

TARSILA FONSECA TOJAL

O princípio de *ne bis in idem* no tratamento da corrupção no Brasil

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Luciano Anderson de Souza

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

TARSILA FONSECA TOJAL

O princípio de *ne bis in idem* no tratamento da corrupção no Brasil

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Penal, sob a orientação do Prof. Associado Luciano Anderson de Souza.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

TOJAL, Tarsila Fonseca

O princípio de *ne bis in idem* no tratamento da corrupção no Brasil / Tarsila Fonseca Tojal ; orientador Luciano Anderson de Souza, -- São Paulo, 2022.
(289 pp)

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Penal

1. Princípio de *ne bis in idem*. 2. Corrupção. 3. Unidade do poder punitivo estatal.
4. Expansão do direito penal. 5. Direito administrativo sancionador. I. Souza, Luciano Anderson de, orient. II. Título

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: TOJAL, Tarsila Fonseca.

Título: O princípio de *ne bis in idem* no tratamento da corrupção no Brasil

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Penal, sob a orientação do Prof. Associado Luciano Anderson de Souza.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Presidente (Orientador): Professor Associado Luciano Anderson de Souza

Assinatura: _____

Prof(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

TOJAL, Tarsila Fonseca. *O princípio de ne bis in idem no tratamento da corrupção no Brasil*. 289 pp. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Esta dissertação de mestrado examina o movimento de *combate à corrupção* sob a perspectiva do princípio de *ne bis in idem*, isto é, da garantia fundamental que proíbe o Estado de impor múltiplos processos ou sanções ao mesmo sujeito pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento. Identifica-se que a estratégia brasileira para o enfrentamento da corrupção é construída a partir da nova percepção que se tem sobre o tema, tanto no âmbito internacional como no nacional. Nesse processo, muitos dos institutos estruturantes do direito penal liberal são preteridos em nome do recrudescimento punitivo a todo custo. Uma das tendências constatadas é a multiplicação dos instrumentos sancionatórios à disposição das instâncias de controle, o que não é acompanhado por uma política sancionadora coesa nem deferente à unidade do poder punitivo estatal. No caso da corrupção, verifica-se que o princípio de *ne bis in idem* não é acolhido integralmente pela lei nem pela jurisprudência, o que reforça a sobreposição indevida de normas sancionadoras, seja na esfera exclusivamente penal, seja na interface do direito penal e do direito administrativo sancionador. Além de realizar um diagnóstico sobre a (ir)racionalidade do sistema punitivo brasileiro, o trabalho se propõe a apontar possíveis caminhos para seu redesenho. Reforça-se, nesse sentido, o caráter inegociável e absoluto da proibição de *bis in idem*.

Palavras-chave: Princípio de *ne bis in idem*; Corrupção; Unidade do poder punitivo estatal; Expansão do direito penal; Direito administrativo sancionador.

ABSTRACT

TOJAL, Tarsila Fonseca. *The principle of ne bis in idem (double jeopardy rule) in addressing corruption in Brazil*. pp. 289. Master's Thesis. School of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2022.

This master's thesis examines the anti-corruption movement from the perspective of the *ne bis in idem* principle, that is, the fundamental guarantee that prohibits the State from imposing multiple proceedings or sanctions on the same subject for the same facts and under the same grounds. The study found that the Brazilian strategy against corruption is based on the new perception existing on this topic – both internationally and nationally. In this process, many of the institutes structuring liberal criminal law are passed over in the sake of more intense punishment at all costs. One of the trends observed is the multiplication of sanctioning instruments available to the control agencies, which is not followed by a cohesive sanctioning policy nor is it dutiful to the unity of the punitive power of the State. In the case of corruption, it was also found that the *ne bis in idem* principle is not fully embraced by law nor by the Brazilian courts, which reinforces the undue overlapping of punitive approaches, whether in the exclusively criminal sphere or in the interface of the criminal law and the sanctioning administrative law. In addition to making a diagnosis of the (ir)rationality of the Brazilian punitive system, this paper proposes to point out possible paths for redesign thereof. In this sense, the non-negotiable and absolute nature of the prohibition of *bis in idem* is reinforced.

Keywords: *ne bis in idem* principle; Corruption; Unity of the punitive state power; Expansion of criminal law; Sanctioning administrative law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

EIRELI	Empresa individual de responsabilidade limitada
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
G7	Grupo Econômico composto pelos Estados Unidos da América, Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Canadá e Japão
GAFI/FATF	Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1: O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO: O “COMBATE À CORRUPÇÃO” E O ATUAL QUADRO PUNITIVO NO BRASIL.....	15
1.1. COMO DEFINIR A CORRUPÇÃO? UMA PRIMEIRA ABORDAGEM.....	15
1.2. A CORRUPÇÃO COMO UM PROBLEMA TRANSNACIONAL: A PERCEPÇÃO ASSOCIADA À GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E À INTEGRAÇÃO SUPRANACIONAL E O MOVIMENTO POR UMA SOLUÇÃO GLOBAL	20
1.3. A CORRUPÇÃO COMO UM PROBLEMA NACIONAL: A DESCONFIANÇA NO ESTADO E A BUSCA PELA LEGITIMAÇÃO POR MEIO DO DISCURSO ANTICORRUPÇÃO	42
1.4. O ATUAL QUADRO PUNITIVO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL.....	49
1.4.1. MECANISMOS PENAIIS DE ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO	50
1.4.1.1. No Código Penal e na interpretação jurisprudencial que dele se faz.....	51
1.4.1.2. Na legislação penal extravagante e na interpretação jurisprudencial que dela se faz	55
1.4.2. MECANISMOS (A PRINCÍPIO) EXTRAPENAIIS	59
1.5. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	65
CAPÍTULO 2: AS ORIGENS HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DE <i>NE BIS IN IDEM</i> E SEU RECONHECIMENTO PELAS COMUNIDADES INTERNACIONAIS	68
2.1. SOBREPOSIÇÃO DE INSTÂNCIAS PUNITIVAS COMO CONSEQUÊNCIA DE UMA LÓGICA DE RECRUDESCIMENTO SANCIONATÓRIO	68
2.2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO PRINCÍPIO	69
2.2.1. A RETÓRICA DOS ÁTICOS	71
2.2.2. AS FONTES DE DIREITO ROMANO	73
2.2.3. O PRINCÍPIO NO DIREITO CANÔNICO E A RUPTURA REPRESENTADA PELA INQUISIÇÃO.....	76
2.2.4. ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO NOS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i>	78
2.2.5. ILUMINISMO	80
2.2.6. AS EXPERIÊNCIAS DO SÉCULO XX.....	82
2.3. O PRINCÍPIO DE <i>NE BIS IN IDEM</i> NO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL	85
2.3.1. PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DAS NAÇÕES UNIDAS (1966)	86
2.3.2. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (1969), CONHECIDA COMO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA.....	89

2.3.3. O PROTOCOLO ADICIONAL Nº 7 À CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS (1984), DO CONSELHO DA EUROPA	90
2.3.4. A CONVENÇÃO DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE SCHENGEN (1990) E A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (2000).....	94
2.3.5. ESTATUTO DE ROMA.....	98
2.4. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	99

CAPÍTULO 3: A COMPREENSÃO ATUAL DO PRINCÍPIO DE NE BIS IN IDEM E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO BRASILEIRO 100

3.1. FUNDAMENTOS DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	100
3.2. AS DENOMINADAS VERTENTES MATERIAL E PROCESSUAL DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	108
3.3. PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>.....	111
3.3.1. UNIDADE DE FATOS.....	111
3.3.2. UNIDADE DE SUJEITOS	116
3.3.2.1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a busca por um critério de distinção entre os sujeitos responsáveis por ilícitos	117
3.3.2.2. Basta a distinção formal entre os sujeitos?.....	120
3.3.2.3. Propostas alternativas	121
3.3.3. UNIDADE DE FUNDAMENTO	124
3.3.3.1. Interesse juridicamente tutelado	125
3.3.3.2. As limitações do critério do interesse juridicamente tutelado e a função da resposta sancionatória	128
3.3.3.3. A natureza da relação entre o Estado e o particular.....	129
3.3.4. EM DEFESA DO CRITÉRIO DA TRIPLA IDENTIDADE.....	133
3.4. FERRAMENTAS HERMENÊUTICAS PARA SOLUCIONAR O CONCURSO DE NORMAS	134
3.5. O <i>BIS IN IDEM</i> NAS INTERFACES ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	141
3.5.1. A POTESTADE SANCIONADORA ADMINISTRATIVA E PENAL.....	141
3.5.2. O ILÍCITO ADMINISTRATIVO E O ILÍCITO PENAL.....	147
3.5.3. A PENA E A SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	151
3.6. RECEPÇÃO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> NO DIREITO BRASILEIRO	153
3.6.1. PROIBIÇÃO DE <i>BIS IN IDEM</i> : UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL?	154
3.6.2. MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO INFRACONSTITUCIONAL.....	157
3.6.2.1. Lei de Migração.....	158
3.6.2.2. Código Penal.....	159

3.6.2.3. Código de Processo Penal.....	163
3.6.2.4. A Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	167
3.6.2.5. A nova redação da Lei de Improbidade Administrativa.....	168
3.6.3. A INSÓLITA “INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS”	170
3.7. CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE O <i>NE BIS IN IDEM</i>: DIAGNÓSTICO E ESTRATÉGIAS PARA SUA CONSOLIDAÇÃO	181

CAPÍTULO 4: *BIS IN IDEM* NO TRATAMENTO REPRESSIVO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL. UMA ANÁLISE DE HIPÓTESES INTRÍNSECAS À ESFERA DO DIREITO PENAL E DE SOBREPOSIÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E O ADMINISTRATIVO SANCIONADOR..... 186

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	186
4.2. O <i>BIS IN IDEM</i> INTRÍNSECO AO DIREITO PENAL	188
4.2.1. CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE CAPITAIS	188
4.2.1.1. Colocação do problema	188
4.2.1.2. A questão da autonomia da lavagem em relação ao ilícito antecedente. A corrupção como crime antecedente/concomitante.....	194
4.2.2. CORRUPÇÃO (EM SENTIDO AMPLO) E CRIMES LICITATÓRIOS	203
4.3. O <i>BIS IN IDEM</i> NA INTERSECÇÃO NORMATIVA ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	211
4.3.1. LEI ANTICORRUPÇÃO.....	211
4.3.1.1. O “combate à corrupção” pela repressão à pessoa jurídica	211
4.3.1.2. A Lei Anticorrupção e a discussão sobre sua natureza.....	214
4.3.1.3. A Lei Anticorrupção e a proibição de <i>bis in idem</i> dentro do direito administrativo sancionador: um excuro oportuno.....	217
4.3.1.4. A Lei Anticorrupção, o <i>ne bis in idem</i> e o direito penal: há algum ponto de intersecção?.....	227
4.3.2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	241
4.3.2.1. A Lei de Improbidade Administrativa e sua interface com a lei penal: um campo propenso ao <i>bis in idem</i>	241
4.3.2.2. A reforma à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021 solucionou o problema?	249
4.3.3. NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....	255
4.4. AFINAL, COMO SOLUCIONAR HIPÓTESES DE <i>BIS IN IDEM</i> ENVOLVENDO A NORMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E LEI PENAL?.....	257

CONCLUSÕES.....	268
BIBLIOGRAFIA	271

INTRODUÇÃO

Em meio a crescentes escândalos que ganham destaque nos noticiários, nas disputas políticas e nos debates acadêmicos, pode-se dizer que a corrupção – e, mais especificamente, o esforço obstinado em *combatê-la* a todo e qualquer custo – manifesta-se como um tema central da pauta político-criminal brasileira. Seja no âmbito do discurso competente, seja no plano do senso comum, a maioria parece ter opinião formada, não raro preconcebida, sobre o problema.

Encarada como um fenômeno sistêmico a acometer as estruturas democráticas e sistemas econômicos, muito além de determinados tipos penais contidos no Título XI da Parte Especial do Código Penal (“Dos crimes contra a Administração Pública”), a corrupção foi alçada à condição de verdadeiro inimigo social a ser enfrentado e vencido pelas instâncias de controle.

Não é um exagero afirmar que a causa de inúmeros problemas experimentados pela população brasileira é hoje atribuída quase que exclusivamente à corrupção, anunciada sob formas mais ou menos personalizadas. Por exemplo, o Projeto de Lei nº 4.850/2016, conhecido como *Dez medidas contra a corrupção*, chegou a declarar expressamente que, “*como o homicídio, a corrupção mata. Contudo, diferentemente da maior parte dos homicídios, a corrupção é planejada e pensada, ou seja, é uma decisão racional que toma em conta custos e benefícios*”¹.

Essa tendência não é restrita ao contexto brasileiro. Na verdade, se existe um consenso em meio às incertezas que há tempos permeiam o cenário nacional, internacional e transnacional, ele é também produto do repúdio ao comportamento tido como corrompido e corruptor, cuja definição é constantemente ampliada.

Em uma investigação sobre a atual compreensão do fenômeno da corrupção, vê-se como ela se tornou objeto de interesse de um recrudescimento punitivo que já se projetava na agenda de governança transnacional desde o fim do século XX, ligada ao enfrentamento de uma nova criminalidade, atentatória a interesses supraindividuais mormente econômicos,

¹ A proposta legislativa, cujo texto original já sofreu uma série de alterações, foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 2016 e pelo Senado em 2019. O Projeto de Lei agora tramita sob o número 3.855/2019.

pouco limitada pelas fronteiras nacionais, notável por sua complexidade e, enfim, protagonizada por detentores de capital político e econômico.

E, nessa equação, constata-se uma peculiar dinâmica entre os agentes internacionais, os transnacionais, os Estados nacionais e a sociedade civil, esta última em muito representada pelos meios midiáticos. Ao mesmo tempo que os Estados são pressionados a adotar imediatamente uma política legislativa de tolerância zero – demanda que advém tanto dos organismos internacionais e *players* do mercado globalizado como da sociedade civil, irresignada com os efeitos sabidamente deletérios da corrupção – a apropriação do discurso beligerante, esse *combate à corrupção*, parece ser um conveniente instrumento de legitimação do poder estatal, sobretudo diante da desconfiança em torno das instituições democráticas.

Assim, de um lado, verifica-se a reivindicação de soluções instantâneas aos governantes como condição para o exercício de seu cargo, muito embora eles mesmos sejam alvo de profunda desconfiança por parte da sociedade civil, e, por outro, esse mesmo descontentamento é facilmente apropriado pelos detentores do poder político para dar ares de legitimidade às suas decisões e desqualificar seus adversários.

Reconhecendo a insuficiência das ferramentas convencionalmente disponibilizadas pelo direito penal, as instâncias de controle passam a lançar mão de meios menos ortodoxos no tratamento da corrupção, aqui entendida em sentido amplo. A expansão do direito penal passa a ser o pivô das estratégias de enfrentamento e repercute, ainda, na mobilização de outras searas do direito, sobretudo no direito administrativo sancionador. Criam-se tipos, empresta-se a redação dos já existentes a outros textos legislativos, agravam-se as sanções e os efeitos da condenação, amplia-se o rol de possíveis responsáveis e adapta-se o entendimento jurisprudencial para maximizar a intervenção sancionatória por parte do Estado.

As dificuldades atreladas a essa recente lógica político-criminal não são poucas, pois desafiam os próprios pilares do direito penal tradicional. Diversos paradigmas dogmáticos – como a tutela de bens jurídicos individuais, a relação de causalidade e a responsabilidade penal subjetiva – não mais seriam capazes de acompanhar a realidade desafiadora dos crimes cometidos em meio à dinâmica empresarial e nas engrenagens da esfera pública.

No ímpeto por respostas mais incisivas, as instâncias de controle tendem a empregar diferentes mecanismos de *combate à corrupção* simultânea e cumulativamente. A propensão, contudo, deve ser vista com cautela, pois traz consigo o risco de um mesmo sujeito ser processado e punido múltiplas vezes pelos mesmos fatos e sob os mesmos fundamentos.

Em outras palavras, o enfrentamento do problema da corrupção, nos moldes atuais, pode esbarrar ou atropelar o princípio de *ne bis in idem*. Esse é o objeto de estudo da presente dissertação.

O preceito de *ne bis in idem*, basilar ao Estado Democrático de Direito, combina a simplicidade de seu significado – ao proibir a repetição do “mesmo” – com a complexidade de sua cognição. Trata-se de um pressuposto lógico e ordenador do sistema punitivo. Sem embargo, os operadores do direito discutem sua extensão, seus fundamentos e seus pressupostos de aplicação, muitas vezes sem chegar a um consenso. O princípio, não raro, faz-se vulnerável a relativizações que vão em sentido contrário à sua concretização.

Nesse diapasão, a maneira com que um sistema jurídico recepciona o *ne bis in idem* diz muito sobre seu grau de (i)maturidade e (ir)racionalidade, bem como revela as eventuais disfunções que acompanham o exercício do poder punitivo estatal.

Diante dos resultados que se esperam desta investigação, o caso brasileiro há de ser colocado sob rigoroso escrutínio. Dos inúmeros recortes possíveis, a sobreposição de respostas punitivas no *combate à corrupção* desponta como problemática ao mesmo tempo atual e sensível. Atual porque, de *lege lata e lege ferenda*, o enfrentamento à corrupção é pauta destacada da agenda punitiva do Estado. Sensível porque envolve a transigência, ou mesmo o sacrifício, de premissas do direito penal inserido em um contexto democrático, o que tem o potencial de ecoar para muito além do trato sancionatório à corrupção.

