um concurso de normas.⁶⁴⁴

Por outro lado, percebe-se que também é importante compreender, ou resolver, se a unidade de bem jurídico entre as normas em concurso seria um fator decisivo para a sua caracterização, uma vez que, não raras vezes, a jurisprudência deixa de reconhecer o concurso de leis por força de eventual diversidade dos bens jurídicos tutelados pelas leis em confronto.

A respeito da questão, entende-se inadequada a assunção de tal critério de forma absoluta, pois, além da multiplicidade de sentidos que pode ser assumida pelo bem jurídico, o essencial no concurso de leis é que, em obediência ao axioma de que não se pode castigar duas vezes o mesmo fato, consubstanciado no princípio do *ne bis in idem*, seja aplicada apenas uma das normas – aquela que alcança e esgota a relevância do caso em toda a sua extensão valorativa.

⁶⁴² WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 179-181.

⁶⁴³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delito. *ADPCP*, Fasc. I, 1979. p. 50.

⁶⁴⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995. p. 66.

Até porque, da mesma forma que ocorre com a pluralidade de normas incriminadoras, poderá transparecer, em princípio, em uma consideração isolada, que em determinada concorrência de leis haja uma pluralidade de bens jurídicos ofendidos. Todavia, o ajustamento teleológico-sistemático das normas, por meio dos mesmos critérios de resolução do concurso de leis, poderá permitir a conclusão pela ofensa a um só bem jurídico.

Por isso assiste razão a José Lobo Moutinho quando destaca que a identidade nominal do bem jurídico não é decisiva para a admissão do concurso de leis, na medida em que “pode suceder que uma norma que aparentemente tutela um bem jurídico tutele ainda outros bens jurídicos ou, *rectius*, que aquilo que parece um bem jurídico simples, se mostre, afinal, complexo ou multifacetado”.⁶⁴⁵

A título de ilustração, registra-se que os bens jurídicos saúde pública e segurança viária, que são mais gerais, podem ser reduzidos a uma multiplicidade de bens jurídicos, tais como a vida, a integridade física e, até mesmo, a liberdade individual e o patrimônio.

Corroborando essa posição, Paulo Queiroz, apesar de indicar a identidade de bem jurídico como critério indiciário do concurso de leis, reconhece que essa exigência não pode ser levada a extremos, sob pena de inviabilizar o reconhecimento da unidade de crime. Tanto que, se assim fosse, não se admitiria, por exemplo, o concurso de leis entre o sequestro e a extorsão mediante sequestro, assim como entre a violação de domicílio e o furto, pois na extorsão e no furto o bem jurídico protegido é o patrimônio, enquanto no sequestro e na violação de domicílio tutela-se a liberdade individual.⁶⁴⁶

Finalizando-se a análise sobre os pressupostos de operatividade do concurso de leis, a conclusão que se extrai de todos os argumentos acima aduzidos é que, para sua existência, requer-se (a) uma unidade de delito sobre a qual recaia, aparentemente, (b) uma pluralidade de leis, devendo, em obediência aos princípios de unidade e coerência da ordem jurídica, especialmente o princípio do *ne bis in idem*, (c) incidir apenas um dos preceitos normativos – aquele que contenha toda a reprovação jurídico-social do fato –, excluía a aplicação dos demais.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, p. 875. Por igual, registra Nuria Castello Nicás que, no concurso de normas, o bem jurídico por elas protegido deverá ser da “mesma índole”. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 2000, p. 17. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 503.

⁶⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 83. De qualquer forma, reconhece-se que, em regra, a jurisprudência brasileira inclina-se pelo entendimento de que “se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 815.071/BA*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 23 maio 2006, DJ 19 jun. 2006, p. 203.

⁶⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509-510.

Por outro lado, impõe-se a indicação, entre as leis incriminadoras concorrentes, da que deverá prevalecer. Tradicionalmente, e de forma majoritária, recorre-se, na doutrina brasileira, à especialidade, à subsidiariedade e à consunção⁶⁴⁸ como critérios para dirimir as dúvidas decorrentes da aparente subsunção do fato às normas incriminadoras em concurso.

Pela aplicação do critério da especialidade – *lex specialis derogat legi generali* –, prevalece a lei especial sobre a geral. Os elementos típicos do delito geral são os mesmos do delito especial, possuindo este último elementos especializantes, consistentes em um *plus* ou, até mesmo, em um *minus*, em comparação ao tipo geral. Um cabe dentro do outro, porque o tipo especial possui todas as notas do geral e mais os elementos particularizantes, como, por exemplo, os tipos qualificados e os privilegiados (crime de latrocínio em relação ao roubo), bem como os tipos independentes e elementares (o roubo em relação ao furto).

Tendo-se em vista a preferência da norma especial à norma geral, afastado estará o *bis in idem*, subsumindo-se o comportamento do agente apenas ao tipo especial.

A norma geral e a norma especial apresentam-se como círculos concêntricos, de modo que o âmbito da norma geral – o círculo maior – inclui o âmbito da norma especial – o círculo menor.⁶⁴⁹ E essa prevalência estabelece-se, em abstrato, no plano do “dever ser”. Pela simples comparação das descrições legais das condutas incriminadas, constata-se que a descrição mais abrangente contém a menos abrangente, em uma relação de continente e conteúdo.

⁶⁴⁸ Há de ser registrado que alguns autores incluem nesse rol o princípio da alternatividade, mas, como destacado por Zaffaroni e Pierangeli, a alternatividade seria a resultante da aplicação dos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 733. Ademais, sequer há consenso quanto ao significado do princípio da alternatividade. Para Jescheck, ele não seria um critério de solução para o caso de concorrência aparente entre normas, uma vez que ocorre entre tipos que descrevem ações contraditórias entre si e, assim, se excluem reciprocamente, não se havendo de falar em superposição parcial de ações típicas, como se dá, por exemplo, nas hipóteses de furto e de apropriação indébita. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 791. Do mesmo modo, é o pensamento de Bitencourt: “alguns autores acrescem a alternatividade como sendo outro princípio do conflito de normas que, a nosso juízo, é desnecessário, ante a ausência de conflito aparente. Haveria alternatividade quando dois tipos contêm elementos incompatíveis entre si, excluindo-se mutuamente, como seria exemplo o furto e a apropriação indébita. Ora, o fundamento do concurso de leis é a coincidência parcial das normas penais. Sendo, pois, incompatíveis, afastam, por razões lógicas, o referido conflito. Na realidade, ou não se trata de fato único, mas de fatos múltiplos, que se excluem mutuamente, assim como as disposições legais que lhes correspondem, ou então se trata de fatos que se enquadram nos critérios da especialidade ou da subsidiariedade”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 249. Há também no cenário nacional, entendimento no sentido de que o princípio da alternatividade não corresponderia a uma regra de solução do concurso de leis, aplicando-se não a um concurso de tipos, mas, sim, a uma unidade de tipo cujo conteúdo seja múltiplo, ou seja, com previsão de configuração do crime por meio da prática de várias condutas típicas. Nesse caso, se o agente realiza mais de um das ações expressas pelos verbos contidos no tipo, no mesmo contexto fático, responderá por um único crime, pois as condutas típicas devem ser compreendidas de forma alternativa. Nesse sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 129. GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.118.

⁶⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. 3. ed. Barcelona: Arazandi, 2009. p. 771.

Dessa maneira, é perfeitamente possível que, entre duas normas, concorram simultaneamente tanto a relação de especialidade como a de consunção, uma vez que a realização do tipo especial inclui também a do tipo geral, não havendo reciprocidade na assertiva, pois quem pratica o tipo geral não necessariamente incorre no tipo especial. Por isso costuma-se afirmar que toda norma especial é, ao mesmo tempo, uma norma consuntiva, porque o conteúdo mais amplo abrange o menos amplo. Ao contrário, nem toda norma consuntiva pode ser considerada uma norma especial.⁶⁵⁰

Há também de ser registrado que, para a incidência da especialidade, não há qualquer óbice à circunstância de a pena do tipo especial ser menor do que a do tipo geral, pois o *plus* ou o *minus* incidente pode constituir uma causa de abrandamento da reprovação da conduta. É a situação, por exemplo, do crime de infanticídio, cuja pena cominada é menor do que a prevista para o homicídio.

Para Gueiros e Japiassú, a referência resolutive por excelência do concurso de leis é a especialidade, “por se tratar do critério que possui maior rigor científico, sendo, portanto, o mais adotado doutrinária e jurisprudencialmente”.⁶⁵¹

Ainda a respeito da especialidade, Eduardo Correa proclama que, acusado um agente do cometimento de um tipo básico de delito, deverá o juiz verificar “logicamente” se não teria sido levado a cabo o preenchimento do delito especial. E essa operação deverá ser realizada de um ponto de vista material, pois é possível que, substancialmente, um e outro visem à proteção de bens jurídicos só extensivamente diferentes.⁶⁵²

Por isso é que, a propósito do que se disse antes quanto à desnecessidade da identidade estrita do bem jurídico no concurso de leis, é possível que haja, em matéria de especialidade, uma diferenciação aparente entre os interesses protegidos.⁶⁵³

Evidencia-se o critério da subsidiariedade quando um dispositivo legal somente prevalece se outro, considerado principal, não se sobrepuser ao caso. A subsidiariedade será expressa quando o próprio texto legal condiciona explicitamente a aplicação de um preceito apenas na hipótese de não incidência de outro, de caráter principal. E será tácita quando a

⁶⁵⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995. p. 323-324.

⁶⁵¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 131.

⁶⁵² CORREA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 341 e seguintes.

⁶⁵³ MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005. p. 875.

escolha da norma considerada prevalente tiver sido deduzida pela interpretação dos tipos concorrentes frente ao fato imputado.

Na subsidiariedade, há interferência dos conteúdos das normas em concurso que se sobrepõem parcialmente. Ao contrário do que ocorre na especialidade, nenhuma das normas em relação de subsidiariedade compreende totalmente o âmbito da outra, transparecendo dois círculos secantes, com um setor comum, decorrente da interseção entre suas esferas de aplicação.⁶⁵⁴

Como esclarece Juarez Tavares, um aspecto peculiar do critério de subsidiariedade reside no entrecruzamento entre a lei subordinante e a lei subordinada, as quais “tratam o conteúdo do injusto do fato conforme os graus de agressão ao bem jurídico, mas dentro de um mesmo processo de imputação”.⁶⁵⁵

Na resolução do concurso de leis pelo critério da subsidiariedade, nota-se que o tipo subordinado corresponde a um elemento componente do tipo subordinante, em uma relação de menor a maior, somente adquirindo significado o delito principal com a prévia – e necessária – realização da norma subsidiária. Nas elucidativas lições de Jescheck, “a estrutura lógica da subsidiariedade não responde à ideia de subordinação senão a de coincidência parcial (interferência)”.⁶⁵⁶

Assim, a mera intensificação quantitativa de ataque ao bem jurídico e a do grau de participação *lato sensu* no delito são características da subsidiariedade, como demonstram, por exemplo, a correlação entre os tipos tentados e consumados, de perigo e de dano, culposos e dolosos e também a correspondência entre as diversas formas de participação e de autoria.

Utiliza-se o critério da consunção quando, em uma perspectiva axiológica, o conteúdo de uma norma incriminadora, por ser mais amplo, absorve o conteúdo das demais normas concorrentes. Na consunção, como os tipos se apresentam em uma relação de uma parte ao todo, entende-se que a valoração do tipo consumido se esgota ou se exaure, na realização do tipo consuntivo. Isso porque a reação contra a ofensa concreta do bem jurídico menos vasto pode se efetivar pela aplicação do preceito que tem em mira a defesa de bens jurídicos mais

⁶⁵⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Direito penal português*. Lisboa: Editora Verbo, 1981. p.164.

⁶⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 514.

⁶⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 791.

extensos. E quando isso acontece, diz-se que os dispositivos legais vêm a encontrar-se em uma relação de consunção: uns consomem já a proteção que os outros visam.⁶⁵⁷

A doutrina diverge acerca da ocorrência de consunção quando um fato constituir etapa comum de realização de outro, mormente sobre o caráter de indispensabilidade ou não entre essa relação de meio e fim no cometimento do tipo principal.

Wessels indica que ocorre consunção quando um fato “não está necessariamente compreendido em outro, mas concorre regular e tipicamente no cometimento deste outro”, de maneira que seu conteúdo do injusto é abrangido e consumido pela forma mais grave de delito.⁶⁵⁸

Por outro lado, Mantovani inclui na consunção os casos em que uma norma corresponda necessariamente ao conteúdo de outra mais grave e, até mesmo, a progressão criminosa, na qual a ofensa posterior se encontra na mesma linha de desdobramento da ofensa anterior.⁶⁵⁹

Na presente pesquisa, adota-se o entendimento que preconiza inexistir na consunção relação de necessidade entre os tipos em concurso, pois, quando o preceito legal absorvido referir-se a um elemento constitutivo da norma prevalente, ou seja, for um meio necessário de seu cometimento, o critério de resolução a ser adotado será o da subsidiariedade.⁶⁶⁰

O processo de imputação, na subsidiariedade, é delimitado em estágios variados de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, de forma que a resolução quanto à lei aplicável não depende exclusivamente da maneira como o fato imputado foi praticado, sendo conduzida pela interpretação do próprio texto legal, que permitirá a exclusão do tipo menos grave em face do tipo mais grave.

Ao contrário, na consunção, a relação entre as normas concorrentes não é estrutural, mas fenomenológica, obtendo-se a decisão da norma prevalente pela interpretação dos fatos efetivamente realizados, e não dos delitos abstratamente formulados.

⁶⁵⁷ CORREA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 344.

⁶⁵⁸ WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 180.

⁶⁵⁹ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2009. p. 467.

⁶⁶⁰ “O conteúdo de injusto do tipo principal consome o conteúdo de injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (não necessário) de realização do tipo consumidor ou o tipo consumido não está em relação de necessidade lógica (como na especialidade ou na subsidiariedade), mas em relação de regularidade fenomenológica com o tipo consumidor”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 414. Como também observam Zaffaroni e Pierangeli, na subsidiariedade ocorre progressão na conduta típica, “em que a punibilidade da etapa mais avançada mantém interferida a tipicidade das etapas anteriores”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 738.

A consunção será reconhecida quando a interligação concreta entre o fato-meio e o fato-fim indicar que o conteúdo de injusto de um está compreendido no outro, impondo-se, assim, uma avaliação conjunta que se exaure em “um único processo de imputação a fim de evitar o *bis in idem*”.⁶⁶¹ É o que ocorre, por exemplo, nas relações de auxílio à conduta direta, de *minus a plus*, de meio a fim e de parte a todo.

Os bens jurídicos protegidos pelas normas consumida e consuntiva apresentam, desse modo, as referidas relações – de mais e de menos, de meio a fim e também de parte a todo – contendo-se uns nos outros, de forma que a tutela do bem jurídico inserta na norma prevalente compreende a proteção que objetiva a norma preterida.

Há, ainda, de ser registrado que, pela aplicação do critério de consunção, o tipo mais grave, considerado objetivamente como aquele a que é cominada a maior pena, absorve, em regra, o tipo menos grave. Entretanto, tal regra não é absoluta, admitindo-se a absorção do crime ao qual é cominada pena mais grave por outro de pena menos grave,⁶⁶² desde que, em virtude de uma conexão fenomenológica, seja essa a solução mais adequada à total compreensão do injusto.

A respeito disso, invoca-se a orientação da Súmula 17, do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, segundo a qual “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Nessa hipótese, admite-se que um crime ao qual é cominada pena de 1 a 5 anos de reclusão (art. 171 do Código Penal brasileiro) absorva um crime cuja pena é de 2 a 6 anos de reclusão (art. 297 do Código Penal brasileiro).⁶⁶³

Quanto às perspectivas variantes da consunção, encontram-se as hipóteses de *ante factum* e de *post factum* impuníveis,⁶⁶⁴ nas quais há pluralidade de ações processadas num

⁶⁶¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 516.

⁶⁶² BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 91. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general em esquemas*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 523. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 1.061-1062. QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 81-82. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. 3. ed. Barcelona: Arazandi, 2009. p. 769. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 511-512.

⁶⁶³ Também segundo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, praticada uma falsidade como meio para a realização de crime tributário, resta aquela absorvida pelo crime-fim, ou principal, ainda que à falsidade seja cominada pena mais grave do que a prevista para o crime tributário. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 103055/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 28 abr. 2009. DJe: 18 maio 2009.

⁶⁶⁴ Opta-se pelas expressões *ante factum* e *post factum* impuníveis por serem bastante difundidas na doutrina estrangeira e, sem sombra de dúvida, as mais utilizadas na doutrina brasileira, porém não se olvida que representam uma imprecisão terminológica. Como bem aponta Carbonell Mateu, a denominação “atos impunes” não corresponde à realidade, pois não se trata de impunidade de determinadas condutas, revelando-se, ao contrário, contemplação do desvalor dos atos antecedentes ou consequentes na norma consuntiva, que absorve as demais condutas. CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionais*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 158.

mesmo contexto, ou na mesma zona de ilícito, abrangidas pelo fato principal. Entende-se por *ante factum* impunível o comportamento típico vinculado à infração principal, de forma que, para uma adequada valoração do conteúdo de injusto, exige-se uma avaliação conjunta. No tocante ao *post factum* impunível, observa-se que costuma ocorrer para fins de aproveitamento, de garantia ou de reforço do fato antecedente,⁶⁶⁵ prevalecendo o entendimento de que não poderá ocorrer o aumento da ofensa produzida, tampouco lesão a distinto bem jurídico.⁶⁶⁶

A doutrina se divide quanto ao critério de resolução dessas variantes. Para alguns, o *ante factum* impunível rege-se pelo critério da subsidiariedade, enquanto o *post factum* impunível corresponderia ao critério da consunção.⁶⁶⁷ Por outro lado, não são poucos os que defendem a aplicação da relação de consunção tanto no *ante factum* como no *post factum* impunível.⁶⁶⁸

Entende-se que, na resolução do concurso de leis referentes a essas pluralidades de ações, o critério a ser utilizado será regido pela correlação da ação antecedente ou consequente com o fato principal. Localizando-se, por exemplo, o *ante factum* dentre os estágios variados de lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico, pode-se considerá-

⁶⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general en esquemas*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 523

⁶⁶⁶ ZULGADÍA ESPINAR, José M *et al.* *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 305. No mesmo sentido, Barja de Quiroga admite a absorção dos atos copenados, desde que não ocorra lesão a um novo bem jurídico. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2010. p. 1137. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252. Jakobs até aceita a diversidade da titularidade do bem jurídico, mas, quanto a este, exige sua identidade. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 1.066. Todavia, não se pode deixar de anotar que há respeitáveis pesquisadores da ciência do direito penal que se posicionam em sentido contrário a essa restrição, tais como os Professores Díez Ripollés, da Espanha, e Juarez Cirino dos Santos, do Brasil. Para Díez Ripollés, não impede a aplicação da consunção a circunstância de o ato posterior lesionar outro bem jurídico. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general en esquemas*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 523. E, seguindo essa orientação, emblemático é o exemplo trazido por Juarez Cirino dos Santos, ao mencionar que a venda do objeto subtraído no furto a terceiro de boa-fé não constitui crime de estelionato autônomo, e sim fato posterior impunível, ainda que lesione novo bem jurídico. Como explica Juarez Cirino dos Santos, o crime de furto abrange os atos próprios da apropriação, inclusive a venda da coisa furtada, razão pela qual “punir pela realização da intenção especial do furto, elemento determinante do tipo de injusto, significaria dupla punição pelo mesmo fato”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 415. Seguindo a mesma orientação, encontra-se o entendimento de Palma Herrera, para quem os atos conjuntamente apenados com a conduta principal não são incompatíveis com a circunstância de que o fato posterior – ou até mesmo prévio – afete um bem jurídico diferente daquele que resulta atingido pelo fato principal. PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 265.

⁶⁶⁷ WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 181. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005. p. 456-458.

⁶⁶⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 131. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 415. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252.

lo como jungido às regras da subsidiariedade. No entanto, se, por exemplo, o agente danificar o sistema de vigilância eletrônica de uma residência para, em seguida, subtrair-lhe bens, na resolução das leis concorrentes aplicar-se-á como critério indicado a regra da consunção. De toda sorte, o agente será responsabilizado por um único delito, considerando-se o *ante factum* incluído no âmbito de imputação do fato principal, sendo o *post factum* por ele absorvido.

Ainda como variante da consunção, elenca-se a progressão criminosa, hipótese que se verifica quando o agente pratica uma conduta que se subsume a determinado crime (menos grave), porém, ainda dentro do mesmo *iter criminis*, resolve praticar uma infração mais grave.

E, da mesma forma que ocorre no *ante factum* e no *post factum* impuníveis, discute-se se a progressividade de tais ações, para serem consideradas inseridas no mesmo processo de imputação – seja pelo critério da consunção, seja pelo da subsidiariedade, a depender da perspectiva da relação da conduta antecedente com a conduta consequente –, deve, necessariamente, lesionar um mesmo bem jurídico.

Nos termos já referidos, compreende-se que a identidade do bem jurídico não é decisiva para a admissão do concurso de leis, tampouco para a resolução da questão em comento, na medida em que “pode suceder que uma norma que aparentemente tutela um bem jurídico tutele ainda outros bens jurídicos ou, *rectius*, que aquilo que parece um bem jurídico simples, se mostre, afinal, um bem jurídico complexo ou multifacetado”.⁶⁶⁹

De qualquer forma, reconhece-se que a doutrina brasileira posiciona-se majoritariamente pela impossibilidade de lesão a diferente bem jurídico para a caracterização da progressão criminosa.

670

⁶⁶⁹ MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, p. 875. Por igual, registra Nuria Castello Nicás que, no concurso de normas, o bem jurídico por elas protegido deverá ser da “mesma índole”. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 2000. p. 17.

⁶⁷⁰ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 87. Também muito se discute, na doutrina e na jurisprudência, se haveria, na hipótese de não atendibilidade do preceito primário, a possibilidade de aplicação da lei secundária ou descartada. A despeito de opiniões em sentido contrário, não se deduz da disciplina do concurso de leis que, na ausência de efetiva aplicação da norma prevalente, deva-se recorrer automaticamente ao tipo preterido. De igual modo, também não se há de considerá-lo imediatamente descaracterizado (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp* 564.265/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 16 mar. 2004, DJ 14 jun. 2004. p. 270). Quanto à ausência de condição de procedibilidade e de extinção de punibilidade do delito principal, a jurisprudência brasileira, notadamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça brasileiros, adotando a perspectiva de que, no concurso de leis, a imputação do tipo principal permite a apreciação da relevância jurídico-punitiva de todos os recortes da ação, inclusive dos atos antecedentes e dos consequentes, inclina-se pela exclusão ou carência de efeitos residuais do preceito preterido, havendo, nesse sentido, reiteradas decisões. Sobre o assunto, consultar: GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995. p. 196 e seguintes. D’ALMEIDA, Luís Duarte. *O “concurso de normas” em direito penal*. Lisboa: Almedina, 2004. p. 44. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 1069-1071. BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 115. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*. Madrid: Civitas, 1991. p. 67. SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 127.

5 EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DAS DISFUNÇÕES DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 Marcos histórico-normativos e limitação interpretativa do princípio do *ne bis in idem*

O sistema jurídico-punitivo brasileiro, além de não ter larga tradição nas questões relacionadas ao princípio do *ne bis in idem*, costuma reduzir, até mesmo, sua dimensão processual, definindo-o, não raras vezes, como mera decorrência da coisa julgada, o que tem contribuído para o baixo grau de concretude do *ne bis in idem*. Há até quem entenda que esse princípio é *meramente enunciado* no direito brasileiro, haja vista que a jurisprudência brasileira, mesmo admitindo tal postulado, é em geral bem restritiva no seu reconhecimento,⁶⁷¹ como se verá mais adiante.

Reconhece-se que muito dessa ausência de tradição jurídica brasileira quanto ao efetivo reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* deve-se à quase inexistência de marcos históricos, inclusive normativos, sobre essa matéria.

A respeito disso, faz-se importante registrar o modelo punitivo que Portugal implantou no Brasil. Vigente por mais de dois séculos, praticamente durante todo o período colonial, as Ordenações do Reino, das quais se destacam as Filipinas,⁶⁷² que vigoraram no Brasil formalmente até 1830,⁶⁷³ influenciaram a formação autoritária do Estado brasileiro, com

⁶⁷¹ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 69.

⁶⁷² O paradigma jurídico dessa legislação era draconiano, tendo por fim precípua a produção de efeitos ideológicos de inibição. NEDER, Gizlene. *Coimbra e os juristas brasileiros*. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/artigos/neder>>. Acesso em: 13 ago. 2012. Ainda a respeito do assunto, a melhor caracterização do direito penal das Ordenações Filipinas foi dada pelo Conselheiro Batista Pereira, que as definiu como “espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que, invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. [...] Abundavam as penas infamantes, com o açoite, a marca de fogo, as galés, e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que [...] benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua inflição; certos criminosos, como os bigamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória”. [...]. CARVALHIDO, Hamilton apud TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código criminal e o Império do Brasil anotado*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2012. Ver também: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri/SP: Manole, 2002. p. 148.

⁶⁷³ Em relação ao direito civil, as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1916.

consequências culturais e jurídicas que até hoje se fazem sentir.⁶⁷⁴

Interessante notar que, ainda que como mera enunciação, em todas as Ordenações do Reino havia previsão do princípio do *ne bis in idem*. Constava das Ordenações Afonsinas a proibição de nova acusação contra aquele que já fora sentenciado (Título 101 do Livro V), a qual foi reproduzida nas Ordenações Manuelinas (Título 73 do Livro V). Igualmente nas Ordenações Filipinas, impedia-se a renovação de acusação contra aquele que foi “livre por sentença de algum crime” ou já tenha sido perdoado.⁶⁷⁵

Entretanto, como lembra Eduardo Correia, essa regra comportava tantas limitações, “já recebidas do direito romano, já criadas pelas distinções dos práticos e avolumados pela crescente influência do sistema inquisitório, que praticamente perdia todo o valor”.⁶⁷⁶

Dando continuidade à análise da legislação brasileira sobre o princípio do *ne bis in idem*, o Código de Processo Criminal do Império de primeira instância reconhecia a regra proibitiva de mais de uma persecução penal,

Salvo seja achado que [o réu] foi livre por falsa prova, ou por conluio que ele ou outrem por ele tivesse feito na primeira acusação, porque neste caso poderá outra vez ser acusado, e será preso, tanto que for provado que se livrou por conluio ou falsa prova.⁶⁷⁷

Já no Código Criminal de 1830, não havia qualquer previsão específica acerca do princípio do *ne bis in idem*. Mesmo considerado uma “obra notável de legislação”,⁶⁷⁸ continuava marcado por características segregadoras e discricionárias. Aliás, não é demais relembrar que essas foram as notas predominantes da nossa cultura liberal-burguesa, com adoção de práticas conservadoras e autoritárias durante o Brasil Império.⁶⁷⁹

E não foi diferente com a promulgação do primeiro código penal republicano em 1890.⁶⁸⁰ Aliás a proclamação da República representou, como em muitas outras ocasiões na

⁶⁷⁴ Para saber mais sobre esse assunto, consultar: SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 59 et seq.

⁶⁷⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 104.

⁶⁷⁶ CORREA, Eduardo Henrique da Silva. *Caso julgado e poderes de cognição do juiz: a teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948. p. 122.

⁶⁷⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 104.