Nesse sentido, este trabalho será desenvolvido da seguinte forma:

O primeiro capítulo propõe-se a delimitar o atual quadro punitivo da corrupção no Brasil, enquanto um subproduto de uma política criminal de recrudescimento punitivo, intimamente relacionada às estratégias de legitimação da intervenção estatal.

Na sequência, passa-se à análise desse instituto que tanto se contrapõe ao movimento de expansão do direito penal: o princípio de *ne bis in idem*. A proibição nele contida, inegociável, deveria atuar como limite à manipulação imoderada do direito penal e administrativo sancionador. O segundo capítulo apresenta, sem abdicar de uma perspectiva crítica, as origens históricas do corolário e sua recepção pelas comunidades internacionais. O terceiro capítulo cuida da compreensão atual do princípio e sua repercussão no direito brasileiro. Aqui, parte-se ao exame dos estratagemas utilizados pela legislação e pela prática judiciária pátrias para reduzir a aplicabilidade do *ne bis in idem*.

Esses três primeiros capítulos destinam-se a edificar as bases teóricas da dissertação.

O quarto e último capítulo, então, abriga um exercício analítico de dois conjuntos de hipóteses em que o *bis in idem* é legitimado pelo sistema de justiça brasileiro em nome do enfrentamento impetuoso (mas não necessariamente bem-sucedido) da corrupção. O primeiro desses conjuntos é intrínseco à seara penal, atinente a casos frequentemente resolvidos pelos tribunais pela cumulação de respostas sancionadoras. O recorte adotado pelo trabalho concentra-se sobre o usual concurso material entre a corrupção, nas modalidades ativa e passiva, e a lavagem de dinheiro, bem como a cumulação entre a corrupção, aqui em sentido amplo, e os crimes licitatórios. O segundo conjunto refere-se à sobreposição entre o direito penal e o administrativo sancionador. Cuida-se de examinar a Lei Anticorrupção (cujo caráter extrapenal será devidamente questionado), a Lei de Improbidade Administrativa e a Nova Lei de Licitações enquanto potenciais concorrentes da já existente proteção penal em matéria de corrupção.

O trabalho, ao final, estabelece um diagnóstico da relação entre o *combate à corrupção* e a recorrente violação do princípio fundamental de *ne bis in idem*, seus estranhamentos e disfunções. Se a intenção é manter um estado de coisas respeitoso à racionalidade e à sistematização do ordenamento jurídico, as conclusões alcançadas deverão de sinalizar a possibilidade e a urgência de uma tutela eficaz da administração pública em um ambiente de hegemonia dos valores próprios do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1: O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO: O “COMBATE À CORRUPÇÃO” E O ATUAL QUADRO PUNITIVO NO BRASIL

Sumário: 1.1. Como definir a corrupção? Uma primeira abordagem; 1.2. A corrupção como um problema transnacional: a percepção associada à globalização econômica e à integração supranacional e o movimento por uma solução global; 1.3. A corrupção como um problema nacional: a desconfiança no Estado e a busca pela legitimação por meio do discurso anticorrupção; 1.4. O atual quadro punitivo da corrupção no Brasil; 1.4.1. Mecanismos penais de enfrentamento à corrupção 1.4.1.1. No Código Penal e na interpretação jurisprudencial que dele se faz; 1.4.1.2. Na legislação penal extravagante e na interpretação jurisprudencial que dela se faz; 1.4.2. Mecanismos (a princípio) extrapenais; 1.5. Conclusões parciais.

1.1. Como definir a corrupção? Uma primeira abordagem

São poucas as premissas autoexplicativas quando se trata do tema da corrupção. Hoje, já há um consenso, seja entre especialistas, seja do senso comum, de que a *corrupção* é um *problema* a ser *enfrentado*. Ainda assim, mesmo uma constatação tão simples não basta por si só. Deve-se compreender o que é a *corrupção* para fins do debate a ser travado, o que faz com que seja considerada um *problema*, quais suas proporções enquanto tal e, por fim, quais são as balizas que nortearão seu *enfrentamento*.

O conceito de corrupção oscila entre o intuitivo e o intrincado. Apesar de ser um vocábulo corriqueiro, empregado em diferentes âmbitos da vida, adquire múltiplos sentidos, alcances e implicações a depender do contexto social em que for suscitado. Não bastasse, as práticas entendidas como corruptas mudam conforme as concepções vigentes em cada sociedade em determinado momento histórico, variantes que também devem ser levadas em consideração no exame do tema².

Atentos às múltiplas dimensões da corrupção, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Rodrigo Fuziger caracterizam-na como um conceito *polissêmico* ou *caleidoscópico*³. Qualquer definição una e estática, desde a muito restritiva até a mais

² SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?: comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 18.

³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 303-319, p. 308.

generalizante, prejudica a própria compreensão do comportamento proibido e, nessa medida, representa um obstáculo à sua apreensão crítica – ou mesmo simplesmente realista⁴.

O passo anterior para delimitar uma matéria é considerá-la em toda a sua extensão. No caso da corrupção, dada sua particular plasticidade, o mais prudente é iniciar o debate pela etimologia da palavra⁵: em latim, *corruptio* significa deterioração, depravação, alteração⁶. O termo sofre uma bipartição semântica – seus sentidos literal e figurado –, o que explica o motivo de, já no limitado universo do direito penal, denominar tantos delitos.

Sob uma perspectiva literal, o vocábulo refere-se à decomposição física ou orgânica de algo ou à modificação de suas características originais. É com esse sentido que o Código Penal prevê, entre os crimes contra a saúde pública, a corrupção de água potável (artigo 271), de substância ou produtos alimentícios (artigo 272) e de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273).

Já seu sentido figurativo remete à devassidão de hábitos e costumes, à depravação. Carrega forte conotação moral, que se faz presente no crime sexual originalmente nomeado de corrupção de menores (art. 218 do Código Penal⁷), na corrupção

⁴ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 303-319, p. 308; TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista do Estado no “combate à corrupção”. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). *Intolerância e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 211-235, p. 215.

⁵ Como proposto por SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., p. 45; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do direito penal brasileiro: considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 321-351, pp. 321-322; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 303-319, p. 308. Cf., ainda, TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista do..., cit., p. 215.

⁶ SARAIVA, Francisco Rodrigues dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português: etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico etc.* Rio de Janeiro – Belo Horizonte: Livraria Garnier. 1993, p. 321; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 848. O verbete constante deste último dispõe, em sua integralidade: “1. Deterioração, decomposição física, orgânica de algo; putrefação; 2. Modificação, adulteração das características originais de algo; 3. fig. Depravação de hábitos, costumes etc.; devassidão; 4. Ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, geralmente com oferecimento de dinheiro; suborno; 5. Emprego, por parte de grupo de pessoas de serviço público e/ou particular, de meios ilegais para, em benefício próprio, apropriar-se de informações privilegiadas, geralmente acarretando crime de lesa-pátria; 6. jur. Disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem, não cumprindo com suas funções, prejudicando o andamento do trabalho etc.; prevaricação”.

⁷ O teor vigente do artigo 218 decorre de reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009, com a tipificação da conduta de “induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”, punida com reclusão de 2 a 5 anos e desprovida *nomen iuris* específico. Apesar de a antiga redação ter sido revogada, por equívoco, a rubrica “corrupção de menores” ainda não foi suprimida da página eletrônica da Presidência da República

de menores para o cometimento de crimes (artigo 244-B da Lei nº 8.069/90) e, é claro, na corrupção associada às funções públicas, que corresponde ao emprego mais difundido do termo e se apresenta como uma das maiores preocupações político-legislativas no âmbito nacional e internacional⁸. É justamente esta última categoria que interessa ao presente trabalho.

Enquanto crime contra a administração pública, o conceito de corrupção é ainda mais complexo. A definição desenvolvida pela doutrina tradicional reporta-se à *venalidade em torno da função pública*⁹, isto é, à compra e venda dessa função, promovida pelo corrompido (*intraneus*), pelo corruptor (*extraneus*) ou por ambos bilateralmente¹⁰, dentro do contexto da administração pública nacional. O modelo *agente-principal* apresentado por Diego Gambetta pode explicar essa formulação tradicional com base em três personagens: (a) quem confia a outrem a gestão de certos recursos e interesses – no caso, interesses públicos –, denominado *truster-T*, (b) aquele a quem essa tarefa é confiada, o *fiduciário-F*, e (c) o agente externo *corruptor-C*. A corrupção, assim, seria o resultado da mercantilização, entre *C* e *F*, da quebra dessa relação de confiança entre este último e *T*¹¹.

Recorrer à letra fria da lei, por sua vez, levaria à cômoda constatação de que a palavra corrupção integra o *nomen iuris* de três delitos, quais sejam, a corrupção passiva, a

(<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>, acessada em 22 jun. 2021). SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*: Parte Especial: Arts. 155 a 234-B do CP. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v.3, p. 529.

⁸ Cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no..., cit., p. 322.

⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 367.

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 73- 91, p. 76. Para Alexandre Wunderlich, a seu turno, os crimes de corrupção passiva e ativa seriam necessariamente interdependentes, isto é, crimes de concurso necessário. WUNDERLICH, Alexandre. Capítulo I: Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1.039-1.086, p. 1.057.

¹¹ GAMBETTA, Diego. Corruption: An analytical Map. In: KOTKIN, Stephen; SAJÓ, Andras (Ed.). *Political Corruption in Transition: A Skeptics Handbook*. Londres: CEU Press, 2002, pp. 33-56, pp. 35-38, com a ressalva de que o modelo de Gambetta não se restringe à corrupção pública. Cf. também a análise realizada por GISBERT, Rafael Bustos. Corrupción política y derecho. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 57-72, p. 59, bem como os comentários e críticas desenvolvidos por MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale: effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 33-35.

corrupção ativa e a corrupção ativa em transação comercial internacional (artigos 317, 333 e 337-B do Código Penal, sendo este último introduzido pela Lei nº 10.763/2003)¹².

Hoje, porém, nenhuma dessas abordagens dá conta de bem definir a corrupção pública. Progressivamente, o temário adquiriu novos contornos, para além de sua já peculiar variedade semântica. Seu conteúdo não vem mais referenciado, necessariamente, na *venalidade da função pública*, na relação espúria pontual entre corruptor e corrompido, nem no comprometimento da administração pública somente nacional, sendo também evidente que seu significado transcende a simples denominação dada pela lei a três figuras típicas bem determinadas¹³.

A corrupção pública, em matéria penal, passa a ser associada ao comportamento típico que ofenda os valores costumeiramente relacionados à administração pública nacional ou internacional ou, ainda, que implique o uso abusivo de poder e recursos públicos, promovendo a intrusão da esfera privada na esfera pública em detrimento do bem comum¹⁴. Nesses termos, o que se entende por corrupção estatal, em última análise, compreenderia todos os crimes atentatórios ao bem jurídico “administração pública” e à denominada “administração pública estrangeira”¹⁵.

¹² Ainda, apesar de o termo não integrar seu *nomen iuris*, Luciano Anderson de Souza identifica que o mesmo ideal de mercadejar da função pública está presente nos artigos 316 e 343 do Código Penal, além do artigo 299 do Código Eleitoral e artigos 41-C e 41-D do Estatuto do Torcedor. SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; PASCHOAL, Janáina Conceição (Coord.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, pp. 341-360, p. 344.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). Presentación. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*, pp. 9-12, p. 9.

¹⁴ Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 156, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 308-309. Conforme a ponderação realizada por Bechara e Fuziger, em matéria penal, a corrupção deve realmente se limitar aos crimes “relacionados ao abuso de funções ou recursos públicos ou ao uso de formas ilegítimas de influência política por integrantes dos setores público e privado”.

¹⁵ De todo modo, Luciano Anderson de Souza critica a escolha do legislador em alçar a “administração pública estrangeira” como bem jurídico tutelado pelos crimes dos artigos 337-B e 337-C (corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial internacional, respectivamente). A disciplina desses delitos no Título XI do Código Penal, em verdade, “denota-se deslocada, havendo a tônica no contexto econômico de transação comercial internacional regular, isto é, a lealdade no comércio exterior. Assim, inclusive tendo em vista que o interesse em jogo a ser tutelado em mencionados documentos internacionais versam sobre a ideia de livre concorrência, sinaliza-se com mais adequada a disciplina em matéria penal econômica, a qual encontra melhor guarida em legislação extravagante, em razão de suas peculiaridades e dinamicidade”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 222.

Mais ainda, começam a ser tratadas como “corrupção” algumas infrações penais circunscritas às relações comerciais concorrenciais (a dita “corrupção privada”) e ao desporto, que não dizem respeito à seara pública. Por fim, em um sensível alargamento cognitivo, progressivamente são equiparados à corrupção determinados comportamentos-satélites ao desvio de poder – e isso se faz evidente em diversos documentos internacionais sobre a matéria.

Ainda, a corrupção desborda da seara penal, verificando-se uma dupla tendência: o direito penal é reiteradamente invocado para recrudescer o tratamento a práticas corruptas, seja pela revisão de antigos tipos penais, seja pela criação de novos, mas, em paralelo, perde o posto de única medida disponível anticorrupção e de única chave interpretativa do problema¹⁶.

Há uma verdadeira *mudança de paradigma*¹⁷ em torno do tema, que advém de uma confluência de circunstâncias, apenas compreensíveis e definíveis a partir de uma análise interdisciplinar, irrestrita ao direito penal e mesmo ao direito como um todo¹⁸. Afinal, a corrupção passou a ser identificada como um *fenômeno* que repercute negativamente nas diversas esferas da vida, seja de natureza política, econômica, social, jurídica e, como não poderia deixar de ser, jurídico-penal¹⁹. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, por essa razão, reconhecem-na como uma *realidade poliédrica*, que há de ser examinada em *sentido sistêmico*²⁰.

¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012, p. 182.

¹⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios...*, cit., pp. 344-345.

¹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal brasileira...*, cit., p. 309; GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y...*, cit., p. 57.

¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., p. 182; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 155-158; GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y...*, cit., p. 57; ROSSETTO, Patrícia Carraro. A campanha “Dez medidas contra a corrupção” e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 26, n. 147, pp. 685-743, set. 2018, p. 719-727.

²⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Presentación*. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*, pp. 9-12, p. 9. Como ponderam os autores, aliás, essa corrupção sistêmica “*não poucas vezes apresenta traços de aparente legalidade e, por isso, acaba se apresentando disseminada nas sociedades*”. Tradução livre. Cf. também BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 7-35, nov./dez. 2009, p. 9.

Como também observa Flávia Schilling, “corrupção” torna-se um conceito catalisador, de modo que fatos diversos, em diferentes contextos parecem ser compreensíveis quando assim classificados²¹. Tratando da corrupção estatal, mas que se aplica aos demais acima apresentados, a autora afirma que esse potencial aglutinador do termo está na construção de campo litigioso cujo ponto de partida é “*a percepção progressiva de que determinadas práticas são lesivas e que se relacionam com a atuação de determinados grupos identificados de pessoas, ou seja, que existem responsáveis*”²².

Nessa linha, ganha espaço um discurso repressivo generalizado no sentido de *combater a corrupção*²³, tarefa incumbida às instâncias de controle, à comunidade internacional e à sociedade, amplamente divulgada pelos meios midiáticos e concretizada, também, com base no alargamento do que se entende como corrupção e do que se pune como tal.

A seguir, prosseguindo na abordagem do tema, passa-se à breve análise dos principais fatores que conduziram à atual percepção da corrupção, dando melhores contornos a essa questão que, apesar de ser sempre presente na história das civilizações, é compreendida como um dos maiores desafios das sociedades contemporâneas. Aqui, não é possível renunciar a uma aproximação interdisciplinar. Há que se compreender a corrupção como uma preocupação para a economia (sobretudo a economia *globalizada*), para a comunidade internacional e para a conformação política do Estado democrático e desenvolvimento da cidadania²⁴. Adianta-se que esses fatores se intercalam, se complementam e, por vezes, se confundem.

1.2. A corrupção como um problema transnacional: a percepção associada à globalização econômica e à integração supranacional e o movimento por uma solução global

O século XX marca a assunção, pelo Estado, de uma série de novas atribuições, muito em razão das crises financeiras que acometeram os sistemas capitalistas, a começar

²¹ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., p. 98.

²² Idem.

²³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra...*, cit., p. 156.

²⁴ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal brasileira...*, cit., p. 308.

por aquela de 1929, que pôs o liberalismo econômico à prova. O Estado é invocado para gerir as inseguranças subjetivas e objetivas que acompanham as mudanças experimentadas pelas sociedades, tanto para assegurar o equilíbrio da atividade econômica, quanto para garantir e providenciar a concreção dos direitos fundamentais dos cidadãos, cujo rol é continuamente alargado²⁵.

O exercício do poder público é, então, *setorizado e pulverizado* para fazer frente às demandas por uma postura mais proativa de sua parte, o que também dá azo à criação de espaços de anomia e à pouca sincronia entre as unidades sociais²⁶. Ou seja, na mesma medida em que o Estado intervém com mais intensidade na economia – o que será de interesse do direito e do direito penal²⁷ –, surgem novos pontos em que a máquina pública está exposta à intromissão de interesses particulares e ao desvio de poder. A corrupção pública e a criminalidade econômica andarão frequentemente de mãos dadas, fazendo-se presentes também na ação de agências reguladoras, nos programas de concessão de créditos, na concessão de licenças ambientais, entre tantos outros.

Porém, até o fim do século XX, a nocividade da corrupção foi subestimada. Estudiosos, mormente estadunidenses, analisavam-na como uma questão sob controle nos países desenvolvidos, em razão das reformas políticas, judiciais e administrativas lá já implementadas. Seus estudos sobre o tema, assim, eram permeados pela curiosidade científica acerca de um fenômeno mais associado à imaturidade política e econômica dos países periféricos, menos desenvolvidos, e que somente seria superada com a chegada do progresso²⁸.

²⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Presentación. In: KAPLAN, Marcos (coord.). *Estudios de derecho económico*. Ciudad de México, Distrito Federal: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, v. 1, pp. 5-9, pp. 5-6. Cf. também BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira..., cit., p. 309.

²⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., p. 309.

²⁷ De fato, como será tratado mais adiante, é no contexto de intervencionismo do Estado de Bem-Estar Social que se iniciam as preocupações doutrinárias acerca da criminalidade econômica. SOUZA, Luciano Anderson de. Origem do Direito Penal Econômico. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 15-35, p. 23.

²⁸ Cf. WILLIAMS, Robert. Introduction. In: WILLIAMS, Robert (org.). *Explaining corruption*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp. ix-xvi, p. ix. Como explica o autor, sobre essa percepção: “o desenvolvimento era visto como a cura para todo tipo de enfermidade econômica e social e, sem ele, o que teria uma vez sido visto como uma fase de transição, mais parecia com uma condição permanente”.

Nas décadas de 1960 e 1970, teóricos da denominada teoria da modernização tratam a corrupção como um aspecto inerente à jornada em direção ao ideal de modernização.

O economista Nathaniel Hyman Leff, em trabalho de 1964, chegou a discorrer sobre os “*efeitos positivos da corrupção*” em países periféricos cujas elites tradicionais fossem indiferentes ou hostis ao *desenvolvimento econômico* (conceito que o autor associa a uma maior abertura comercial e à permeabilidade a investimentos estrangeiros)²⁹. Sua perspectiva teórica era de que a *preocupação* em torno da corrupção chegaria a ser um empecilho ao progresso, pois ofuscaria o debate sobre as deficiências econômicas e políticas nessas sociedades e sobre as medidas a serem tomadas pelos seus governos *a despeito* da corrupção³⁰. Em igual sentido, Samuel Phillips Huntington³¹, em 1968, aduziu que, em uma sociedade tradicional e altamente burocrática, certa dose de corrupção poderia servir de “*lubrificante ótimo para acelerar a caminhada para a modernização*”³² e, em determinados

²⁹ LEFF, Nathaniel Hyman. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. The American Behavioral Scientist, v. 8, issue 3, nov. 1964, pp. 8-14. In: WILLIAMS, Robert (org.). *Explaining corruption*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp. 22-28, pp. 24-28. Entre os efeitos positivos propostos pelo autor, estaria (i) o fato de a corrupção conferir a liberdade almejada pelo empresariado para realizar negócios e investimentos, bem como mobilizar o governo e sua burocracia em benefício desse grupo; (ii) a criação de um ambiente com previsibilidade nas transações econômicas, uma vez que “*se os empresários pretendem realizar investimentos, eles têm que ter algum tipo de garantia de que o futuro não trará uma intervenção prejudicial aos seus negócios*”; (iii) a introdução de inovações no mercado, mesmo se, no campo político, houver uma oposição a esse movimento; (iv) o aumento da competitividade entre os agentes submetidos ao pagamento de propina, inclusive com aumento de competidores estrangeiros e potencialização da eficiência na produção; (v) a existência de um contrapeso capaz de reduzir as perdas decorrentes de erros políticos. No mesmo sentido, Joseph Samuel Nye propôs que a corrupção poderia contribuir para que países menos desenvolvidos promovessem o desenvolvimento econômico e a integração nacional, bem como apurassem a capacidade governamental, isto é, a capacidade das estruturas políticas para cooperar com as mudanças associadas à modernidade. NYE, Joseph Samuel. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. American Political Science Review, LXI, 1967, pp. 417-427. In: WILLIAMS, Robert (org.). *Explaining corruption*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp. 45-55, sobretudo pp. 47-51.

³⁰ LEFF, Nathaniel Hyman. Economic Development Through..., cit., p. 28.

³¹ HUNTINGTON, Samuel Phillips. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. Trad. Pinheiro de Lemos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, pp. 72-85, sendo que a versão original, em inglês, foi publicada em 1968. Como desenvolve o cientista político, a modernização encorajaria tanto a violência quanto a corrupção, enquanto formas de os atores sociais se relacionarem com o sistema político e dele participarem. Seriam meios ilegítimos de *fazer* demandas ao sistema, mas a corrupção seguiria sendo um meio ilegítimo de *satisfazer* essas demandas. No trabalho de Huntington, como avalia Flávia Schilling, a corrupção cumpriria um papel *conservador e integrador*, proporcionando uma maior estabilidade ao sistema político em comparação à tendência disruptiva das investidas violentas. SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., pp. 50-52.

³² HUNTINGTON, Samuel Phillips. *A Ordem Política...*, cit., p. 83. O autor, na página anterior da obra, afirma que “*a corrupção pode ser um meio de superar as normas tradicionais ou os regulamentos burocráticos que emperram o desenvolvimento econômico*”.

casos, poderia até contribuir para o desenvolvimento político, quando o benefício negociado se destinasse ao aparelhamento de organizações partidárias³³.

Essa percepção, contudo, começou a cair por terra na década de 1980, quando grandes escândalos de corrupção eclodiram também em países desenvolvidos³⁴, inclusive com a compreensão de que eles chegariam a exportar a prática a outras nações³⁵. Desenvolveram-se trabalhos sobre os prejuízos econômicos advindos da corrupção, ao diminuir a arrecadação tributária, instigar outros contribuintes a se esquivar do fisco, compelir os estados a contrair empréstimos, abalar a sustentabilidade orçamental, entre tantos outros³⁶.

Nas décadas de 1980 e 1990, então, ganha força a teoria da escolha racional. Seus autores, com destaque para a obra Susan Rose-Ackerman, partem da premissa de que a corrupção ocorreria na interface entre os setores público e privado e seria o resultado de um cálculo utilitário: os atores racionais identificariam, nas falhas institucionais, oportunidades para reduzir seus custos e maximizar benefícios pessoais por meio de práticas

³³ HUNTINGTON, Samuel Phillips. *A Ordem Política...*, cit., pp. 83-84.. Na sua perspectiva, na medida que a corrupção servisse para desenvolver organizações políticas com autoridade efetiva e para gerar o aparecimento de interesses de grupos organizados, em contraposição aos interesses individuais ou de determinados grupos sociais, isso serviria para reduzir a própria corrupção futuramente. Em suas palavras, a corrupção variaria “inversamente à organização política; e na medida em que a corrupção forma[sse] partidos, ela solapa[ria] também as condições de sua própria existência”.

³⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 7-40, pp. 13-15; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). Presentación, cit., p. 11. Como apontam os autores, sem embargo, essa constatação não significa dizer que o tema da corrupção deva ser tratado de forma indistinta e universal, uma vez que as particularidades de cada país e sua relação com os demais são fundamentais para a compreensão do fenômeno e suas particularidades.

³⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo ...*, cit., p. 186. Petrus C. van Duyne, enquanto professor da universidade Tilburgo, nos Países Baixos, chegou a afirmar que “*de fato, a corrupção, também mediante o crime organizado, não é uma ameaça por parte ‘deles’, mas um defeito ‘nosso’*”. DUYNE, Petrus C. van. Organized Crime, Corruption and Power. *Crime, Law and Social Change*, v. 26, issue 3, 1996/1997, pp. 201-238. In: WILLIAMS, Robert; MORAN, Jonathan; FLANARY, Rachel (org.). *Corruption in the Developed World*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp. 32-65, pp. 64-65, tradução livre. Da mesma forma, Nicolas Rodriguez García expõe a hipocrisia por trás do discurso que confina a corrupção a países subdesenvolvidos. RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas. Corrupción, Estado de Derecho y Poder Judicial: retos y límites de las iniciativas supranacionales e internacionales de asistencia y cooperación judicial penal. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 135-240.

³⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias... cit., p. 16.

corruptas³⁷. Embebida no contexto das reformas liberais favoráveis à minimização do Estado, a teoria da escolha racional flerta com propostas de privatização de empresas estatais e de reformas institucionais para intensificar o controle da corrupção, de modo a ampliar os custos atrelados à sua prática³⁸.

As pertinentes críticas à teoria da escolha racional acusam-na de não levar em consideração – como também não o fazia a teoria da modernização – questões valorativas e históricas conformadoras do conteúdo do interesse público, cuja compreensão é indispensável para o desenvolvimento e implementação de políticas de controle de práticas corruptas³⁹. Ainda, no entender de Flávia Schilling, “*se a corrupção mantém um diálogo permanente com as leis, seja para contorná-las, seja para aproveitar suas brechas ou imprecisões, este diálogo continua com as novas leis desreguladoras*”, o que significa dizer que a maior desregulamentação pode vir acompanhada de uma redução da visibilidade e, portanto, da possibilidade de gestão dos atos corruptos⁴⁰. Por trás do pragmatismo pretendido pelos teóricos da escolha racional, poderia imperar a própria ilegalidade⁴¹.

Fato é que a maturação da teoria da escolha racional insere-se em um contexto de inúmeras transformações políticas e ideológicas, decorrentes de fatos históricos como a queda do muro de Berlim em 1989 e o esfacelamento do tradicional antagonismo entre os ditos “mundo capitalista” e “mundo comunista”, com profundas implicações à ordem internacional⁴². Robert Williams, de todo modo, explica como as bases dessa discussão já

³⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan. The Political Economy of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1996, pp. 31-60, p. 31; GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. *Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora- UFJF*, Juiz de Fora, v. 5, n.1 e 2, jan./dez. 2010, pp. 27-31. Este último autor elabora um estudo comparado das perspectivas teóricas que analisam a corrupção.

³⁸ A exemplo de ROSE-ACKERMAN, Susan. The Political Economy..., cit., p. 46-51. Para uma análise crítica acerca dessa perspectiva teórica, cf. WILLIAMS, Robert. Introduction, cit., pp. xii-xiii.

³⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira..., cit., p. 310.

⁴⁰ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., p. 80.

⁴¹ Sobre o tema, Vittorio Manes, debruçando-se sobre o caso italiano, trata das dificuldades envolvendo a aplicação do direito penal em uma nova realidade, marcada pela privatização e liberalização econômica. MANES, Vittorio. Le qualifche soggettive degli effetti penali. L’impatto dei processi di privatizzazione e liberalizzazione. In: GIORDANO, Luigi; PICCIRILLO, Raffaele. *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione: evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma*. Roma: Aracne, 2012, pp. 9-19, com destaque à p. 13.

⁴² Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., pp. 13-14; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 37-39. Glynn, Kobrin e Naím, ao tratar desse novo cenário, apontam para a “ *crescente consciência de que a segurança e a estabilidade [entre nações] não depende apenas das forças aéreas, dos exércitos, dos arsenais nacionais, mas também de uma série de fatores políticos e econômicos*”. GLYNN, Patrick; KOBKIN, Stephen

havia sido sedimentadas alguns anos antes pelas políticas internas neoliberais dos Estados Unidos da América e do Reino Unido⁴³.

O cenário que se seguiu ao fim da Guerra Fria é no sentido da globalização econômica e da integração supranacional⁴⁴. Sem os antigos blocos políticos-militares e sob o influxo dos preceitos neoliberalistas, a sociedade global é marcada pela redução – ou até eliminação – das restrições às transações econômicas, pela tendência de abertura do mercado, pela fragmentação geográfica da produção, pela radical diminuição dos controles formais sobre os espaços e fronteiras marítimas, aéreas e terrestres e, conseqüentemente, pela maior circulação de pessoas, mercadorias, dados e serviços⁴⁵. O fenômeno é viabilizado e intensificado pelos crescentes avanços tecnológicos e, destacadamente, pelo advento da *internet*. Entre os efeitos colaterais dessa dinâmica, porém, há a maior a possibilidade de

Jay; NAÍM, Moisés. Globalization of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1996, pp. 7-27, p. 10, tradução livre.

⁴³ WILLIAMS, Robert. Introduction, cit., p. xii. De fato, como afirma Williams, a conhecida frase lançada pelo Presidente Reagan em seu discurso de posse de 20 de janeiro de 1981, de que “*o governo não é a resposta a nossos problemas, ele é o problema*”, sintetizou um conjunto de atitudes, ideais e estratégias que guiariam sua política doméstica e repercutiria na forma como que as instituições internacionais conduziriam seus negócios e relações.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102. Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a globalização pode ser entendida (i) como uma ideologia segundo a qual a eliminação de barreiras conformaria um mercado mundial capaz de se equilibrar por si só e permitiria um crescimento econômico planetário a beneficiar todas as nações, ou (ii) como uma realidade de poder, isto é, um programa de exercício de poder mundial, de modo que as potências econômicas, contraditoriamente ao seu discurso, não raro dispensam a explicação ideológica em suas relações recíprocas, mantendo o protecionismo e a intervenção estatal na economia. Assim, “*a globalização como realidade nos mostra que a globalização como ideologia não é mais do que uma ideologia – no sentido pejorativo da expressão – de exportação (ou do dominante para o dominado)*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, pp. 13-23, 1997, pp. 17-18, tradução livre. Ainda, do ponto de vista terminológico, Alexandre Wunderlich explica a heterogeneidade da expressão globalização (“*mundialização, transnacionalização, universalização, aldeia global, Estado ou cidade global, terrapátria, nave espacial, nova Babel, Disneylândia global, shopping center global etc*”), o que “*informa que o próprio conceito ainda não está devidamente concluído, vez que existem múltiplas teorias empenhadas em esclarecer as suas condições e os seus significados*”. WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de Consumo e Globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, pp.1-54, p. 10.

⁴⁵ Cf., por exemplo, FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, pp. 231-240, abr./jun. 1998, p. 231-232; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, cit., pp. 102-104; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., pp. 159-160; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. Delincuencia Económica. In: BOIX REIG, Javier (dir.); LLORIA GARCÍA, Paz (coord.). *Diccionario de Derecho Penal Económico*. Madrid: Iustel, 2017, pp. 294-300, pp. 297-298.

cometimento transfronteiriço de delitos, diversificando-se, ainda, a área de interesse da tutela penal⁴⁶.

A globalização econômica e a integração supranacional, destarte, impulsionam fenômenos já inerentes à lógica interna das sociedades capitalistas pós-industriais, tais como o surgimento de riscos inéditos e o elevado grau de insegurança a permear as relações humanas e as atividades econômicas⁴⁷. Tudo a ensejar novos bens jurídico-penais – mormente *coletivos*, isto é, que transcendem a esfera individual⁴⁸ – e o incremento da proteção daqueles bens jurídicos já reconhecidos.

Constata-se, com efeito, uma nova criminalidade e uma forma própria de a assimilar, que destoam dos tradicionais crimes contra a vida, contra a pessoa e contra a propriedade privada, bem como das soluções dogmáticas que lhes são tradicionalmente apresentadas. Agora, ascendem as denominadas *delinquência organizada*, *delinquência*

⁴⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Delincuencia Económica*. cit., p. 298; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., p. 186.

⁴⁷ Na “sociedade de risco”, termo cunhado por Ulrich Beck, os riscos decorrem em grande medida de decisões humanas na gestão da tecnologia e tendem a acarretar danos em larga escala, a longo prazo, com contornos pouco delimitáveis e, no mais das vezes, irreparáveis. Nessas circunstâncias, faz-se relevante a reflexão sobre novos paradigmas penais, notadamente no que diz respeito à delinquência econômica, cujos potenciais efeitos, por serem desastrosos, suscitam uma reflexão sobre a antecipação da tutela penal a um momento anterior à lesão penalmente relevante, a partir da criação de crimes de perigo abstrato. BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Los Angeles: Sage, 2011, pp. 19-50; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal...*, cit., p. 38; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 62-63. No que diz respeito à criminalização de situações de perigo, todavia Silveira pondera que “o Direito Penal de Perigo não pode implicar em abandono das armas dogmáticas tradicionais que determinam a justeza da aplicação da lei penal em um sistema democrático”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís, MARTINS, António Carvalho (org.). *Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 649-659, p. 657. No mesmo sentido, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara sublinha que a alteração da tradicional concepção dogmática de perigo concreto para a de perigo abstrato “*não basta sozinha, para legitimar a aplicação do Direito Penal Econômico. A fim de afastar, definitivamente, a tutela de condutas sem lesividade da órbita penal, evitando-se um Direito Penal autoritário, é preciso adotar critérios objetivos para, no caso concreto avaliar ex post a lesividade da conduta. Esses critérios repousam na teoria da imputação objetiva, cujas origens remontam a Larenz e Richard Honig, e cuja aplicação mais aceita, talvez seja dada por Claus Roxin, que segue a linha teleológico-funcional, apoiando-se na política criminal*”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direito penal e economia: tutela penal da ordem econômica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 12, n. 14, pp. 63-75, 2008, p. 72. Cf. também WUNDERLICH, Alexandre. *Sociedade de Consumo...*, cit., p. 12.

⁴⁸ De fato, o modelo liberal de tutela a bens jurídico-penais exclusivamente individuais revela-se, hoje, insuficiente, diante da multiplicação de interesses *coletivos* a serem reconhecidos – e reivindicados – como dignos da proteção estatal. Assim, como explica Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, o ponto nevrálgico da discussão acerca dos bens jurídicos *supraindividuais* não é a sua própria existência, eis que ela advém da plasticidade de seu substrato social, mas sim a definição de um conteúdo material que os tornem legítimos, e não um mero instrumento de intervenção penal arbitrária e antidemocrática. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221.

internacional e delinquência dos poderosos, que adquirem um grande potencial lesivo, principalmente nos campos econômico e financeiro, mas também no político e no social⁴⁹. São crimes que, nas palavras de Luciano Anderson de Souza, deixam “*perplexas e ineficazes, respectivamente, as autoridades e os meios de controle estatais, tradicionalmente voltados para a prevenção e repressão ao criminoso individual*”⁵¹.

Nessa toada, torna-se ainda mais latente a aproximação entre o direito penal e a economia, o que já vinha sendo costurado desde o início do século XX⁵². Ao mesmo tempo que a lógica liberal estimula a autorregulação dos agentes produtivos, financeiros e comerciais, o direito penal torna-se um recurso cada vez mais conveniente na gestão de riscos e de disfunções do sistema de produção, ainda que à custa de sua própria coerência sistêmica⁵³. Ganha destaque, assim, o conceito de *direito penal econômico*⁵⁴, que, ao longo

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do...*, cit., pp. 103.

⁵⁰ Sem embargo, ainda, de uma criminalidade relacionada à sinergia entre a marginalidade econômica e a marginalidade social, apontada por Faria. O autor aponta como a produtividade na economia globalizada é obtida às custas de uma “*degradação salarial, da rotatividade no emprego, no aviltamento das relações trabalhistas, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos convencionais de trabalho*”, o que também leva o Estado a repensar a forma de controle e de prevenção de delitos relacionados a essas circunstâncias de esvaziamento de direitos sociais – o que deságua em uma ampliação do caráter repressivo das normas penais também nesse âmbito. FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *As transformações do...*, cit., p. 239.

⁵¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 26.

⁵² Ao longo de todo o século XX, o direito penal foi visto como um importante instrumento para a tutela de interesses econômicos, muito embora as políticas econômicas estatais tenham passado por mudanças significativas década após década, desde o forte intervencionismo econômico que pautou Estado de Bem-Estar Social até a política de mínima intervenção concebida nos governos do presidente estadunidense Ronald Reagan e da primeira-ministra britânica Margareth Thatcher, baseada na redução de impostos e gastos públicos, em privatizações e no enxugamento da máquina pública. Como afirma Luciano Anderson de Souza, de todo modo, a menor interferência estatal no mercado “*não trouxe (...) uma diminuição do Direito Penal na seara econômica. Pelo contrário, com a passagem da sociedade industrial para pós-industrial, e a revelação de novos riscos sociais, o Direito Penal reafirmou-se como instrumento garantidor da política econômica estatal vigente e como instrumento de gerenciamento de riscos de uma sociedade altamente complexa*”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Origem do Direito...*, cit., pp. 20-25. Cf., ainda, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico...*, cit., p. 22; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Direito penal e...*, cit., pp. 63-65.

⁵³ Cf. FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *As transformações do...*, cit., p. 231-234. Ainda segundo o jurista, a tendência à autorregulação também leva o direito editado pelo legislador “*a ter sua efetividade condicionada à aceitação de suas prescrições justamente pelos distintos sistemas que deveria disciplinar, enquadrar, regular e controlar, pondo assim em xeque a centralidade dos poderes públicos*”. As estratégias de reformulação estrutural do direito positivo como um todo fazem frente às demandas geradas pela lógica econômica liberal, na medida em que implicam a *descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização*, sobretudo nos setores socioeconômicos nacionais, “*implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios estatais, alienação de empresas públicas, privatização de serviços essenciais, abdicação do poder de interferência na fixação de preços, salários e de limites nas contratações trabalhistas e nas condições de trabalho e cortes nos gastos sociais*”.

⁵⁴ Para autores como Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade, Renato de Mello Jorge Silveira, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Helena Regina Lobo da Costa, a própria ideia de direito penal econômico –

do século XX, tornou-se objeto de crescente preocupação dogmática⁵⁵ até que passou a almejar o controverso reconhecimento de sua autonomia científica⁵⁶, na tentativa de se descolar ao máximo da Teoria Geral do Delito e de garantias e princípios tradicionalmente legitimadores do direito penal.

É nesse sentido que Vincenzo Mongillo identifica uma crença cada vez mais enraizada na insuficiência das soluções confinadas a cada Estado-Nação para os problemas criminais⁵⁷. De fato, “*a economia global se tornou a base de sustentação e o volante do processo de internacionalização do direito penal*”⁵⁸.

Toda essa realidade, somada à relação de forças geopolíticas que nela se desenvolve, orientará o estabelecimento de uma agenda de governança transnacional comprometida com uma política criminal expansiva e repressiva. A aplicação da norma penal dependerá cada vez mais da harmonização da resposta punitiva à delinquência transnacional e de medidas de cooperação internacional, em nível tanto regional como

ao menos em seu sentido estrito, “*compreendido como um conjunto de normas penais voltada à tutela da intervenção estatal na economia*”, como pondera esta última – surgiria a partir da Primeira Guerra Mundial, por se tratar de um marco na superação do liberalismo clássico, com a assunção, pelo Estado, de um papel intervencionista na economia. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.1, pp. 319-346, pp. 323-324. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Económico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 20 e nr. 2; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Direito penal e...*, cit., p. 64; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal económico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 22. De todo modo, não se ignoram as origens remotas do direito penal económico, que compreendem incriminações penais pertinentes à esfera económica em diferentes experiências jurídicas ao longo dos séculos. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal económico...*, cit., p. 21; SOUZA, Luciano Anderson de. *Origem do Direito...*, cit., pp. 15-35.

⁵⁵ “*A doutrina penal, de início, considerava esses crimes como típicos de uma situação excepcional e, assim, provisória – razão pela qual foram pouquíssimos os estudos dedicados a eles. A dogmática penal tardou a ser examinada à luz do direito penal económico – de forma mais pautada, isso ocorreu somente nos anos 70 do século passado, a partir dos estudos, na Alemanha, de Tiedemann*”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal económico...*, cit., pp. 27-28. Com efeito, por remontar a momentos de guerra e de crise a partir do início do século XX, o desenvolvimento da legislação penal económica esteve (e ainda está) bem mais relacionado à prática jurídica e a demandas conjunturais do que à preocupação de sistematização ou a maiores reflexões doutrinárias. Idem, pp. 29-30.

⁵⁶ Autonomia essa que, para Costa, por exemplo, seria inconcebível. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal económico...*, cit., pp. 29, 63-64, 70-87. A autora conclui que “*o reconhecimento do direito penal económico como uma parte do direito penal é decorrência necessária de sua indiferenciação e conduz à fundamental consequência de impedir a aplicação de um regime jurídico específico nesse campo, que leve, por exemplo, ao abandono ou flexibilização de princípios ou conceitos penais*”. Idem, p. 86.

⁵⁷ MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., pp. 28-29.

⁵⁸ MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., p. 28, tradução livre.

global⁵⁹. Chancelam-se as limitações do direito positivo (nacional) e de suas instituições, sobretudo quando pertencentes a ordenamentos de *civil law*, cuja falta de pragmatismo e flexibilidade apresentam-se como empecilhos aos imperativos da globalização⁶⁰.

A primeira das frentes de enfrentamento a essa nova criminalidade, ainda nos últimos anos da década de 1980, elege como alvo o tráfico de drogas. Os Estados Unidos da América, precursores da denominada “guerra às drogas”, foram cruciais para a criação de convenções internacionais antidrogas, voltadas, em um primeiro momento, à restrição e, depois, à criminalização de muitas facetas do tráfico de entorpecentes⁶¹. Entre essas vertentes, destaca-se a financeira, com a inserção de provisões contra a lavagem de dinheiro na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, concluída em Viena, e a criação, em 1989, do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) pelo G7 (Grupo Econômico composto pelos Estados Unidos da América, Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Canadá e Japão)⁶². Essas iniciativas levaram à veloz escalada de um regime global antilavagem, inclusive com a conformação dos regimes financeiros e bancários nacionais aos *standards*

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do...*, cit., pp. 102-104; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Delincuencia Económica*, cit., pp. 297-298; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal...*, cit., p. 32; PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 13-55, p. 14; ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: idéias e processos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 18, n. 84, p. 49-76, mai./jun. 2010, p. 55.

⁶⁰ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. As transformações do..., cit., p. 236. Os padrões legais anglo-saxônicos, por outro lado, são “fundados nos valores como eficiência, produtividade, competitividade e acumulação”.

⁶¹ ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe: criminalization and crime control in international relations*. New York: Oxford University Press. 2008, p. 43 e 45. Como apontam os autores, o regime global antidrogas é um reflexo do *desejo* e da *capacidade* dos Estados Unidos da América em impor suas normas ao resto do mundo, exercendo sua hegemonia também dessa maneira.

⁶² Inicialmente, o GAFI foi criado para “*examinar e desenvolver medidas de combate à lavagem de dinheiro*”. Em outubro de 2001, o GAFI ampliou sua atuação para incorporar o enfrentamento ao financiamento do terrorismo. Por sua vez, em abril de 2012, passou a adotar medidas também relacionadas ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. De acordo com o sítio eletrônico do grupo, “*os objetivos do GAFI são estabelecer standards e promover a implementação efetiva de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outras ameaças relacionadas à integridade do sistema financeiro internacional. Começando com seus próprios membros, o GAFI monitora o progresso dos países na implementação de suas Recomendações; analisa as técnicas e medidas de enfrentamento à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo; e promove a adoção e implementação das Recomendações do GAFI globalmente*”. Disponível em <<https://www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/>>, tradução livre. Acesso em 18.5.21. Cf., também, GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. *Globalization of Corruption*, cit., p. 15.

internacionais de enfrentamento a essa prática – também associada à corrupção⁶³ –, o que somente foi possível em razão da posição dominante dos Estados Unidos da América no sistema financeiro internacional⁶⁴.

Ainda, constata-se a consolidação de normas internacionais específicas anticorrupção, o que também representou “*uma extensão dos esforços para expandir e solidificar as precondições para uma economia global e de livre mercado*”⁶⁵. Afinal, quando não cometida de forma isolada, a corrupção muitas vezes é o meio pelo qual a criminalidade organizada transnacional e os crimes econômicos se desenvolvem faticamente⁶⁶.

Nesse contexto globalizado, criam-se mais espaços de intersecção entre os interesses públicos e particulares⁶⁷. Concretamente, a diversificação das organizações e instituições internacionais conduz ao aparecimento de uma nova categoria de funcionários públicos, não pertencentes a Estado algum, mas sujeitos a desvios de poder. Outrossim, as empresas transnacionais, igualmente capazes de estabelecer estratégias globais de grande impacto, sabem fazer uso das diferenças econômicas entre países e otimizar sua atuação de

⁶³ O GAFI, hoje, mostra-se expressamente comprometido com o denominado “combate à corrupção” (“*fight against corruption*”), inclusive em razão de seu potencial de causar “*um dano catastrófico ao desenvolvimento econômico*”. Também consta do sítio do grupo que “*O G20 invocou o GAFI para abordar o problema da corrupção no âmbito de seu trabalho de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. A corrupção e a lavagem de dinheiro estão intrinsecamente ligadas. (...) As Recomendações do GAFI foram elaboradas para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, mas, quando implementadas de forma eficaz, também podem ajudar a combater a corrupção, ao: salvaguardar a integridade do setor público; proteger determinadas instituições do setor privado contra abusos; incrementar a transparência do sistema financeiro; facilitar a detecção, investigação e repressão de corrupção e lavagem de dinheiro e a recuperação de bens e recursos afetados*”. Disponível em <[https://www.fatf-gafi.org/publications/corruption/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/publications/corruption/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))>, tradução livre. Acesso em 18.5.21.

⁶⁴ ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe...*, cit., pp. 51-53. A referida convenção foi promulgada no Brasil com o Decreto nº 154/1991. A relação entre o tráfico ilícito de entorpecentes e tantas outras condutas criminosas, inclusive com a corrupção, é expressa em seu preâmbulo: “*Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis*”.

⁶⁵ BUKOVANSKY, Mlada. *Corruption Is Bad: Normative Dimensions of the Anti-Corruption Movement* (Department of International Relations Working Paper 2002/05). Canberra: Australian National University, set. 2002, p. 3, tradução livre. Como expõe a autora, na sequência, “*a essência dos esforços contemporâneos anticorrupção é defender uma internacionalização cada vez mais profunda das ideias liberais que propõem o estabelecimento de um limite entre uma esfera de interações privadas constituintes do mercado e uma esfera pública em que as escolhas políticas são feitas e as tarefas administrativas são realizadas no interesse público sob a vigência do impessoal estado de direito. A despeito de, na prática, o limite entre o público e o privado seja extremamente poroso até mesmo em estados liberais, enquanto uma construção conceitual, essa ideia é profundamente arraigada na compreensão liberal acerca da natureza dos mercados e sua relação com os governos, bem como nos requisitos para uma política liberal saudável*”. Idem, pp. 3-4, tradução livre.

⁶⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios...*, cit., p. 347.

⁶⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal...*, cit., p. 309.

acordo com as desregulações político-financeiras (e jurídicas) ratificadas pelos governos. A corrupção no âmbito do comércio internacional, assim, é fomentada, ao mesmo tempo que as lacunas de regulação em determinados territórios criam *paraísos jurídico-criminais*, que atraem a prática do denominado *jurisdiction shopping*⁶⁸.

Esse cenário reduz a visibilidade dos crimes cometidos, entre os quais a corrupção – isso quando sua prática, a depender da circunstância, nem sequer é incriminada pelos ordenamentos jurídicos nacionais –, além de dificultar sobremaneira a individualização de seus autores e de suas vítimas⁶⁹. Escancaram-se as incertezas próprias desses novos tempos, exponenciando a sensação social de insegurança. As potenciais consequências negativas desse tipo de delinquência, apesar de mais etéreas, são também mais incômodas dentro da lógica de mercado, tal como uma mácula no ambiente de livre competitividade e na relação econômica dos Estados entre si e com outros *players*⁷⁰.

No que toca à gestão da coisa pública, quando a corrupção alcança o poder decisório, há uma inversão da ordem de prioridades, a afetação da qualidade de projetos governamentais e a própria deslegitimação do modelo de Estado. Nada disso é novo, mas passa a ser noticiado e apurado com mais transparência em ambientes democráticos, como os que surgiram no fim do século XX, além de encontrar novos horizontes nos movimentos de privatização⁷¹. Identifica-se também uma relação entre a corrupção sistêmica e a

⁶⁸ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., pp. 13-55, pp. 14-15; MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., pp. 3-6. Cf. também BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 310-313; ABOSO, Gustavo Eduardo. *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública: Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional*. Montevideo: B de F, 2018, p. 88.

⁶⁹ Na linha de PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., pp. 13-55; MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., p. 3-6.

⁷⁰ Cláudia Cruz Santos explica como a corrupção pode atuar como um repelente a investimentos lícitos. Enquanto a atividade econômica legítima é atraída por espaços com transparência e estabilidade, e conseqüentemente menos sujeitos à corrupção, a recíproca é verdadeira: países marcados pela corrupção tendem a ser um pólo de atração a atividades ilícitas em diversas instâncias. Em resumo, “*de forma porventura simplista, pode dizer-se que a corrupção espanta os bons empresários e afasta os bons negócios, atraindo sobretudo os maus*”. SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., pp. 16-20.

⁷¹ Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., p. 184; COSTA, Silvia Chavez Lima. A nova face da corrupção frente à tutela da ordem econômica. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 93-114, p. 95; SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., pp. 16-17. Berdugo Gómez de la Torre, aliás, afasta por completo a associação – feita por alguns “*errônea e interessadamente*” – de que a corrupção seria mais comum em regimes democráticos. Também Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Rodrigo José Fuziger, nessa linha, rememoram que, na ditadura militar, por exemplo, “*a aparente menor incidência desses delitos (...) deveu-se, de forma paradoxal, ao próprio direito penal*”, que serviu de instrumento político do governo autoritário. BECHARA,

dificuldade na ascensão econômica nacional, por exemplo, quando a prática se traduz no não pagamento de tributos, a ponto de prejudicar tanto a prestação do serviço público de arrecadação como o erário⁷². Mesmo assim, se o agente público ou privado for exitoso na empreitada delitativa, tanto a impunidade como a obtenção de vantagem criam um ciclo vicioso, uma espécie de “efeito manada” no sentido de mais corrupção, o que propicia um ambiente de conivência e dificulta qualquer investigação por parte das autoridades públicas⁷³.

A expansão da corrupção relaciona-se, então, nas palavras de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, com “*a própria evolução do Estado e as novas características da economia, que, entre outras consequências, leva a proporcionar uma dimensão internacional a esses comportamentos desviados e a jogar um papel adicional em momentos de crise*”⁷⁴.

Os novos comportamentos, personagens, circunstâncias e potenciais efeitos que passam a ser atrelados à corrupção conferem mais nuances à sua cognição, das quais a corrupção em transação internacional e a denominada corrupção privada são exemplos⁷⁵.

Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 303-319, p. 308. Sobre esse mesmo tema, ainda, Glynn, Kobrin e Naím defendem que a corrupção, além de dificultar concretamente as transações econômicas, pode distorcer as percepções sobre *como e quão bem* o mercado funciona. Os autores, então, usam o exemplo Russo para concluir que, nessas circunstâncias, tornar-se-ia mais frequente a confusão entre a democracia, a corrupção e a criminalização da economia, o que daria azo a retrocessos rumo ao autoritarismo e ao nacionalismo. Sua visão aproxima-se da teoria do agente racional na medida em que afirmam que, a longo prazo, uma economia menos regulada seria menos sujeita à corrupção do que aquela centralizada, apesar da transição de um estágio para outro ser permeada por desafios. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. Globalization of Corruption, cit., pp. 8-12.

⁷² COSTA, Silvia Chavez Lima. A nova face..., cit., p. 96; SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., p. 16. Cf. também MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., p. 11.