⁶⁷⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. V. 1. Tomo I. p. 48

⁶⁷⁹ A transplantação das instituições e práticas modernas ‘de fora para dentro’ resultou na recepção incipiente do liberalismo apenas como *graxa simbólica*. “Daí porque o liberalismo pôde conviver pacificamente com a escravidão e com uma forte repressão dos segmentos sociais subalternos, consolidando um sistema de Justiça penal que reproduzia abertamente a desigualdade de tratamento”. CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da Baixada”*: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁶⁸⁰ Disciplinar a sociedade para manutenção da “boa ordem” era uma das grandes preocupações do Código Penal de 1890. estatais, havendo, por exemplo, seus arts. 391 a 404 consagrado os delitos de vadiagem, *capoeiragem* e mendicância, enquanto o art. 206 criminalizava a greve.⁶⁸⁰ Esse diploma legal delegava à polícia a função de conter a criminalidade, a qual deveria “obedecer aos desejos da elite e processar vadios e jogadores”. BRETAS, Marcos. *Ordem na cidade: o cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro, 1907-1930*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 62-63. Registra-se,

história do Brasil, “uma revolução ‘pelo alto’, um movimento de mudança visando, paradoxalmente, à manutenção das relações fundamentais de poder intactas, aptas a reproduzir a dominação oligárquica no Brasil”.⁶⁸¹

A propósito, na construção da estrutura política brasileira, aí incluída a jurídica, a democracia sempre foi um lamentável mal-entendido: uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos, os mesmos privilégios que tinham sido alvo da burguesia europeia contra a aristocracia.⁶⁸²

Entre esse primeiro Código republicano e o atual Código Penal, ocorreram diversas modificações legislativas, além da promulgação de muitas leis esparsas. Posteriormente, todos esses diplomas foram compilados, no que se denominou “Consolidação das leis penais”, levada a cabo por Vicente Piragibe, que, em 1932, substituiu o Código.⁶⁸³ E em todos eles não houve menção ao princípio do *ne bis in idem*.

Ainda a respeito de aspectos indicativos do déficit democrático brasileiro, particularmente no tocante ao quadro histórico-normativo punitivo, o aparente “sentido” liberal atribuído aos Códigos Penal (1940)⁶⁸⁴ e de Processo Penal (1941),⁶⁸⁵ concebidos na

ademais, que, mesmo com esse caráter severo, acreditava-se que essa legislação estimulava a criminalidade em vez de combatê-la. Logo após a sua promulgação, foram feitas diversas tentativas de revogação ou modificação do Código Penal de 1890. A título exemplificativo, cita-se que, baseado nas teorias da escola positiva, o jurista Aurelino Leal apontava uma “extensa lista destes ‘germens’ [do crime], presentes na legislação penal recém-promulgada: a manutenção do júri, a prescrição dos crimes, a fiança, a divisão da ação penal em pública e privada, a anistia, a graça, o perdão do ofendido, o livramento condicional, a impunidade do mandante, a reincidência e as nulidades processuais [...]”. Também o senador Paulo Egídio [...] não poupou críticas ao Código. ‘(...) É uma obra clássica? É uma obra neoclássica? É uma obra positiva? É uma obra metafísica? É uma obra inspirada no lombrosismo, no garofalismo, no ferrismo? (...) Ele não tem sistema’. [...]”. ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. *A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República*. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads>>. Acesso em: 07 jul. 2012. Sobre a história da legislação penal no Brasil, recomenda-se consultar: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁶⁸¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 269.

⁶⁸² HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 160.

⁶⁸³ A despeito de algumas alterações, porque *mera compilação*, manteve-se “o caráter elitista de origem, debatendo-se entre as contradições da ordem escravocrata (a abolição não afastara a cultura das penas corporais e a discriminação) e da nascente ordem burguesa”. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Política criminal e direito penal: histórico e tendências contemporâneas*. Disponível em: <<http://www.proppi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁶⁸⁴ O Código Penal de 1940 manteve-se com caráter marcadamente intervencionista, ou como dizia Aníbal Bruno, com rigor e severa repressão. Elaborado com base no projeto Alcântara Machado e aperfeiçoado pela Comissão revisora, integrada, entre outros, por Nelson Hungria e Roberto Lyra, o novo diploma, conforme restou consignado na sua exposição de motivos, de autoria do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, “não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. [...] Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Tomo I. p. 106-108. Em 1984, a parte geral desse código passou por profunda mudança, sobretudo para fazer valer o princípio da culpabilidade. Também foram aprovadas diversas leis alterando tanto a parte geral como a parte especial do atual Código Penal. Reconhecendo-se que “nosso Código (penal) de 1940 faz parte da anatomia do Estado de 1937, que veio ao mundo por meio de Constituição não democrática”, assim como a necessidade

primeira metade do século XX, é vislumbrado com nitidez, haja vista a marcante presença de ideias autoritárias, nas quais a figura do Estado ocupa posições de privilégios frente ao cidadão.

Na verdade, nosso legado de autoritarismo de matriz ibérica ainda não nos permitiu avançar satisfatoriamente no projeto de consolidação democrática do sistema punitivo. O discurso punitivo até hoje praticado no Brasil congrega elementos contraditórios, tais como “repressão severa e penas alternativas, leis duras e garantias processuais, encarceramento em massa e proteção aos direitos humanos”,⁶⁸⁶ Relembrando as palavras de Nilo Batista, seletividade, repressividade e estigmatização ainda são as características fortes do sistema punitivo brasileiro.⁶⁸⁷

Quanto aos atuais marcos normativos relativos ao princípio do *ne bis in idem* no direito brasileiro, continuamos sem qualquer diploma legal regulamentando diretamente esse assunto. De qualquer forma, depois da promulgação da Constituição de 1998, com o deslocamento dos direitos e garantias fundamentais para o epicentro do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do que ocorre em numerosos ordenamentos jurídicos estrangeiros, o princípio do *ne bis in idem* adquiriu natureza de direito fundamental com a adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.⁶⁸⁸

de adaptá-lo à “Constituição cidadã de 1988” atualmente tramita no Senado Federal projeto do novo código penal (Projeto de lei do Senado n. 236). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/retrospectiva2011>>. Acesso em: 13 maio. 2012.

⁶⁸⁵ A despeito das diversas reformas pontuais das últimas décadas, como forma de compatibilizá-lo aos ditames da Constituição de 1988, há de ser registrado que o atual Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/41) entrou em vigor em 1º/01/1942, momento histórico em que imperava o autoritarismo, sendo bastante influenciado pelo Código Rocco italiano, produzido em pleno regime fascista. Constava da Exposição de Motivos que o novo Código visava dar maior eficiência à ação repressiva do Estado contra os que delinquem, assim como que as então vigentes leis de processo penal asseguravam aos réus um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se tornava, necessariamente, defeituosa e retardatária, como um estímulo à expansão da criminalidade. SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 62-63.

⁶⁸⁶ PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. *Revista de sociologia e política*, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁶⁸⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 26. Para saber mais sobre o assunto: BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁶⁸⁸ Ainda no plano de normas convencionais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, o art. 9º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal remete ao princípio do *ne bis in idem*, ao dispor que o Estado requerido poderá recusar a assistência quando, em sua opinião, “o pedido de assistência for usado com o objetivo de julgar uma pessoa por um delito pelo qual essa pessoa já tiver sido previamente condenada ou absolvida num processo no Estado requerente ou requerido”. Igualmente para a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças, “a pessoa sentenciada que for transferida conforme previsto nesta Convenção não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a sentença imposta pelo Estado sentenciador”.

A despeito de não ter sido explicitamente previsto no texto da Constituição de 1988, o caráter de fundamentalidade do princípio do *ne bis in idem* no Estado brasileiro decorre, dentre outras causas, de duas razões. Primeiro, porque o Brasil aprovou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 12 de dezembro de 1991, pelo Decreto-Legislativo 226,⁶⁸⁹ havendo sido depositada a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992 e entrado em vigor em 24 de abril do mesmo ano.⁶⁹⁰ Segundo, porque o Brasil, por meio do Decreto-Legislativo 27/1992,⁶⁹¹ aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, depositou a respectiva carta de adesão em 25 de setembro de 1992 e promulgou referida convenção pelo Decreto 678/1992.⁶⁹²

Questão interessante diz respeito à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.⁶⁹³ Apesar da doutrina mais abalizada sobre o assunto posicionar-se no sentido da natureza supranacional⁶⁹⁴ ou constitucional⁶⁹⁵ dos documentos

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. 94-95, 2003/2004.

⁶⁸⁹ BRASIL. Decreto-Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁶⁹⁰ BRASIL. Decreto 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁶⁹¹ BRASIL. Decreto-Legislativo 27, de 26 de maio de 1992. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁶⁹² BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.planato.gov.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁶⁹³ Sobre a matéria, a Constituição Federal, em seu art. 5º, dispõe que: “[...]. § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Disponível em: <<http://www.planato.gov.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

⁶⁹⁴ MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 20.

⁶⁹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 160-161. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 46. Para Ingo Wolfgang Sarlet, “nunca é demais lembrar a tese esgrimida por autores de merecido renome (de resto, também por nós considerada adequada), no sentido de que uma exegese pautada pelos critérios da interpretação teleológica e sistemática, portanto afinada com a norma contida no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, implica reconhecer a todos os tratados de direitos humanos, anteriores ou posteriores à inserção do parágrafo 3º na CF, hierarquia constitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos humanos e direitos fundamentais: alguns apontamentos sobre as relações entre tratados internacionais e a Constituição, com ênfase no direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 247. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

internacionais de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal vem se orientando majoritariamente pela corrente que estabelece que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal.⁶⁹⁶

Entretanto, independentemente dessa discussão, não se pode esquecer da prevalência que devem ter os direitos humanos.⁶⁹⁷ Por isso entende-se que o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil desde 1988, quanto aos direitos fundamentais, corresponde a um sistema aberto ou de cláusula aberta, apontando-se para um sentido material de direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais não são apenas aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam, podendo também provir de outras fontes, sob uma ampla perspectiva de Constituição material.⁶⁹⁸ Como reconhecido pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, o rol de direitos fundamentais pode ser complementado por normas que assumem materialmente caráter constitucional, transmitindo-se tal hierarquia jurídica por efeito de sua inclusão no “bloco de constitucionalidade”.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ Para o Supremo Tribunal Federal, os tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, mas não aprovados pelo *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, ingressariam, no direito interno, com caráter de supralegalidade (acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE* 466343, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03 dez. 2008, DJe-104 04 jun. 2009. Em sentido contrário, posicionou-se o Ministro Celso de Mello, o qual atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos, destacando a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: “1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional [...]”. Ainda para o Ministro Celso de Mello, é necessário ser diferenciado, “para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de ‘supralegalidade’, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* 87585, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 03 dez. 2008, DJe-118 25 jun. 2009.

⁶⁹⁷ Acerca da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos humanos e direitos fundamentais: alguns apontamentos sobre as relações entre tratados internacionais e a Constituição, com ênfase no direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 247. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

⁶⁹⁸ Ao discorrer sobre essa questão, Jorge Miranda indica que o modelo constitucional brasileiro, no tocante aos direitos fundamentais, é o de “cláusula aberta ou de não tipicidade”, não consistindo a enumeração dos direitos fundamentais em algo taxativo. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 162-163. Até porque é sabido que o conceito de fundamentalidade pode ser construído por “implicância” ou “decorrência”. Por “implicância”, em um sentido lógico-jurídico, a fundamentalidade de um determinado direito dar-se-á na existência de um vínculo relacional entre dois ou mais direitos – um dos quais expressamente tido por fundamental –, não podendo um deles ser afirmado sem que estejam consagrados os demais. E por “decorrência”, advirá, por inferência dedutiva, de um direito fundamental exposto, em uma relação de continência ou subordinação. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 66.

⁶⁹⁹ Especificamente no sentido de que a incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio vem

Além do mais, a Constituição de 1988 afirmou que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, conferindo, com isso, suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro, com a institucionalização e ênfase extraordinária aos direitos humanos.⁷⁰⁰

Assim, transparece que o princípio do *ne bis in idem*, no direito brasileiro, possui *status* de norma fundamental, seja em face da incorporação dos tratados de direitos humanos com essa natureza, seja diante de sua natureza materialmente constitucional, por preencher o catálogo de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, seja ainda por ter sua *ratio* na unicidade da (re)ação punitiva do Estado e no princípio da dignidade do homem.

No plano normativo infraconstitucional, encontram-se poucas referências a manifestações do princípio do *ne bis in idem*, elencando-se apenas três diplomas legais: o Estatuto do Estrangeiro, o Código Penal e o Código de Processo Penal. Nenhum deles reportou-se diretamente a esse princípio, pelo menos com a utilização dessa expressão.

Em matéria de extradição, o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), em seu art. 77, inciso V, dispõe que será indeferido o pedido extradicional quando o “extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”.⁷⁰¹ E não apenas quando o extraditando já tiver respondido a processo no Brasil,⁷⁰² mas também em outro Estado, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.⁷⁰³

complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, consultar, dentre outros: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 86606*, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em: 22 maio 2007, DJe-072 02 ago. 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 80263*, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em: 20 fev. 2003, DJ 27 jun. 2003.

⁷⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *Revista internacional de direito e cidadania*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

⁷⁰¹ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

⁷⁰² “A extradição não será concedida, se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extradicional, o súdito reclamado estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil, ou já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades judiciárias brasileiras. Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de “double jeopardy” atua como insuperável causa obstativa do atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o *bis in idem*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 688*. Relator(a): Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 09 out. 1996, DJ 22 ago. 1997. p. 38760. No mesmo sentido: EXTRADIÇÃO. Prisão preventiva. Inadmissibilidade. Pedido fundado em causa por cujos fatos o extraditando já foi definitivamente condenado no Brasil. Indeferimento do pedido de prisão. [...]. Já havendo condenação definitiva do extraditando pelo mesmo fato, não se defere pedido de prisão preventiva para fim de extradição, mas se lhe extingue o processo, com julgamento de mérito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 1118*. Relator(a): Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 05 jun. 2008, DJe: 26 jun. 2008. p. 40.

⁷⁰³ “GRÉCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXTRADITANDO CONDENADO NUM TERCEIRO ESTADO PELO MESMO DELITO [...]. I. – Extradição requerida pelo Governo da Grécia, com base no art. 8º do Cód. Penal grego, que dispõe que os crimes cometidos no exterior, pelos seus nacionais, são sempre punidos pelas leis gregas, independentemente das leis do lugar onde foi praticado o ato. Acontece que, pelo mesmo delito, cuja prática iniciou-se no

O Código Penal brasileiro, em seu art. 8º, preceitua que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.⁷⁰⁴

E esse mesmo diploma legal, em seu art. 61, proíbe que circunstâncias que sempre agravam a pena modifiquem a responsabilidade criminal quando constituam ou qualifiquem o crime.⁷⁰⁵

Quanto ao Código de Processo Penal, costuma-se indicar que o art. 110, § 2º, ao disciplinar a coisa julgada, acaba por garantir o princípio do *ne bis in idem*, aduzindo que a exceção de coisa julgada “somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”.⁷⁰⁶

Vê-se, assim, que, com exceção da explícita enunciação do princípio do *ne bis in idem* no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporadas ao ordenamento jurídico interno, uma absoluta precariedade dos marcos normativos relativos a tal postulado no direito brasileiro, com escasso ou quase inexistente regramento acerca do que se deve entender pelo princípio do *ne bis in idem*.

E, ao que parece, esse quadro continuará, mesmo com a eventual aprovação do projeto do novo código penal apresentado ao Senado Federal em 09 de julho de 2012 (Projeto de lei nº 236), o qual, pelo menos até este momento, não contém qualquer preceito regulamentando o princípio do *ne bis in idem*.⁷⁰⁷

Por outro lado, além dessa precária conjuntura normativa, observa-se preocupável limitação interpretativa do princípio do *ne bis in idem* pela comunidade científica brasileira. É que, ao contrário do cenário europeu, os doutrinadores brasileiros ainda não se voltaram, pelo menos sistematicamente, para o enfrentamento da possibilidade de que, na seara punitiva, uma resposta sancionatória do Estado tenha o condão de excluir – ou limitar – a segunda

Brasil, foi o extraditando julgado pela Justiça italiana, tendo cumprido a pena de prisão a que foi condenado. [...]. Caso em que a extradição deve ser indeferida, porque ocorrente situação configuradora de *double jeopardy*, vale dizer, de duplo risco de condenação, no Estado requerente, pelo mesmo fato pelo qual foi condenado pela Justiça italiana [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 871*. Relator(a): Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em: 17 dez. 2003, DJ 12 mar. 2004. p. 37.

⁷⁰⁴ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

⁷⁰⁵ Idem.

⁷⁰⁶ Idem.

⁷⁰⁷ Em matéria relativa ao projeto do novo código penal, apresentado ao Senado Federal em 09 de julho de 2012 (Projeto de lei do Senado n. 236), como notado por Heloisa Estellita, lamentavelmente, ao contrário do que já fizeram alguns países, como, por exemplo, Espanha e Itália, o princípio do *ne bis in idem* não recebeu qualquer atenção. *Novo projeto de Código Penal divide opiniões*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

consequência jurídico-repressiva pelos mesmos fatos e fundamentos, ainda quando aplicadas por órgãos estatais diversos.

Utilizam-se, em geral, o argumento de que a conduta praticada pelo acusado, na interface entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, assumiria “identidades distintas”, seja por perspectivas normativas, seja valorativas diversas.

Além do mais, vinculam-se ao entendimento de que não seria possível a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, nessa hipótese, por força das regras de independência entre a competência jurisdicional e a atribuição sancionadora da administração.⁷⁰⁸

Daí nenhuma surpresa ao teor do relatório do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) sobre o tema do *ne bis in idem*, apresentado por ocasião do XVII Congresso Internacional (2004). Em referido documento se observou que inexistia, no plano nacional, proibição de se impor cumulativamente sanções penais e sanções administrativas, pelos mesmos fatos, bastando que a conduta de determinado indivíduo se subsuma a figuras típicas dessas duas ordens normativas.⁷⁰⁹

No entanto, tendo-se em vista que o Estado brasileiro tem, dentre os seus princípios estruturais, a dignidade do homem, além do compromisso constitucional de assegurar os direitos e as garantias fundamentais, não se há de aceitar a infundada duplicidade sancionatória, tão corriqueiramente aqui aplicada no Brasil.

Não se duvida da independência entre a competência jurisdicional penal e a atribuição sancionadora da Administração, porém, considerando-se o estreito inter-relacionamento entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, entende-se que se faz imperiosa uma reflexão de ordem sistemática, no sentido de se compatibilizar tal independência.

Como bem notado pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento relativo a crimes tributários, a instância administrativa e a jurisdicional têm relativa independência, porquanto o fato humano que faz surgir a obrigação tributária e o

⁷⁰⁸ Em razão da “absoluta independência” entre as instâncias penal e administrativa, para a jurisprudência brasileira somente se admitiria a repercussão nesta quando aquela conclui-se pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23188, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em: 28 nov. 2002, DJ 19 dez. 2002; MS 21.708, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, DJ 18 maio 01; MS 22.438, Relator(a): Min. Moreira Alves, DJ 06 fev. 98; MS 22.477, Relator(a): Min. Carlos Velloso, DJ 14 nov. 97; MS 21.293, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, DJ 28 nov. 97.

⁷⁰⁹ “[...] 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, 2003/2004, p. 97-98.

ilícito penal é o mesmo.⁷¹⁰

Ademais, a incorporação da separação de poderes ao Estado Moderno deve ser pensado como “princípio”, com a possibilidade das flexibilizações possíveis e necessárias, e não como dogma.⁷¹¹

É que, embora seja clássica a expressão “separação de poderes”, o poder do Estado é uno, por excelência, e indivisível. E mesmo havendo diversos órgãos exercendo simultaneamente o poder soberano do Estado, “a unidade do poder não se quebra por tal circunstância”.⁷¹²

De maneira semelhante à ideia aqui defendida, reforçando a constante reciprocidade entre as funções do Estado, adverte José Alfredo de Oliveira Baracho que Montesquieu jamais tratou da separação dos poderes, e sim da distinção entre os poderes do Estado.⁷¹³

Por isso, proclama-se a necessidade de comunicabilidade entre a instância penal e a administrativa, uma vez que:

É inviável construir e sustentar a independência das instâncias com base numa estreita visão, já superada na Teoria Política, em torno ao princípio da separação de poderes, onde as Instituições e os Poderes atuam isoladamente, sem comunicações recíprocas e sem responsabilidades.⁷¹⁴

Por que não se interpretar, de forma a maximizar os direitos fundamentais do homem, conceitos como “independência de poderes”, “competência” e “atribuição” do Estado, para garantir a proibição de duplicidade de consequências jurídico-repressivas pelos mesmos fatos e fundamentos?

Defende-se a necessidade de sobreposição de aspectos formais à realidade, ao tema de fundo, ao objetivo colimado, afirmando-se que tal “independência” é relativa e deve ser informada por uma interpretação sistêmica, até porque, no nosso ordenamento jurídico, na

⁷¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 81.611/DF*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em: 10 dez. 2003, DJ 13 maio 2005.

⁷¹¹ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 184-185.

⁷¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 181.

⁷¹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 27. Essa também é a opinião do Ministro Eros Grau, quando afirma que “na exposição contida no Capítulo VI do Livro IX d’O espírito das leis”, Montesquieu não tratou da “separação” e sim da distinção entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2797*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em: 15 set. 2005, DJ 19 dez. 2006, p. 37.

⁷¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 282. Acresça-se a esses argumentos que, diante dos novos modelos de organização supranacional, o próprio conceito de soberania deve ser interpretado de forma “fluida”, sendo, por exemplo, partilhadas as “soberanias nacionais” da União Europeia.

verdade, não existe nenhuma separação estanque entre as leis administrativas e as leis penais.

Nessa linha, na tarefa de densificação do princípio do *ne bis in idem* no direito brasileiro, sugere-se uma filtragem hermenêutica, fundada em referenciais constitucionais materiais ou axiológicos. E, desse modo, propõe-se a revisão das premissas teórico-dogmáticas no plano interno acerca da aplicação desse princípio, com uma adequada interpretação dos seus enunciados, como forma de salvaguardar tão precioso direito fundamental contra o reiterado exercício do poder punitivo do Estado.

5.2 Dimensão processual

Foi visto que a dimensão processual do princípio do *ne bis in idem*, indicada pela máxima *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, pode ser traduzida pelo impedimento, pelos mesmos fatos e fundamentos, da submissão do indivíduo a mais de um processo, como também ao risco dele.

Seguindo essa linha, os tribunais brasileiros costumam decidir pela inexistência de violação do princípio do *ne bis in idem* quando não há ofensa à coisa julgada material, como se a proteção assegurada por tal princípio decorresse tão somente dos efeitos deste último instituto.

Nesses termos, em estudo sobre a proibição de dupla persecução penal, Rogério Schietti Machado Cruz constatou que a elaboração da jurisprudência brasileira acerca do princípio do *ne bis in idem* é geralmente limitada “ao reconhecimento de efeitos preclusivos sobre as decisões penais que, de algum modo, põem termo à persecução penal”.⁷¹⁵

Não são poucas as decisões do Supremo Tribunal Federal asseverando que a proibição do *bis in idem* seria um dos efeitos da coisa julgada.⁷¹⁶ E também decisões do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a inadmissibilidade do *bis in idem* advém da coisa julgada.⁷¹⁷

⁷¹⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 107.

⁷¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 56606, Relator(a): Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em: 14 nov. 1978, DJ 28 dez. 1978. No mesmo sentido: a adoção do princípio do *ne bis in idem* leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86606, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em: 22 maio 2007.

⁷¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 44.192/MG, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em: 09 fev. 2006, DJ 06 mar. 2006; HC 33.977/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 23 jun. 2004, DJ 09 ago. 2004; RHC 194/RO, Rel. Ministro Carlos Thibau, Sexta Turma, julgado em: 10 out. 1989, DJ 13 nov. 1989.

Entretanto, ainda que circunscrito ao âmbito das garantias decorrentes estritamente dos efeitos da coisa julgada, são observadas algumas incongruências no ordenamento jurídico brasileiro, em franco descumprimento aos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos aos aparatos de poder punitivo do Estado.

Uma delas diz respeito ao objeto do processo penal, que é informado pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, com a consequente imposição de que o caso penal imputado seja conhecido e julgado em sua totalidade. E mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á decidido de forma esgotante. Dessa forma, todas as circunstâncias e/ou circunstâncias elementares de uma determinada conduta, quando definitivamente julgadas, estariam cobertas pela coisa julgada como desdobramento lógico-dedutivo do julgamento ou “pela preclusão lógica dos demais fatos cuja ocorrência dependeria da existência do núcleo então julgado”.⁷¹⁸

Contudo, existem julgados tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça afastando a ocorrência da coisa julgada e permitindo a renovação da persecução penal nas hipóteses de inversão da acusação por autoria e/ou participação no crime de homicídio.

A absolvição, pelo Conselho de Sentença, da imputação de participação no crime de homicídio -- pela entrega da arma e auxílio à fuga -- não veda a possibilidade de nova acusação pela autoria material. Da mesma forma, a absolvição, pelo Júri, da imputação de autoria material do crime de homicídio não faz coisa julgada impeditiva de o acusado responder a nova ação penal (agora como partícipe) pelo mesmo crime cuja autoria material é imputada a outrem.⁷¹⁹

A ABSOLVIÇÃO, PELO JÚRI, DA IMPUTAÇÃO DE AUTORIA MATERIAL DO CRIME DE HOMICÍDIO, NÃO FAZ COISA JULGADA IMPEDITIVA DE O PACIENTE RESPONDER EM NOVA AÇÃO PENAL COMO PARTICIPANTE, POR AUTORIA INTELECTUAL, DO MESMO CRIME CUJA AUTORIA MATERIAL É IMPUTADA A OUTREM.⁷²⁰

Quando há a disposição de um fato concreto, onde os agentes tomam na conduta reprovável posições diversas, um autor e o outro partícipe, não se pode reconhecer similitude no fato julgado se, depois, forem concebidos de outra maneira, mesmo que o evento danoso permaneça idêntico. [...]. Porque há a curial distinção entre a figura da participação e o da autoria na condução delitual, inclusive a fim de resultados retributivos variados, é lógico inferir que a mudança no concurso dos agentes não interfere na segurança do caso julgado, pois os fatos a eles atribuídos são novos e independentes, inexistindo ferimento à coisa julgada.⁷²¹

⁷¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 517-518.

⁷¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82980/DF*, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em: 17 mar. 2009.

⁷²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 64.158/MG*, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em: 07 nov. 1986, DJ 19 dez. 1986.

⁷²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 21556/DF*, Rel. Ministro José Arnaldo Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em: 06 fev. 2003, DJ 24 fev. 2003.

Como já visto, entende-se, ao contrário do assentado por esses tribunais, que a inversão da forma de cometimento do ilícito – autoria ou participação – não provoca modificação substancial dos fatos já julgados, uma vez que, por se referirem ao mesmo evento danoso, os fatos atribuídos posteriormente não são “novos”, tampouco “independentes” da primeira imputação.

Além do mais, até no que se relaciona à delimitação da figura típica, a distinção entre autoria e participação, *prima facie*, não tem grande ressonância, sendo importante apenas na aferição e valoração do juízo de culpabilidade e da individualização da pena, pois o art. 29, *caput*, do Código Penal brasileiro, preceitua que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.⁷²²

Autor e partícipe respondem, portanto, pelo mesmo crime, tendo-se em vista que o fato praticado em concurso de pessoas é comum a todos os seus participantes, em sentido lato, sendo, ao contrário, individuais suas culpabilidades.⁷²³

Por isso é que assiste razão ao voto divergente do Ministro Oscar Corrêa, do Supremo Tribunal Federal, proferido no emblemático julgamento do *Habeas Corpus* 64.158/MG, o qual sustentou que:

Quando a lei se refere a fato principal no artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal, como quando fala em fato delituoso, [...], refere-se ao evento produzido contra a pessoa – no caso, a morte – pouco importando a qualificação jurídica que se lhe dê (em face de elementos qualitativos implícitos), [...] – “todos os qualitativos aos quais pode a engenhosa e astuta erudição dos juristas atribuir”.