⁷³ COSTA, Silvia Chavez Lima. A nova face..., cit., p. 97. Ainda, esses efeitos deletérios vinculados à corrupção são frequentemente caracterizados como problemas de direitos humanos, seja porque seria um direito humano viver em uma sociedade sem corrupção, seja em razão dos prejuízos que a corrupção traz, ao fim e ao cabo, ao desenvolvimento pessoal de cada cidadão. No entanto, Silveira pondera que, em verdade, essa visão, caso se pretendesse exclusiva, não seria a mais adequada para compreender a questão. Primeiro, porque os diferentes tribunais internacionais adotam abordagens distintas em relação à corrupção, o que destoaria do caráter universal com que temas de direitos humanos tendem a ser tratados. Segundo, porque, ainda que haja preocupações quanto à imbricação entre a corrupção e os direitos humanos, “*outros amparos ainda são fundamentais para o trato conceitual*”, a exemplo de uma abordagem econômica e, acima de tudo, uma abordagem penal. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A atual percepção sobre o fenômeno da corrupção: questão penal, econômica ou de direitos humanos?. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 125, pp. 131-136, 2014, pp. 134-136.

⁷⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., p. 182, tradução livre.

⁷⁵ Silvia Chavez Lima Costa apresenta a corrupção pública enquanto gênero, que teria como espécies a corrupção política e a corrupção em transações internacionais, por exemplo. Ao lado dessa categoria, haveria também o gênero da corrupção privada. Por sua vez, a denominada *corrupção econômica* não corresponderia

Por isso que, como expõe Renato de Mello Jorge Silveira, os mais recentes debates sobre a corrupção não se restringem ao simples incremento da legislação repressiva, mas denotam uma verdadeira mudança de perspectiva sobre um tema clássico⁷⁶, o que explica o *boom* ocorrido na definição do termo⁷⁷.

Aqui, o tema do bem jurídico-penal vem à tona e, com ele, discute-se a necessidade de uma reconstrução dogmática da corrupção, ou melhor, *das corrupções*: o interesse a ser protegido torna-se uma reflexão no plural⁷⁸. Além do bem jurídico supraindividual “administração pública” – cujas vagas definições doutrinárias tradicionais há muito se revelam carentes em termos de materialidade e objetividade⁷⁹ –, as novas tipificações e o recrudescimento penal em torno da corrupção adquirem um caráter explicitamente socioeconômico⁸⁰. Fala-se de um amplo espectro de proteção, que pode ser modulado de acordo com cada tipo de corrupção e que compreende desde a boa governança até o correto funcionamento do mercado, tema afeito ao direito penal econômico⁸¹.

a um conceito autônomo, mas a um “*impacto decorrente dos gêneros e espécies acima destacados*”. COSTA, Sílvia Chavez Lima. A nova face..., cit., p. 94.

⁷⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., pp. 82-84.

⁷⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho..., cit., pp. 12-13; COSTA, Sílvia Chavez Lima. A nova face..., cit., p. 98.

⁷⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., p. 30. A autora, com base nisso, sustenta que, (i) no caso da corrupção privada e da corrupção de agente público estrangeiro, o objeto de tutela seria a concorrência, essencial para as economias livres, (ii) na corrupção desportiva, seriam os valores relevantes no subsistema social do desporto e, (iii) na corrupção tida como tradicional, seriam os interesses estaduais, que, a seu ver, constituiriam “*a legalidade da atuação dos agentes públicos e a sua objetividade decisional*”. Idem, p. 31, com redação adaptada para o português brasileiro.

⁷⁹ A compreensão da administração pública enquanto bem jurídico-penal (supraindividual e multifacetado por excelência) deve embasar-se em um esforço notadamente concretizador. Faz-se necessário o “*abandono de uma dimensão exclusivamente publicista, abstrata, do bem jurídico*” em direção ao plano individual, com vistas a impedir que tipo penal tutela uma mera (e retórica) *função administrativa*, a *moralidade administrativa*, o *prestígio da Administração Pública* ou seus *interesses*. MANES, Vittorio, Bene giuridico e riforma dei delitti contro la P.A. in Europa. *L'indice penale*, Padova, v. 3, n. 3, pp. 1361-1375, set./dez. 2000, pp. 1361-1362. Rechaçam-se, assim, as iniciativas que definem esse bem jurídico como a “*probidade*”, o “*prestígio*”, a “*moralidade*”, a “*dignidade*”, o “*decoro*” e o “*correto funcionamento*” da administração pública. No lugar, nas palavras de Luciano Anderson de Souza, “*sinaliza-se como pertinente a identificação do bem jurídico na hipótese como consistente no regular funcionamento das atividades públicas, conceito que deve ser traduzido, para fins de sua concreção, nas ideias de funções públicas enquanto tarefas conferidas ao Estado – direta ou indiretamente –, voltadas à satisfação das necessidades essenciais da sociedade, conforme os parâmetros constitucionais. Apenas essa precisa noção sinaliza-se como em coadunação com a noção de bem jurídico de natureza penal, entendido enquanto caro interesse social, imprescindível para a convivência pacífica dos indivíduos, que não pode ser tutelado de modo menos gravoso*”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 90-91.

⁸⁰ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., p. 16.

⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre..., cit., p. 82.

Com essa roupagem inédita, o problema da corrupção recebe uma nova forma de interpretação e de enfrentamento – o denominado *combate (fight against corruption)*⁸². A expressão anuncia o espírito desse movimento: nesse campo de batalha, tudo parece ser válido contra a concepção genérica de corrupção⁸³.

O primeiro passo concreto da internacionalização desse *combate* foi dado pelos Estados Unidos da América: o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), datado de 1977 e submetido a alterações em 1988⁸⁴. Sua promulgação seguiu o influxo do espírito reformista que sucedeu o caso do Watergate, escândalo político que teve como desdobramento a exposição de multinacionais estadunidenses envolvidas com o direcionamento de propina a funcionários públicos estrangeiros e com pagamentos ilegais à campanha de reeleição presidencial de Richard Nixon em 1972⁸⁵.

A normativa reúne dispositivos para reprimir a corrupção ativa junto a funcionários públicos estrangeiros, além de contar com amplos mecanismos de prevenção⁸⁶. No entanto, por não haver correspondentes em outros países, logo surgiram reclamações de que o FCPA estaria impedindo empresas estadunidenses de acessarem e se fazerem competitivas no mercado internacional⁸⁷. A solução seria persuadir outras nações a adotarem legislações similares⁸⁸.

⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre..., cit., p. 84.

⁸³ Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 156.

⁸⁴ Como relembra Renato de Mello Jorge Silveira, a Organização das Nações Unidas já havia abordado o tema da corrupção em transações comerciais internacionais embrionariamente na Resolução nº 3.514, de 15 de dezembro de 1975. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre..., cit., p. 78.

⁸⁵ GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. Globalization of Corruption, cit., p. 17; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 158; MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., pp. 355-358. Cf. ainda, LAGO, Natasha do. *Corrupção internacional: aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 18-26.

⁸⁶ GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. Globalization of Corruption, cit., p. 17. Como aduzem os autores na página seguinte, “*Nenhum outro país industrial havia promulgado ou aplicado regulações remotamente comparáveis [àquelas do FCPA]*”. Cf. também PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *La política criminal...*, cit., p. 39-42.

⁸⁷ Luciano Anderson de Souza destaca, como fator de especial preocupação ao empresariado estadunidense, a influência crescente da China nas relações comerciais, inclusive ocupando uma área tradicionalmente dominada pelos Estados Unidos da América. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...* cit., p. 159.

⁸⁸ BUKOVANSKY, Mlada. *Corruption Is Bad...*, cit., p. 14; GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. Globalization of Corruption, cit., pp. 18-19. Como demonstram esses últimos autores, porém, não há consenso se o FCPA de fato levou a uma perda da competitividade internacional dos Estados Unidos da América. Cf. ainda MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., pp. 355-357.

Eis que, no lugar da antiga *anomia*⁸⁹ do cenário internacional, o tema passou a inspirar um discurso combativo, alinhado à teoria da escolha do agente racional e abraçado pela mídia⁹⁰. A partir daí, a busca por uma solução global ao problema passou a envolver desde o desenvolvimento de instrumentos de cooperação internacional para a prevenção, investigação e repressão do delito, até a indução de alterações nas legislações domésticas⁹¹.

Assim, ao mesmo tempo que a preocupação global em torno da corrupção se baseia em constatações reais acerca de seus efeitos deletérios⁹², ela também é apropriada e inflada por um projeto específico de governança transnacional, que, adepto do *one size fits all*, não é necessariamente preocupado com a manutenção da racionalidade sistêmica dos ordenamentos jurídicos nacionais individualmente considerados nem deferente aos preceitos irrevogáveis do direito penal⁹³.

Em 1994, os Estados Unidos da América levaram o discurso anticorrupção à agenda diplomática latino-americana e desempenharam um papel decisivo junto a Organização dos Estados Americanos (OEA) para o advento da Convenção Interamericana contra a Corrupção. O documento foi assinado pelo Brasil em 1996 e passou a vigorar no país somente em 2002, por força do Decreto Presidencial nº 4.410/2002.

Em seu preâmbulo, os convencionados reconhecem que a corrupção, por vezes, “*se reveste de transcendência internacional*”, o que demandaria uma ação coordenada entre os Estados “*para combatê-la eficazmente*”. Nesses termos, seus dispositivos versam sobre medidas para prevenir, detectar e reprimir a corrupção, de modo a abarcar o denominado

⁸⁹ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., p. 16.

⁹⁰ “*A chave para o sucesso dos Estados Unidos da América nas negociações residiu nos argumentos apresentados não em mesas de conferências, mas nas manchetes*”. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. Globalization of Corruption, cit., p. 20.

⁹¹ Em outras palavras: “*Para além da agudização harmônica dos processos de criminalização primária nas órbitas internas, tem-se procurado fomentar instrumentos de prevenção e cooperação internacional para fins de investigação, punição e recuperação de ativos*”. SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes contra a..., cit., p. 159. Cf. ainda, sobretudo acerca da percepção, pela comunidade internacional, da necessidade de enfrentamento da corrupção, PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., pp. 20-21 e 44-45.

⁹² Mormente os efeitos econômicos, políticos e pertinentes à afetação do conteúdo real de direitos fundamentais. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., p. 184.

⁹³ Em sentido contrário, posicionam-se Ana Isabel Perez Capeda e Demelsa Benito Sánchez. Para essas autoras, as medidas anticorrupção constantes de instrumentos internacionais não partiram de uma lógica utilitarista demasiada e alheia a princípios garantidores, na medida em que “*os crimes graves requerem respostas preventivamente adequadas, pelo menos para manter uma coerência com as valorações inerentes a todos os sistemas jurídico-penais*”. cf. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., p. 55, tradução livre.

“suborno transnacional” de funcionários públicos estrangeiros no âmbito de transações econômicas ou comerciais, praticado por pessoas naturais ou empresas domiciliadas no Brasil (Artigo VII)⁹⁴. Ainda, seu Artigo VI caracteriza como corrupção, além de modalidades mais tradicionais, o aproveitamento doloso ou ocultação de bens dela provenientes e a participação “*na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos*” listados no dispositivo. Ou seja, estende o momento de consumação da corrupção a seu exaurimento – até no que tange à recepção do produto do crime –, admite-a como crime de atentado e define-a por seus atos preparatórios⁹⁵. O desenvolvimento de mecanismos de cooperação jurídica entre os Estados dos continentes americanos, por sua vez, foi outra forma encontrada pela Convenção para lidar com um problema que ignora as fronteiras nacionais.

No mesmo sentido de sua atuação junto à OEA, os Estados Unidos da América impulsionaram a criação de um instrumento anticorrupção também pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), igualmente baseado em sua normativa doméstica⁹⁶. Assim foi firmada, em dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁹⁷. O Brasil firmou o instrumento em 1997, aprovou-o pelo Decreto Legislativo 125/2000 e, enfim, promulgou-o com o Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Com isso, o Estado brasileiro comprometeu-se a enfrentar o que viria a ser tipificado como corrupção ativa em transação comercial transnacional (artigos 337-B e 337-

⁹⁴ Sobre a normativa, cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no..., cit., p. 325.

⁹⁵ Como explica Renato de Mello Jorge Silveira, a corrupção não se insere (ou não deveria se inserir, por sua própria estrutura) no direito penal de perigo, embora esteja no mesmo contexto de enfrentamento à criminalidade econômica e à criminalidade própria da sociedade do risco. De toda forma, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, da OEA, ao compreender a até a *confabulação* para praticar um ato corruptivo como a corrupção propriamente dita, aproxima o direito penal do perigo do *combate* à corrupção e, com isso, macula-se pelos mesmos pecados dessa lógica de antecipação de tutela penal. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 84.

⁹⁶ ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe...*, cit., pp. 55; SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., pp. 58-59. A iniciativa foi tida como uma das mais importantes conquistas em termos de política comercial e internacional da administração do então Presidente Clinton, dos Estados Unidos da América. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. *Globalization of Corruption*, cit., p. 23.

⁹⁷ O preâmbulo da convenção, por sinal, caracteriza a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações internacionais como um fenômeno difundido “*que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade*”.

C do Código Penal, inserido pela Lei nº 10.467/2002) e a responsabilizar também pessoas jurídicas por essa conduta, o que chegou a ser contemplado pela Lei Anticorrupção, a Lei nº 12.846/2013⁹⁸⁻⁹⁹.

Essas duas Convenções – da OEA e da OCDE – foram o primeiro passo de um esforço multilateral e institucionalizado de enfrentamento às práticas corruptas em relações internacionais e transnacionais, movimento capitaneado pelos Estados Unidos da América e que ganhou fôlego nos anos seguintes¹⁰⁰.

Em abril de 1999, a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa foi aprovada na cidade de Estrasburgo com vistas a uma política penal anticorrupção comum entre os membros do bloco “*com caráter prioritário*”¹⁰¹, seguindo pela mesma lógica combativa do instrumento da OCDE¹⁰². Pelo mesmo caminho, correu a Convenção para a Prevenção e Luta contra a Corrupção da União Africana, aprovada em julho 2003, que tinha como um de seus objetivos – especialmente ambicioso – o estabelecimento de mecanismos

⁹⁸ Cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no..., cit., pp. 326-327. Ainda, a exigência de que o tratamento a esse tipo de corrupção internacional fosse comparável ao da corrupção em âmbito nacional (Artigo 3.1 da Convenção), foi cumprida por apenas um ano, intervalo em que as penas cominadas à corrupção passiva, ativa e ativa em transação comercial internacional (artigos 317, 333 e 337-B do Código Penal) eram todas de 1 a 8 anos de reclusão, além de multa. Com o advento da Lei nº 10.763/2003, porém, as penas mínima e máxima cominadas aos crimes de corrupção passiva e ativa foram recrudescidas para de 2 a 12 anos e multa, mantendo-se inalterado o artigo 337-B do Código Penal.

⁹⁹ De se pontuar, igualmente, que o artigo 7 da Convenção de 1997 previu uma espécie de medida profilática à fruição dos rendimentos ilícitos da corrupção de funcionário público estrangeiro: caberia ao Estado Parte incluir essa infração no rol de crimes antecedentes à lavagem de capitais, o que foi feito pela Lei nº 10.467/2002 no caso brasileiro. De toda forma, a Lei nº 12.683/2012 suprimiu o antigo rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem, de modo que o escamoteamento de capitais passou a se reportar aos valores provenientes de toda e qualquer *infração penal*, inclusive contravenções penais. Cf. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., p. 40; COSTA, Silvia Chavez Lima. A nova face..., cit., p. 96.

¹⁰⁰ ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe...*, cit., pp. 55. Mais adiante na obra, sustenta-se que não seria exagerado dizer que muito da internacionalização dos instrumentos de controle da criminalidade são frutos de uma “americanização” (“*Americanization*”). Idem, pp. 241-245, sobretudo p. 243. Cf. também SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., pp. 79-80; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 160.

¹⁰¹ O texto da Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, em português, segue disponível em:

<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf>. Acesso em 19 jun. 2021.

¹⁰² Cf., sobre o tema, SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 160-161; COSTA, Silvia Chavez Lima. A nova face..., cit., p. 107; PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal..., cit., pp. 27-28. Ao lado da Convenção Penal, no mesmo ano, também foi aprovada a Convenção Civil sobre a Corrupção do Conselho da Europa.

para “*impedir, detectar, punir e erradicar a corrupção e as outras infrações relacionadas* do continente africano.

Porém, nenhuma dessas organizações representa todos os Estados, nem mesmo a OCDE, de modo que o discurso de *luta* contra a corrupção adquiriu caráter global somente quando a Organização das Nações Unidas (ONU) passou a sufragá-lo ostensivamente e, não por acaso, por iniciativa estadunidense¹⁰³. Em março de 1999, a Oficina das Nações Unidas Contra as Drogas e o Delito lançou o Programa Global contra a Corrupção, que propunha desenvolver estratégias anticorrupção a partir da implementação e do acompanhamento de projetos-piloto em determinados países, o que foi denominado de “aprendizagem na ação” (*action learning*)¹⁰⁴. Já no ano seguinte, na cidade siciliana de Palermo, estabeleceu-se a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, que, como uma das medidas de cerceamento do crime organizado, determinava que cada Estado Parte criminalizasse a corrupção ativa e passiva e que “*considera[sse] a possibilidade*” de fazer o mesmo em relação à corrupção envolvendo agente público estrangeiro ou funcionário internacional e a “*outras formas de corrupção*” (artigo 8)¹⁰⁵. O Brasil assinou o documento em 2000 e sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro se deu com o Decreto nº 5.015/2004.

Ainda em 2000, a Assembleia Geral da ONU reconheceu a necessidade de elaborar um instrumento jurídico internacional específico contra a corrupção¹⁰⁶, o que culminou na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, também conhecida como Convenção de Mérida.

¹⁰³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 161; PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *La política criminal...*, cit., pp. 22-23.

¹⁰⁴ Conforme minuta do “Manual de Política Anticorrupção” da Organização das Nações Unidas, não publicada oficialmente, mas disponível em <<https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>>. Acesso em 21 jun. 2021. ONU. *Draft: United Nations Manual on Anti-Corruption Policy*. Vienna, 2001, pp. 21-22. Aliás, a despeito de o documento indicar o *website* do Programa, que estaria sendo “continuamente atualizado”, a página consta como inexistente em 21 jun. 2021.

¹⁰⁵ Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 161; CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Instrumentos internacionais no...*, cit., p. 328; PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *La política criminal...*, cit., p. 22-23.

¹⁰⁶ Através das Resoluções 55/61 e 55/188, ambas aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Cf. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *La política criminal...*, cit., p. 23.

Tida como um divisor de águas em matéria de corrupção¹⁰⁷, a Convenção de Mérida, mesmo sem definir o ato corruptoral, trata-o como um fenômeno transnacional, estreitamente vinculado a outras formas de delinquência¹⁰⁸ e nocivo a todas as sociedades e economias. Sua *prevenção e combate* haveria de contemplar um enfoque amplo e multidisciplinar, baseado em três frentes: (i) a implementação políticas coordenadas capazes de sensibilizar a sociedade civil sobre o tema e de promover, nos diversos setores da sociedade, os princípios do Estado de Direito, a devida gestão da coisa pública, a integridade, a transparência e a prestação de contas; (ii) o tratamento repressivo, sobretudo pela criminalização de condutas relacionadas ao desvio da função pública e pela responsabilização penal, civil ou administrativa de pessoas jurídicas, o que já era previsto pela Convenção da OCDE; e (iii) a cooperação internacional entre os Estados Partes em vários níveis, inclusive com vistas à identificação e à recuperação de ativos e bens advindos dos crimes qualificados na Convenção¹⁰⁹. O Brasil assinou o documento em 2003 e o recepcionou pelo Decreto nº 5.687/2006.

Nessa contínua resposta da comunidade internacional frente à corrupção, agregaram-se mobilizações por parte de órgãos internacionais, notadamente o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), e por parte de organizações não governamentais, como a Transparência Internacional, fundada em 1993 por antigos funcionários do próprio Banco Mundial¹¹⁰. Aliás, nota-se como, no fim do século XX e início

¹⁰⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios...*, cit., pp. 344-345.

¹⁰⁸ Aqui, o preâmbulo remete às formas de corrupção tidas como mais graves, realizadas por um grupo estruturado e que envolvem lavagem de dinheiro. Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., p. 183; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y derecho...*, cit., p. 11.

¹⁰⁹ Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 161; CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Instrumentos internacionais no...*, cit., p. 328; COSTA, Silvia Chavez Lima. *A nova face...*, cit., pp. 104-105; PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *La política criminal...*, cit., pp. 13-55, p. 23.

¹¹⁰ ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe...*, cit., pp. 56, tradução livre. Mlada Bukovansky, seguindo por essa toada, dá destaque ao papel desempenhado pelo Banco Mundial e pelo FMI no discurso anticorrupção, atrelado, por sua vez, a uma agenda de governança com contornos bem definidos. Essas instituições internacionais de financiamento chegaram ao fim do século XX com complexo desafio de lidar com diferentes estágios de desenvolvimento econômico e com uma heterogeneidade institucional tão marcantes que, a fim de manter o mercado global, uma solução institucional a *nível supranacional* não bastaria. Caberia, em verdade, “algo a mais”, identificado como a reforma institucional a *nível doméstico*, “*especialmente em termos de separação dos poderes, accountability* [termo em inglês que compreende conceitos como responsabilização e prestação de contas] *e transparência*”. E essa reforma abarcaria, entre outros aspectos, a redução do Estado: “*deter a corrupção, desse ponto de vista, é um subproduto da redução do tamanho e do escopo do setor público*”. No entanto, como defende a autora, essa abordagem “*não iria muito além da boca para fora*” em sua resposta a questões institucionais mais substantivas, como as almejadas transparência, *accountability* e separação de poderes. Bukovansky afirma que “*as instituições financeiras internacionais e os grandes países doadores podem querer menos corrupção, mas, ao defenderem menos*

do XXI, os mais diversos agentes internacionais relacionados à área econômica, como o G7, o GAFI, o Banco Mundial, o FMI e a OCDE, passaram a cultivar preocupações abertamente penais, das quais a corrupção é uma¹¹¹.

Na análise desse jogo de tabuleiro da economia-política, o cenário expansivo experimentado pelo direito penal também *dentro* das fronteiras nacionais é manifesto¹¹². O desenho internacional refletiu-se na pressão, em diferentes níveis, para que as legislações nacionais entrassem em sintonia com o discurso de *combate* à corrupção¹¹³. Com isso, apesar de se ter melhor compreendido a danosidade da corrupção e constatado uma consequente intransigência social frente a ela¹¹⁴, também vieram estranhamentos e contradições, como já se adiantou¹¹⁵.

governo, não estão fazendo muito para contribuir (e podem inadvertidamente comprometer) o desenvolvimento positivo de um bom governo”. BUKOVANSKY, Mlada. *Corruption Is Bad...*, cit., pp. 20-21.

¹¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal...*, cit., pp. 38-39. Ainda sobre a ampliação, o aperfeiçoamento e o adensamento dos mecanismos reguladores e controladores de organismos multilaterais nesse contexto, cf. FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *As transformações do...*, cit., p. 232.

¹¹² A ponto de Vincenzo Mongillo referir-se às denominadas “*obrigações de incriminações*” (*obblighi di incriminazione*). MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., p. 28, tradução livre. Como afirma Silveira e Salvador Netto, “*o Direito, nesse interim, como reflexo de uma opção de poder conquistada pelos players no universo do novo liberalismo, acaba por se utilizar de todos os seus mecanismos para viabilizar o bom andamento das relações de mercado, lançando mão, quando e onde necessário, do sistema repressivo penal*”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Sarbanes-Oxley-act e os vícios do direito penal globalizado. Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 0, pp. 193-210, 2006, p. 200.

¹¹³ Consonante Luciano Anderson de Souza, o Bribery Act inglês de 2010 ilustra bem essa postura beligerante dos Estados ao propor um enorme recrudescimento no tratamento à corrupção, o que inclui a responsabilização criminal de empresas e seus prepostos, a sanção de pena de multa ilimitada, o confisco de rendimentos e a pena de prisão de até 10 anos. O Bribery Act estabelece uma ampla competência para os tribunais ingleses, bastando que o fato envolva empresa inglesa, ainda que se dê extraterritorialmente. SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios...*, cit., p. 347. A normativa inglesa, aliás, seguiu pelo mesmo caminho de expansão que o Sarbanes-Oxley Act estadunidense, de 2002, voltado ao aperfeiçoamento da governança corporativa e à repressão a fraudes contábeis. Silveira e Salvador Netto expõem que “*a premissa adotada [pelo Sarbanes Oxley Act] é a confiabilidade do mercado, ou seja, a instrumentalização do sistema repressor no sentido de manter, nos agentes econômicos, a expectativa de veracidade acerca das notícias contábeis veiculadas pelas mais diversas empresas*”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Sarbanes-Oxley-act...*, cit., p. 201. Cf., ainda, as análises de MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., pp. 407-460; CARREÑO AGUADO, Julen A. Caso Enron. In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.). *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 969-987.

¹¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Apresentação. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 9-12, p. 12.

¹¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 159. A seu turno, Vincenzo Mongillo também se reporta aos próprios limites estruturais que impõem verdadeiras dificuldades de implementação dessas novas estratégias. MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., p. 31.

Como identifica Vincenzo Mongillo¹¹⁶:

Em última análise, o produto das estratégias supranacionais e internacionais de combate à corrupção, em todas as suas manifestações, parece responder a um modelo pragmático de legislação ‘sem dogmática’, com pouca atenção aos princípios fundamentais do direito penal e da ciência legislativa. Ao mesmo tempo, isso reflete, de forma mais geral, também alguns traços endêmicos da atual tendência político-criminal, nacional e ultranacional: o uso simbólico-expressivo do direito penal, o medo obsessivo de qualquer lacuna legislativa e a fé cega na capacidade de qualquer exasperação punitiva para garantir uma redução proporcional da criminalidade.

A partir da década de 2000, o tratamento à corrupção pelos ordenamentos nacionais passou por um recrudescimento vertical e horizontal, nos moldes da expansão penal diagnosticada por Silva Sánchez. Percebeu-se a criação de novos tipos penais, o agravamento dos já existentes, a ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes e, enfim, a reinterpretção e a mitigação de garantias clássicas em matéria penal e processual penal¹¹⁷.

Compreendidos o quadro internacional e a pressão exercida sobre os Estados para se alistarem ao *combate* à corrupção, bem como os contornos notadamente econômicos que foram conferidos à matéria, compreende-se melhor a lógica por detrás do movimento anticorrupcional e as dificuldades enfrentadas pelo direito penal tradicional para tomar suas rédeas.

Isso posto, pode-se passar a investigar outra faceta dessa expansão do direito penal, agora especificamente no contexto brasileiro do final do século XX.

¹¹⁶ Cf. MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., p. 41, tradução livre.

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do...*, cit., p. 28. Cf. também, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal...*, cit., p. 81; SANTOS, Cláudia Cruz. *Considerações introdutórias...*, cit., pp. 8-12. Para uma análise da política criminal ibero-americana sobre o tema, cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v.1, pp. 255-299, pp. 260-263. Note-se, contudo, que, mesmo no atual estágio civilizatório marcado pela globalização, é sim possível que o garantismo penal, de cariz iluminista, sirva de técnica para a regulação social e para a construção de uma sociedade verdadeiramente aberta, plural e multicultural. WUNDERLICH, Alexandre. *Sociedade de Consumo ...*, cit., pp. 37-45.

1.3. A corrupção como um problema nacional: a desconfiança no Estado e a busca pela legitimação por meio do discurso anticorrupção

Quando o debate sobre a corrupção passa a ter lugar no Brasil, frequentemente se retomam as raízes históricas da antipatia mútua entre o administrado e a administração pública, fruto de uma configuração institucional autoritária, hermética aos próprios cidadãos mesmo em tempos de democracia. A chave para entender esse cenário é o caráter em nada inclusivo da política no âmbito do espaço público representado pelo Estado brasileiro.

Além de ser alijada para a periferia do próprio Estado¹¹⁸, a política torna-se um processo hostil, apropriado pelas relações fundiárias de poder e com a insistente incursão de interesses particulares na esfera pública e vice-versa¹¹⁹. Em detrimento da política, a burocracia será estimulada a se desenvolver sem guardar fidelidade ao modelo de qualificação técnica como condição de independência, neutralidade e eficiência¹²⁰. Nessa medida, o homem cordial, o nepotismo, o patrimonialismo, o clientelismo e o coronelismo orientarão a relação de setores privilegiados na interlocução com o poder, dinâmica pobre em representatividade e *accountability*, na qual a coisa pública torna-se constante objeto de concessão, tal qual uma moeda de troca¹²¹.

¹¹⁸ Cf., por exemplo, o relato de Campos Sales sobre seu próprio governo, entre 1898 e 1902. CAMPOS SALES, Manuel Ferraz de. *Da Propaganda à Presidência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília – Coleção Temas Brasileiros, 1983, pp. 115 a 132. O ex-presidente chegou a defender o seguinte: “(...) *entendi dever consagrar o meu governo a uma obra puramente de administração, separando-a dos interesses e das paixões partidárias, para só cuidar da solução dos complicados problemas que constituíam o oneroso legado de um longo passado. Compreendi que não seria através da vivacidade incandescente das lutas políticas, aliás sem objetivo, que eu chegaria a salvar os créditos da nação, comprometidos em uma concordata com os credores externos*”. Idem, p. 119.

¹¹⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 43 e ss.

¹²⁰ ABRUCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita. Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA e ENAP, 2018, pp. 23-58, p. 31.

¹²¹ Ao desenvolver o conceito do *homem cordial*, Sérgio Buarque de Holanda expõe que “[n]o Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados ‘contatos primários’, dos laços de sangue e de coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1976, p. 106. Cf., ainda, o pensamento de Raymundo Faoro a respeito do coronelismo na República

Em um país onde a formação das instituições não se orienta por vetores republicanos, a começar por uma cidadania forjada “de cima para baixo”¹²², dissociada de qualquer aspecto participativo, agigantam-se os abismos da desigualdade socioeconômica e melhor se acomoda a prática da corrupção¹²³. Ao contrário da hipótese levantada pelos cultores da teoria da modernização, como Leff, Nye e Huntington, a corrupção não esteve vinculada à ideia de modernização, mas ao conservadorismo, à manutenção do *status quo* pelos detentores do poder político e do poder econômico¹²⁴.

A partir dessa leitura, vê-se que a corrupção acompanha a própria conformação da máquina estatal brasileira¹²⁵. Constatá-lo, note-se, é bem diverso de se apegar à concepção determinista de que a corrupção seria um suposto elemento indissociável da cultura brasileira ou mesmo da natureza humana e que, por isso, não haveria como ser debelada. Na verdade, compreender a corrupção como derivação do arranjo institucional pátrio é o primeiro passo para encontrar respostas racionais também no nível institucional, no âmbito do exercício do poder e com base em métodos preventivos – sem que se despreze o papel do direito penal na repressão da corrupção¹²⁶.

Velha, do qual se extrai o seguinte excerto: “*Ao contrário da tese consagrada, [o coronelismo] não se trata de remanescente do privatismo, particularizando a estrutura estatal, senão que corporifica aspecto de domínio não burocrático da sociedade, com larga interpenetração dos dois setores, numa indistinção particular ao sistema, Quebrada a armadura estatal de tendência burocrática, do Império, não emergiram, na superfície social, os elementos autônomos, sempre evocados pelos liberais. A supremacia tuteladora do poder público, agora seccionado nos principados e ducados estaduais, continuou a operar, num molde próximo ao regime colonial, no qual o particular exercia, por investidura ou reconhecimento oficial, funções públicas. Obviamente a linha entre o interesse particular e o público, como outrora, seria fluida, não raro indistinta, frequentemente utilizado o poder estatal para o cumprimento de fins privados. O coronel fazia a política e complementava a administração pública, no âmbito municipal, dentro do partido, partido único mas não monolítico, tumultuado na base por dissensões de famílias e grupos, sedentos da conquista do poder, que, por não reconhecido burocraticamente, se volatiliza, entregue às ambições e aos interesses*”. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, v. 2, pp. 252-253

¹²² Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania: tipos e percursos. Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.

¹²³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal...*, cit., p. 307.

¹²⁴ SCHILLING, Flávia. *Corrupção...*, cit., pp. 53-54.

¹²⁵ Para um detalhado esboço histórico da corrupção no Brasil, desde o período colonial até 1993, cf. HABBIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção: Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, pp. 3-78.

¹²⁶ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal...*, cit., pp. 303-304; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Presentación*, cit., p. 10.

Ocorre que a tônica do pensamento sobre a corrupção no Brasil por muito tempo foi outra¹²⁷. Do lado de quem a praticava, era tida como uma espécie de ilegalidade tolerada, pois a serviço do jogo de poder já estabelecido. Para os demais cidadãos, os afastados dos negócios públicos, prevalecia o sentimento de impotência e de conformismo diante do que se parecia inevitável e, no mais das vezes, pouco divulgado¹²⁸.

Contudo, essa percepção muda a partir da década de 1980, após o hiato democrático provocado pelo golpe de 1964. A aparente resignação de outrora dá espaço a uma postura reativa, que assimila a corrupção como “mal público”, em contraposição à ideia de “bem público”¹²⁹. Ela passa a ser vista como um *problema* a ser *enfrentado*.

Quais seriam as razões para tanto? Certamente isso não se deve a uma pretensa recaída dos índices de probidade no período da redemocratização quando comparado à ditadura militar¹³⁰. Como sustenta Flávia Schilling, para além dos influxos das discussões internacionais sobre o temário, a diferença trazida pelas sociedades democráticas é a visibilidade conferida à corrupção, reconhecendo-se a importância de uma mídia não mais sob censura, bem como o papel mais decisivo das denúncias, haja vista a maior competição entre os agentes políticos – os de situação e os de oposição¹³¹.

Esses dois últimos fatores apresentados pela autora tocam, de maneira distinta, uma mesma preocupação fundamental das democracias, especialmente das jovens e ainda não consolidadas: sua legitimação.

¹²⁷ Como sumariza Luciano Anderson de Souza, identifica “*uma mentalidade popular que tradicionalmente encara tais práticas com conformismo ou mesmo de forma tolerante, supostamente atreladas a uma insita esperteza e a um ‘jeitinho brasileiro’ (algo tido na prática possivelmente como um talento do ‘bom malandro’ em face de adversidades, do que o personagem literário ‘Macunaíma’ e até o infantil ‘Zé Carioca’, além da notória campanha publicitária de cigarros com sua ‘Lei de Gerson’, são sintomáticos exemplos)*”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios...*, cit., p. 343.

¹²⁸ Na linha da tese proposta por SCHILLING, Flávia. *Corrupção...*, cit., pp. 15-28.

¹²⁹ SCHILLING, Flávia. *Corrupção...*, cit., p. 73.