Fato principal é o crime, na sua expressão material mais simples: a morte, o furto, etc., sem os componentes que a ocasião, o autor, a vítima, as circunstâncias qualificam como tantas outras espécies jurídicas, às quais a lei pode tratar diferentemente na apenação, fazendo prevalecer este ou aquele elemento, que valoriza diversamente. E que depende das influências sociais, psicológicas, morais, econômicas, políticas, que lhes dão roupagem distinta, sem, contudo, desfazer-lhe, alterar-lhe a estrutura o fato tipo elementar, do qual os outros descendem, ou antes, ao qual se vinculam, se prendem.

O homicídio é homicídio, independentemente de elementos que componham a hipótese, o caso real, a qualificação pelos elementos acessórios ou inspiradores, a qualificação legal, que, às vezes, nem depende do que o comete, mas do que o sofre, da forma de execução, das circunstâncias, tudo o que – fora de qualquer possível previsão – compõe o crime como cometido. [...].

A mim me parece que o fato principal é um: a morte do lavrador. Acusado do mais – tê-lo assassinado, o réu foi absolvido pelo Júri; agora, pelo menos – ter instigado o autor da morte – será submetido a novo processo. Isto afronta todas as regras que, expostas pelos doutores, impedem o ne bis in idem, tornando irrevogável a sentença anterior.

A prevalecer o entendimento, nada impedirá que, absolvido como mandante, autor intelectual, seja depois processado como cúmplice, por ter dado fuga ao assassino, ou lhe ter fornecido a arma do crime, etc.

Por isso as legislações alienígenas se referem ao fato delituoso, qualquer que seja a sua qualificação jurídica, o título, o grau, as circunstâncias. E a portuguesa, à participação e à coparticipação.

⁷²² Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

⁷²³ Toda participação está essencialmente relacionada ao fato principal, não existindo nenhum “induzimento”, “instigação” ou “auxílio”, por si só; todas as modalidades de participação dependem da participação em um fato principal – daí, a chamada acessoriedade da participação. Como dizia Liszt, distingue-se a participação da autoria, por corresponder aquela, ao “fato de tomar parte no ato de execução iniciado ou terminado por outrem”. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Trad. por José Hígino Duarte Pereira. Campinas/SP: Russel, 2003. p. 345.

[...].

Levar o paciente a novo Júri pelas falhas de apuração da verdade no inquérito e na instrução criminal, submetendo-o a nova incriminação, parece-nos, data vênia, evidente *bis in idem* na extensão em que o tem entendido a doutrina e a jurisprudência alienígenas, que não aceitam resposta o réu a novo processo pelo mesmo fato, ainda mais quando as falhas da instrução pesam sobre a Justiça, que não a fez convenientemente.

[...].

Pois bem: o cidadão tem o direito de exigir que não faça dele a pretensa Justiça dos homens joguete que o submete hoje a uma acusação e, absolvido, de outra o incrimine amanhã, pelo mesmo fato, praticado contra a mesma pessoa, nas mesmas circunstâncias; e, apenas, disfarçada em qualificação penal que nem ao menos altera o dispositivo em que é incriminado.

Essa insegurança não serve à sociedade. Nem ao Direito. Menos ainda, à Justiça.⁷²⁴ (grifos do autor).

Faz-se pertinente igualmente a citação do voto divergente do Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 82980/DF, que com propriedade afirmou que, havendo decisão transitada em julgado afastando a autoria e a participação quanto a um dos acusados, não há margem para que ele seja novamente julgado.⁷²⁵

Considerando-se que a função fundamentadora do princípio do *ne bis in idem* é impedir que sobre uma mesma conduta recaia mais de uma consequência jurídico-repressiva, até porque há similitude nas ações quando os agentes tomam na conduta reprovável posições diversas – autoria, coautoria e/ ou participação⁷²⁶.

Diante desses argumentos, com o fim de ser superrada a disfunção processual do princípio do *ne bis in idem* no direito brasileiro, defende-se que, se no primeiro processo o suposto autor já foi julgado pelo fato principal, não se pode aceitar que, em um segundo processo, seja julgado pela participação no mesmo fato principal, sendo também válida a operação inversa.

5.3 Dimensão material

⁷²⁴ Voto vencido do Min. Oscar Corrêa in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 64.158/MG, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em: 07 nov. 1986, DJ 19 dez. 1986.

⁷²⁵ “Ainda que se afigure possível a inversão de condutas após o trânsito em julgado da sentença absolutória, permito-me alertar para a ameaça à segurança jurídica que essa prática pode proporcionar. Com efeito, não logrando, a acusação, determinado objetivo, lança-se mão de outro, sabe-se lá até a título especulativo: se não é autor é partícipe; se não é partícipe é autor [...]. Na espécie, ou bem ou mal, os pacientes foram julgados e ostentam título judicial transitado em julgado. A incúria do Ministério Público não pode ser sanada em prejuízo deles”. Voto vencido do Min. Eros Grau in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82980/DF, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em: 17 mar. 2009.

⁷²⁶ De qualquer forma, reconhece-se certo avanço na jurisprudência, pelo menos quanto à seguinte decisão: “[...]. CRIMES DE HOMICÍDIO E TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. ACUSAÇÃO. AUTORIA MATERIAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI. NOVA DENÚNCIA COMO MANDANTE. FATOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE, EM TESE, MAS NÃO APLICÁVEL AO CASO EM TELA. 1. Contrariando a sentença de pronúncia, que apontava o réu como mandante dos crimes, o libelo o acusou de ser o autor material. Nulidade absoluta que não aproveitaria o réu, porque foi absolvido. Impossibilidade de se renovar a mesma acusação”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 16.242/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em: 17 dez. 2007, DJe: 07 abr. 2008.

Em seu sentido imediato, a dimensão do princípio do *ne bis in idem* não costuma suscitar grandes discussões, principalmente quando se trata de assuntos relacionados exclusivamente a uma única infração penal ou a uma única infração administrativa, consubstanciada por uma só conduta, apurada em um só procedimento, e desde que se trate da imposição de uma única sanção.

É que, com a efetivação da incidência da dimensão processual do princípio do *ne bis in idem* e, conseqüentemente, da proibição de abertura de nova ação pelos mesmos fatos e fundamentos, eventual controvérsia sobre a dimensão material desse princípio tende a esvaziar-se, pelo menos no que se refere à aplicação de uma única sanção, entendida em sentido autônomo e individualizado. Mas isso não quer dizer que não haja críticas a respeito do déficit de efetiva aplicabilidade da proibição de imposição de mais de uma sanção, inclusive na seara penal.⁷²⁷

Por outro lado, quando não se trata da aplicação de sanção pela prática de um único fato, que se subsuma rigorosamente a um só tipo, é bastante acentuada a problemática da proibição de mais uma sanção, sendo evidentes, no direito brasileiro, as dificuldades relativas aos desdobramentos ou aos efeitos práticos da dimensão material do princípio do *ne bis in idem*.

Em seguida, propõe-se a examinar algumas dessas disfuncionalidades, tais como a proibição de valoração plural das circunstâncias de aplicação da pena, nem sempre concretizada, a problemática questão da reincidência, além da possibilidade do sistema de aplicação cumulativa de penas ante a identidade total ou parcial dos atos de execução do concurso formal.

5.3.1 Proibição de reavaliação das circunstâncias de aplicação da pena

⁷²⁷ Apesar de não ser um pensamento muito difundido, registra-se a coerência do pensamento de Muñoz Clares, para quem o desprezo do legislador pelo princípio do *ne bis in idem* é evidente quando são associadas penas plurais para fatos singulares, como ocorre nos tipos que preveem penas privativas de liberdade cumuladas com penas pecuniárias. Isso porque, o princípio do *ne bis in idem*, desde sua formulação legal na *Athenaion Politeia*, proíbe a imposição de duas penas a um mesmo fato, devendo-se optar, por conseguinte, entre as penas pecuniárias ou as “penas corporais” e não por ambas. MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 277-278. Em sentido contrário, a Corte Europeia de Direitos Humanos, na decisão de admissibilidade do caso R.T. v. Suíça, afirmou que a imposição, ao mesmo tempo, de três sanções (prisão, multa e suspensão de habilitação para dirigir) pela prática da mesma infração, não seria contrária ao disposto no art. 4º do Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso de R.T. v. Suíça (admissibilidade). 30 de maio de 2000. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

Por ocasião da determinação judicial da pena, é indiscutível, ao menos em teoria, a impossibilidade de renovação do juízo de valoração dos elementos inerentes ao próprio tipo penal, representados por aquelas circunstâncias que, por si mesmas, constituam o delito ou sejam essenciais a sua configuração.

A doutrina espanhola trata a proibição de reavaliação das circunstâncias de aplicação da pena como princípio da inerência, entendendo-se por esse termo a união entre coisas que são inseparáveis por sua própria natureza ou que somente podem separar-se por abstração.⁷²⁸

Entende-se, com efeito, que o termo inerência é semanticamente o mais apropriado para expressar a impossibilidade de reavaliação das circunstâncias na aplicação da pena, pois o móvel dessa proibição decorre do princípio do *ne bis in idem*, cuja função fundamentadora é a unicidade de reação punitiva estatal.

É que, ao incluir-se determinada circunstância no processo de incriminação de uma conduta, esse elemento – já considerado pelo legislador – apreende ou absorve o desvalor integral que ela representa na figura típica subsuntiva, exaurindo qualquer possibilidade de o magistrado considerá-la na determinação em concreto da pena.

A história da proibição de reavaliação das circunstâncias de aplicação da pena remonta ao Iluminismo, havendo surgido no sistema jurídico alemão, pelo menos de forma sistemática, suas primeiras referências. É que esse princípio foi previsto ainda no Código da Baviera de 1813, fortemente influenciado pelas ideias de Feuerbach, não sendo permitida a reconsideração de determinado elemento como circunstância accidental e, ao mesmo tempo, constitutiva do delito.⁷²⁹

A despeito de serem elencados, principalmente na dogmática alemã, como fundamentos para justificar o princípio da inerência, entre outros, a divisão de trabalho que deve haver entre o legislador e o juiz ou a necessidade de valoração individual da culpabilidade do fato, sendo tal princípio considerado até mesmo uma regra de solução do concurso aparente de normas no âmbito da determinação da pena, entende-se que esses argumentos não são divergentes à posição ora defendida, que enuncia o princípio da inerência como corolário do princípio do *ne bis in idem*. Até porque todas as justificativas acima apresentadas buscam, ao final, impedir a repetição de juízo de valoração de circunstâncias já apreciadas pelo legislador.

⁷²⁸ Conceito extraído do dicionário da Real Academia Española. Disponível em: <<http://www.rae.es>>. Acesso em: 25 out. 2011.

⁷²⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. El principio de inherencia del artículo 59 de Código Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc/Mes 1, 1992. p. 168-169.

A respeito do princípio da inerência, o Código Penal brasileiro, em seu art. 61, ao indicar um extenso rol de circunstâncias que sempre agravam a pena, proíbe que elas modifiquem a responsabilidade criminal quando constituam ou qualifiquem o crime.

E não obstante tal princípio ser teoricamente indiscutível, constatam-se, no ordenamento jurídico brasileiro, violações sistemáticas a sua aplicabilidade, havendo Paulo Queiroz sintetizado algumas dessas ofensas, ao observar que são frequentes os erros de aplicação da pena na reavaliação dos elementos ínsitos à estrutura do próprio crime.

[...] Não é incomum que, ao dosar a pena, o juiz, por meio de diferentes recursos linguísticos, tome como critério de medição dados ou circunstâncias que já fazem parte da própria figura típica. Assim, por exemplo, ao condenar funcionário público por crime contra a administração pública (v.g., peculato, corrupção passiva), afirma-se que “o réu praticou ação das mais reprováveis, visto que violou a confiança inerente ao exercício da função pública”, como se o fato de ser servidor público já não tivesse orientado a decisão político-criminal do legislador de autonomizar/criminalizar tais condutas, punindo-as, inclusive, mais duramente, precisamente em razão dos deveres inerentes ao cargo/função. Além disso, ao considerar os motivos do crime aptos a agravar a pena, frequentemente são tomadas em consideração motivações inerentes à própria infração penal e, pois, já valoradas por ocasião da tipificação, como, e.g., a “libido exacerbada” ou a falta de pudor, nos crimes sexuais; a ganância, a ambição ou o “ganho fácil”, nos crimes patrimoniais; o desprezo à pessoa humana, nos crimes contra a vida etc.⁷³⁰

Corroborando esse cenário de renovação do juízo de valoração das circunstâncias de determinação da pena no sistema jurídico brasileiro, traz-se à colação, a título de exemplos, julgados que se referem a decisões que consideraram ou revaloraram elementos constitutivos ou inerentes ao crime, nos termos adiante expostos:

CRIME MILITAR. CONCUSSÃO. DELITO PRATICADO PELOS PACIENTES EM SERVIÇO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONFIGURA ELEMENTAR DO TIPO. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. [...]. A circunstância de o delito ter sido praticado pelos pacientes em serviço não constitui elementar do tipo de concussão (art. 305 do CPM), podendo ser empregada como agravante da pena, sem que configure o alegado *bis in idem*.⁷³¹ PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03. ACENTUADO PODER DESTRUTIVO DA ARMA APREENDIDA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN*

⁷³⁰ QUEIROZ, Paulo. *Erros frequentes na aplicação da pena*. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net>>. Acesso em: 25 out. 2011.

⁷³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 122.749/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 09 mar. 2010, DJe: 12 abr. 2010. Reconhece-se, todavia, que há decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça, em sentido diverso, reconhecendo que o fato de o sujeito estar em serviço corresponde a uma circunstância inerente ao crime de concussão: “CRIME MILITAR. CONCUSSÃO E PREVARICAÇÃO. ARTS. 305 E 319 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. [...] As agravantes referentes à violação de dever inerente à função bem como à condição de estar em serviço (alíneas g e l do art. 70 do CPM) devem ser afastadas por serem inerentes ao tipo penal definido como crime militar [...]”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 569.520/MS, Rel. Ministro Celso Limongi (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Sexta Turma, julgado em: 02 fev. 2010, DJe: 22 fev. 2010. No mesmo sentido: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. CRIME MILITAR. [...] CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. TER COMETIDO O CRIME COM VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CARGO. *BIS IN IDEM*. RECONHECIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE INTEGRA O PRÓPRIO TIPO PENAL. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEM CONCEDIDA. [...] Impossível a incidência de circunstância agravante se esta caracteriza o próprio tipo penal, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*, valorando negativamente os mesmos fatores, em prejuízo à liberdade do acusado. No crime de concussão, a violação aos deveres do cargo integram o próprio tipo penal”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 51.85/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 12 maio 2009, DJe: 01 jun. 2009.

IDEM. [...]. 1. A maior potencialidade destrutiva da arma justifica a exasperação da pena base acima do mínimo legal, porquanto a culpabilidade do réu é evidentemente mais grave, dado o maior grau de periculosidade de sua conduta.⁷³²

[...]. LAVAGEM DE DINHEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. [...]. PENA-BASE. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAMENTE VALORADAS. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. [...]. Não há que se falar em *bis in idem* na aplicação da pena-base se, para a sua majoração, o Julgador monocrático procedeu ao correto exame das circunstâncias judiciais, destacando as que foram reputadas favoráveis ao paciente, e considerando as peculiaridades concretas dos delitos pelos quais foi condenado em questão, tais como o objetivo de lucro fácil e enriquecimento ilícito, aspectos caracterizadores das referidas práticas criminosas e que não são inerentes ao tipo penal.⁷³³

De qualquer forma, são reconhecidos alguns avanços no sistema jurídico brasileiro no sentido da efetiva aplicabilidade da proibição de serem consideradas, na dosimetria da pena, circunstâncias que já integram a descrição do tipo, como demonstram os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. EXTRAVIO DE LIVRO OFICIAL OU DOCUMENTO DE QUE O AGENTE TINHA A GUARDA EM RAZÃO DO CARGO (ART. 314 DO CP). [...]. REPRIMENDA. AGRAVANTE DE TER O AGENTE COMETIDO O CRIME COM ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO. APLICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR DO TIPO INFRINGIDO. *BIS IN IDEM*. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE DE OFÍCIO. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. 1. Sendo elementar do tipo do art. 314 do CP a condição de o agente ter a guarda do livro ou documento extraviado em razão do cargo público ocupado, configura *bis in idem* a incidência da agravante do art. 61, II, g, do CP na segunda etapa da dosimetria, merecendo, portanto, ser afastado o aumento de pena efetuado nessa etapa.⁷³⁴

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. [...]. 3. Configura constrangimento ilegal a utilização de elementares do delito como circunstâncias judiciais desfavoráveis. 4. Assim, embora a morte da vítima seja uma consequência sabidamente grave, ela não transborda aspectos inerentes ao delito de homicídio.⁷³⁵

HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS PELO CRIME DE PECULATO. [...]. 4. É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*. Vê-se que, *in casu*, o MM. Juiz de primeiro grau e o Tribunal *a quo* embasaram-se em elemento próprio do crime, qual seja, o fato de os pacientes se

⁷³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 107.693/SP*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em: 14 abr. 2009, DJe: 18 maio 2009.

⁷³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 19.902/RS*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 17 dez. 2002, DJ 10 mar. 2003, p. 256. Conferir também: “*HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. CRIME PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. [...]. ALEGAÇÃO DE QUE A INCIDÊNCIA DO § 3º DO ART. 171 DO CP E O AUMENTO DA PENA-BASE SE DERAM PELO MESMO FUNDAMENTO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. [...]. 2. Tampouco é de ser acatada a alegação de *bis in idem* por ter o acórdão supostamente justificado o aumento da pena-base pelo fato de o crime ter sido cometido em detrimento de entidade de direito público e aplicado a causa de aumento contida no § 3º do artigo 171 do Código Penal. Resta evidente que, quando da fixação da pena-base, a menção feita no acórdão à dilapidação do patrimônio social decorrente da ação criminosa da ré referia-se apenas à maior reprovabilidade de sua conduta”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 51.691/SP*, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Sexta Turma, julgado em: 02 dez. 2010, DJe: 17 dez. 2010.

⁷³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 117.749/DF*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 13 ago. 2009, DJe: 14 set. 2009.

⁷³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 141.598/GO*, Rel. Ministro Celso Limongi (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em: 17 maio 2011, DJe: 28 jun. 2011.

beneficiarem de verbas públicas em detrimento de toda a coletividade, para elevar a pena-base, o que não se coaduna com a sistemática admitida pela legislação penal.⁷³⁶

Espera-se pela consolidação dessa orientação jurisprudencial por último invocada, sem se olvidar que circunstâncias inerentes são aquelas – lógica e dinamicamente – unidas ao delito, sem cujo concurso resulta impossível – absoluta e abstratamente – o cometimento de determinada infração.⁷³⁷

Como conclusão, sustenta-se que, para não haver violação do princípio do *ne bis in idem*, deve o magistrado, antes de aplicar qualquer causa modificativa da pena a ser cominada ao agente, analisar a compatibilidade de tal causa com o princípio da inerência, sendo vedada a reconsideração dos elementos já valorados pelo legislador na construção da moldura legal da conduta incriminada.

E ressalta-se, ainda, que, sob pena de violação do princípio do *ne bis in idem*, as circunstâncias modificativas da responsabilidade criminal relativas a um mesmo fato ou a um mesmo elemento não podem ser valoradas em momentos diversos da aplicação da pena.⁷³⁸

5.3.2 A questão da reincidência

⁷³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 124.009/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 15 mar. 2011, DJe: 14 set. 2011.

⁷³⁷ A propósito, informa Borja Jiménez que essa orientação é uma tendência quase unânime na Espanha, prevalecendo o entendimento de que não seriam inerentes as circunstâncias que, mesmo consideradas imprescindíveis para o caso concreto, não impossibilitariam, em sentido absoluto e abstrato, a prática do crime. Mas, apesar de prevalecer a posição acima citada, para Borja Jiménez é possível, na determinação da relação de inerência, atender-se às condições em que normalmente são praticados os atos de execução do crime, relativizando-se a opinião predominante. Nesse sentido, propõe uma interpretação que atenda à normalidade dos atos executórios do “caso médio”, como se dá, por exemplo, com a circunstância do abuso de confiança nos crimes de apropriação indébita. Mesmo não sendo elemento imprescindível ou inerente ao cometimento do crime de apropriação indébita, normalmente esse crime é acompanhado do emprego de abuso de confiança e, somente excepcionalmente, é praticado sem a concorrência da mencionada circunstância. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. El principio de inherencia del artículo 59 de Código Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc/Mes 1, 1992. p. 198-202.

⁷³⁸ “[...] Na fixação da pena-base, fez [o órgão *a quo*] referência à circunstância de ter sido o crime cometido por três agentes, o que teria reduzido a capacidade de defesa da vítima. Na terceira etapa da individualização, aplicou [o órgão *a quo*] a causa de aumento relativa ao concurso de agentes pelo mesmo fato, em franca violação ao postulado *ne bis in idem*. Constrangimento ilegal configurado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107556, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em: 31 maio 2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011. “[...] Implica ofensa ao princípio do *non bis in idem* elevar-se a reprimenda de um dos condenados pelo fato de organizar a cooperação no crime de tráfico de drogas e dirigir a atividade dos demais agentes, quando tal circunstância é considerada tanto na primeira etapa da dosimetria, a título de acentuada culpabilidade, como na segunda fase de aplicação da sanção, para fazer incidir a agravante genérica prevista no inciso I do art. 62 do CP”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 122.040/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 03 maio 2011, DJe: 17 maio 2011.

Outra situação bastante discutida quanto à proibição de reavaliação das circunstâncias de determinação da pena diz respeito à reincidência, especificamente se sua aplicação violaria o princípio do *ne bis in idem*, por entender-se que a elevação da pena imposta ao segundo delito derivaria de um delito anterior, já julgado e apenado, ocasionando, assim, mais de uma consequência jurídica pelos mesmos fatos.

Sobre o conceito de reincidência, há de ser registrado que varia de acordo com a moldura legal a ela atribuída nos ordenamentos jurídicos que a admitem, podendo, todavia, ser sintetizado, em termos gerais, como o efeito jurídico mais grave ou que implique mais privação de direitos, proveniente da circunstância de um sujeito ter sido anteriormente condenado por outro delito.

Acerca da matéria, o Código Penal brasileiro, em seu art. 63, dispõe que ocorre a reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”, prevendo o inciso I, do art. 61 do mesmo diploma legal, a agravção da pena por tal circunstância.

A propósito desses dispositivos legais, para a jurisprudência brasileira “o recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir”⁷³⁹ ou pela “maior reprovabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado de sentença condenatória anterior”.⁷⁴⁰

Aliás, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que essa matéria apresentava repercussão geral,⁷⁴¹ havendo declarado, em julgamento afeto ao Plenário, a constitucionalidade da reincidência como agravante da pena, de acordo com o princípio da individualização da pena e em face da maior reprovabilidade ao agente que reitera na prática

⁷³⁹ “HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. [...] A valoração da reincidência, na segunda fase do processo judicial de dosimetria da pena, por si só, não configura *bis in idem*. De parilha com o mandamento constitucional de individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF), tal agravante genérica repreende por modo mais gravoso aquele que optou por continuar delinquindo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96871, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em: 24 ago. 2010, DJe-190. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 93194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de: 25 abr. 2008.

⁷⁴⁰ “HABEAS CORPUS. [...]. OBRIGATORIEDADE DA CONSIDERAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA DE QUEM REITERA NA PRÁTICA INFRACIONAL. PRECEDENTES. [...]. A tese de que a reincidência acarreta dupla penalização pelo mesmo fato não encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, porquanto é uníssono o entendimento de que a aplicação da agravante no momento da individualização da pena, não importa em *bis in idem*, mas apenas reconhece maior reprovabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado de sentença condenatória anterior”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 154.244/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 26 abr. 2011, DJe: 23 maio 2011.

⁷⁴¹ Instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

delitiva. Asseverou-se, ademais, que a aplicação da reincidência não significaria ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, porquanto não alcançaria delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorrera sem que ultrapassado o interregno de cinco anos de que trata o art. 64 do Código Penal.⁷⁴²

Todavia, a despeito desse reconhecimento de conformidade constitucional, insta refletir-se mais sobre o tema, até pela percepção de que a reincidência tem sido, ao longo da história da ciência penal, uma das instituições mais controvertidas, gerando muitas interrogações, tanto no que se refere à (i) legitimidade de seu fundamento quanto aos efeitos que produz.⁷⁴³

Seria tarefa demasiadamente longa enumerar todas as teorias explicativas da reincidência, havendo de serem indicadas, pelo menos, de forma abreviada, as mais difundidas, a saber:

- a) maior grau de injusto em razão de um maior clamor social (Código de Zanardelli);
- b) insuficiência relativa da pena anteriormente cominada, aliada a uma manifesta insensibilidade do agente (Carrara);
- c) maior periculosidade do agente (Escola Positiva);
- d) maior culpabilidade do autor, por sua condição de vida pretérita (Bettiol);
- e) vontade persistente de delinquir ou vontade repetida de não se conformar à ordem jurídica (Manzini); e
- f) maior culpabilidade pelo fato, uma vez que a admoestação da primeira condenação geraria uma maior consciência da antijuridicidade do segundo delito e, conseqüentemente, um maior grau de culpabilidade (Maurach).⁷⁴⁴

Além dessas teorias, encontram-se, ainda, elencados na doutrina, argumentos como maior perversidade do agente, tendência ou inclinação ao delito ou uma atitude de maior desprezo e rebeldia,⁷⁴⁵ dentre outros.

⁷⁴² “É constitucional a aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (CP, art. 61, I). Essa a conclusão do Plenário ao desprover recurso extraordinário em que alegado que o instituto configuraria *bis in idem*, bem como ofenderia os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Registrou-se que as repercussões legais da reincidência seriam múltiplas, não restritas ao agravamento da pena”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 453000/RS*, rel. Min. Marco Aurélio, 4.4.2013. (RE-453000). Informativo STF. Brasília, 1º a 5 de abril de 2013 - Nº 700. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁷⁴³ GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia e delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 73-74.

⁷⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992. p. 117-131. Disponível em: <<http://www.neopanopticum.wordpress.com>>. Acesso em: 31 out. 2011. E, para um melhor aprofundamento sobre os fundamentos jurídicos apresentados para a reincidência, ver MIR PUIG, Santiago. *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1974.