¹³⁰ Afinal, “*com o passar dos anos de dominação castrense, chegou-se à conclusão de que o autoritarismo abrigava muito maior índice de corrupção comparado com os governos civis, apenas com uma diferença: num regime forte [ditatorial] as instituições democráticas de nada valem para combatê-la e as denúncias, quando ocorrem são facilmente controladas pela ‘censura’ imposta pelo ‘Sistema’*”. HABBIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos Anos ...*, cit., p. 50. Após o escrutínio dos principais casos e escândalos de corrupção da ditadura militar, o autor identifica-a como um “*extenso período de desmandos, de apadrinhamentos, de favorecimentos pessoais, de tráfico de influências, de subornos, de conchavos financeiros, de nepotismos, de sinecuras e ‘mordomias’, enfim, de corrupção*”. Idem, p. 55

¹³¹ SCHILLING, Flávia. *Corrupção...*, cit., p. 83.

A exposição dos contornos, entretons e implicações interdisciplinares da corrupção em dada realidade permite uma apreensão crítica do que se entende por cidadania, no caso, a partir daquilo que a obstaculiza. Aguça-se, assim, a sensibilidade da sociedade civil às consequências negativas do desvio de poder nas atividades públicas, entre elas, a capacidade de abalar a legitimação dos sistemas políticos e das instituições estatais, o que dá lugar a um profundo sentimento de desconfiança¹³². De outra parte, o discurso de *luta contra a corrupção* permeia as disputas político-partidárias e entre os Poderes¹³³ e adquire protagonismo nos processos empíricos por uma busca do consenso junto à opinião pública, de onde será extraída a legitimidade de decisões e programas políticos.

Com efeito, o movimento denunciatório do fim da década de 1980 representou uma tentativa de colocar um ponto final no ciclo militar e de reafirmar, perante os cidadãos, o que seria um novo modo de governar e de tratar a política¹³⁴. Foi a partir dele que se criaram condições políticas para a denominada CPI da Corrupção¹³⁵ e para a denúncia por crime de responsabilidade contra o então Presidente José Sarney e outras altas autoridades do Poder Executivo¹³⁶. Já nesse momento, dá-se especial importância à conquista de credibilidade pelas instituições representativas – no caso, o Legislativo – por meio da

¹³² Cf., por exemplo, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 308-310; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Presentación, cit., p. 9-11; RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás. Corrupción, Estado de Derecho y Poder Judicial: retos y límites de las iniciativas supranacionales e internacionales de asistencia y cooperación judicial penal. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 135-240, p. 136; SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., p. 23. Rodrigo Régner Chemim Guimarães sintetiza: “quanto mais confiança se tem de que o servidor público observa e pratica cotidianamente os valores que a Constituição elegeu no trato da coisa pública, mais confiança se tem na democracia. Neste plano é interessante como a confiança passa ser um valor fundante de tudo o quanto se elege na própria ideia da vida em comunidade, inclusive na diminuição da complexidade social, como lembra Luhmann, e portanto, como ela repercute na base dos princípios selecionados constitucionalmente a ponto de servir de termômetro para consolidação da democracia”. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Reflexões sobre Confiança, Desconfiança, Corrupção e Democracia no Brasil. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord). *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 208-245, p. 213.

¹³³ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., p. 83.

¹³⁴ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., pp. 139 e 146.

¹³⁵ Ainda sob a égide da Constituição de 1967, a CPI da Corrupção foi constituída em 15 de janeiro de 1988, pela Resolução nº 22/1988, do Senado Federal, para “investigar, em profundidade, as denúncias de irregularidades, inclusive corrupção na administração pública, ultimamente tornadas tão notórias pelos meios de comunicação”.

¹³⁶ Publicada pelo Senado em 1989, mas que logo foi arquivada.

manifestação de inconformismo face às condutas classificadas genericamente como corrupção.

Não ao acaso, foi ao se colocar como a grande alternativa à velha política que Fernando Collor de Mello, autorrotulado “caçador de marajás”, se elegeu em 1989. No entanto, seu mandato foi marcado por denúncias individuais e coletivas de corrupção no governo, com destaque àquela realizada pelo seu irmão Pedro Collor de Mello, que culminaram na abertura da CPMI de 1992¹³⁷. A repercussão em torno do tema acarretou uma significativa perda de apoio político, de modo que o então presidente, mesmo depois de renunciar ao mandato, foi afastado por um processo de *impeachment* em 1993. A sanção política, entretanto, não acompanhou a concomitante pretensão de sanção punitiva penal: a ação penal movida contra Fernando Collor pelo crime de corrupção passiva foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 1994¹³⁸.

A partir da “Era Collor”, o discurso de “combate à corrupção” ganha força no Brasil e, mais ainda, adquire um papel estratégico, com nítidos reflexos político-criminais¹³⁹. Em linha com a tese de Flávia Schilling, essa insurgência advém da crítica à discricionariedade e ao segredo no exercício do poder e, nesse passo, representa uma busca pela consolidação da democracia. Fazer da corrupção um conceito guarda-chuva, que abriga diversas condutas tidas como deletérias às funções públicas, permite concentrar demandas antes dispersas¹⁴⁰. Há um nome para aquilo que *não se quer*, em oposição àquilo que *se quer e deve proteger*: “*uma nova medida de uma vida justa em comum*”¹⁴¹.

¹³⁷ Aprovada pelo Requerimento do Congresso Nacional nº 52/1992, para “*apurar fatos contidos nas denúncias do senhor Pedro Collor de Mello, referentes às atividades do senhor Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal*”.

¹³⁸ A própria autora Flávia Schilling aponta essa falta de punição ao crime de corrupção como uma frustração do movimento denunciatório do início da década de 1990 no Brasil. SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?*..., cit., p. 322.

¹³⁹ Cf. SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?*..., cit., p. 147-149; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal*..., cit., pp. 75-76.

¹⁴⁰ Não se ignora, de todo modo, que a opção pelo conceito mais amplo já se revela um reflexo do movimento expansionista de cunho moralista: “*O discurso moralizador da seara pública enseja o constante clamor pelo expansionismo penal não só propriamente no que diz respeito aos tradicionais crimes de corrupção passiva e ativa, mas para além desses, em torno de quaisquer fatos deletérios relacionados ao interesse tradicionalmente identificado como administração pública*”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 156.

¹⁴¹ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?*..., cit., p. 17, 329-330.

E, aqui, não há como colocar no esquecimento o papel dos meios midiáticos, que, já na CPMI de 92, se comportavam como protagonistas¹⁴². Ao mesmo tempo que a *mass media* dá vazão às denúncias e fomenta a publicização tão almejada dos sistemas políticos, também sabe explorar os grandes escândalos e atua ela mesma na conformação da opinião pública em direção à *luta contra a corrupção*, inclusive pela nomeação de alvos políticos e econômicos apontados como responsáveis pelo desvirtuamento das funções públicas¹⁴³.

Toda essa discussão, não surpreendentemente, passa pelo questionamento sobre as leis brasileiras, principalmente as penais, cujas elaboração e aplicação haveriam de se alinhar às reclamações pelo *fim à impunidade*.

Entretanto, a depender dos rumos desse movimento, verifica-se justamente um passo em direção ao autoritarismo – não à desejada democratização. O que se propõe¹⁴⁴ é que a assimilação do discurso do *combate à corrupção* pelas instâncias de controle denota ser um espasmo da “espetacularização” do Estado brasileiro. Conforme o modelo teorizado por Rober-Gérard Schwartzenberg¹⁴⁵, o Estado Espetáculo reduz a política a “encenações”, de modo que encontra sua própria legitimidade na aclamação pelo senso comum e na formação de maiorias de oportunidade, não necessariamente entusiastas de exercícios argumentativos consistentes.

O direito penal, aqui, é um recurso cênico de muita valia¹⁴⁶. Sua instrumentalização no sentido de um exacerbamento punitivista detém forte apelo comunicacional, o que o torna um importante aliado nessa formação de consensos pelo Estado Espetáculo. Como visto, os próprios termos adotados nessa empreitada – “combate”,

¹⁴² SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., p. 194.

¹⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 158; RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolas. *Corrupción, Estado de...*, cit., pp. 136-137. Cf., ainda, SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 94, pp. 363-382, jan./fev. 2012, p. 373.

¹⁴⁴ Como já se propôs em TOJAL, Tarsila Fonseca. *A faceta revanchista...*, cit.

¹⁴⁵ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Difel Difusão Editorial S.A., 1978, p.1

¹⁴⁶ “O recurso ao sistema penal como um instrumento de toda a coletividade contra um desviante possui um efeito de legitimação, assim como no estágio pré-civilizatório”. WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo de Moraes de. Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a Partir do Sistema de Garantias: pela (Re)Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade. In: FÖPPEL, Gamil (coord). *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 225-234, p. 231.

“luta”, entre as tantas metáforas que associam a corrupção a um “mal”¹⁴⁷ – são ferramentas do discurso que reforçam a ideia de que tudo vale, que não há limites ao enfrentamento urgente dessa criminalidade. São termos mobilizadores, pois maniqueístas, panfletários e promotores de uma separação entre “nós” e “eles”¹⁴⁸. Em suma, catalisam empatia e, simplesmente, não admitem réplica¹⁴⁹.

Note-se, contudo, que a conformação da intervenção penal à lógica do espetáculo não está diretamente relacionada a uma busca por efetividade, ou seja, por resultados concretos no sentido da redução de dada criminalidade. Na prática, os fins veiculados pelo discurso combativo se mostram inexecutáveis, pois os meios político-criminais mobilizados

¹⁴⁷ No detalhado levantamento realizado por Flávia Schilling, verifica-se a utilização de referências médicas (câncer, tumor, doença), à natureza e botânica (raízes), a desastres e à degradação do ambiente (lama, poluição), ao discurso de guerra (guerra, combate, luta, confronto), ao espetáculo (palco, público, apagar das luzes), elementos exóticos (mastodontes, marajás), orientalismo (jardins faraônicos, piscinas nababescas), e elementos de rede (fio, engrenagem, nó, trama, teia). SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., pp. 83-100.

¹⁴⁷ É patente o populismo impregnado nessa estratégia de mobilização. Como expõe Helena Regina Lobo da Costa: “*Se o objetivo é construir uma artificial homogeneidade social, com a ideia do “nós contra eles”, nada melhor do que usar o Direito Penal para castigar os inimigos, os párias, os antipovo. O Direito Penal perde, assim, sua pretensão de racionalidade e efetividade, transfigurando-se em puro terror, vingança e brutalidade. Os contrários no campo da política são transformados em inimigos e tratados pela via penal – não há mais arena de discussão, não há tolerância; há combate, há luta, há guerra. Ao tentar mobilizar sentimentos humanos, o populismo busca despertar a vingança e o ódio, fazendo as pessoas desejarem mais polícia, mais prisões, mais penas e até mesmo mais armas em suas mãos. E uma vez mais esse discurso é apresentado como hegemônico. Assim, criam-se normas cada vez mais rigorosas no âmbito penal. Tudo é válido para combater o inimigo, o diferente, o outro. Acontece que todas essas alterações se fundam na busca por votos, não em evidências e efetividade. Predomina, então, o engano. Finge-se que o recrutamento penal resolverá todos os problemas, mas obviamente não resolve, pois a premissa é falsa. Há, então, nova decepção dos destinatários do discurso, que passam a desacreditar ainda mais a política e a democracia*”.

¹⁴⁸ É patente o populismo impregnado nessa estratégia de mobilização. Como expõe Helena Regina Lobo da Costa: “*Se o objetivo é construir uma artificial homogeneidade social, com a ideia do “nós contra eles”, nada melhor do que usar o Direito Penal para castigar os inimigos, os párias, os antipovo. O Direito Penal perde, assim, sua pretensão de racionalidade e efetividade, transfigurando-se em puro terror, vingança e brutalidade. Os contrários no campo da política são transformados em inimigos e tratados pela via penal – não há mais arena de discussão, não há tolerância; há combate, há luta, há guerra. Ao tentar mobilizar sentimentos humanos, o populismo busca despertar a vingança e o ódio, fazendo as pessoas desejarem mais polícia, mais prisões, mais penas e até mesmo mais armas em suas mãos. E uma vez mais esse discurso é apresentado como hegemônico. Assim, criam-se normas cada vez mais rigorosas no âmbito penal. Tudo é válido para combater o inimigo, o diferente, o outro. Acontece que todas essas alterações se fundam na busca por votos, não em evidências e efetividade. Predomina, então, o engano. Finge-se que o recrutamento penal resolverá todos os problemas, mas obviamente não resolve, pois a premissa é falsa. Há, então, nova decepção dos destinatários do discurso, que passam a desacreditar ainda mais a política e a democracia*”. COSTA, Helena Regina Lobo da. O avanço do populismo também no Direito Penal. *O Estado de São Paulo*, São Paulo 2 jan. 2021. Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-avanco-do-populismo-tambem-no-direito-penal,70003568056>>. Acesso em 10 jan. 2021.

¹⁴⁹ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?...*, cit., pp. 95-99.

para sua consecução – apesar de graves – são cenográficos, voltados mais à aprovação imediata do público do que à racional solução do problema enfrentado¹⁵⁰.

O *combate à corrupção*, enquanto ato desse espetáculo, implica uma via de mão dupla. Por um lado, representa um levante contra um *problema* agora bem conhecido, problema esse que fragiliza a democracia e descredibiliza o Estado, sobretudo quando inserido na relação fiduciária entre governantes e governados (a dita modalidade política da corrupção¹⁵¹). Por outro lado, a depender de como essa “luta” for levada a cabo, pode negar os *standards* democráticos que supostamente a balizariam e se mostrar irracional, simbólica e, ao fim e ao cabo, descompromissada com a efetividade¹⁵².

É com essa lente que se apresentará e analisará o atual quadro punitivo da corrupção no Brasil, que, adianta-se, apinha uma série de estratégias penais e não penais. Uma vez delimitado esse quadro, o trabalho elegerá o princípio de *ne bis in idem* como recorte para uma investigação mais aprofundada sobre a (ir)racionalidade técnica da cruzada contra essa criminalidade e seu acatamento ao Estado Democrático de Direito¹⁵³.

1.4. O atual quadro punitivo da corrupção no Brasil

Os dois tópicos anteriores tecem o progressivo reconhecimento da corrupção como um *problema transnacional e nacional*, que exigirá das instâncias de controle uma remodelação do tratamento jurídico que até então lhe era conferido, no sentido de um implacável recrudescimento punitivo¹⁵⁴. Como já se apurou¹⁵⁵, no entanto, isso não se materializou (nem se materializa) por meio de um projeto consolidado e refletido de prevenção e contenção da criminalidade. O que poderia se desenvolver de modo linear e sistêmico, em verdade, se dá a partir de providências legislativas e jurisprudenciais esparsas, erráticas e contingenciais.

¹⁵⁰ TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista. ..., cit., pp. 211-214. Como defendido naquela oportunidade, “ninguém discutirá, por exemplo, que políticas de exacerbação do encarceramento não trarão uma redução efetiva dos índices de criminalidade”.

¹⁵¹ Cf. GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y...*, cit., p. 62.

¹⁵² Cf. MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra...*, cit., p. 40. Sobre a relação entre a racionalidade e o garantismo penal (criada a partir do indivíduo e em favor dele), cf. WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo de Moraes de. *Resistência, Prática de...*, cit., p. 232.

¹⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal...*, cit., pp. 80-81.

¹⁵⁴ Cf., SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 156.

¹⁵⁵ TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista. ..., cit., p. 219.

Nesse processo, o caráter polissêmico da corrupção serve de justificativa para a diversificação das frentes de *combate* e, aqui, parece não haver pudor no emprego de meios pouco ortodoxos. Em termos de direito material, além de existir uma expansão vertical (pelo agravamento das penas) e horizontal (pela criação de novas criminalizações) do direito penal, há o acionamento de searas extrapenais, especialmente do direito administrativo sancionador. Este, que poderia soar como uma alternativa racional à intervenção penal, em homenagem ao princípio da fragmentariedade, é frequentemente convocado para se somar a ela, o que tende a ser validado pelos aplicadores do direito sob o argumento de “independência de instâncias”¹⁵⁶.

O cenário abaixo delineado segue uma sistematização em blocos¹⁵⁷. O primeiro tratará dos principais mecanismos penais de enfrentamento à corrupção, enquanto o segundo, daqueles extrapenais, ou ao menos assim autointitulados.

1.4.1. Mecanismos penais de enfrentamento à corrupção

Na esfera penal, o enfrentamento à corrupção ocorre por uma série de dispositivos legais, combinados à significação que lhes é dada pelos magistrados. Estes, verdadeiros *produtores* do direito¹⁵⁸, por vezes, enfrentam dificuldades para não trespassar as fronteiras do ativismo judicial¹⁵⁹.

¹⁵⁶ DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção no Brasil: análise sobre a multiplicidade de sanções e a possibilidade da incidência de *bis in idem* de acordo com o precedente europeu. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 3. ano 1, pp. 105-134, jul./ set. 2020, p. 106-107.

¹⁵⁷ Sistematização que buscou guarida no modelo apresentado por Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Rodrigo José Fuziger, com algumas adaptações e atualizações. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 310-313.

¹⁵⁸ Aqui, a “produção” do direito segue a linha da ponderação de Eros Roberto Grau: “*Quando me refiro a ‘produção’ do direito pelo juiz, refiro-a em sentido diverso daquele veiculado pelo vocábulo ‘criação’*. Pois o que desejo afirmar é que o intérprete autêntico ‘produz’ direito porque necessariamente completa o trabalho do legislador (ou do autor do texto, em função regulamentar ou regimental)”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002, p. 54.