Pelo exame, mesmo aparente, dos fundamentos frequentemente invocados para justificar a circunstância agravante da reincidência, ressaem-se a disfuncionalidade e a incompatibilidade desse instituto com os valores reitores e contemporâneos do direito penal. É que o caráter moralizante costumeiramente atribuído – intrínseca ou extrinsecamente – à reincidência não se coaduna com um direito penal de um Estado Democrático de Direito, de *ultima ratio*, fragmentário e subsidiário, respeitoso do foro interno dos cidadãos, fundado na culpabilidade pelo fato, que se limita a castigar os indivíduos que lesionam ou põem em perigo bens jurídicos de extrema importância, e não em mera atitude interna do agente que não afeta nem a forma, tampouco o eventual dano produzido.⁷⁴⁶

Assim é que, como observa Zaffaroni, a maior gravidade da pena decorrente tão somente da reincidência representa um retorno a um direito penal autoritário, que “abre as portas a conceitos espúrios e perigosos para todas as garantias penais”.⁷⁴⁷ Ademais, a capacidade de resistir à tentação de cometer novos crimes não aumenta necessariamente com o número de condenações anteriores, podendo-se, ao contrário, falar em uma diminuição.⁷⁴⁸

No mesmo sentido, para René Ariel Dotti, referido modelo de reação penal mantém formas autoritárias de culpabilidade, seja em função do caráter, da formação da personalidade (criminoso por tendência) ou, até mesmo, da conduta de vida (criminoso habitual).⁷⁴⁹ Também para Amilton de Carvalho Bueno e Salo de Carvalho, a reincidência somente se explica “nas abordagens jurídico-penais na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nessas posições a explicação se mostre coerente”.⁷⁵⁰

Com efeito, as tentativas de justificar a reincidência dentro dos limites de um direito penal fundado na culpabilidade do ato são todas insatisfatórias. E é por isso que se entende que a agravação da pena pela reincidência, *iure et de iure*,⁷⁵¹ levando-se em consideração apenas a repetição material de infrações, é incompatível com o princípio da culpabilidade.

⁷⁴⁵ GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia e delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 60-63.

⁷⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1974. p. 539.

⁷⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992. p. 117-131. Disponível em: <<http://www.neopanopticum.wordpress.com>>. Acesso em: 31 out. 2011.

⁷⁴⁸ ROXIN, Claus. Que queda la culpabilidad en derecho penal? *Cuardenos de Politica Criminal*, 1986. p. 676.

⁷⁴⁹ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 436-437.

⁷⁵⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 64-65.

⁷⁵¹ Presunção de pleno e absoluto direito, que não admite ser refutada ou não admite prova em contrário.

Este é compreendido como a responsabilidade pelo fato e fundado na capacidade de autocondução de impulsos psíquicos e na resultante dirigibilidade normativa de um sujeito em determinada situação, ou seja, no que diz respeito exclusivamente à atitude do autor frente à ação típica e antijurídica cometida.⁷⁵²

Na medição da pena, somente justifica-se um *plus* de reprovabilidade quando fundado na conduta que se está a julgar, segundo as valorações do fato em concreto, não em razão da qualidade de ser o agente reincidente ou em atenção ao comportamento delitivo anterior do condenado, sendo vedadas reprovações éticas ou morais contra o acusado.

Acerca do assunto, sustenta Maier que o lugar preciso para a crítica da reincidência é o princípio da culpabilidade do fato, para que não haja repressão mais grave apenas porque se praticou anteriormente uma infração ou porque se trata de um acusado que “de antemão se etiquetou”.⁷⁵³

Em sentido semelhante, já declarou o Tribunal Constitucional alemão, em 1979, que a agravante da reincidência somente se adequaria ao texto constitucional quando evitada “uma presunção de maior culpabilidade”, devendo tal circunstância ser verificada em cada caso. Posteriormente, a Lei de Reforma Penal alemã de 1986 derogou a circunstância agravante da reincidência contida no art. 48 da StGB, por entender que poderia haver violação do princípio da culpabilidade pelo fato ao admitir-se uma culpabilidade pelo modo de condução de vida do acusado.⁷⁵⁴

Do mesmo modo, não obstante entendimento contrário do Tribunal Constitucional,⁷⁵⁵ o Tribunal Supremo da Espanha decidiu pela exclusão da aplicação obrigatória da circunstância da reincidência, com o fim de salvaguardar o princípio da culpabilidade pelo fato, admitindo a aplicação apenas aos agentes reincidentes quando sua culpabilidade *in*

⁷⁵² A culpabilidade não fundamenta a necessidade de pena, mas tão somente limita sua admissibilidade, reconhecendo Roxin que, apesar de seu conceito ser controvertido, não há como renunciar a ele, por representar as balizas da pena. E, por culpabilidade, entende Roxin, como citado acima, que seria a capacidade de autocondução de impulsos psíquicos e a resultante dirigibilidade normativa de um sujeito em determinada situação. Desse modo, atua culposamente quem dolosa ou imprudentemente realiza um injusto jurídico-penal, em que pese na concreta situação de decisão poder atuar de maneira diversa. Essa seria a culpabilidade de fundamentação da pena, informando a culpabilidade de medida da pena a gradação desses fatores, além do grau da lesão ao bem jurídico, a atitude interna do sujeito ante o fato, dentre outras circunstâncias. ROXIN, Claus. Que queda la culpabilidad en derecho penal? *Cuardenos de Politica Criminal*, 1986. p. 681-688.

⁷⁵³ NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). *Doctrina penal*, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 458.

⁷⁵⁴ BELESTÁ SEGURA, Luis. *La reincidencia que viene*. Disponível em: <<http://www.noticias.juridicas.com>>. Acesso em: 20 out. 2011.

⁷⁵⁵ Na STC 150/1991, o Tribunal Constitucional decidiu que a agravante da reincidência é constitucional, não implicando, dentre outras, ofensa ao princípio da culpabilidade. GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia e delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 66.

concreto admitisse a agravação da pena, como decorrência dos elementos da conduta efetivamente praticada e até um limite que não a superasse.⁷⁵⁶

E, entre outras, é por essas razões que se entende que o *plus* de gravidade da pena pela reiteração criminosa traspassa o direito penal fundado na culpabilidade do fato para um direito penal que julga a conduta de vida do agente, consistindo a agravante da reincidência em uma autêntica culpabilidade pelo caráter do condenado.

Por outro lado, há de ser registrado que não são poucos os autores que defendem, desde o século XVIII, que a aplicação de penas mais severas pela simples existência de uma condenação anterior incorreria em um *bis in idem*, pois, como já constava do Código Criminal da Toscana de 1786, os sujeitos condenados não poderão ser considerados “infames” para nenhum efeito, tampouco poderão ser reprovados por delito anterior, que deverá ser considerado “plenamente purgado e expiado” com a pena que tenha sofrido.⁷⁵⁷

Seguindo essa orientação, Zugaldía Espinar afirma que a agravação da pena pela reincidência contraria o princípio do *ne bis in idem*, por conduzir à possibilidade de um só fato gerar consequências punitivas em mais de uma ocasião.⁷⁵⁸ Nessa linha, Muñoz Clares indica que, pelo princípio do *ne bis in idem*, impede-se a associação de duas consequências jurídico-repressivas a fatos singulares.⁷⁵⁹

E para Edgardo Donna, com a aplicação da reincidência, como agravação da pena ou para restrição de outros efeitos processuais, imputa-se ao sujeito consequências posteriores por condenação anterior, razão pela qual haveria ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.⁷⁶⁰

Igualmente incisivo é o pensamento de Garzón Real, quando defende que a agravação obrigatória da pena pela reincidência representa o que denomina de ultra-atividade de consequências jurídicas do delito anterior, gerando, desse modo, dúplice apenamento pelo mesmo fato, o que representaria um indesejável *bis in idem*. Como sustenta referido autor,

⁷⁵⁶ VAELO ESQUERDO, Esperanza. *Aspectos problemáticos de la reincidencia*. Disponível em: <<http://www.uclm.es>>. Acesso em: 20 out. 2011.

⁷⁵⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992, p. 117-131. Disponível em: <<http://www.neopanopticum.wordpress.com>>. Acesso em: 31 out. 2011.

⁷⁵⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia. *Revista del Poder Judicial*. V. 13/1989, p. 86.

⁷⁵⁹ MUNOZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho pena*:. definición, patologia y contrarios. Murcia: Editorial DM, 2006, p. 269.

⁷⁶⁰ DONNA, Edgardo. *Reincidencia e culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, p. 31.

não se questiona a possibilidade de haver uma resposta à reiteração criminosa, e sim a sua natureza de circunstância agravante obrigatória – e automática – da responsabilidade penal.⁷⁶¹

No cenário brasileiro, com maestria afirma Alberto Silva Franco que, ao se aplicar o instituto da reincidência,

Prima facie, vislumbra-se um ponto de colisão no desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*, no seu caráter bifronte: uma face processual e outra, material. Sob a primeira perspectiva, o princípio inadmitte uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente. Sob a angulação material, proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, consequências penais. Ora, a reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente a condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença anterior como pressuposto do *plus punitivo*. E isso significa que o Estado reitera, de forma inadmissível, o exercício do *ius puniendi*.⁷⁶²

Destacam-se, ainda, na doutrina brasileira, entre outros, os pensamentos de Juarez Cirino dos Santos, para quem a reincidência implica dupla punição do crime anterior;⁷⁶³ de Aduino Suannes, que vê na reincidência um autêntico *bis in idem*;⁷⁶⁴ de Paulo Queiroz, ao defender que reincidência importará em dupla valoração da mesma causa,⁷⁶⁵ observando Heloisa Estellita que a reincidência, como agravadora da posição jurídica do condenado, trata-se de evidente *bis in idem* que mereceria ser extirpado do ordenamento jurídico brasileiro.⁷⁶⁶

Por fim, de tudo o quanto se disse, reconhece-se que os argumentos invocados para fundamentar o instituto da reincidência não conseguem esconder sua irracionalidade.

⁷⁶¹ GARZÓN REAL, Baltazar; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. Reincidencia y Constitución. *Actualidad Penal*, num. 1, 1991, p.1-2.

⁷⁶² FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010.

⁷⁶³ “A primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o *quantum* de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 531.

⁷⁶⁴ SUANNES, Aduino Alonso S. A reincidência, autêntico *bis in idem*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.14, p. 07, mar. 1994.

⁷⁶⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 351.

⁷⁶⁶ Em matéria relativa ao projeto do novo código penal, apresentado ao Senado Federal em 09 de julho de 2012 (Projeto de lei do Senado n. 236), informa essa autora que, lamentavelmente, foi mantida, à semelhança dos marcos normativos vigentes, o instituto da reincidência. *Novo projeto de Código Penal divide opiniões*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 ago. 2012. Também merece destaque o pedido de admissão como *amicus curie*, presente no Recurso Extraordinário 591.563-8 (Supremo Tribunal Federal), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a respeito da recepção ou não da agravante de reincidência (art. 61, I do Código Penal) pela Constituição Federal, o qual já foi admitido. Dele consta que “a reincidência viola abertamente o princípio *ne bis in idem*, uma das bases fundamentais das legislações criminais contemporâneas, ao estabelecer aumento de pena por fato anterior processado, julgado e punido. [...] A justificativa da agravante da reincidência em nossa estrutura legal decorre, direta ou indiretamente, de concepções jurídico-penais e criminológicas que acabam por realizar a vinculação entre dois sistemas absolutamente distintos, a dizer, entre o sistema de penas baseado na reprovabilidade pela *culpabilidade* e o sistema de medidas de segurança estruturado na valoração da *periculosidade*”. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/comissoes/pdf/amicus%20curie>>. Acesso em: 31 agos. 2012.

Entretanto, considerando que a modificação da responsabilidade penal pela reincidência acarreta ofensa direta ao princípio da culpabilidade, entende-se que esse é o foro mais apropriado para sua abordagem, não havendo dúvida de que tal circunstância viola frontalmente os postulados básicos de um direito penal fundado na culpabilidade pelo fato.

É que, quando se aumenta a pena do reincidente,

Não se reprime com maior gravame porque ocorreu uma infração mais grave, ou por um conhecimento superior da ilicitude do fato (maior reprovabilidade como consequência de uma maior intensidade delitiva), mas unicamente porque se responsabiliza um autor específico, alguém que de antemão se ‘etiqueta’ genericamente, estabelecendo para ele um Código Penal especial, com penas mais graves que as normais segundo a valoração do fato.⁷⁶⁷

Com isso não se está a afirmar que a circunstância agravante da reincidência deva necessariamente ser excluída do círculo próprio do princípio do *ne bis in idem* ou, ao menos, de um aspecto parcial de sua interdição, apesar de respeitáveis opiniões nesse sentido,⁷⁶⁸ e sim que sua aplicação não apresenta, ainda que de maneira latente ou reflexa, contradições com o espectro de proteção de tal princípio. Em uma escala de valorações, essa problemática apresenta-se de forma muito mais evidente frente ao princípio da culpabilidade pelo fato.

De qualquer forma, seja por contrariar o princípio do *ne bis in idem*, pela renovada valoração da conduta anteriormente julgada, seja por afrontar o princípio da culpabilidade pelo fato, pelo indevido juízo de reprovação pela conduta de vida anterior do agente, de todas as respostas possíveis à questão da reincidência, a de agravar a responsabilidade penal do autor reincidente é, “além da mais rançosa e menos imaginativa, a pior do ponto de vista político-criminal”.⁷⁶⁹

5.3.3 Sistema de aplicação de pena ante a identidade dos atos de execução do concurso formal: a desconformidade do art. 70, *caput*, parte final, do Código Penal brasileiro com o princípio do *ne bis in idem*

⁷⁶⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 70.

⁷⁶⁸ Tem prevalecido nos países da União Europeia o entendimento que proclama que a reincidência não é um problema que atinge o princípio do *ne bis in idem*, não representando uma penalização adicional do delito cometido anteriormente, por não se tratar do “mesmo pelo mesmo”. Assim já decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha: “[...] conquanto seja indubitável que a repetição de delitos, própria da reincidência, pressupõe, por necessidade lógica, uma referência ao delito ou aos delitos anteriores, isso não significa, desde logo, que os fatos anteriores voltem a ser castigados [...]. A agravante da reincidência, portanto, resta fora do círculo próprio do princípio *non bis in idem*”. GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia e delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 67.

⁷⁶⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios al Código Penal*: arts. 19 a 23. Madrid: EDERSA, 1999. Tomo II p.1077.

Diferentemente do concurso de leis, costuma-se associar ao concurso de crimes as regras de determinação da pena nas hipóteses de pluralidade de delitos, perpetrados com uma única ação ou omissão ou por meio de condutas plúrimas, havendo o ordenamento jurídico brasileiro disciplinado tal matéria nos arts. 69 a 71 do Código Penal, sob as rubricas de concurso material, concurso formal e crime continuado, respectivamente.

No que se refere aos efeitos do princípio do *ne bis in idem*, não se há de falar em qualquer interdição dele decorrente na disciplina do concurso material, que ocorre quando, por meio de mais de uma conduta ou fato singular, mediante duas ou mais ações ou omissões distintas, são praticados dois ou mais delitos.

Dada a unidade jurídica do crime continuado, como visto anteriormente, no que se refere à aplicação de pena, pelo menos em um único procedimento, não há relevantes questionamentos no âmbito de aplicação do princípio do *ne bis in idem*. Isso porque correspondem a diversos fatos que são considerados, por razões de política criminal, como se fossem crime único, atendendo a conveniência político-criminal.

Ao contrário, no concurso formal, merece ser cotejada sua sistemática de aplicação de pena diante do princípio do *ne bis in idem*, uma vez que se trata de unicidade de ação ou omissão – mesmos fatos – que ocasiona uma pluralidade de infrações, seja pela infringência a vários tipos legais, seja pela violação, repetidas vezes, da mesma norma.

Com efeito, no concurso formal de crimes, através de uma única conduta, são praticados dois ou mais crimes, da mesma espécie ou não, havendo Maurach observado que o que o caracteriza é uma unidade de fato com uma pluralidade de lesões típicas de bens jurídicos – “a base é uma mesma ação; [e] sobre ela se constroem dois ou mais tipos”.⁷⁷⁰

O Código Penal brasileiro disciplinou o concurso formal de crimes, em seu art. 70, *caput*, nos seguintes termos:

Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos [...].⁷⁷¹

⁷⁷⁰ MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*: parte general. Atualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. V. 2.p. 564.

⁷⁷¹ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2011.

Percebe-se, da leitura desse dispositivo legal, que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, quanto ao concurso formal próprio – aquele que não resulta de desígnios diversos,⁷⁷² – o sistema de aplicação de pena nominado de exasperação, ou seja, a mais grave das penas absorve as demais penas cabíveis. Todavia, levando-se em consideração o desvalor do resultado, afinal se trata de uma pluralidade de delitos, aumenta-se a pena em frações estabelecidas em lei, e esta pode ser agravada para patamares superiores ao marco da pena máxima cominada abstratamente a um só dos delitos.⁷⁷³

Entretanto, no que se refere ao marco punitivo do concurso formal impróprio – aquele cujos crimes dolosos concorrentes resultam de intenções autônomas,⁷⁷⁴ – a moldura legal adotada no Brasil não vem cumprindo a máxima secular da proibição do *bis in idem*, no sentido de que um mesmo fato ou, *in casu*, um mesmo aspecto de um fato singular não pode ensejar duplicidade de efeitos sancionadores.

Sendo assim, tendo-se em vista que, no concurso formal, haja ou não homogeneidade de desígnios, trata-se de uma unicidade de ação, consistente na identidade, ainda que parcial, dos atos de execução, não haveria de ser aplicada a pena pelo sistema do cúmulo material – que soma as penas dos crimes concorrentes –, haja vista que o espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem* proíbe a acumulação de sanções pelos mesmos fatos e fundamentos.

Para uma melhor compreensão dessa matéria, importante se faz uma contextualização histórica do concurso formal, pelo menos no que diz respeito ao sistema de aplicação de penas, recorrendo-se sobre as primeiras codificações, no Brasil, em relação a essa matéria, assim como sobre o atual estágio dessa questão no sistema legal de países que tanto influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, particularmente a Itália, haja vista que o Código Penal brasileiro de 1940, altamente influenciado pela legislação penal italiana de 1930, ainda continua vigente.

⁷⁷² No contexto do direito brasileiro, classifica-se o concurso formal de crimes em próprio e impróprio. O primeiro, além da unidade de conduta, caracteriza-se pela multiplicidade de resultados decorrente de uma mesma unidade de desígnios, sendo a exasperação o sistema de aplicação de pena adotado.

⁷⁷³ Conforme explica Sanz Moran, apesar da aparente semelhança, diferencia-se o sistema de determinação da pena de absorção com agravação da exasperação. É que o primeiro, mesmo admitindo a agravação da pena, não ultrapassa o marco punitivo abstrato da maior pena. Já o segundo permite a aplicação da pena acima do limite máximo cominado à pena absorvente – do crime mais grave. SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 222.

⁷⁷⁴ No concurso formal impróprio, embora haja unidade de conduta dolosa, os resultados criminosos resultam de desígnios autônomos, aplicando-se cumulativamente as penas. Esse é o teor da segunda parte do *caput* do art. 70 do Código Penal brasileiro: “as penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2011.

De início, faz-se importante registrar, mais uma vez, o pragmatismo característico do direito romano, que tratou a questão do concurso de delitos tão somente sob perspectivas processuais. Como anota Sanz Moran, os romanos apenas se preocuparam com a concorrência de ações, no sentido de criar regras sobre as hipóteses nas quais se admitiria o acúmulo de ações contra o mesmo sujeito, podendo afirmar-se, dessa forma, a inexistência de uma teoria do concurso de delito em sentido próprio no direito romano, assim como no direito canônico e no direito dos povos medievais.⁷⁷⁵

E, sem olvidar a importância dos práticos italianos do século XVI, é apenas na Alemanha do século XIX que se pode falar em sistematização dessa matéria, costumando-se atribuir à doutrina de Feurbach o nascimento da teoria do concurso de crimes. Suas ideias foram reproduzidas no Código Penal da Baviera de 1813, que estabeleceu, nas hipóteses de concurso formal, quanto ao tratamento penalógico, a regra da absorção na aplicação da pena, pela qual se aplicava a pena do delito mais grave.⁷⁷⁶ Essa mesma disciplina foi observada pelo Código Prussiano de 1851 e pelo Código Penal do Império alemão de 1871.⁷⁷⁷

Na Lei de Reforma Penal de 1969, que formulou a parte geral do Código Penal alemão de 1975, ainda em vigor, são reconhecidas duas modalidades de concurso formal – o homogêneo (quando, por mais de uma vez, é lesionada a mesma lei penal) e o heterogêneo (quando violados preceitos penais diversos) – adotando-se também, quanto ao marco penal, o sistema de absorção das penas, ao dispor-se, no § 52, a aplicação de uma só pena, nas hipóteses de concurso formal homogêneo, e da pena mais grave, em se tratando de concurso formal heterogêneo.

Quanto a essa última forma de concurso formal, explica Jescheck que, na declaração da culpabilidade, deverá o juiz indicar todas as normas penais infringidas, pois, apesar de não restar expressamente reconhecido no §52 da StGB, tal entendimento parece evidente, por ser a pena determinada a partir dos marcos legais – máximo e mínimo – das penas de todos os crimes concorrentes. E determina-se esse marco punitivo máximo e mínimo não de forma

⁷⁷⁵ SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 39-41.

⁷⁷⁶ Idem. p. 87.

⁷⁷⁷ ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. 2007. (Tese de doutoramento) - Universidad de Granada, Granada, 2007. p. 25.

abstrata, mas tendo-se em vista as circunstâncias agravantes e as atenuantes presentes no caso concreto.⁷⁷⁸

No direito espanhol, a problemática concursal tardou a ser regulamentada, havendo o Código Penal de 1822 apenas instituído distintos sistemas sancionadores, de acordo com a natureza das penas a serem aplicadas. Somente no Código Penal de 1848 foi que se disciplinou o concurso de crimes, estabelecendo-se, no art. 77, que, no caso de um só fato constituir dois ou mais delitos, há de ser imposta a pena correspondente ao delito mais grave, em seu limite máximo, o que foi mantido pelo Código Penal de 1870.⁷⁷⁹

Por sua vez, o Código Penal espanhol de 1928 instituiu um regime sancionador diferente: admitiu a escolha entre o sistema de absorção ou de exasperação, a prudente arbítrio do juiz⁷⁸⁰. Pouco tempo depois, o Código Penal de 1932 restabeleceu o sistema de absorção de pena, nas hipóteses de concurso formal, por indicar que deveria ser aplicada a pena correspondente ao delito mais grave, em seu grau máximo, o que foi mantido pelo Código Penal de 1944.⁷⁸¹

Finalmente, o vigente Código Penal espanhol de 1995, nas regras de aplicação de penas do concurso formal, dispõe que deverá ser imposta “em sua metade superior a pena prevista para a infração mais grave”, sem que se exceda a eventual soma das penas correspondentes a todos os delitos, se aplicadas separadamente.⁷⁸²

No que diz respeito ao breve relato histórico do sistema sancionatório do concurso formal de crimes no direito português, nota-se que essa matéria ainda não está densamente regulada na legislação portuguesa⁷⁸³. Ainda sob a vigência do Código Penal português de 1852, vigorava, quanto à punição do concurso de crimes, o sistema da exasperação (art. 87), regra que foi mantida, em linhas gerais, pelo Código Penal de 1886. Este também adotava, em seu art. 102, o sistema da exasperação, que, não obstante a controvérsia gerada na doutrina, no

⁷⁷⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 780.

⁷⁷⁹ ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. 2007. (Tese de doutoramento) - Universidad de Granada, Granada, 2007. p. 90 e p. 111-114.

⁷⁸⁰ SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos: aspectos de politica legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 189.

⁷⁸¹ ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. 2007. (Tese de doutoramento) - Universidad de Granada, Granada, 2007. p. 136-139.

⁷⁸² Disponível em: <www.boe.es>. Acesso em: 07 nov. 2011.

⁷⁸³ SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos: aspectos de politica legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 70-71.

sentido de ser essa regra aplicada apenas ao concurso material, incidia – sustentava Eduardo Correa – também no concurso formal.⁷⁸⁴

Já no vigente Código Penal português de 1982, republicado pela Lei 59/2007,⁷⁸⁵ a regra de punição do concurso material e formal de crimes está disposta no art. 77, que prevê a imposição de uma “única pena”, tendo como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, a qual não pode ultrapassar 25 anos, e, como limite mínimo, a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes.⁷⁸⁶

Observa Lourenço Martins, da análise que fez de diversos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça português, a existência de duas correntes sobre a aplicação de pena regulada no art. 77 do Código Penal de 1982, sem conseguir detectar qual a dominante, assim identificadas: (a) a tradicional, que simplesmente efetua a valoração conjunta dos fatos e da personalidade do agente sem recurso a outras regras;⁷⁸⁷ e (b) a aritmética, “fazendo intervir, dentro da moldura penal, ingredientes de natureza percentual ou matemática”.⁷⁸⁸

Sobre esta última corrente, José de Souto Moura explica que, embora os resultados finais a que se chega possam aproximar-se da corrente tradicional, a melhor técnica de aplicação de pena no concurso de crimes é a que utiliza “frações aritméticas da soma das parcelares que acrescem à mais grave”, não sendo, em regra, superior a um terço a “representação” das parcelas que se acresce à pena mais grave.⁷⁸⁹

Destaca-se, ainda, a tendência da prática judiciária portuguesa até a década de 90 do século passado, de apenas cumular as penas sem fundamentação concreta, a qual nas últimas

⁷⁸⁴ CORREA, Eduardo Henrique da Silva. *Direito criminal*. Volume II. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 216-220.

⁷⁸⁵ O atual Código Penal português (Decreto-Lei n. 400/82), de 23 de setembro de 1982, foi modificado (republicado) pela Lei n. 59/2007, de 04 de setembro de 2007. Disponível em: < <http://www.igf.min-financas.pt/inflegal>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

⁷⁸⁶ MARTINS, A. Lourenço. *Medida da pena, finalidade, escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 292.

⁷⁸⁷ Trecho de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “o nosso sistema é um sistema de pena única em que o limite mínimo da moldura atendível é constituído pela mais grave das penas parcelares (numa concessão minimalista ao princípio da exasperação ou agravamento – a punição do concurso correrá em função da moldura penal prevista para o crime mais grave, mas devendo a pena concreta ser agravada por força da pluralidade de crimes), sem que possa ultrapassar a soma das penas concretamente que seriam de aplicar aos crimes singulares”. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

⁷⁸⁸ MARTINS, A. Lourenço. *Medida da pena, finalidade, escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 292.

⁷⁸⁹ “Poder-se-á dizer que, segundo essa posição, a pena conjunta será quantificada a partir do jogo de forças protagonizado pela tendência expansiva da parcelar mais alta, e pela tendência repulsiva (ou repressiva) da soma aritmética de todas as parcelares. Ao que cremos, está em causa a introdução de uma variável autónoma, para além da ponderação do ilícito global e da personalidade do arguido, variável que traduz um fator de proporcionalidade no jogo de forças expansiva e repulsiva aludidas. Tratar-se-á então da proporcionalidade entre o peso relativo de cada parcelar e o peso do conjunto das penas todas”. MOURA, José de Souto. *A jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/estudos>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

décadas foi superada em razão de reiterada orientação do Supremo Tribunal de Justiça, que vem entendendo pela nulidade daquela posição.⁷⁹⁰

Dando continuidade ao panorama legislativo em geral, ressalta-se que o Código Penal Tipo para a América Latina, em seu art. 65, prevê, como regra de aplicação de pena para o concurso formal de crimes, um marco penal que oscila entre o máximo da pena mais grave dos crimes concorrentes, diminuída ou aumentada na fração de um terço.⁷⁹¹

Por outro lado, como já mencionado, tendo em vista a influência do direito italiano na codificação penal brasileira de 1940, entende-se imperioso analisar esse ordenamento jurídico quanto ao sistema de aplicação de penas do concurso formal de crimes, havendo regulação a respeito dessa matéria desde o Código Penal da Toscana de 1854, que ordenava a aplicação da pena mais grave, sendo admitido seu aumento por outras violações cometidas pelo mesmo fato.

Posteriormente, o Código Penal de Zanardelli⁷⁹² (1889) também configurou o concurso formal como a violação de vários dispositivos legais, havendo adotado, todavia, o critério da absorção como o sistema de determinação da pena, uma vez que estabelecia a aplicação da pena mais grave.⁷⁹³

No entanto, tendo em vista a influência da Escola Positiva,⁷⁹⁴ o Código Penal italiano de 1930, assumindo a posição de que um sujeito que incorria em pluralidade de delitos apresentava um maior grau de periculosidade, previu, tanto para o concurso formal como para

⁷⁹⁰ MARTINS, A. Lourenço. *Medida da pena, finalidade, escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 293.

⁷⁹¹ SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 104.

⁷⁹² Esse foi o primeiro código penal da Itália unificada, sendo conhecido por Zanardelli por ter sido idealizado pelo jurista e político Giuseppe Zanardelli, responsável pela reforma do sistema judicial italiano, além da aprovação do mencionado diploma legal, no último quartel do século XIX.

⁷⁹³ Há de ser ressaltado que, no final do século XIX, vigorava na Itália, em razão, principalmente, do pensamento de Carrara, o entendimento de que não apenas a unidade de ação, mas também a unidade de fim, constituiriam a base estrutural do concurso formal. Diferente não era na Espanha até meados do século passado. ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. 2007. (Tese de doutoramento) - Universidad de Granada, Granada, 2007. p. 65.

⁷⁹⁴ Influenciada pelo cientificismo da segunda metade do século XIX, surge a Escola Positiva, tendo como principais expoentes Cesare Lombroso, Garofalo e Enrico Ferri. Essa corrente do pensamento penal extremava seu interesse na pessoa do delincente e nas causas antropológicas, psicológicas e sociais do delito. Em quatro itens, Aníbal Bruno resumiu o programa do positivismo jurídico: “a) fazer partir o Direito Penal da consideração do homem criminoso, na sua realidade biológica e social; b) tomar o crime como realidade fenomênica, fato do homem em sociedade, episódio de comportamento, condicionado por fatores antropológicos, físicos e sociais, e sobre essa concepção biológica e sociológica basear a sua concepção jurídica, sendo certo que o crime será sempre para o jurista uma infração do direito; c) basear a responsabilidade penal na responsabilidade social (Ferri), ou na perigosidade criminal do agente, como critério segundo o qual não só se justifica, mas se especializa a sanção oposta ao crime; d) fazer da sanção anticriminal, não castigo de culpabilidade, segundo a antiga exigência da retribuição, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, nos casos de desajustes invencíveis”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Tomo I. p. 67.

o concurso material, o mesmo sistema de determinação de pena, qual seja, o cúmulo material.⁷⁹⁵ Porém, com as mudanças de paradigmas ocorridas a partir da segunda metade do século XX, analisadas precedentemente, a doutrina italiana defendia ser necessário alterar o sistema sancionatório vigente, pois a punição atribuída a uma só ação, mesmo que dela decorressem dois delitos, não poderia ser a mesma aplicada a duas ações e com o mesmo número de delitos.

Nesse sentido, para Aldo Moro a equiparação então vigente entre o concurso material e o concurso formal de crimes era demasiadamente rigorosa e sem qualquer justificativa, pois, apesar de não se olvidar que uma só ação violadora de mais de uma norma penal é mais grave do que uma só ação que infringe apenas um tipo penal, dúvida também não há de que o concurso formal de crimes, que é representado por uma unicidade de condutas, apresenta um desvalor jurídico inferior, menos grave, à multiplicidade de ações ou omissões do concurso material.⁷⁹⁶

Assim é que, com a reforma penal de 1974, estabelece-se, no ordenamento jurídico italiano, o sistema da exasperação, prevendo o art. 81 do Código Penal, ainda em vigor, que, nas situações de concurso formal de crimes, tanto homogêneo quanto heterogêneo, o agente deverá ser punido com a pena cominada ao delito mais grave até o triplo – sendo obviamente vedado que esse cálculo ultrapasse a soma das penas de todos os crimes concorrentes – até porque, como acima observado, o entendimento prevalente na doutrina daquele país é que, no concurso material, observa-se a ocorrência de um conteúdo de injusto maior, quando comparado ao concurso formal.⁷⁹⁷

Retornando-se ao contexto do sistema jurídico brasileiro, paradoxal é a disciplina das primeiras legislações nacionais em matéria penal, uma vez que o Código Criminal de 1830, apesar de ter sido conhecido como um “diploma liberal”,⁷⁹⁸ mesmo não havendo disciplinado expressamente o concurso de crimes, ordenava que, nas hipóteses de cometimento de mais de

⁷⁹⁵ ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. 2007. (Tese de doutoramento) - Universidad de Granada, Granada, 2007.p.74 e 190 e seguintes.

⁷⁹⁶ MORO, Aldo. *Unità e pluralità di reati*. Padova: CEDAM, 1951. p. 165-167.

⁷⁹⁷ ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. Tese de doutoramento apresentada na Universidad de Granada, Granada, 2007. p. 78-79.

⁷⁹⁸ BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 54. Para saber mais, ver item 7.1.

um delito, seriam aplicadas as penas cominadas para cada um deles, utilizando-se, dessa forma, do sistema do cúmulo material.⁷⁹⁹

Por sua vez, o Código Penal de 1890, a despeito de ter acolhido, dentre outras influências, fundamentos positivistas,⁸⁰⁰ determinava, quanto à aplicação da pena dos crimes cometidos em concurso formal, o sistema de absorção das penas, impondo-se, assim, a pena de um só dos crimes.⁸⁰¹

Em razão da marcante influência do Código Penal italiano de 1930,⁸⁰² não representou nenhuma surpresa o fato de ter o Código Penal brasileiro de 1940, em seu art. 51, § 1º, prescrito como regra para o concurso formal a aplicação da pena de um só dos crimes com acréscimo, em caso de concurso formal próprio, e o cúmulo das penas, tratando-se de concurso formal impróprio, regra que subsiste até hoje.

Há também de ser registrado que o Código Penal de 1969 – que não chegou a entrar em vigor, como já mencionado por ocasião do estudo do concurso de leis –, no que se relaciona ao concurso de crimes, equiparava o concurso material ao concurso formal, atribuindo a ambos o mesmo tratamento penal. Entretanto, em caso de unidade de ação ou de omissão responsável pela prática de mais de um crime, o juiz poderia diminuir a pena unificada de um sexto a um quarto.

E, apesar da Reforma Penal de 1984, a sistemática de aplicação de pena do concurso formal de crimes foi mantida nos moldes concebidos pelo legislador das primeiras décadas do século XX, com resquícios da Escola Positiva, havendo o Código Penal brasileiro em vigor,

⁷⁹⁹ O Código Criminal de 1830, em seu art. 61, assim dispunha: “quando o réo fôr convencido de mais de um delicto, impôr-se-lhe-hão as penas estabelecidas nas leis para cada um delles; e soffrerá as corporaes, umas depois das outras, principiando, e seguindo da maior para a menor, com attenção ao gráo de intensidade, e não ao tempo da duração”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2011.

⁸⁰⁰ A legislação penal de 1890, além de ter reprimido os movimentos operários, criminalizado a greve, a vadiagem, a capoeira e a mendicância, adotou institutos influenciados pela Escola Positiva, inspirados nas ciências biológicas, como, por exemplo, as medidas impostas aos inimputáveis, cujo “tratamento” tinha verdadeira natureza de pena, os “asilos da mendicidade inválida, e as colônias correcionais para “vadios, capoeiras e desordeiros”, os abrigos de “menores”, os manicômios judiciários, tudo isso como que refletindo a “classificação” dos criminosos então em voga, ensinada aos policiais na sua escola numa disciplina intitulada *História Natural dos Malfeitores*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 458.

⁸⁰¹ Esta era a redação do art. 66 do Código Penal de 1890: “Art. 66. Na applicação das penas serão observadas as seguintes regras: [...]; § 3º Quando o criminoso pelo mesmo facto e com uma só intenção, tiver commettido mais de um crime, impor-se-lhe-ha no gráo maximo a pena mais grave em que houver incorrido”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2011. Sobre a matéria, destaca a Professora Patrícia Glioche que o terceiro parágrafo desse dispositivo legal tratava do “concurso formal que se manifestava principalmente nos casos de erro na execução”. BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 56.

⁸⁰² “O Código Penal de 1940 foi influenciado pelo Código italiano de 1930 (conhecido como Código Rocco), fruto de um Estado ditatorial e influenciado pela legislação fascista [...]. Tinha o caráter nitidamente repressivo, construído a partir da crença segundo a qual havia necessidade de que a pena privativa de liberdade fosse suficiente para o controle da criminalidade [...]”. *Idem*. p. 60.

em seu art. 70, adotado a regra do cúmulo material das penas para o concurso formal impróprio.

Do mesmo modo, já se observou que, representando o concurso formal uma identidade de ação ou omissão, consistente na identidade, não se justifica a aplicação da pena pelo sistema do cúmulo material, mesmo que não apresente unidade de resolução criminosa, pois a unidade de desígnios não é considerada como requisito para que ocorra concurso formal de crimes, não sendo outra a exigência legal senão a de unidade de ação ou omissão.⁸⁰³

Como explica Vives Antón, exigir decisão volitiva unitária como requisito da ação, no concurso formal de crimes, significaria reduzir a nada seu campo de aplicação, até porque o conceito de ação que se utiliza quando se fala de unidade de ação para a caracterização do concurso formal é diferente do concebido na teoria geral do delito.⁸⁰⁴ Deve-se, então, utilizar conceito paralelo ao sentido atribuído à unidade processual do fato imputado, analisada precedentemente.

Para Sanz Morán, os critérios determinantes do conceito de ação unitária do concurso formal de crimes devem ser concebidos não em sentido jurídico-penal, mas com base nos mesmos critérios utilizados para a caracterização do conceito de fato empregado para a delimitação do alcance da coisa julgada.⁸⁰⁵

Seguindo a mesma orientação, García Alberó assinala que o conceito de ação da teoria geral do delito não tem qualquer relevância para determinar-se a unidade de ação do concurso formal,⁸⁰⁶ podendo-se afirmar, por conseguinte, que a resolução de vontade unitária dos distintos atos executivos que estão na base dos correspondentes tipos não constitui requisito para a identificação do concurso formal de crimes.

Por isso é que, como diz Quintero Olivares, ao abordar a questão do concurso formal de crimes, se o indivíduo e sua conduta, entendida não tipicamente, e sim do ponto de vista

⁸⁰³ ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. 2007. (Tese de doutoramento) - Universidad de Granada, Granada, 2007.p. 191-192.

⁸⁰⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia, 1981. p. 12-13.

⁸⁰⁵ SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos. Aspectos de politica legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 215.

⁸⁰⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 264. Ademais, adotando-se o conceito de ação da teoria geral do delito não seria possível estabelecer essa unicidade de ação com pluralidade de resultados, pois naquela para cada ação haverá de imputar-se um resultado. Na verdade, no concurso formal de delitos, observa-se a existência de uma concorrência de vários tipos de injusto correlacionados “formalmente” a uma só conduta, aqui entendida como realidade histórica (espacial e temporal) valorada normativamente.

“humano”, constituem um problema unitário, também se faz necessário reagir penalmente de modo unitário.⁸⁰⁷

Ainda sobre esse assunto, Gonzáles Rus, ao analisar as disposições do Código Penal da Espanha acerca do concurso formal de delitos, revela que, durante as reformas penais das últimas décadas, em duas oportunidades pelo menos, foram incluídas em anteprojetos legislativos disposições que previam a aplicação de pena “em separado”, quando com um só fato se originasse dolosamente várias mortes ou várias lesões. E essa exceção, que já não se incluiu nos textos posteriores, foi tachada de inconstitucional, por contrariar, de maneira parcial, o princípio do *ne bis in idem*, bem como por ser contraditória, ao negar a própria definição de concurso formal, que se caracteriza pela pluralidade de delitos cometidos através de uma só ação.⁸⁰⁸

Para finalizar essa questão, entende-se importante ressaltar, como fez Álvarez Pozo, que o entendimento que incluía a unidade de propósito como um dos fundamentos do concurso formal esvaziou-se desde os anos 70 do século passado, quando restou assentado que a premissa essencial para apreciação do concurso formal seria a unidade de ação, em sentido meramente objetivo.⁸⁰⁹

Em sendo assim, percebe-se que, no concurso formal impróprio, ao se aplicarem todas as penas cumulativamente, incorre-se em uma violação do princípio do *ne bis in idem* ou, mais especificamente, em um aspecto parcial da interdição operada por esse princípio, por não haver dúvida de que se valoram, de forma repetida, os mesmos atos de execução ou, pelo

⁸⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Colaboração de Fermín Morales Prats. 4. ed. Navarra: Arazandi, 2009. p. 816.

⁸⁰⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.). *Comentarios al Código Penal*. Tomo III. Artículos 24 a 94. Madrid: EDERSA, 1999. p. 1016. E, pelas razões acima aduzidas, não se há de aceitar o entendimento adotado pelo Tribunal Supremo da Espanha ao interpretar, de maneira forçosa, negando até mesmo o conceito legal de concurso formal de crimes, que, mesmo mediante uma só ação, a colocação de uma bomba em um hipermercado, matando 21 pessoas e lesionando outras 31, configura uma hipótese de concurso real de crimes (STS 848/2004), fundada na equivocada premissa, defendida também por alguns doutrinadores, como Gomez de la Torre *et al.*, de que o autor que se serve de uma só ação para alcançar seu propósito múltiplo pratica uma pluralidade de delitos, porque, para cada um deles, se completa perfeitamente tanto o tipo objetivo como o tipo subjetivo doloso (a intenção de alcançar cada um dos resultados). DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRIGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.). *Curso de derecho penal: parte general*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010. p. 402.

⁸⁰⁹ ÁLVAREZ POZO, María de la Palma. *El concurso ideal de delitos*. Tese de doutoramento apresentada na Universidad de Granada, Granada, 2007. p. 201. No mesmo sentido: SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos. Aspectos de politica legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986. p. 213-214; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso del leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal. *ADPCP*, Fasc. I, enero-abril, 1979.

menos, parte deles,⁸¹⁰ aplicando-se ao acusado penas plúrimas – duas ou mais vezes “o mesmo pelo mesmo”.

Seguindo essa orientação, Cuerda Riezu realça que o espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem* proíbe a acumulação de penas, vedando-se que haja múltiplas consequências jurídicas pelos mesmos fatos. Portanto, tendo em vista que uma mesma ação é comum a mais de um tipo penal – ou, como diz, um mesmo fato (o *idem*) representando várias infrações (o *bis*) –, defende que não se pode valorá-la mais de uma vez na determinação da pena. Porém ressalta que não se há de entender que o princípio do *ne bis in idem* seja contrário ao concurso formal de crimes, produzindo-se violação desse princípio somente quando se procede a uma plural valoração do *idem*, ao levar-se em consideração, por mais de uma vez, o fato, como elemento de injusto.

E conclui Cuerda Riezu que é o princípio do *ne bis in idem*

Que exige do legislador que no momento de optar por uma consequência jurídica para o concurso formal tenha que mover-se necessariamente entre dois extremos: pode ser superior à pena prevista para a unidade de delito e deve ser inferior ao sistema de pena regulado para o concurso material.⁸¹¹

Da mesma forma, a eventual repetição de valoração das mesmas circunstâncias de fato na determinação da pena do concurso formal de crimes é criticada por Álvarez Pozo, ao observar que sempre que exista identidade fática, base estrutural do concurso formal, se são somadas as penas, como no concurso real, vulnera-se o princípio do *ne bis in idem*.⁸¹²

Destarte, afirma-se, mais uma vez, que a regra constante da segunda parte do *caput* do art. 70 do Código Penal brasileiro, aplicada, sem restrições, pela jurisprudência brasileira,⁸¹³ viola o princípio do *ne bis in idem*, não sendo possível a multiplicidade de valorações sobre uma mesma ação ou omissão.⁸¹⁴ É que a consequência jurídica advinda de uma única conduta

⁸¹⁰ Como diz Jescheck, no concurso formal, há identidade parcial das ações executivas do tipo objetivo das normas concorrentes. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 776.

⁸¹¹ CUERDA RIEZU, Antonio. El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990. *ADPCP*, Fasc. III, septiembre-diciembre, 1991. p. 849-850.

⁸¹² ÁLVAREZ POZO, María de la Palma. *El concurso ideal de delitos*. Tese de doutoramento apresentada na Universidad de Granada, Granada, 2007. p. 251-252.

⁸¹³ Por todos: “CONCURSO FORMAL IMPERFEITO. CÚMULO MATERIAL DE PENAS. [...] 2. Hipótese de concurso formal imperfeito de crimes, pois, embora tenha sido única a conduta, atuou o agente com desígnios autônomos, ou seja, sua ação criminoso foi dirigida finalisticamente (dolosamente) à produção de todos os resultados, voltada individual e autonomamente contra cada vítima. 3. Caracterizado o concurso formal imperfeito de crimes, a regra será a do cúmulo material, de sorte que, embora o paciente tenha praticado uma única conduta, como os diversos resultados foram por ele queridos inicialmente, suas penas deverão ser cumuladas materialmente”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 139.592/RJ*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 22 mar. 2011, DJe: 28 abr. 2011.

⁸¹⁴ Patrícia Glioche cita entendimentos doutrinários defendendo a impossibilidade de acumulação material dos tipos concorrentes no concurso formal de crimes, uma vez que a coincidência fática neles existentes dá ensejo a uma

pela qual se praticou dois crimes, por exemplo, não pode ser igual à decorrente de duas ações e dois crimes, apresentando evidentemente relevância inferior o desvalor jurídico penal do concurso formal de crimes, quando comparado ao concurso material.

Essa também foi a observação de Jescheck, ao enfatizar que, na escala de valoração do concurso formal, o conteúdo de culpabilidade de uma só ação – ainda que seja infringido mais de um preceito legal – é inferior ao de uma pluralidade de ações.⁸¹⁵

E, com fundamento em todos esses argumentos, entende-se que não se há de aceitar que sejam somadas as penas no concurso formal impróprio, sob a justificativa de que o indivíduo agiu com diversidade de finalidade, pois a base estrutural do concurso formal é a unidade de ação e, sendo essa ação – ou pelo menos alguns de seus aspectos relativos – comum a mais de um crime, acumulando-se as sanções haverá consequências sancionatórias plúrimas, ainda que parcialmente, em razão dos mesmos atos de execução que compõem o núcleo fundamental da ação única.⁸¹⁶

Ademais, somar as penas dos delitos praticados por meio de uma só ação ou missão corresponderia a uma valoração inadequada do conteúdo de injusto, porque a penalidade deve ser graduada, não apenas pelo resultado, mas também pela ação.⁸¹⁷

5.4 Aspectos de ordem processual e material decorrentes da proibição de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos (dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*)

justaposição de “espaços típicos” e, consequentemente, de “repetições de espaços de proibição” na aplicação da pena cumulativamente. BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 95-96.

⁸¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 200., p. 774.

⁸¹⁶ Assim, não se há de aceitar a posição de García Albero, que defende que a proibição do *bis* ocorre somente quando aplicada uma pena em sentido estrito – individualizada e autônoma –, pois, diferentemente do que sustenta, há ofensa ao princípio do *ne bis in idem* na aplicação de consequência jurídica desfavorável ao acusado decorrente de uma indevida desvalorização plural de um objeto unitário. GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995. p. 249.

⁸¹⁷ Mesmo que não haja dúvida quanto à escorreita posição aqui defendida, ressalta-se, a título de mais um argumento, que, mesmo aqueles que sustentam tratar-se a hipótese do concurso formal de crimes de uma “mesma base” sobre a qual se constroem dois ou mais tipos, não podem negar a ocorrência, ao menos, de um aspecto parcial da interdição operada por tal princípio. Isso porque, quando não sejam reconhecidos os efeitos impeditivos do princípio do *ne bis in idem*, deve-se levar em consideração, para efeitos da fixação da pena, eventuais consequências jurídico-punitivas já aplicadas. Nesses termos, invoca-se o princípio do desconto, conhecido também, na língua espanhola, como o princípio de “toma en consideración” ou, na língua inglesa, “accounting” ou “taking into account”, como forma de mitigar, na segunda consequência jurídico-punitiva os efeitos da primeira sanção, quando não estiverem presentes todos os pressupostos de operatividade do princípio do *ne bis in idem*.

Como visto, no direito brasileiro, as repercussões das dimensões tradicionais do princípio do *ne bis in idem* continuam incipientes e mais ainda quando relacionadas à proibição de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos – a nominada dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*.⁸¹⁸

É que a interface entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, no ordenamento jurídico brasileiro, demanda soluções ainda não resolvidas pelo legislador, pelos tribunais e pelos doutrinadores.⁸¹⁹

Com efeito, ao iniciar-se a investigação das estreitas interconexões entre a infração penal e a infração administrativa, indagou-se se eventualmente haveria distinção entre as condutas que, *de lege ferenda*, poderiam ser sancionadas no âmbito do direito penal e/ou do direito administrativo sancionador.

Confirmando-se a interatividade das relações entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, foi visto que inexiste diferença estrutural entre as condutas que podem ser consideradas ilícitas no âmbito administrativo e na esfera penal. Aliás, como observado por Renato de Mello Jorge Silveira, o agigantamento da interface entre o direito penal e o direito administrativo sancionador nos tempos presentes ocasionou um verdadeiro rompimento do que se considerava uma completa autonomia entre tais esferas.⁸²⁰

⁸¹⁸ A propósito, até mesmo em investigações acadêmicas de renomadas instituições, como é caso da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, dissemina-se o equivocado entendimento de que o princípio do *ne bis in idem* não implica a proibição de valorar um mesmo fato ou substrato real por mais de uma vez, assim como que o impedimento de acumulação de sanção penal com uma sanção administrativa, pois “não se aceita nem na doutrina, nem na jurisprudência, nem na legislação do Brasil”. COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2012. p. 149.

⁸¹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250. E como notado por Leonardo Sica, a coexistência desses dois regimes regendo as mesmas condutas tende a gerar incompatibilidades e irracionalidades, com riscos para garantias fundamentais dos acusados. SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis n. 8.137/90 e 8.884/94 in VILARDI, Celso Sanchez *et al* (coords.). *Direito penal econômico: Análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Em artigo sobre os crimes contra a ordem tributária, Diogo Manan observa que a “cumulação de pena criminal com sanção administrativa torna patente a ocorrência de *bis in idem*”. MALAN, Diogo. *Considerações sobre os crimes contra a ordem tributária*. Disponível em: <<http://www.malanaodvs.com.br/artigos>>. Acesso em: 07 jul. 2012. Interessante também a crítica de Fábio Medina Osório, quando diz que os efeitos do princípio do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico nacional são tímidos, observando-se problemas de sancionamento desordenado, incoerente, contraditório ou abusivo por parte do Estado brasileiro. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 281.

⁸²⁰ “Semelhante novo estado de coisas originou-se, principalmente, a partir da expansão vivida pela seara penal nas últimas décadas. Passando a cuidar e, mais particularmente, tutelar campos antes tratados quase que unicamente pelo direito administrativo, o direito penal passa a se escudar em preceitos administrativos para a configuração criminal. Não raro, tal estado de coisas acaba por influenciar preceitos antes tidos por estáticos e basilares”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Das atuais relações entre o direito penal e o direito administrativo. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I. p. 51.

Constatou-se, ademais, que o direito penal, de forma frequente, vem assumindo o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório.⁸²¹ E isso tem provocado a justaposição de funções do direito penal e do direito administrativo sancionador, sendo cada vez mais perceptível a diluição das fronteiras outrora estabelecidas, mesmo artificialmente, entre tais ramificações do *ius puniendi*.⁸²²

Reconhece-se que não são raras as hipóteses de concorrência normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, principalmente na tutela dos bens jurídicos supraindividuais, até em razão da complexidade das estruturas sociais dos tempos presentes. E tal sobreposição, em princípio, não traduz a existência de irracionalidade da atividade legislativa, não havendo óbice à hipótese de um único recorte de fato subsumir-se, abstratamente, a mais de um tipo, seja penal, seja administrativo, mesmo porque o direito administrativo sancionador adota, em regra, técnicas jurídicas distintas das que devem ser empregadas pelo direito penal.⁸²³

No entanto, persiste a perplexidade anunciada desde o início desta pesquisa, referente à solução a ser dada ao problema nodal que surge da acumulação das respectivas sanções – penais e administrativas – pelos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos.

É que não tem merecido muita atenção do legislador brasileiro as diversas situações de concorrência normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, delas decorrendo medidas descoordenadas. A advertência de que, “nos delitos em que haja duplicidade sancionatória (administrativa e penal), é importante reservar a intervenção penal apenas e tão só às condutas especialmente graves, deixando-se de fora as demais”, não tem surtido muito efeito no Brasil.⁸²⁴

A título exemplificativo, muitas infrações previstas na lei dos crimes contra o meio ambiente (Lei 9.605/98) também constituem infrações administrativas constantes do Decreto 6.514/2008, as quais têm idêntico fundamento ou idêntico objeto de proteção, qual seja, a

⁸²¹ Como exemplo dessa disfunção, cita-se a criação de tipos penais para a proteção das funções estatais. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 130.

⁸²² FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades>>. Acesso em: 21 maio 2012.

⁸²³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204.

⁸²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.146. Mostra-se também evidente que o legislador brasileiro não tem tratado a tutela sancionadora, aqui compreendida em sentido lato, de forma equilibrada, bastando, para tanto, analisar-se a intervenção penal de caráter marcadamente simbólico da chamada criminalidade difusa (meio ambiente, direito econômico, tributário, do consumidor, dentre outros). Idem. p. 204.

tutela do *meio ambiente*.⁸²⁵ Apresentam, tanto a infração penal como a infração administrativa, o mesmo núcleo central ou determinante da conduta típica ou o mesmo elemento constitutivo. Além do mais, por ser a configuração do tipo penal dos crimes ambientais dependente das normas administrativas ou de decisões administrativas, a lesão a estas constitui um dos elementos do tipo de injusto penal ambiental.⁸²⁶

O cúmulo de reação punitiva no direito ambiental é tão evidente que, por vezes, os tipos penal e administrativo sancionador têm idêntica redação legal, como se observa, por exemplo, no crime de matar espécimes da fauna silvestre e a respectiva infração administrativa, em seguida transcritos:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. (Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente).⁸²⁷ (grifo nosso).

Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Multa de:

I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção;

II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção -CITES.

§ 1º As multas serão aplicadas em dobro se a infração for praticada com finalidade de obter vantagem pecuniária.

§ 2º Na impossibilidade de aplicação do critério de unidade por espécime para a fixação da multa, aplicar-se-á o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por quilograma ou fração. (Decreto 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente).⁸²⁸ (grifo nosso).

Outra hipótese diz respeito ao crime tributário de sonegação fiscal e às correspondentes infrações administrativas pelos mesmos fatos, com previsão legal de

⁸²⁵ 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.

⁸²⁶ Sobre a complementação do tipo penal pelo direito administrativo, a denominada acessoriedade administrativa, consultar, dentre outros: GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *RBCCrim*, São Paulo, n. 12, jul.-agos., 2004; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Interessante mencionar que Helena Regina Lobo da Costa prefere utilizar a expressão “assessoriedade” administrativa, por entender que esse termo descreve de maneira mais precisa o fato do direito penal ser “auxiliado, socorrido ou assessorado pelo direito administrativo”, incluindo-se não somente as situações de efetiva dependência do direito administrativo na construção do tipo penal, mas também aquelas de mera complementação conceitual ou normativa. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66-68.

⁸²⁷ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

⁸²⁸ Idem.

cominação, inclusive cumulativa, de sanções de natureza penal e administrativa. A título exemplificativo, sobre uma determinada conduta de um contribuinte que, visando reduzir fraudulentamente a base de cálculo do imposto de renda de pessoa física, mediante a inserção de elementos falsos ou inexatos na declaração ou, ainda, pela utilização de documento falso, haverá subsunção ao crime de sonegação fiscal – incisos I ou IV, do art. 1º, da Lei 8.137/90 –, sem prejuízo das infrações administrativas pelo descumprimento da mesma obrigação tributária – art. 44, inciso I, § 1º, da Lei 9.430/96, art. 4º, incisos I e II, da Lei 8.218/91 e arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, dentre outros.

Como forma de demonstrar que, para a imposição de sanções penais e sanções administrativas por declaração fraudulenta de tributos, por exemplo, são consideradas as mesmas circunstâncias fáticas, reproduz-se a 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, respectivamente:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

[...];

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.⁸²⁹

Art. 4º. Nos casos de lançamento de ofício nas hipóteses abaixo, sobre a totalidade ou diferença dos tributos e contribuições devidos, inclusive as contribuições para o INSS, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - de trezentos por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.⁸³⁰

Nesse caso, além da utilização, tanto pela lei penal como pela lei administrativa sancionadora, do mesmo substrato fático na construção dos respectivos ilícitos, os interesses tutelados em ambos – crime de sonegação fiscal e infração administrativa correlata – são idênticos, consistentes na tutela da ordem tributária, mais precisamente do processo de arrecadação e distribuição de riquezas. Pode-se afirmar, assim, que a antijuridicidade material do crime tributário e da infração administrativa tributária são correlatas, diferindo tão somente a intensidade com a qual se apresenta.⁸³¹ Ademais, a sanção administrativa decorrente da

⁸²⁹ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

⁸³⁰ Idem. Quanto ao percentual de “trezentos por cento” da multa tributária, ressalta-se que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Assentou, ainda, que tem natureza confiscatória a multa fiscal superior a duas vezes o valor do débito tributário”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI-482.281-AgR*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe: 21 ago. 2009.

⁸³¹ Essa, inclusive, é a orientação do Tribunal Constitucional da Espanha: *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 50/1995*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

conduta consistente na redução da base de cálculo de tributos cumpre as mesmas funções tradicionalmente atribuídas às sanções penais impostas pela prática do crime de sonegação fiscal.⁸³²

Outrossim, cumpre-se notar a necessária complementação do tipo penal de sonegação fiscal pelo direito administrativo, o qual, para sua configuração, depende de decisão administrativa. É que, sem decisão administrativa definitiva de lançamento do crédito fiscal devido, não é possível aferir-se a existência de redução ou de supressão de tributos.

Realmente, em razão da univocidade sistêmica do ordenamento jurídico, não faz sentido falar-se em ilicitude penal tributária se ausente a ilicitude tributária, até porque o fato humano voluntário que faz surgir a obrigação tributária e o crime tributário é o mesmo. Como bem lembra Miguel Reale Júnior, correspondendo o tipo penal a uma “simplificação do concreto”, sua estrutura normativa é composta de uma unidade cujas partes são interligadas e “cujos termos são definidos por suas relações, de tal forma que a modificação de um dos elementos ocasiona a dos outros”.⁸³³

E essa tem sido a posição adotada na jurisprudência brasileira, a partir do *leading case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 81.611/DF, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, havendo esse Tribunal, em Sessão Plenária de 02/12/2009, editado a Súmula vinculante 24, nos seguintes termos: “não se tipifica crime material contra ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.⁸³⁴

Ainda quanto à utilização do mesmo fato como supedâneo para imposição de sanções penais e sanções administrativas, diversas infrações administrativas constantes da Lei 12.529/2011 (lei antitruste) aproximam-se das normas penais que tutelam a ordem econômica. Encontram-se, por exemplo, as condutas previstas em seu art. 36, § 3º, inciso I – acordar,

⁸³² “A imposição da multa pelo Fisco visa à punição da infração cometida pelo contribuinte, sendo a graduação da penalidade determinada pela gravidade da conduta praticada. Desse modo, afigura-se possível em razão da intensidade da violação, a imposição da multa em valor superior ao da obrigação principal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 830300 AgR*, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em: 06 dez. 2011, DJe-036 17 fev. 2012. Interessante mencionar, por outro lado, que não são poucos os que questionam a existência de fins repressivos e preventivos às sanções penais impostas pela prática de crimes tributários. No julgamento do HC 81.611/DF, em diversas oportunidades, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram que os ilícitos tributários, no atual contexto legislativo brasileiro, são tratados como instrumentos arrecadatórios. O relator desse *writ*, Ministro Sepúlveda Pertence, admitindo abuso da incriminação penal de alguns crimes tributários, afirmou que “à incriminação e à efetiva repressão penal dos crimes contra a ordem tributária, na lei vigente, não se podem atribuir inspirações éticas, na medida em que se admite a extinção de sua punibilidade pela satisfação do tributo devido”. Concluiu, assim, que a construção da sanção penal tem o significado moralmente neutro de técnica auxiliar de arrecadação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 81.611/DF*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em: 10 dez. 2003, DJ 13 maio 2005.

⁸³³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37.

⁸³⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

combinar, manipular ou ajustar com concorrente os preços de bens ou serviços ofertados individualmente⁸³⁵ – associadas, dentre outras hipóteses legais, às condutas tipificadas no art. 4º, incisos I e II, alínea *a*, da Lei 8.137/90 – segundo o qual constitui crime contra a ordem econômica abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas, ou formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas.⁸³⁶

Além disso, as sanções cominadas à prática dessa infração à ordem econômica sujeita os responsáveis ao pagamento de valores estratosféricos – as multas são baseadas no faturamento bruto das empresas ou, em caso de pessoas físicas, não sendo possível utilizar-se esse critério, será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).⁸³⁷ Já as condutas tipificadas no art. 4º da Lei 8.137/90 são punidas com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.⁸³⁸

Ao discorrer sobre a interseção entre a proteção penal e a proteção administrativa da ordem econômica, Rodolfo Tigre Maia reconhece que diversas condutas da legislação antitruste, por força da indeterminação e elasticidade de seus conceitos, são englobadas por atos passíveis de subsumir-se aos ilícitos penais de formação de cartel, desde que presentes os pressupostos do ajuste ou do acordo de empresas.⁸³⁹

⁸³⁵ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo. § 2º. Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; [...]”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

⁸³⁶ “Art. 4º. Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores”. *Idem*.

⁸³⁷ Ver art. 37 da Lei 12.529/2011. *Idem*.

⁸³⁸ *Idem*.

⁸³⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111.

E nunca é demais lembrar que os bens tutelados economicamente pelo âmbito administrativo não apresentam diferenças essenciais quando comparados aos que são protegidos na seara penal.⁸⁴⁰ *In casu*, tanto as normas previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011, de natureza administrativa sancionadora, como no art. 4º da Lei 8.137/90, de caráter penal, protegem a ordem econômica e o regular desenvolvimento do mercado.

Do mesmo modo, pode ocorrer reiteração da reação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos na concorrência, *verbi gratia*, entre os crimes contra as relações de consumo e as multas sancionadoras administrativas aplicadas pelas agências reguladoras no exercício de sua função sancionadora.⁸⁴¹

A respeito disso, cita-se a conduta de comercializar combustível adulterado, que está sujeita à pena prevista para o crime contra as relações de consumo de que trata o art. 7º, incisos VII ou IX, da Lei 8.137/90 – a depender do *modus operandi* do acusado –, admitindo-se, conforme as particularidades do caso, a ocorrência de concurso formal de crimes, com a incidência das penas do crime contra a ordem econômica tipificado no art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/91. Além dessas penalidades, permite-se à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) a aplicação de multa administrativa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), de acordo com o que dispõe o art. 3º, incisos II ou IX, da Lei 9.847/1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, estabelecendo, inclusive, sanções administrativas.

Reproduz-se, abaixo, respectivamente, o teor desses dispositivos legais, como forma de comparar a similitude do substrato fático neles contidos, não se olvidando de que os valores protegidos são os mesmos, quais sejam, a tutela das relações de consumo e da ordem econômica, ressaindo-se, no exemplo citado, a segurança e também os interesses econômicos individuais do consumidor.

Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:

[...];

VII - **induzir o consumidor ou usuário a erro**, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa **sobre a natureza, qualidade do bem** ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

[...];

IX - **vender**, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou **mercadoria, em condições impróprias ao consumo**;

[...];

⁸⁴⁰ Sobre o assunto, conferir: REALE, Eduardo. *Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional*. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

⁸⁴¹ As agências reguladoras são autarquias de regime especial, independentes hierárquica e financeiramente, as quais têm como funções primordiais a regulação e a fiscalização de setores de interesse público considerados estratégicos ou essenciais, dentre eles a *atividade econômica e os serviços públicos, quando prestados em regime de concessão, permissão ou autorização*. E, para a consecução dos seus misteres, as leis que as instituem também lhes atribuem uma vasta gama de funções sancionadoras.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.⁸⁴² (grifo nosso).

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem econômica:

I - adquirir, distribuir e **revender derivados de petróleo**, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, **em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei**;

[...];

Pena: detenção de um a cinco anos.⁸⁴³ (grifo nosso).

Art. 3º. A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

[...];

II - importar, exportar ou **comercializar petróleo**, gás natural, seus derivados e biocombustíveis **em quantidade ou especificação diversa da autorizada**, bem como dar ao produto destinação não permitida ou diversa da autorizada, na forma prevista na legislação aplicável:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

[...].

XI - importar, exportar e **comercializar petróleo**, gás natural, seus derivados e biocombustíveis **fora de especificações técnicas, com vícios de qualidade** ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, **que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam** ou lhes diminuam o valor:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).⁸⁴⁴ (grifo nosso).

Também nos marcos da legislação brasileira, tem-se admitido a acumulação de sanções penais e sanções administrativas pela condução de veículo automotor em estado de embriaguez, a despeito das normas em jogo tutelarem, de modo imediato, a segurança do tráfego viário e, de forma mediata, a vida e a integridade física das pessoas.⁸⁴⁵

Com efeito, nos termos do art. 165 da Lei 9.503/97, constitui infração de trânsito a direção sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, jungida à imposição de multa e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, que poderá ser duplicada em caso de reincidência.⁸⁴⁶ E esse mesmo diploma legal, em seu art. 306, tipifica como crime a condução de “veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”, cominando penas de “detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo

⁸⁴² Lei 8.137/90. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

⁸⁴³ Lei 8.176/91. Idem.

⁸⁴⁴ Lei 9.847/1999. Idem.

⁸⁴⁵ “[...]. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. [...]. A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas”. BRASIL. HC 109269, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em: 27 set. 2011, Processo Eletrônico, DJe-195 10 out. 2011.

⁸⁴⁶ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

automotor”⁸⁴⁷.

Vê-se que o fundamento de proteção da infração administrativa do art. 165 da Lei 9.503/97 é correlato ao tipo penal do art. 306 da mesma lei. Além do mais, nesta última infração, estão presentes todos os elementos descritos naquela, mais um elemento especializante – a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar ou sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora –, razão pela qual se entende que antinormatividade ou o desvalor do injusto administrativo encontra-se absorvido pelo conteúdo do injusto penal.

Essas são apenas algumas das numerosas disfunções causadas pela sobreposição de tutela penal e de tutela administrativa sancionadora no direito brasileiro, razão pela qual se oportuno buscar critérios de compatibilização entre essas esferas punitivas.

Nesse cenário, as primeiras perplexidades surgidas são de caráter processual. Havendo unidade do ilícito, como coibir ou coordenar persecuções paralelas? A partir de que momento deve ser eleita a via mais apropriada para processar e julgar tal conduta? Como já se indagou, tal escolha deve necessariamente recair sobre a esfera penal? Em caso de efetiva sobreposição da atuação da jurisdição penal e da potestade sancionadora da administração, qual deveria prevalecer? Sempre haveria preponderância da atuação da jurisdição penal e, conseqüentemente, da sanção penal, ou seria considerada válida, independentemente de sua natureza, a que primeiro tivesse sido aplicada? E nos casos de ulterior improcedência da persecução penal, pode haver regresso do *iter* procedimental para a esfera administrativa sancionadora?

Na busca de respostas para tais questões, recordam-se algumas experiências estrangeiras no enfrentamento dessa problemática questão, sobretudo o modelo adotado pelo legislador alemão.

É que, o alto grau de comunicabilidade e de atividades coordenadas entre as instâncias penal e administrativa, no direito alemão, vem resguardando a contento a inadmissibilidade de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.

A Seção 21.1 da OWiG (a legislação geral sancionadora administrativa da Alemanha), ao disciplinar as coincidências ou similitudes do direito penal e do direito administrativo,

⁸⁴⁷ Idem.

prescreve que, se um ato é, ao mesmo tempo uma ofensa criminal e administrativa, apenas a lei criminal é aplicável.⁸⁴⁸

A Seção 41 da OWiG determina à autoridade administrativa a obrigação de remeter o procedimento para o Ministério Público, desde que haja a indicação de que o ato atribuído ao indivíduo também envolva a prática de ofensa de natureza criminal.⁸⁴⁹ Além disso, pela Seção 44, a *opinio* do Ministério Público, quanto à circunstância do ato ser ou não processado como ilícito penal, tem efeito vinculante sobre a autoridade administrativa.

Já a Seção 45 desse mesmo diploma legal reconhece a competência do juiz penal para julgar o ilícito administrativo quando os atos executivos deste relacionem-se diretamente ao ilícito penal, estendendo a competência da jurisdição penal para a ocasional imposição de sanções administrativas.⁸⁵⁰ E uma vez sendo declarada pelo juiz criminal a qualificação de determinado fato como infração administrativa ou como crime, a mesma conduta não poderá ser sancionada novamente com outro título, seja penal, seja administrativo, nos termos da Seção 84.

Por sua vez, a Seção 86 disciplina a anulação, por meio do processo penal, da decisão administrativa que impôs determinada multa administrativa. Nela se estabelece que, se o mesmo indivíduo é condenado na seara administrativa e, posteriormente, é também condenado pelos mesmos fatos em um processo penal, a sanção administrativa anteriormente aplicada será declarada nula, em face da supremacia da jurisdição penal e da maior gravidade – pelo menos *prima facie* – do direito penal. Caso referida sanção administrativa já tiver sido paga, seu montante será devidamente descontado da sanção penal.⁸⁵¹

⁸⁴⁸ ALEMANHA. German Administrative Offenses Act (ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ) (OWiG). In the version of the publication of 19 February 1987 (Federal Law Gazette I p. 602) with subsequent amendments through 24 August 2004. Disponível em: <<http://www.mpicc.de>>. Acesso em: 07 set. 2010.

⁸⁴⁹ E havendo conexão dos fatos, observando-se, além da violação de leis penais, também ofensa a leis administrativas, pela Seção 40, seria atribuição do Ministério Público a responsabilidade, no procedimento criminal, pela persecução global do atos, inclusive sob o aspecto legal da ofensa administrativa, salvo previsão legal em sentido contrário.

⁸⁵⁰ Idem. Por oportuno, há de ser recordado que, em Portugal, adota-se regime semelhante ao alemão, no que diz respeito às infrações à ordem ou contraordenacionais. Nesse sentido, dispõe o art. 20 do Decreto-Lei 433/82 que “se o mesmo fato constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime”. O art. 38.1 do mesmo diploma legal reza que quando, pelo mesmo fato, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processamento da contraordenação caberá às autoridades competentes para o processo criminal. Do mesmo modo da legislação alemã, dentre outros preceitos, a decisão do Ministério Público sobre se um fato deve ou não ser processado como crime vincula as autoridades administrativas, devendo a autoridade administrativa, sempre que entender que a infração constitui crime, remeter os autos para o Ministério Público. Outra disposição desse diploma legislativo que atende ao princípio do *ne bis idem*, em seu aspecto de proibição de duplicidade de sanções, é o art. 82, que determina a caducidade da sanção pecuniária aplicada pelo cometimento de infração à ordem se o agente vier a ser condenado em processo criminal pelos mesmos fatos, disciplinando, inclusive, a eventual restituição da multa. PORTUGAL. Legislação sobre ilícito de mera ordenação social (versão atualizada). Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

⁸⁵¹ Idem.

Por outro lado, mostra-se também interessante citar o modelo italiano. O art. 24 da Lei 689/81, ao tratar da conexão entre crime e infração administrativa, estabelece, como regra geral, a competência da autoridade penal para conhecer e julgar infração administrativa da qual dependa a existência de determinado crime.⁸⁵²

No que se refere ao modelo espanhol, a questão é resolvida pela prevalência da jurisdição penal. O art. 133 da *Ley* 30/1992⁸⁵³ determina que não poderão ser sancionados os fatos que já tenham sido objeto de consequência jurídica na esfera penal ou administrativa, desde que presentes a identidade de sujeito, fatos e fundamentos. E, por isso, tem se aplicado a suspensão do procedimento sancionador, na qualidade de questão prejudicial, quando os fatos investigados ou processados são constitutivos de crime, até que haja a resolução definitiva de um processo penal. Todavia, em caso de improcedência do caso penal, permite-se o prosseguimento do procedimento administrativo que estava suspenso.

No caso do Estado brasileiro, chega a ser paradoxal a pouca funcionalidade do princípio do *ne bis in idem*, cuja operatividade vem, desde sempre, relegada a um plano secundário, reprimida pela realidade perversa das fragmentadas e desorganizadas estruturas estatais responsáveis pela criação e aplicação das normas punitivas.

Tem-se plena convicção da necessidade de regulação da concorrência normativa entre as instâncias punitivas do Estado brasileiro – direito penal e direito administrativo sancionador. De qualquer forma, defende-se que, mesmo na ausência de regras legais sobre esse assunto, não se pode aceitar que as poucas repercussões e irradiações do princípio do *ne bis in idem* aqui aplicadas fiquem exclusivamente circunscritas à esfera penal.

Seja em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição,⁸⁵⁴ seja em razão de um sistema punitivo que, para ser legítimo, deve observar o caráter de *ultima ratio* do direito penal, é indubitável a supremacia da jurisdição – *in casu*, penal – sobre a administração. Contudo não se pode esquecer que, desde a promulgação da Constituição de 1988, inaugurou-se no Brasil um novo *ethos* político-ideológico, fundado na dignidade do homem e, conseqüentemente, no compromisso institucional de cumprimento dos direitos e garantias fundamentais.

⁸⁵² ITÁLIA. *Legge* 24 novembre 1981, n. 689. *Modifiche al sistema penale*. Disponível em: <<http://www.sanzioniamministrative.it>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

⁸⁵³ *Boletín Oficial del Estado español*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em 19 out. 2009.

⁸⁵⁴ A Constituição brasileira de 1988 consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao preceituar em seu art. 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

Por isso é que, sob pena de uma cidadania disjuntiva, com a indevida diluição do princípio do *ne bis in idem* a normas de competência,⁸⁵⁵ para uma interpretação conforme os ditames constitucionais, faz-se imprescindível, parafraseando Renato de Mello Jorge Silveira, uma abordagem divorciada do pensamento tradicional, sobretudo porque grande parte dos problemas são relativos à hodierna proteção jurídico-penal e jurídico-administrativa sancionadora de bens supraindividuais.⁸⁵⁶

Postula-se, assim, que a proibição de ser o indivíduo processado duas ou mais vezes pelos mesmos fatos não deva se restringir à esfera criminal. Como reiteradamente anunciado, defende-se a irradiação dos efeitos do *ne bis in idem* a todos os procedimentos de natureza sancionadora.

Também não se entende que o texto constitucional brasileiro admita a concorrência cumulativa entre dois regimes de responsabilidade punitiva, fundado nas mesmas razões jurídicas. Isso porque, além da infringência ao *ne bis in idem*, tal possibilidade resultaria até mesmo no risco de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na esfera administrativa sancionadora, com sérias consequências para todo o sistema jurídico.

Desse modo, como forma de dar concretude ao princípio do *ne bis in idem*, extraindo-se juridicidade de sua dimensão transversal, sustenta-se a necessidade – como já fazem os alemães, por impositivo legal –, da remessa *ex officio*, pelo detentor do poder sancionador administrativo, à autoridade jurisdicional, ou diretamente ao Ministério Público com atribuições respectivas, dos autos de investigação ou de procedimento administrativo, até então sob sua responsabilidade, a partir do momento que surjam elementos indicativos de que os atos nele constantes se subsumam, concomitantemente, a infrações penal e administrativa.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ Nessa perspectiva, sugere-se a leitura de: ALONSO MAS, María José. *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

⁸⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 213.

⁸⁵⁷ Não foi sugerida a adoção do modelo espanhol, pois se entende que a suspensão do procedimento administrativo com a possibilidade de ulterior prosseguimento, a depender da solução dada pela jurisdição penal ao caso, poderá violar a extensão processual do princípio do *ne bis in idem*. Considerando-se o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, apesar de bem formulada, também não foi indicada a posição defendida por Fábio Medina Osório, a qual permitiria, excepcionalmente, a prevalência do direito administrativo sancionador ante o direito penal. De qualquer forma, faz-se importante seu registro: “Na divisão de Poderes políticos, o Estado ostenta sua identidade unitária. A mera repartição de competências ou a fragmentação estatal em instituições e corporações não constituem óbices à identidade unitária do Estado. É nessa identidade que se recolhem os subsídios para a construção de um Direito Punitivo coerente, justo, racional e proporcional, o que se torna possível através de variadas ferramentas jurídicas, incluindo-se a vedação ao *bis in idem*, com suas variantes materiais e processuais. E é nesse mesmo campo que se inserem os processos argumentativos tendentes a descortinar novos horizontes de aplicação do *non bis in idem*, com prevalência ao Direito material pertinente, que se consubstancia no Direito Sancionador, porém com reflexos inegáveis no campo processual. A proteção de valores superiores do ordenamento, nesse contexto, orienta o processo interpretativo, que pode culminar, excepcionalmente, na opção pela preponderância do Direito Administrativo Sancionador em detrimento do Direito Penal,

Como sublinha Barja de Quiroga, o princípio do *ne bis in idem* se configura como um direito fundamental do cidadão frente ao risco de decisão de um poder público apená-lo por fatos que já foram sancionados, como consequência do anterior exercício do *ius puniendi*. E enquanto direito de defesa do cidadão, sua aplicação não pode

Depender da ordem de preferência que normativamente se houvesse estabelecido entre os poderes ou punitivo e sancionador do Estado, nem menos ainda da eventual inobservância, pela Administração sancionadora, da legalidade aplicável, o que significa que a preferência da jurisdição penal sobre a potestade administrativa sancionadora deve ser entendida como uma garantia do cidadão, complementar do seu direito a não ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos, e nunca como uma circunstância limitativa da garantia que implica naquele direito fundamental.⁸⁵⁸

A interpretação que o tema exige leva à conclusão de seria inadmissível limitar o alcance dessa garantia exclusivamente ao âmbito do direito penal ou do processo penal, uma vez que a atividade sancionadora deve, estruturalmente, ser una, originando-se, daí, todas as formas de intervenções.

E, por mais que as regras de competência tenham interpretação restrita, até que sobrevenha regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro sobre o objeto da presente pesquisa, entende-se que por razões lógico-sistemáticas, para compatibilizar o princípio do *ne bis in idem* com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a autoridade jurisdicional deveria absorver o poder sancionador administrativo, detendo competência para também decidir sobre essa matéria. Não se aceita que a separação – ou distinção – das funções, uma garantia do indivíduo, se volte, de forma paradoxal, como uma limitação do princípio do *ne bis in idem*, não sendo crível que a omissão do legislador possa inviabilizar o amplo espectro de proteção irradiado por tal postulado.

De toda sorte, propõe-se, de forma suplementar, que, descumprida essa premissa, sem embargo de frontal violação tanto à dimensão processual como material do princípio do *ne bis in idem*, pelo menos para fazer valer o princípio da proporcionalidade frente à valoração integral do fato, seja aplicado o princípio do desconto.⁸⁵⁹ Com isso, seria deduzida, da sanção

uma vez presente a tríplice identidade que dá suporte a essa espécie de operação: fatos, fundamentos e sujeito. Essa predominância é, portanto, absolutamente excepcional, porque a lógica sistêmica aponta uma tendência diversa, qual seja, a prevalência do Direito Penal”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 305.

⁸⁵⁸ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 45-46.

⁸⁵⁹ Essa, todavia, não é a opinião de Muñoz Clares, ao defender a impossibilidade de ser renovado o exercício do *ius puniendi* do Estado, quando, podendo ser exercitado de forma mais grave, condenação por crime, por exemplo, resolve o Estado condenar o indivíduo por infração administrativa. Não se duvida de que ficará um “resto de punição não exercitado”, mas isso, segundo esse doutrinador, não autoriza o Estado a pretender “atualizar” seu poder punitivo com uma ulterior persecução penal contra aquele que já foi processado na via do direito administrativo sancionador. O Estado, ao reconsiderar o fato, “ao voltar a vista atrás”, constatará que, como tal, já foi consumido com a condenação administrativa. Os “restos subsistentes já não são capazes, por si mesmos, de justificar uma segunda condenação penal, de maneira que só ressuscitando o fato previamente consumido poderá ser imposta uma segunda sanção”. Sendo impossível

penal, o montante da sanção administrativa anteriormente aplicada, quando compatível, ou atenuados os marcos da sanção penal cominada (na hipótese de previsão legal de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos que não seja pecuniária).

Resolvida a problemática processual da dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*, com a unidade do processo perante a jurisdição penal, outro aspecto que merece atenção é a indicação dos critérios resolutivos da concorrência de leis penais e leis administrativas sancionadoras. E aqui se apresenta o seguinte questionamento: nas hipóteses de fatos que, efetivamente, na forma praticada, constituam, simultânea e aparentemente, infração administrativa e crime, qual das normas deve prevalecer?

Na regulamentação das áreas comuns entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, prevê-se, no sistema italiano (art. 9.1 da Lei 689/81), que, não havendo elemento especial, o ilícito penal absorve o conteúdo do ilícito administrativo.⁸⁶⁰

Já no modelo normativo alemão, como já mencionado, quando a realização de uma conduta subsume-se, ao mesmo tempo, tanto a uma infração penal como a uma infração administrativa, apenas a lei penal será aplicada (art. 21.1 da OWiG),⁸⁶¹ podendo, inclusive, ao final, incidir tão somente a lei administrativa, caso não haja a imposição de sanção penal. E esta última solução tanto é compatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição como com a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Acredita-se, assim, que o critério mais adequado de resolução dos aspectos materiais da concorrência entre leis penais e leis administrativas sancionadoras é a aplicação da lei penal, não apenas pelo critério da especialidade, mas também pelos princípios da subsidiariedade e consunção.

Evidentemente, registra-se, uma vez mais, que, na solução do conflito advindo da concorrência normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, o ideal

essa ressurreição, tão só pelo influxo do *condennari oportere*, o Estado há de resignar-se. Em vez de iniciar ulterior procedimento, deverá corrigir e admoestar, em sendo o caso, seus agentes (os servidores públicos) que elegeram inadequadamente a via de perseguição ou olvidaram que os fatos poderiam constituir uma infração mais grave do que a imputada. MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal. Definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006, p. 263-264.

⁸⁶⁰ ITÁLIA. *Legge 24 novembre 1981, n. 689. Modifiche al sistema penale*. Disponível em: <<http://www.sanzioniamministrative.it>>. Acesso em: 21 nov. 2011. Vê-se, assim, que, nos casos de sobreposição de leis penais e leis administrativas, e com o fim de evitar que o agente responda mais de uma vez por idêntica conduta, no sistema italiano, quando esse mesmo fato for punido por uma norma penal e por uma norma administrativa, será esse concurso de leis regido pelo princípio da especialidade. GARCÍA ALBERO, Ramón in QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001. p. 394-396.

⁸⁶¹ ALEMANHA. German Administrative Offenses Act (ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ) (OWiG). *In the version of the publication of 19 February 1987 (Federal Law Gazette I p. 602) with subsequent amendments through 24 August 2004*. Disponível em: <<http://www.mpicc.de>>. Acesso em: 07 set. 2010.

seria o estabelecimento pelo legislador de uma série de rigorosas premissas a serem seguidas. Mas, em sua ausência, já se propôs a utilização das normas reitoras apresentadas sistematicamente pela doutrina para dirimir a disfunção ocasionada pela concorrência normativa entre leis penais, que se estenderão igualmente para resolver o conflito ora tratado.

Por isso é que, como forma de coibir a violação sistemática do princípio do *ne bis in idem* observada no direito brasileiro, mormente nas áreas que são objeto de regulação de natureza penal e administrativa com idêntica objetividade jurídica, para resguardar a necessária unidade do título de imputação, sugere-se a aplicabilidade da norma criminal, até por cuidar o direito penal, como regra, das infrações consideradas mais graves.

Ciente, entretanto, de eventuais incongruências de ordem prática,⁸⁶² como, por exemplo, as decorrentes das não raras situações de irracionalidade da legislação penal brasileira, nas quais o direito penal emerge como “mero reforço”,⁸⁶³ admite-se, excepcionalmente, que no processo interpretativo fundado nos critérios da especialidade, subsidiariedade e consunção seja indicada a preponderância da norma de natureza administrativa sancionadora em detrimento da norma penal. É que “a infração administrativa nem sempre reflete maior ou menor situação de reprovação social”.⁸⁶⁴

Por fim, considerando-se que a função fundamentadora do princípio do *ne bis in idem* é a proibição de reiteração de qualquer medida punitiva estatal, confirma-se a hipótese ventilada no início desta investigação, no sentido de que não se deve permitir, seja de forma simultânea – por meio de um único procedimento –, seja de forma concorrente, a indevida acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.

E na prevenção de eventual disfunção transversal do *ne bis in idem*, são sugeridas, dentre outras, providências que sigam as seguintes observações:

- a) a remessa pela Administração, imediata e obrigatoriamente, aos órgãos jurisdicionais dos autos que permitam o conhecimento e processamento de fatos que podem ser constitutivos de crime e infração administrativa;
- b) na escolha do preceito normativo prevalente no concurso de leis penais e administrativas, com semelhantes ou confluentes interesses jurídicos, a utilização dos

⁸⁶² Para saber mais sobre esse assunto: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*. Madrid: Civitas, 1991, p. 65.

⁸⁶³ SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis n. 8.137/90 e 8.884/94 in VILARDI, Celso Sanchez *et al* (coords.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸⁶⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 146.

mesmos critérios elencados pela doutrina para dar suporte às hipóteses de concorrência normativa do direito penal;

c) subsumindo-se efetivamente tais fatos a um preceito penal, deve ficar impedida a aplicação de sanções de natureza administrativa, desde que contra o mesmo sujeito e pelos mesmos fundamentos.

Além do mais, propõe-se que, no enfrentamento dessas questões, sejam adotadas medidas que não imponham, tampouco excluam, *a priori*, determinada solução a respeito da acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos. Uma concepção, em suma, que permita confrontar essa matéria com critérios teleológicos e não exclusivamente formais, compatível com uma visão globalizante do ordenamento jurídico como um “sistema aberto”, que não emite prejulgamentos de questões jurídicas pendentes, apenas canalizando-as para que sejam resolvidas em um contexto adequado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: SÍNTESE CONCLUSIVA, PERSPECTIVA CRÍTICO-REFLEXIVA E PROPOSIÇÕES

Tendo-se em vista que o jurista não deve se contentar em defender posições instituídas, mas igualmente defender posições instituintes, o princípio do *ne bis in idem* foi traduzido como o direito do indivíduo à unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos. Considerou-se que a apreciação de determinado fato imputado a uma pessoa, por qualquer das instâncias punitivas do Estado, quando definitiva, deve terminar nesse próprio juízo de valoração. E tal (re)ação não poderá se repetir no tempo, nem ser plural. Isso porque é limitada pelo efeito consuntivo, o qual deixa inativo, por completo, o fato transgressor ou provocador do exercício do *ius puniendi* do Estado.

Por isso, até como forma de resgate do pensamento filosófico que norteou o surgimento do *ne bis in idem*, propôs-se, como fundamento desse princípio, o direito de proteção do indivíduo à unicidade da (re)ação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos.

De forma correlata, indicou-se que sua função estrutural é a garantia do direito fundamental a não receber o indivíduo mais de uma resposta estatal por uma mesma conduta ilícita. Por conseguinte, foram enunciadas, pela aplicação do princípio do *ne bis in idem*, uma garantia 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.

Ressaltou-se que, diante da unidade do *ius puniendi* do Estado, cujas principais emanções são a função sancionadora da Administração e a função punitiva que detêm os juízes e tribunais, deve-se entender que o espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem* se espalha sobre todo o direito punitivo do Estado, globalmente considerado.

Desse modo, reconheceu-se a aplicação do princípio do *ne bis in idem* nas áreas de congruência do direito penal e do direito administrativo sancionador, impedindo-se a acumulação de consequências jurídico-repressivas de natureza penal e de natureza administrativa.

Como o Estado somente pode reagir apenas uma única vez pelos mesmos fatos e fundamentos, deve eleger a via mais adequada para o processo, julgamento e condenação de determinado conduta considerada ilícita, pois tanto a (re)ação decorrente da esfera penal

como a da esfera administrativa constituem igualmente resposta estatal a determinada conduta que foi qualificada como infração à lei.

Além disso, um dos aspectos que mais mereceram ênfase foi o da transcendência do espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem* do instituto da coisa julgada, sendo admitidos os efeitos proibitivos desse princípio mesmo nas situações em que não haveria, tecnicamente, coisa julgada.

Isso porque o *ne bis in idem*, ao contrário da *res iudicata*, tem aptidão para garantir a proteção do indivíduo mesmo perante a ausência de decisões suscetíveis de formar coisa julgada material e, ainda, perante novas decisões não violadoras da autoridade da coisa julgada da primeira decisão, desde que presentes os seus pressupostos de operatividade, quais sejam, a unidade do sujeito infrator, dos fatos e dos fundamentos.

Em relação ao problema da duplicidade (*bis*) de qualquer consequência repressiva ou restritiva de direitos – processual e substancial –, afirmou-se que, depois de um julgamento final de uma conduta que se subsuma a um tipo penal e/ou administrativo, a regra é da proibição (*ne*) de qualquer outro procedimento, julgamento ou condenação pelo mesmos fatos e fundamentos (*idem*).

Acerca da unidade do infrator, destacou-se que corresponde à identidade formal do sujeito sobre o qual recai diretamente a consequência de natureza punitiva. E respondendo a indagação formulada a respeito da proibição, ou não, de condenação de pessoa física e pessoa jurídica pelos mesmos fatos, foi visto que não se há de falar em violação do princípio do *ne bis in idem* nesses casos, por se tratarem de sujeitos distintos.

Também respondendo a questionamentos quanto ao conceito de sentença definitiva, verificou-se que nele são incluídas todas as decisões que já não são passíveis de impugnação pelas vias ordinárias. Dessa forma, não apenas as sentenças condenatórias e absolutórias têm o condão de resolver definitivamente casos penais. As decisões que ordenam o arquivamento de inquérito policial por atipicidade do fato ou em razão de reconhecimento de causa de extinção de punibilidade e as sentenças homologatórias de transação penal, quando devidamente cumpridas as condições nelas estabelecidas, igualmente impedem a reiteração do exercício do *ius puniendi* estatal.

Aliás, demonstrou-se que a resolução terminativa de qualquer procedimento de caráter repressivo, independentemente da natureza da autoridade estatal que a pronunciou, pode ter aptidão de irradiar os efeitos protetivos e proibitivos do *ne bis in idem*.

Por fim, na identificação do significado de *idem facta*, entendeu-se que haverá ocorrência de imputação dos “mesmos fatos” quando for verificada a identidade total ou

parcial dos processos executivos dos tipos atribuídos simultânea ou concorrentemente ao mesmo acusado. É que para o preenchimento desse conceito não se exige a repetição de todos os “elementos essenciais”, sendo suficiente que fragmentos dessa conduta, especificamente dos seus processos executivos, tenham sido objeto de (re)ação estatal anterior.

Além disso, foi explicado que, mesmo que o fato imputado ao acusado não se subsuma efetivamente ao dado ou realidade histórica, uma vez resolvida a questão, resta impedida a renovação da persecução punitiva sobre os “mesmos fatos”. É que são consideradas julgadas não apenas a conduta efetivamente posta na acusação e, por conseguinte, na decisão, mas todas as circunstâncias ou demais fatos cuja ocorrência dependeria da existência do núcleo da conduta, as quais são compreendidas como desdobramentos lógico-dedutivos do julgamento.

Aliadas à unidade de sujeito infrator e unicidade fática, ainda se exige, como pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem*, que as normas concorrentes atribuídas ao mesmo indivíduo tenham o mesmo fundamento, ou seja, que busquem tutelar o mesmo bem jurídico ou atendam a mesma ou a semelhante valoração jurídica.

Nesse mister, afirmou-se que devem ser cotejados, em uma relação de mais e de menos, os interesses ou valores jurídico-criminais do tipo legal anteriormente imputado ao acusado frente aos da nova acusação. Isso porque é possível que alguns desses valores contenham-se já no outro.

Registrou-se, ademais, que hão de ser delimitados com precisão os interesses materialmente atingidos e efetivamente constantes das normas aplicadas, não se permitindo encurvar o direito fundamental ao *ne bis in idem* nas hipóteses em que não se possa estabelecer a existência globalizante de interesses diferentes na atuação do direito penal e do direito administrativo sancionador.

Assim, respondendo a outra indagação feita no início desta pesquisa, na identificação do *idem facta*, não se deve considerar a definição legal atribuída à determinada conduta, mas sim os elementos essenciais ou substancias constantes da primeira acusação. Também foi esclarecido que, quanto ao pressuposto de operatividade dos “mesmos fatos”, são determinantes para a aplicação do princípio do *ne bis in idem* a confluência ou congruência dos valores jurídicos protegidos pelas normas concorrentes associadas à conduta imputada ao acusado.

E, do mesmo modo, esclarecendo-se se haveria observância ao teor normativo do princípio do *ne bis in idem* na permissibilidade de um novo processo, desde que, por ocasião da imposição de eventual penalidade, se descontasse a sanção anteriormente aplicada, viu-se

que o princípio do desconto é conceitualmente distinto do princípio do *ne bis in idem*, não obstante corresponder a uma manifestação de imperativo geral de justiça nos procedimentos repressivos.

Por isso, apenas quando não for o caso de aplicação do princípio do *ne bis in idem*, é que deverão, quando proferida outra condenação, ser levadas em consideração as penas que já tenham sido aplicadas ou cumpridas pelo acusado em outros processos.

Enfim, quanto ao sentido e alcance do princípio do *ne bis in idem*, constatou-se que não se há de permitir a renovação de qualquer ação estatal que implique reavaliação do que já foi decidido. Essa conclusão permitiu solucionar a indagação axial da presente investigação, confirmando-se que, na hipótese de incidir concretamente sobre uma mesma conduta, tanto sanções penais quanto administrativas, desde que as normas concorrentemente aplicadas tutelem os mesmos bens ou interesses jurídicos, haverá descumprimento aos preceitos estabelecidos pelo princípio do *ne bis in idem*, pela indevida duplicidade de (re)ação – *sobrerreacción* ou *overreaction* – do poder punitivo estatal.

E, diante dessa comprovação, pode-se agora afirmar que as situações de sobreposição de tutela penal e de tutela administrativa com fins semelhantes ou confluentes no ordenamento jurídico brasileiro não devem possibilitar a aplicação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos, sob pena de grave ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Por causa dessa descoordenada concorrência entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, impõe-se que sejam revistas as premissas de aplicação do princípio do *ne bis in idem* no direito brasileiro, como forma de solucionar as recorrentes disfunções desse princípio aqui observadas, sobretudo na indevida acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.

Isso porque, apesar de prevalecer, no ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento de que há absoluta independência entre a instância penal e a instância administrativa, com a permissibilidade legal de imposição de sanções administrativas e penais, deve-se interpretar tal assertiva sistematicamente, compatibilizando-se tal distinção com o princípio do *ne bis in idem*.

Evidentemente, não se hão de olvidar as diferenças entre os regimes jurídicos penal e administrativo, o que, todavia, não impede a orientação adotada na presente pesquisa, qual seja, da unidade da potestade punitiva estatal – cujas manifestações mais emblemáticas seriam o direito penal e o direito administrativo –, até porque a diversidade dos regimes jurídicos não impede as infundáveis convergências existentes entre eles.

Além do mais, na formação do Estado, sobretudo o brasileiro, nunca foi monopólio dos juízes o exercício do *ius puniendi*, da mesma forma que o direito penal não alberga exclusivamente a integralidade das sanções com caráter punitivo.

E na tarefa de densificação do princípio do *ne bis in idem* no direito brasileiro, evitando-se problemas de legitimidade, racionalidade e efetividade da intervenção punitiva estatal, deveria haver uma melhor delimitação entre as esferas do direito penal e do direito administrativo sancionador.

Dessa forma, tendo-se em vista a falta de regulamentação legislativa e de sólidos referenciais teóricos no panorama nacional sobre o princípio do *ne bis in idem*, propõe-se o estabelecimento de premissas claras e precisas, no sentido de serem garantidos todos os efeitos protetivos e proibitivos desse princípio.

Nesse mister, sugere-se, *de lege ferenda*, a aprovação de instrumentos que possibilitem a plena aplicação do princípio do *ne bis in idem*, mormente mecanismos de prevenção da indevida concorrência entre as esferas penais e administrativas sancionadoras, tais como a adoção de:

- a) regra dirigida aos poderes públicos, no sentido da proibição de repressão, em mais de uma ocasião, de uma mesma conduta, ainda que tipificada como crime, contravenção ou infração administrativa, sem que haja apreciação da identidade do sujeito, dos fatos e do fundamentos;
- b) norma impeditiva da atuação prévia dos órgãos administrativos, assim como a vinculação da Administração à decisão do Poder Judiciário sobre determinada conduta que aparentemente se subsuma à dupla tipificação – penal e administrativa;
- c) regra no sentido de que, subsumindo-se efetivamente tais fatos a um preceito penal, deve-se impedir a aplicação de sanções de natureza administrativa, desde que contra o mesmo sujeito e pelos mesmos fundamentos.
- d) medidas de coordenação e comunicação entre os órgãos administrativos e judiciais – para uma global e unívoca valoração do fato –, com a construção de um sistema de inteligência na atuação de todos os órgãos estatais sancionadores; e
- e) regulamentação dos critérios resolutivos do concurso de normas de natureza punitiva.

Com isso, poder-se-ia dirimir eventuais questões decorrentes da primazia da jurisdição penal, reconhecendo-se, *prima facie*, a invalidade de sanção administrativa ocasionalmente imposta em violação ao princípio do *ne bis in idem*, inclusive com o reconhecimento de antecipada competência para julgar hipóteses de fatos que se subsumam, simultaneamente, a infrações penais e infrações administrativas.

Mesmo premente a necessidade de estabelecimento de critérios legais de coordenação das esferas punitivas estatais, é possível que a doutrina e a jurisprudência construam

parâmetros processuais ou procedimentais e materiais que potencializem o princípio do *ne bis in idem*, independentemente de previsões normativas explícitas. Tais regras decorreriam implicitamente do sistema e poderiam ser construídas pelos operadores jurídicos, envolvendo, dentre outras medidas, causas suspensivas de tramitação processual e remessa obrigatória dos autos para autoridades mais graduadas.

Pensar assim é uma forma de dar vazão ao amplo espectro de proteção do princípio do *ne bis in idem*. E isso não traria insegurança jurídica, a qual, ao contrário, sempre entra em cena na permissibilidade de punições múltiplas, pelos mesmos fundamentos, para fatos unitários, ensejando altos níveis de perplexidade e imprevisibilidade no exercício do poder punitivo estatal no contexto nacional.

Ao final da presente investigação, invoca-se o vívido pensamento de Miguel de Cervantes, quando disse que *a liberdade é um dos dons mais preciosos que têm os homens, não se igualando a nenhum dos tesouros que cobrem a terra, nem àqueles que existem no mar*.⁸⁶⁵ E é por isso que, no dialético embate entre a liberdade e a segurança, não se deve jamais esquecer que o princípio do *ne bis in idem* constitui uma garantia da liberdade individual do homem, limitando o exercício do poder punitivo do Estado, ao impedir a dupla persecução ou o risco dela – bem como o duplo sancionamento pelos mesmos fatos e fundamentos.

⁸⁶⁵ CERVANTES, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*. Edición del IV Centenario. Madrid: Real Academia Española, 2005. p. 984-985.

REFERÊNCIAS

A. ARLAS, José. *La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil*. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950.

AGUIAR, Joaquim Luís Mendes de; RIBEIRO, Roberto Gomes. *Gramática latina*. 3. ed. São Paulo: [s.n.], 1925. Disponível em: <<http://www.ime.usp.br/~ueda/br.ispell/latim.html>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

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

ALEMANHA. German Administrative Offenses Act (ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ) (OWiG). *In the version of the publication of 19 February 1987 (Federal Law Gazette I p. 602) with subsequent amendments through 24 August 2004*. [S.l: s.n], 2004. Disponível em: <<http://www.mpicc.de>>. Acesso em: 07 set. 2010.

ALEMANHA. *German Criminal Code*. Saarbrücken: Bundesministerium der Justiz, 1998. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Bonn am Rhein: Parliamentary Council, 1949. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

ALEMANHA. *Strafprozeßordnung*. [S.l: s.n, 20--]. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

ALONSO MAS, María José. *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

ÁLVAREZ POZO, María de La Palma. *El concurso ideal de delitos*. 2007. 728f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Granada, Granada, 2007.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. *Justiça e História*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 33, 2003. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

AMBOS, Kai. Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Criminal Law Forum*, [S.l.], v.10, p. 1-32, 1999. Disponível em: <<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coords.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. Tomo II.

ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). In: CORREIA, Eduardo; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; DIAS, Jorge de

Figueiredo. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. V. I - Problemas gerais.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARGÜELLO, Katie. Do Estado Social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: CONGRESSO PARANAENSE DE CRIMINOLOGIA, 1., 2005, Londrina. *Resumos...* Londrina: Cirino, 2005. Disponível em: <<http://cirino.com.br>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

ARMENTA DEU, Tereza. *Lecciones de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. *Revista española de derecho constitucional*, [S.l.], n. 3, n. 8. 1983.

ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coords.). *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ÁUSTRIA. Austrian Federal Chancellery. *Bundeskanzleramt Rechtsinformationssystem. Administrative penal act 1991 – VStG*. [S.l.: s.n], 1991. Disponível em: <<http://www.ris.bka.gv.at>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. In: _____. *Criminologia contemporânea*. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Política criminal e direito penal: histórico e tendências contemporâneas*. Niterói: UFF, 2012. Disponível em: <<http://www.propi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

BAAUW, Peter. *Ne bis in idem*. In: SWART, Bert; KLIP, André (edit.). *International criminal law in the Netherlands*. Freiburg im Bressgau: Iuscrim, 1997.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. de André Estefan. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. *La unidad del derecho sancionador*. [S.l.: s.n], 2010. Disponível em: <<http://www.miguelbajo.com>>. Acesso em: 15 set. 2010.

BAKKEN, Borge. *Crimen y castigo en China*. Disponível em: <<http://www.anuarioasiapacifico.es>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El principio *non bis in idem*. *Cuardenos Luis Jiménez de Asúa*, n. 19. Madrid: Dykinson, 2004.

BARJA DE QUIROJA, Jacobo López. *Tratado de derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2010.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Ivo Miguel. *Estudo sobre o objecto do processo penal*. Lisboa: Vislis Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

BASSOLS DE CLIMENT, Mariano. *Sintaxis latina*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Patronato Menendez y Pelayo, 1971. V. 1.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renvan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Entrevista concedida para o portal Fronteiras do Pensamento. Disponível em: <<http://www.frenteirasdopensamento.com.br/portal/entrevistas/a-sociedade-liquida-entrevista-com-zygmunt-bauman>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traduzido por Jorge Navarro *et al.* Barcelona: Paidós, 2002.

BEKEN, T. Vander; VERMEULEN, G.; ONGENA, T. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002.

BELESTÁ SEGURA, Luis. *La reincidencia que viene*. Disponível em: <<http://www.noticias.juridicas.com>>. Acesso em: 20 out. 2011.

BÉLGICA. *Chambre des Représentants de Belgique. Avis du Conseil d’Etat n° 33.182/2*. Doc. Parl. 50, 1842/001, 1843/001. Disponível em: <<http://www.dekamer.be>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

BÉLGICA. *Code d’Instruction Criminelle*. Disponível em: <<http://www.ejustice.just.fgov.be>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

BERNARDI, Alessandro. Breves notas acerca de la línea evolutiva de la despenalización en Italia. *Revista penal*, n. 12, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEZNOS, Clovis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2003.

BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, número 13, março/abril/maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. El principio de inherencia del artículo 59 de Código Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc/Mes 1, 1992.

BORJA, Célio. Entrevista concedida por Célio Borja ao Jornal O Globo 07 de junho de 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

BOT. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 07 de setembro de 2010. Processo-crime contra Gaetano Mantello. Pedido de decisão prejudicial: Oberlandesgericht Stuttgart - Alemanha. Processo C-261/09. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente*. Disponível em: <www.ruc.udc.es>. Acesso em: 03 set. 2010.

BRASIL. *Decreto 592, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL. *Decreto 678, de 06 de novembro de 1992*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

BRASIL. *Decreto-Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL. *Decreto-Legislativo 27, de 26 de maio de 1992*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 27 dez. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 25 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991. Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 08 fev. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 23 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999. Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 26 out. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 107.693/SP*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em: 14 abr. 2009, DJe: 18 maio 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 109269*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em: 27 set. 2011, Processo Eletrônico, DJe-195: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 117.749/DF*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 13 ago. 2009, DJe: 14 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 122.749/RJ*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 09 mar. 2010, DJe: 12 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 124.009/SP*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 15 mar. 2011, DJe: 14 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 139.592/RJ*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 22 mar. 2011, DJe: 28 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 141.598/GO*, Rel. Ministro Celso Limongi (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em: 17 maio 2011, DJe: 28 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 161.393/MG*, Rel. Ministro Jorge Mussi, QUINTA TURMA, julgado em: 19 abr. 2012, DJe: 03 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 183.448/MG*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em: 21 jun. 2012, DJe: 29 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 19.902/RS*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 17 dez. 2002, DJ 10 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 33.977/ES*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 23 jun. 2004, DJ 09 ago. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 194/RO*, Rel. Ministro Carlos Thibau, Sexta Turma, julgado em: 10 out. 1989, DJ 13 nov. 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1134417/MG*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em: 24 nov. 2009, DJe: 01 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no Ag 1401515/PR*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em: 10 abr. 2012, DJe: 16 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 102.244/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em: 13 out. 2009, DJe: 03 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 103.055/TO*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 28 abr. 2009, DJe: 18 maio 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 107.760/SP*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 21 maio 2009, DJe: 15 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 122.040/RJ*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 03 maio 2011, DJe: 17 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 154.244/RS*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 26 abr. 2011, DJe: 23 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 16.242/RJ*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em: 17 dez. 2007, DJe: 07 abr. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 173.397/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 17 mar. 2011, DJe: 11 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 188.959/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 20 out. 2011, DJe: 09 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 21556/DF, Rel. Ministro José Arnaldo Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em: 06 fev. 2003, DJ 24 fev. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 3.222/RJ, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em: 24 maio 1995, DJ 02 out. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 44.192/MG, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em: 09 fev. 2006, DJ 06 mar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 51.691/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Sexta Turma, julgado em: 02 dez. 2010, DJe: 17 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 51.85/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 12 maio 2009, DJe: 01 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 78.516/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 11 dez. 2007, DJ 18 fev. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 90472/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 29 set. 2009, DJe: 03 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1118274/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em: 16 set. 2010, DJe: 04 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 564.265/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 16 mar. 2004, DJ 14 jun. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 564.960/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 02 jun. 2005, DJ 13 jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 569.520/MS, Rel. Ministro Celso Limongi (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Sexta Turma, julgado em: 02 fev. 2010, DJe: 22 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 610.114/RN, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 17 nov. 2005, DJ 19 dez. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 815.071/BA, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 23 maio 2006, DJ 19 jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 827.445/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em: 02 fev. 2010, DJe: 08 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 18.099/SC, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em: 07 mar. 2006, DJ 27 mar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 20.665/SC*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em: 05 nov. 2009, DJe: 30 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ROMS 19510/GO*. Processo: 200500047108. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma, julgado em: 20 jun. 2006. DJ 03 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC 93194/RS*, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de: 25 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC-AgR-QO - 1033/DF* – Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 25 maio 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2797*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em: 15 set. 2005, DJ 19 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 830300 AgR*, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em: 06 dez. 2011, DJe-036 17 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI-482.281-AgR*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe: 21 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 1118*. Relator(a): Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 05 jun. 2008, DJe: 26 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 688*. Relator(a): Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em: 09 out. 1996, DJ 22 ago. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 871*. Relator(a): Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em: 17 dez. 2003, DJ 12 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 107556*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em: 31 maio 2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 56606*, Relator(a): Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em: 14 nov. 1978, DJ 28 dez. 1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 64.158/MG*, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em: 07 nov. 1986, DJ 19 dez. 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 80263*, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em: 20 fev. 2003, DJ 27 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 80560*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em: 20 fev. 2001, DJ 30 mar. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 81.611/DF*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em: 10 dez. 2003, DJ 13 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82980/DF*, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em: 17 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84253*, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em: 26 out. 2004, DJ 17 dez. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 86606*, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em: 22 maio 2007, DJe-072 02 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 87111*, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em: 21 fev. 2006, DJ 23 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 87585*, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 03 dez. 2008, DJe-118 25 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 89592*, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em: 18 dez. 2006, DJe-004 26 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 91386*, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em: 19 fev. 2008, DJe-088 de 15 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 93917*, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em: 02 jun. 2009, DJe-121 30 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 96871*, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em: 24 ago. 2010, DJe-190.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21.293*, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, DJ 28 nov. 97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21.708*, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, DJ 18 maio 01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 22.438*, Relator(a): Min. Moreira Alves, DJ 06 fev. 98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 22.477*, Relator(a): Min. Carlos Velloso, DJ 14 nov. 97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23188*, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em: 28 nov. 2002, DJ 19 dez. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 5758*, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em: 13 maio 2009, DJe-148 de 06 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 351487*. Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03 ago. 2006, DJ 10 nov. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466343*, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 03 dez. 2008, DJe-104 04 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 602072 QO-RG*, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em: 19 nov. 2009, DJe-035 25 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 56773*, Relator(a): Min. Soares Munoz, Primeira Turma, julgado em: 12 dez. 1978.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação criminal 2004.70.00.032208-4/PR. Disponível em: <<http://www.elciopinheirodecastro.com.br>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. *Recurso criminal em sentido estrito nº*

98.04.07332-3/SC. 2ª Turma. Acórdão. Relator: João Pedro Gebrean Neto. Porto Alegre, RS, 03 ago. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. *Apelação criminal nº 3.943/CE*. 1ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Recife, PE, 24 nov. 2005; un. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

BRETAS, Marcos. *Ordem na cidade: o cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro, 1907-1930*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato: novissimo digesto italiano*. Volume XIX. Torino: Editrice Torinese, 1973.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Tomo I.

BÜLLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho penal*. Disponível em: <<http://www.portal.uclm.es>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal*. 3.ed. Madrid: Ariel, 1989.

CALVO CHARRO, María. *Sanciones ambientales*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARAMUTI, Carlos S. *Concurso de delitos*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionais*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CARMO, Luís Mota. *O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu*. 2009. (Dissertação de mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch & Cia, 1950. V. 4.

CARPIO BRIZ, David. Europeización y reconstitución del *non bis in idem*. Efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009. *Revista general de derecho penal* 14, 2010. Disponível em: <<http://www.iustel.com>>. Acesso em: 13 maio 2011.

CARTER-STIGLITZ, Brian. *Criminal law: Hankerson v. State - the double jeopardy and offensive collateral estoppel issues that attend retrying aggravating factors*. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu>>. Acesso em: 08 ago. 2011.

CARVALHO, Américo A. Taipa. *Sucessão de leis penais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da Baixada”*: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 2000.

CATENA MORENO, Victor (dir.). *El proceso penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2000. V. 5. Tomo III.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Direito penal português*. Lisboa: Editora Verbo, 1981.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 1, n. 2, abr-jun, 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CERQUEIRA, Fábio Vergara. *As origens do direito ocidental na pólis grega*. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

CERVANTES, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*. Edición del IV Centenario. Madrid: Real Academia Española, 2005.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do poder administrativo sancionador*: o exame da culpabilidade na infração administrativa. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 17 set. 2010.

COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.). *Comentarios al Código Penal*: artículos 24 a 94. Madrid: EDESA, 1999. Tomo III.

COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios al Código Penal*: arts. 19 a 23. Madrid: EDESA, 1999. Tomo II.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal*. parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

COLOMER. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 08 de junho de 2006. Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden e República italiana. Pedido de decisão prejudicial: Rechtbank 's-Hertogenbosch - Países Baixos. Processo C-15005. Coletânea da Jurisprudência 2006, p. I-09327. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

COLOMER. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 20 de outubro de 2005. Processo-crime contra Leopold Henri Van Esbroeck. Pedido de decisão prejudicial: Hof van

Cassatie – Bélgica. Processo C-436/04. Coletânea da Jurisprudência 2006. p. I-02333. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

COLOMER. Conclusões do Advogado-Geral no Processo C-176/03, do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 13 set. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONCEIÇÃO, Catarina Soares da. *Lei-Quadro das contra-ordenações ambientais*. Disponível em: <<http://www.blogdireitodoambiente.blogspot.com>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

CONDE, Francisco Muñoz; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: 1993.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. A.R.J v. Austrália. Comunicação 692/1996, 60ª Sessão, 28 de julho de 1997. U.N. Doc. CCPR/C/60/D/692/1996. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Ap. v. Itália. Comunicação 204/1986, 21ª Sessão, 02 de novembro de 1987. U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 67 (1987). Disponível em: <<http://www.worldcourts.com>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Comentário Geral n. 32, artigo 14: direito à igualdade perante os tribunais e a um julgamento justo. 90ª Sessão, 27 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Jijon v. Equador. Comunicação 277/1988, 44ª Sessão, 26 de março de 1992. U.N. Doc. CCPR/C/44/D/277/1988. Idem.

CONWAY, Gerard. *Ne bis in idem* in international law. *International Criminal Law Review*, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002.

CORDÍ, Lorenzo. Il principio del *ne bis in idem* nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia. *Indice penale*, V. 10, n. 2, 2007.

CORREA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CORREA, Eduardo Henrique da Silva. *Caso julgado e poderes de cognição do juiz: a teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948.

CORREA, Eduardo Henrique da Silva. *Direito criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. V. 2.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: CORREIA, Eduardo; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da; DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA,

José de Faria, LOPES ROCHA, Manuel Antonio; MACHADO, Miguek Pedrosa; CAEIRO, Pedro. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Volume I - Problemas gerais.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros v. Estado do Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blanco Ricardo e outros v. Panamá. Sentença de 02 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Carpio Nicolle e outros v. Guatemala. Sentença de 22 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher e outros v. Brasil. Sentença de 06 de julho de 2009. Idem.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gutiérrez Soler v. Colômbia. Sentença de 12 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso La Cantuta v. Peru. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo v. República do Peru. Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário do julgamento de 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

CORTESI, Tomaso. La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. *Le riforme contemporanee del diritto penale e processuale penale in Europa e in Italia*. Napoli: Jovene Editore, 2006.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil: poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. V. 4.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español: parte general*. Madrid: Dykinson, 2002.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso del leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal. *ADPCP*, Fasc. I, enero-abril, 1979.

CUERDA RIEZU, Antonio. El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990. *ADPCP*, Fasc. III, septiembre-diciembre, 1991.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. *O "concurso de normas" em direito penal*. Lisboa: Almedina, 2004.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DE LA CUESTA, José Luis. Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem* – relacion general. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991.

DELMAS-MARTY Mireille e TEITGEN-COLLY, Catherine. *Punir sans juger? Répression administrative au droit administratif penal*. Paris: Economica, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRIGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.). *Curso de derecho penal: parte general*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010.

DESCHIETERE, Celine. *De l'application du principe non bis in idem aux sanctions administratives: l'impossible traduction*. Disponível em: <<http://www.celinelory.net>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

DESESSARD, Laurent. Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*, *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 21 maio 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*. In: CORREIA, Eduardo; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da; DIAS, Jorge de Figueiredo, COSTA, José de Faria, LOPES ROCHA, Manuel Antonio; MACHADO, Miguek Pedrosa; CAEIRO, Pedro. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Volume I - Problemas gerais.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Tomo 1.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general em esquemas*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. V. 3.

DINIZ, Laura. *A lei que muda no ritmo das tragédias*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale. Nuova serie, ano XXVII*. Milano: Giuffrè, 1984.

DONNA, Edgardo. *Reincidencia e culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EIROA, Pablo D. *La garantía del ne bis in idem en el marco de la extradición*. Disponível em: <<http://www.juragentium.org>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

ERNOUT, A. S.; THOMAS, F. *Syntaxe latine*. 3. ed. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1972.

ESPANHA. *Constitución española de 1978*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 177/1999 (sentencia), publicación BOE 18 nov. 1999*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 2/1981 (sentencia), publicación BOE 24 fev. 1981*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

ESPAÑA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 48/2003 (sentencia)*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

ESPAÑA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 77/1983 (sentencia), publicación BOE 7 nov. 1983*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

ESPAÑA. *Las siete partidas*. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-siete-partidas>>. Acesso em: 07 set. 2012.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. *Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Primera. *Sentencia 334/2005, de 20 de diciembre de 2005*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. *STC 152/2001, de 2 de julio de 2001*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *STC 154/1990*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *STS de 26 de febrero de 1985*. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932). In: United States Report 530 oct. term 1999. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>>. Acesso em: 07 jul. 2012. Ver também *Brown v. Ohio*, 432 U.S.161, 166-69 (1977).

ESTATUTO DE ROMA. Disponível em: <<http://www.treaties.un.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 02 de outubro de 2003. Processo de Isaksen v. Noruega (autos n. 13596/02).

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 03 de outubro de 2002. Processo de Zigarella v. Itália (admissibilidade).

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 06 de junho de 2002. Processo de Sailer v. Áustria (autos n. 38237/97). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

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.

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.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 14 de setembro de 2004. Processo de Rosenquist v. Suécia (admissibilidade). Idem.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 16 de junho de 2009. Processo Ruotsalainen v. Finlândia (autos n. 13079/03). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 18 de outubro de 2011. Processo de Tomasovic v. Croácia (autos n. 53785/09). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

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.

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.

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.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 24 de fevereiro de 1994. Processo de Bendenoun contra França. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 25 de junho de 2009. Processo de Maresti v. Croácia (autos n. 55759/07). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

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.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 30 de julho de 1998. Processo de Oliveira v. Suíça (autos n. 84/1997/868/1080). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 30 de maio de 2002. Processo de W. F v. Áustria (autos n. 38275/97). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

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.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 16 de novembro de 2010. Processo contra Gaetano Mantello (processo C-261/09). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 24 de abril de 2012. Processo de Servet Kamberaj contra *Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano*

e outros (processo C-571/10). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

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.

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.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 11 de dezembro de 2008. Processo contra K. Bourquain (C-297/07). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

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.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 18 de julho de 2007. Processo contra Norma Kraaijenbrink (C-367/05). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Seção), de 22 de dezembro de 2008. Processo contra V. Turanský (C-491/07). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

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.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça. Processo contra Gaetano Mantello (processo C-261/09). (Grande Seção), 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

EUROPA. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

EUROPA. European Court of Human Rights. *Court (Chamber). Case of Gradingner v. Austria (Application n. 15963/90)*, 23 out. 1995. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades>>. Acesso em: 21 maio 2012.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Labor S.A, 1952. V. 2.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M. Dolores. Los límites del *ius puniendi*. *ADPCP*, Fasc. III, 1994.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio. *Revista de Direito Penal*, n. 9-10. p. 27-36, jan./jun. 1973. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br>>. Acesso em: 27 jan. 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Crime continuando, unidade de processo, coisa julgada*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

FRANÇA. *Code de procédure pénale*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

FRANÇA. *Conseil constitutionnel* : décision n. 2004-505 DC du 19 novembre 2004. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

FRANÇA. *Conseil constitutionnel* : Décision n. 97-395 DC du 30 décembre 1997. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

FRANÇA. *Conseil d'État. Décision 183658, 04 abr. 1997, CE, AVIS 9/8 SSR*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FRIEDLAND, Martin. *Double jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.

GALANTINI, Novella. Il divieto di doppio processo come diritto della persona. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano 24, Milano: Giuffrè, 1981.

GARCÍA ALBERO, Ramón in QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español*: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Arazandi, 2001.

GARCÍA ALBERO, Ramón. *“Non bis in idem” material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.

GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo. Texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: OLIVARES, Gonzalo Quinteros; PRATS, Fermín Morales. *El nuevo derecho penal español*: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Arazandi, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006. V. 2.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. Madrid: Ramón Areces, 2005.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La eliminación del requisito de la cuantía en determinados supuestos delictivos. *Comentarios a la legislación penal n. 3*. Madrid: Edersa, 1984.

GARRIGA, Georgina. *O espaço judicial europeu: a cooperação judiciária penal e civil*. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/escola>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

GARTNER, Irene. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002. Ver também o portal do Conselho da Europa. Disponível em: <<http://conventions.coe.int>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

GARZÓN REAL, Baltazar; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. Reincidencia y Constitución. *Actualidad Penal*, num. 1, 1991.

GIL GIL, Alicia. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 – 3 StR 215/98 – OLG Düsseldorf): relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo – el genocidio – y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 4, 2ª época, 1999.

GIL GIL, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Disponível em: <<http://portal.uclm.es>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Traduzido por José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito grego & historiografia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas introdutórias ao direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

GOLDSCHMIDT, J. Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo. In: LUCCHINI, Luigi [coord.]. *Per il cinquantenario della Rivista Penale*. Città di Castello: Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, 1925.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, James; GOLDSCHMIDT, Roberto. *Derecho justicial material: derecho justicial material civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

GOMES, Luiz Flávio. *Hipertrofia legislativa: 3,7 milhões de normas em 20 anos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Sanciones administrativas*. Granada: Comares, 2007.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10. ed. Madrid: Artes y Graficas Ediciones, 1986.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista semanal técnico-jurídica de derecho penal*, Madrid: La Ley, n. 4, 24 al 30 de enero de 2000.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Urbanismo, función pública y derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador: parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2010.

GRAVE, João; COELHO NETO. *Lello Universal: Novo Dicionário Encyclopédico brasileiro*. Organizado e publicado pela Livraria Lello. Porto: Lello & Irmão Editores, [s.d]. v. 4.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *RBCCrim*, São Paulo, n. 12, jul.-ago., 2004.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. *Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Ano 2, n. 3, jul./dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova escola processual de São Paulo: novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1981.

GUISASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia e delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HENDLER, Edmund S. (comp.). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2001.

HERLIN-KARNELL, Ester. What principles drive (or should drive) European criminal law? *German law journal* 1115-1130 (2010). Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

HORTA, José Luiz Borges. *Macrofilosofia, direito e Estado*: ensaio inédito. Originais consultados com a permissão do autor, em 18 abr. 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. V. 1. Tomo I.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de direito administrativo*. Seleção histórica, 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

ITÁLIA. *Codice procedura penale italiano, Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447*. Disponível em: <<http://www.provincia.milano.it>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

ITÁLIA. Declarações extraídas de trechos dos julgamentos da *Sentenza* 317/2009 e da *Sentenza* 406/2000 da Corte Constitucional italiana. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 09 dez. 2011.

ITÁLIA. *Legge 24 novembre 1981, n. 689*. Modifiche al sistema penale. Disponível em: <<http://www.sanzioniamministrative.it>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal. Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4, 2003; ano 5, n. 5, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002.

JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: princípios metafísicos da doutrina do direito*. Lisboa: Edições 70, 2004.

KERAMEUS, K. D; KOZYRIS, P. J. *Introduction to Greek law*. London: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.

KLIP, André; WILT, Harmen van der. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “*ne bis in idem*”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002.

KOKOTT. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 15 de dezembro de 2011. Processo contra Lukasz Marcin Bonda (C- 489/10). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

LEÃO, Delfim Ferreira *et al.* *Cidadania e paideia na Grécia Antiga*. São Paulo: Annablume Clássica, 2011.

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*. 615f. (Tese de doutoramento). Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005.

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

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968. V. 3.

LESMESS SERRANO, Carlos *et al.* *Derecho penal administrativo: ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente*. Granada: Comares, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Marcellus Polastri. *Tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas/SP: Russel, 2003.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito, instituições jurídicas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. *Jus navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez, 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Notas sobre a litis contestatio e a sua sobrevivência no processo civil canônico*. Disponível em: <<http://dinamarco.sili.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

LOPES, Maurício Caldas. *A execução das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no âmbito interno dos países contratantes*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaonline_online>. Acesso em: 29 mar. 2012.

LUCHTMAN, Michiel. *Transnational law enforcement in the European Union and the ne bis in idem principle*. Ensaio inédito. Originais consultados com a permissão do autor, em 10 dez. 2011.

LUMBRALES, Nuno B. M. *Sobre o conceito material de contra-ordenação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 16, jul./set. 2005.

MALAN, Diogo. *Considerações sobre os crimes contra a ordem tributária*. Disponível em: <<http://www.malanaoadvs.com.br/artigos>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritti penale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2009.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Traduzido por Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. Tomo IV.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V. 3.

MARTINS, A. Lourenço. *Medida da pena, finalidade, escolha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Traduzido por Rodriguez Devesa. Madrid: Edersa, 1979.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Atualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. V. 2.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Traducido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MAYER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Tomo 1.

MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción del alemán por José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MAYOS, Gonçal; BREY, Antoni (eds.). *La sociedad de la ignorancia*. Barcelona: Ediciones Península, 2011.

MAZÁK. Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 18 de janeiro de 2007. Processo C-328/05 P SGL Carbon AG contra Comissão das Comunidades Europeias. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRA, Silvio A. B. *O direito romano e seus adversários: perspectivas para o futuro*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre o poder de polícia. *Revista de direito público*, n. 9, 1969.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano-lusitano medieval*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, A. G. de Castro. *Direito processual romano*. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Síntese da evolução histórico-científica do processo*. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br>>. Acesso em: 13 maio 2012.

MIKAElsen, Laurids. *European protection of human rights: the practice and procedure of the European Commission of Human Rights on the admissibility of applications from individuals and states*. Alphen aan den Rijn: Sijhoff e Noordhoff International Publishers, 1980.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: Arazandi, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Traduzido por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1974.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y derecho: las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Infrações e sanções nos serviços públicos*. Disponível em: <<http://www.febratel.org.br>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Parecer sobre direito administrativo sancionador*. Disponível em: http://www.iiede.org.br/arquivos/parecer_drldiogomoreiraneto_anatel>. Acesso em: 04 abr. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sistema administrativo sancionador e direitos fundamentais. Algumas considerações sistemáticas*. Exposição resumidamente apresentada no Seminário II Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional, São Paulo: IIEDE, 2008. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Dykinson, 2005.

MORO, Aldo. *Unità e pluralità di reati*. Padova: CEDAM, 1951.

MOURA, José de Souto. *A jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/estudos>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

MOURA, Miguel Calado de Azevedo. *O efeito de res judicata no direito internacional público e o artigo 61 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.jdsupra.com>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ LORENTE, José. *La nueva configuración del principio non bis in idem: las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal*. Especial referencia al ambito medioambiental. Madrid: Ecoiuris, 2001.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. *El principio de ne bis in idem a la luz de la sentencia del tribunal constitucional 177/1999*. MARTÍN, Adán Nieto (coord). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. V. 1.

NEDER, Gizlene. *Coimbra e os juristas brasileiros*. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/artigos/neder>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renvan, 2007.

NEVES, Ana Fernandes. *O direito disciplinar da função pública*. 576f. (Tese de doutoramento). Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2007.

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

NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. *Revista Xurídica Galega*, n. 63, 2009. p. 47-70. Disponível em: <<https://www.rexurga.es>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NÚÑEZ SANCHEZ, Jorge Enrique. *El principio ne bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora por el poder punitivo. Disponível em: <<http://www2.scielo.org.ve>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). *Doctrina penal*: teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PADOVANI, Tullio. Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo. *Cassazione penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, ano XXVII. Milano: Giuffrè, 1987.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

PAÍSES BAIXOS. *Wetboek van Strafrecht*. Disponível em <<http://www.wetboek-online.nl>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

PALAZZO, Francesco. I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio). *L'illecito penal amministrativo. Verifica di un sistema (profili penalistici e processuali)*. Atti del convegno di Modena. Padova: Cedam, 1987.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

PALIERO, Carlo Enrico. *Minima non curat praetor*: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari. Padova: Cedam, 1985.

PALIERO, Carlo Enrico; TRAVI, Aldo. *La sanzione amministrativa: profili sistematici*. Milano: Giuffrè, 1988.

PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004.

PALMA, Maria Fernanda (coord.). *O problema penal do processo penal: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PARDO, M.; RUBIO, E. et al. *Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional*. Disponível em: <<http://ocw.um.es>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

PAREJO, Luiz Carlos. *Neoliberalismo. Entenda a doutrina econômica capitalista*. Disponível em: <<http://www.educacao.uol.com.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTANA, Débora. Ensino jurídico no Brasil: perpetuando o positivismo científico e consolidando o autoritarismo no controle penal. *Educação: teoria e prática*, v. 17, n. 29, jul.-dez. 2007, p. 103-120. Disponível em: <www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/educacao>. Acesso em: 07 jul. 2012.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. *Revista de sociologia e política*, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri/SP: Manole, 2002.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*. Madrid: Civitas, 1991.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PETIT, Samuel. *Leges atticas*, liv. IV, tit. IV in WESSELING, Peter et al.

:

-

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *Revista internacional de direito e cidadania*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

PIRES, Álvaro P. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias*. Porto Alegre, Ano 1, n. 1, jan./jun. 1999.

PIRES, Álvaro P. La “línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. *RBCCRim*, Ano 12, n. 46, jan.-fev. 2004.

PISANI, Mario. Le principe *ne bis in idem* au niveau international et la procédure pénale italienne. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002.

PITOMBO, Sérgio de Moraes. O que não nos ensinaram sobre crime tributário. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 12, n. 147. p. 04-05, fev. 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador. *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* 7, año 1989.

PORTUGAL. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 15 de março de 2006, Processo 4403*. Disponível em: <<http://www.gde.mj.pt>>. Acesso em: 11 out. 2011.

PORTUGAL. Legislação sobre ilícito de mera ordenação social (versão atualizada). Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

PRATS CANUT, J. Miquel *et al.* *Derecho penal ambiental y derecho comunitario*. Madrid: Arazandi, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis. La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho. *REDC*, n. 4, 1982.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Revista española de derecho constitucional*. Año 2, num. 4, jan.-abr., 1982.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUEIROZ, Paulo. *Ensaio crítico: Direito, política e religião*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Erros frequentes na aplicação da pena*. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net>>. Acesso em: 25 out. 2011.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Colaboração de Fermín Morales Prats. 4. ed. Navarra: Arazandi, 2009.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001.

RAEDSCHELDERS, Sigrid. *Interrelations between administrative and criminal sanctions in environmental law: new legislation and actual practice in Flanders*. Disponível em: <<http://www.inece.org>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. 2008. 559f. (Tese de doutoramento) - Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2008.

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

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Eduardo. *Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional*. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RHODES, P. J. *A commentary on the Aristotelian Athenaiion Politeia*. Oxford: Clarendon Press, 1981.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Lei 12.382/11: efeitos penais do adimplemento tributário e a crise de legitimidade do direito penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 221. abr. 2011.

ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche: Trattado della cosa giudicata come causa di estinzione dell'a azione penale*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. v. 2.

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

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.

ROGIER, Lodewijk. *Penal sanctions, administrative sanctions and the 'una via' principle*. Disponível em: <<http://www.papers.ssrn.com>>. Acesso em: 23 nov. 2011. Para consultar a legislação neerlandesa, vide: <<http://wetten.overheid.nl>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSSEAU, J. J. *Do contrato social: Princípios de direito político*. 3. ed. revista da tradução e comentários de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROUBINI, Nouriel; MIHM, Stephen. *A economia das crises*. Traduzido por Carlos Araújo. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010. Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo>>. Acesso em: 07 set. 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general - la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª ed. alemana. Madrid: Civitas, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. Que queda la culpabilidad en derecho penal? *Cuardenos de Politica Criminal*, 1986.

RUDSTEIN, David S. *A brief history of the fifth amendment guarantee against double jeopardy*. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol14/iss1/8>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

RUEDA, Mercedes. El tratamiento de la negación en las gramáticas latinas. *Revista Contexto*, n. 29-30, 1997. Revista del Centro de Estudios metodológicos e interdisciplinarios. Disponível em: <<http://www.dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

RUFFO, Mario Alberto. *Diritto penale amministrativo*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2004.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. [200-?].

SALDANHA, Nelson. *A lei das doze tábuas e o direito penal romano*. Disponível em: <<http://www.unicap.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. A cultura grega: a descoberta da razão [primeira conferência]. In: *O espírito do Ocidente, ou a razão como medida (em três conferências)*. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos>>. Acesso em: 21 set. 2012.

SANTOS NETO, João Antunes. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SANTOS, Gil Moreira. A estabilidade objectiva da lide em processo penal. *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fascículo 4, out-dez, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, Robson Borges dos. O direito ateniense clássico e o seu legado cultural: educação política e as (proto)profissões jurídicas. *Revista online do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

SANZ HERMIDA, Ágata. A Corte Penal Internacional: jurisdição e competência. *Ciências Penais*, v. 5, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

SANZ MORAN, Angel Jose. *El concurso de delitos: aspectos de politica legislativa*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos humanos e direitos fundamentais: alguns apontamentos sobre as relações entre tratados internacionais e a Constituição, com ênfase no direito (e garantia) ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

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

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2004.

SCHOMBURG, Wolfgang. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002.

SCHWABE, Jürgen. Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial 23, 191 *in Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Edição em português organizada por Leonardo Martins. Konrad-denauer-Stiftung, Programa Estado de Direito para a América do Sul. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

SHARPSTON. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 05 de dezembro de 2006. Processo-crime contra Jürgen Kretzinger. Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemanha. Processo C-288/05. Coletânea da Jurisprudência 2007 p. I-06441. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

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.

SHARPSTON. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 15 de junho de 2006. Processo-crime contra Giuseppe Francesco Gasparini e outros. Pedido de decisão prejudicial: Audiência Provincial de Málaga – Espanha. Processo C-467/04. Coletânea da Jurisprudência 2006 p. I-09199. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2011.

SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis n. 8.137/90 e 8.884/94. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al* (coords.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIENRA MARTÍNEZ, Agustina *in* HENDLER, Edmundo S. (comp.). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

SIGLER, Jay. *Double jeopardy: the development of a legal and social policy*. New York: Cornell University Press, 1969.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. Barcelona: Bosch S.A., 1992.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 2000.

SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 101, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Das atuais relações entre o direito penal e o direito administrativo. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1. Tomo I

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SPINELLIS, Dionysios. Global report the *ne bis in idem* principle in “global” instruments. *Revue internationale de droit penal*, 3º e 4º trimestres de 2002.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana de Direitos Humanos e sua integração no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

SUANNES, Adauto Alonso S. A reincidência, autêntico *bis in idem*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.14, mar. 1994.

SUAY RINCON, José. *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España, 1989.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim IBCCRIM* n. 214, set. 2010.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Lei do salário mínimo e os delitos tributários: nem tudo muda. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, maio 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THOMAS III, George C. *Double jeopardy: The history, the law*. New York: New York University Press, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general e espacial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código criminal e o Império do Brasil anotado*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2.

TRACOGNA, Clara. *Ne bis in idem* and conflicts of jurisdiction in the European area of liberty, security and justice. *Lex ET Scientia International Journal (LESIJ)*, 2011. Disponível em: <<http://www.lexetscientia.univnt.ro>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Aspectos problemáticos de la reincidencia*. Disponível em: <<http://www.uclm.es>>. Acesso em: 20 out. 2011.

VAN BOCKEL, Bas. *The ne bis in idem principle in the EU law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

VAN DEN WYNGAERT, Ch.; STESENS, G. The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions. *International and Comparative Law Quarterly*, V. n. 48, oct. 1999.

VANNINI, Alessandra Rossi. *Illecito depenalizzato-amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1990.

VERVAELE, John A. E. La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda: matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 1, 1998.

VERVAELE, John A. E. *Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero*. p. 04. Ensaio inédito. Originais consultados com a permissão do autor em 20 set. 2011.

VERVAELE, John. *El principio ne bis in idem en Europa: el Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*. Disponível em: <<http://www.igitur-archive.library.uu.nl>>. Acesso em: 18 set. 2011.

VERVAELE, John. Principio de reconocimiento mutuo y protección de derechos humanos. *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 18 set. 2011.

VERVAELE, John. *The transnational ne bis in idem principle in the EU: mutual recognition and equivalent protection of human rights*. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

VERVAELE, Jonh A. E. *El principio de ne bis in idem en Europa*. Disponível em: <<http://portal.uclm.es>>. Acesso em: 25 maio 2012.

VILARDI, Celso Sanchez *et al* (coords.). *Direito penal econômico: Análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VINCE, James H. *Demosthenes I: Olynthiacs Philippics minor public speeches*. Speech against Leptines. Cambridge-London: Harvard University Press, 1989.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia, 1981.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Traduzido por André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais*. Traduzido por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WINTER, Lorena Bachmaier. *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings Study of the proposal for a European directive*. Disponível: <<http://www.zis-online.com>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

YEE, Sienho (edit.). *International crime and punishment: selected issues*. Lanham: University Press of America, 2004. v. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992. Disponível em: <<http://www.neopanopticum.wordpress.com>>. Acesso em: 31 out. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo *et al*. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Renvan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.). *Fundamentos de derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989. *Revista del Poder Judicial*. V. 12/1990.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia. *Revista del Poder Judicial*. V. 13/1989.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et al.* *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada, Union Europea y sanciones a empresas*. Disponible em: <<http://www.unifr.ch>>. Acceso em: 23 set. 2010.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? MARTÍN, Adán Nieto (coord). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001.