¹⁵⁹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces em Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 13-18, pp. 13-14; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Norma penal e hermenêutica jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, pp. 11-21, pp. 11-13. O tema é levantado em SOUZA, Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. Os desafios na interpretação e aplicação do direito penal brasileiro atual, no prelo.

De toda forma, não se pretende apresentar um rol exaustivo dos tipos penais autônomos associados ao *combate à corrupção*, até em razão do caráter generalizante que lhe é atribuído, como já se discorreu neste capítulo.

1.4.1.1. No Código Penal e na interpretação jurisprudencial que dele se faz

A começar pelo Código Penal, o peculato (artigo 312), a concussão (artigo 316), a corrupção passiva (artigo 317), a facilitação de contrabando ou descaminho (artigo 318), a prevaricação (artigos 319), a advocacia administrativa (artigo 321) e a corrupção ativa (artigo 333) são exemplos de figuras tradicionalmente associadas ao desvio da função pública em proveito próprio ou alheio.

Ainda, em decorrência da promulgação da Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, o Brasil editou a Lei nº 10.467/2002 para inserir no Código Penal os artigos 337-B, 337-C e 337-D, os dois primeiros pertinentes aos delitos de corrupção ativa e de tráfico de influência em transação comercial internacional e o último referente ao conceito de funcionário público estrangeiro.

Essas duas novas criminalizações refletem um passo político-criminal – que não deixou de ser simbólico¹⁶⁰ – rumo à expansão horizontal do direito penal em matéria de corrupção, datado de 2002. Já no ano seguinte, promoveu-se uma expansão vertical: a Lei nº 10.763/2003, que trouxe novidades ao Código Penal para (i) a condicionar a progressão de regime de cumprimento de pena, aos condenados por crimes contra a administração pública, “à *reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais*” (artigo 33, § 4º); e (ii) ampliar as penas mínima e máxima dos crimes de corrupção passiva e ativa (artigos 317 e 333) para a reclusão de 2 a 12 anos, além de multa – o intervalo anterior era de 1 a 8 anos.

¹⁶⁰ Essa é a conclusão de Natasha do Lago. Afinal, a “*corrupção ativa simples, genericamente definida no artigo 333 do Código Penal pela conduta de ‘oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício’*, já era tipo abrangente que incluía na generalidade dos casos [com exceção da conduta típica de *dar vantagem indevida*], o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, de modo que a introdução desse novo tipo não trouxe propriamente nenhuma contribuição do ponto de vista jurídico; apenas deu cumprimento a um compromisso internacional simbólico, desmembrando tipo penal já existente”. LAGO, Natasha do. *Corrupção internacional...*, cit., p. 170.

As duas medidas ilustram a impulsividade do *combate* assumido pelas instâncias de controle brasileiras, com um notável desinteresse na manutenção da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico¹⁶¹. A contrapartida pecuniária como condição à progressão de regime não é prevista nem pela Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que cuida justamente da delinquência merecedora de maior reprovabilidade estatal¹⁶². A seu turno, o intervalo de dez anos entre as penas mínima e máxima é demasiado extenso, o que, a um só tempo, falha em orientar o jurisdicionado acerca da valoração negativa da conduta típica e confere ao magistrado excessiva discricionariedade na fixação da pena.

Ademais, criou-se uma desarmonia entre as penas da corrupção passiva e ativa e aquelas dos crimes de concussão e corrupção ativa em transação comercial internacional, que permaneceram sendo de 2 a 8 anos e de 1 a 8 anos, respectivamente. No afã de solucionar esse equívoco, anos mais tarde, a Lei nº 13.964/2019¹⁶³ elevou a pena do delito de concussão para de 2 a 12 anos de reclusão e multa. Mesmo assim, persistiram distorções: apesar de o núcleo verbal do crime de concussão (*exigir* vantagem indevida) ser mais reprovável que da corrupção passiva (*solicitar* ou *receber* a mesma vantagem), suas sanções hoje são idênticas¹⁶⁴, ao passo que o tratamento à corrupção ativa em transação comercial internacional segue mais brando em comparação à corrupção ativa, em desacordo com o artigo 3.1 da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE¹⁶⁵.

¹⁶¹ Cf. o raciocínio apresentado em TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista..., cit., pp. 220-221.

¹⁶² Assim, por exemplo, não se exige do condenado pelo crime de latrocínio a reparação do dano causado para a progressão do regime, ao passo que ao condenado por corrupção passiva sim.

¹⁶³ Também veiculada como o nome de “Lei Anticrime”, destinada a “*aperfeiçoar[r] a legislação penal e processual penal*”. De todo modo, “*quanto ao conteúdo material penal, a Lei insiste no simbolismo, expandindo o Direito Penal horizontalmente (isto é, pela criação de novas figuras delitivas) e verticalmente (ou seja, aumentando as sanções já existentes), partindo-se da visão criminológica equivocada de que as razões da suposta ‘impunidade’ estariam na ‘brandura’ da legislação brasileira. Com isso, mais uma vez remanescem esquecidos os investimentos materiais e humanos nas instâncias de controle penal (Polícia, Ministério Público, Justiça), bem como, novamente, nas medidas relativas às causas sociais que envolvem a complexa questão da criminalidade brasileira*”. SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticrime: Recrudescimento Penal (Art. 1). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 15-20, p. 17.

¹⁶⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. Alterações no Código Penal. In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 21-62, pp. 59-61.

¹⁶⁵ Que estabelece que “*a corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição*”.

Mais recentemente, por força da Lei nº 14.133/2021 (a Nova Lei de Licitações), o Código Penal passou a acolher também os crimes licitatórios nos artigos 337-E a 337-P, antes tratados na Lei nº 8.666/1993. A novel disciplina condiz com o paradigma internacional e nacional do *combate à corrupção*, pois (i) cria mais uma infração penal (a omissão grave de dado ou de informação por projetista, disposta no artigo 337-O), (ii) estipula um piso à multa penal, que pode extravasar o valor máximo autorizado pelo Código Penal (artigo 337-P), e (iii) promove o sensível incremento das penas previstas à maioria das criminalizações já existentes. Esta última medida de recrudescimento penal, aliás, pode ser traduzida como uma verdadeira distorção sancionatória, que, no lugar de se atentar à valoração negativa da conduta em si, mais se aproximou de um estratagema para viabilizar o regime inicial fechado de cumprimento da pena e para evitar a celebração do acordo de não persecução penal¹⁶⁶. Nisso, mais uma vez, há um problema de coerência sistêmica, abrindo alas à aplicação de penas concretas maiores do que, por exemplo, às de homicídio, de tortura e de aborto provocado sem o consentimento da vítima.

Além disso, o exame da *lege lata* não pode ser dissociado do papel dos tribunais ao interpretar e aplicar a norma penal. Afinal, muito além da inquestionável superação do paradigma positivista do juiz como a “boca da lei”, a atual conformação do direito penal – internacionalizado, em expansão e buscando se renovar para atender à nova criminalidade – reclama uma dinamicidade ímpar dos julgadores, por vezes antipática à clássica taxatividade penal e ao próprio processo legislativo, por mais afobado que opere.

Em seu exame sobre o tema, Oscar Vilhena Viana trata do alargamento da autoridade dos tribunais ao redor do mundo¹⁶⁷, mas identifica que, no caso brasileiro, esse fenômeno tornou-se especialmente acentuado em razão da “*enorme ambição do texto*

¹⁶⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 312 a 359-H do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v.5, p. 372 e nr. 7.

¹⁶⁷ O autor investiga as correntes que explicariam esse fenômeno, entre as quais, aquela que “*enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas*”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, pp. 441-464, jul./dez. 2008, pp. 443. Ou seja, novamente, aqui, vem à tona uma das mazelas associadas à corrupção, isto é, a desconfiança em relação ao Estado e à própria democracia.

*constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos*¹⁶⁸.

No caso da corrupção, esse protagonismo dos magistrados é também bem exemplificado pela atuação do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como o Caso do Mensalão, que versou sobre a alegada compra de votos de parlamentares por membros do Executivo¹⁶⁹. Ao apreciar o processo, ao longo do segundo semestre de 2012, a Suprema Corte promoveu inovações jurisprudenciais que estenderam a incidência dos artigos 317 e 333 do Código Penal, referentes aos crimes de corrupção passiva e ativa, e asseguraram a subsunção dos fatos à norma na hipótese concreta.

Sem pretender realizar uma análise aprofundada do Caso do Mensalão¹⁷⁰, reputam-se dignas de nota (i) a reviravolta jurisprudencial que passou a dispensar a existência de um *ato de ofício* preciso e delimitado para a caracterização da corrupção passiva e ativa, tendo o colegiado se dado por satisfeito com a demonstração de um ato de ofício “em potencial” para fundamentar a incidência da norma penal, desincumbindo o Ministério Público Federal de parcela até então imprescindível do ônus probatório¹⁷¹; e (ii)

¹⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., p. 444. Sobre o tema, cf. também SOUZA, Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. *Os desafios na...*, cit.

¹⁶⁹ Como sintetiza Renato de Mello Jorge Silveira, “*foram denunciados, assim, membros do executivo Federal e Deputados Federais – núcleo político –, membros de instituições financeiras – núcleo financeiro – e pessoas ligadas a agências publicitárias – núcleo publicitário. Iniciando-se em 2 de agosto, encerrou-se o julgamento originário em 17 de dezembro de 2012. Contou com 50 mil páginas, 234 volumes e 495 apensos. Inicialmente foram 40 denunciados, sendo, finalmente, 38 réus sob julgamento. Foram mais de 600 testemunhas. Após 53 sessões de julgamento, findou-se 25 condenados, 12 absolvidos e um réu teve o processo contra si anulado, remetendo-se seu julgamento à primeira instância*”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Introdução. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF*, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 15-17, p. 15.

¹⁷⁰ Para um exame mais completo, cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933, versão digital, jul. 2013; SOUZA, Luciano Anderson de. Os crimes econômicos na APn 470: dificuldades e desafios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, pp. 317-332, jul. 2013; TOJAL, Tarsila Fonseca. *A faceta revanchista...*, cit., pp. 221-225.

¹⁷¹ O Ministro Luiz Fux sintetizou esse novo entendimento nesta passagem de seu voto: “*E mais: não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, certo, preciso e determinado. O comportamento reprimido pela norma penal é a pretensão de influência indevida no exercício das funções públicas, traduzida no direcionamento do seu desempenho, comprometendo a isenção e imparcialidade que devem presidir o regime republicano*”. Cf. os pontos de vistas apresentados por Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Alamiro Velludo Salvador Netto em: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O Ato de Ofício como Elemento para Caracterizar o Crime de Corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF*, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 225-226; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. O Crime de Corrupção no Direito Penal Brasileiro. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº*

a inventiva alteração do momento da consumação da corrupção passiva, conferindo-lhe um tratamento não mais de crime formal e instantâneo, como tradicionalmente se lecionava, mas de crime material, como se sua prática se renovasse a cada novo recebimento de vantagem indevida pelo agente corrompido. Nesse último caso, o referido adiamento da consumação delitiva permitiu aos julgadores a aplicação do largo intervalo de pena instituído pela Lei nº 10.763/2003 a réus da Ação Penal nº 470, sem ferir ostensivamente o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave – muito embora a acusação lhes atribuisse acordo espúrio celebrado *antes* da edição dessa lei¹⁷².

1.4.1.2. Na legislação penal extravagante e na interpretação jurisprudencial que dela se faz

Leis penais extravagantes também compõem o atual quadro punitivo da corrupção no Brasil, mas sob diferentes perspectivas.

As incriminações anteriores à mudança de paradigma sobre o tema da corrupção datam da década de 1960. Tem-se a corrupção no âmbito eleitoral (artigo 299 da Lei nº 4.737/1965, o Código Eleitoral), as diversas modalidades de desvio de função atribuíveis a prefeitos e a vereadores (art. 1º, incisos I e II, do Decreto Lei nº 201/67, que também ensejam responsabilidade política), e os crimes de corrupção no contexto militar (artigos 308 a 310 do Decreto Lei nº 1.001/1969, o Código Penal Militar), além da já antiga Lei nº 4.898/1965, revogada pela Lei nº 13.869/2019, com novas figuras típicas¹⁷³.

Anos depois, na década de 1980, a edição da Lei nº 7.492/86 traz consigo a criminalização do desvio funcional que ofenda o regular funcionamento do sistema financeiro nacional e os interesses da ordem econômico-financeira (artigo 23). Caminha-se, a partir daí, à percepção da corrupção enquanto delinquência também nociva a interesses precipuamente econômicos.

470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 107-108; e SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Ação Penal nº 470 e os Debates sobre o Crime de Corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Melo Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 235-237, p. 236.

¹⁷² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Ação Penal nº 470..., cit., pp. 236-237.

¹⁷³ Cf. DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção..., cit., pp. 114-115.

Na década de 1990, no novo influxo de normativas relacionada a uma sociedade e economia mais dinâmicas, viram tipificadas as modalidades específicas de concussão, corrupção passiva e advocacia administrativa entre os crimes contra a ordem tributária (artigo 3º, incisos I e II da Lei nº 8.137/90); os crimes licitatórios (artigos 89 a 91 da Lei nº 8.666/93, revogada, como já visto, pela Lei nº 14.133/2021, que incorporou essas figuras delitivas ao Código Penal); duas hipóteses de “corrupção privada” entre os crimes de concorrência desleal (art. 195, incisos IX e X, da Lei nº 9.279/96¹⁷⁴); e os crimes funcionais contra a administração ambiental (art. 66 a 67 da Lei Federal nº 9.605/98). Mais adiante, a Lei nº 12.299/2010 acresceu ao Estatuto do Torcedor dispositivos para a criminalização da corrupção no desporto (artigos 41-C e 41-D da Lei nº 10.671/2003, com atual redação dada pela Lei nº 13.115/2-15).

Sem embargo, esse recrudescimento punitivo, especialmente quando combinado ao *combate à criminalidade econômica*, também se volta contra as condutas satélites à corrupção, que façam parte de sua superestrutura¹⁷⁵. Isso pode ser constatado na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.163/1998): em seu texto original, os crimes contra a administração pública e, a partir da Lei nº 10.467/2002, também os crimes cometidos por particular contra a administração pública estrangeira constavam do rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Crimes associados à mercantilização da relação de confiança empregado-empregador, dentro de um contexto concorrencial: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”.

¹⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 85.

¹⁷⁶ No dossiê digitalizado do Projeto de Lei nº 2.688/1996, que culminou na Lei nº 9.137/1998, há documento pelo qual o Ministro da Justiça, Ministro da Fazenda, Ministro das Relações Exteriores e o Ministro Chefe da Casa Militar da Presidência da República justificam a proposta legislativa ao então Presidente da República. Em uma passagem, consta que “*embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante seqüestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinquência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes*”. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1132245&filename=Dossie+-PL+2688/1996>. Acesso em 5 jun. 2021. Cf. p. 55 dos autos do dossiê ou p. 57 do documento em “.pdf”.

A reforma trazida pela Lei nº 12.683/2012 à Lei de Lavagem de Capitais, enfim, passou a permitir que qualquer infração penal figurasse como antecedente, o que não significou diluir, de maneira alguma, a preocupação em torno do vínculo entre os delitos de corrupção e de lavagem¹⁷⁷. Basta mencionar a forma com que a Operação Lava-Jato, deflagrada em 2014¹⁷⁸, é descrita pelo Ministério Público Federal em sua página eletrônica, como “*uma das maiores iniciativas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história recente do Brasil*”¹⁷⁹.

Porque associado à corrupção, o tratamento à lavagem de capitais no Brasil tornou-se especialmente seletivo, conferindo-se novas dimensões à sua construção típica e

¹⁷⁷ Sustentam Eduardo Saad Diniz e Víctor Gabriel Rodríguez que, “*como ocorreu em outros países, o tipo de lavagem de dinheiro foi instrumento – justo ou não – de criação de instrumentos para persecução e inclusive punição daqueles envolvidos nos delitos antecedentes de prova mais difusa, como a própria corrupção*”. SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Corrupção no Brasil: dos Delitos Tradicionais à Corrupção Empresarial*. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord). *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 689-707, p. 693.

¹⁷⁸ Como já se descreveu, “*No início de 2014, pouco mais de um ano após o julgamento da Ação Penal nº 470, foi deflagrada a “Operação Lava Jato”, que trouxe ao conhecimento público expressivo e bilionário esquema criminoso envolvendo dirigentes da empresa estatal Petrobrás, agentes públicos, empresários e operadores de câmbio. O conjunto de investigações, apesar de ter sido divulgado genericamente como um movimento de combate à corrupção, abarcou uma série de outros delitos também pertinentes à dita criminalidade “dos poderosos”, tais como organização criminoso, fraude à licitação, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Inicialmente circunscrita ao escândalo do “Petrolão”, de competência da Justiça Federal do Paraná, a operação tomou grandes proporções, atingindo diversos estados e segmentos da Administração Pública para além da Petrobrás*”. TOJAL, Tarsila Fonseca. *A faceta revanchista...*, cit., p. 225. Pontue-se, de toda forma, que, hodiernamente, a doutrina vê com ressalvas e desconfiança essa atribuição de competência à Seção Judiciária de Curitiba-PR para apreciar todos os casos da Operação Lava-Jato envolvendo a Petrobrás. Para Fabiana Alves Rodrigues, o modo com que essa problemática foi tratada na operação, desde seu “marco zero”, seria “*o melhor exemplo de ação estratégica usada para se esquivar da incidência de preceitos legais, em busca dos resultados atingidos pela operação*”. RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020, p. 222.

¹⁷⁹ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 5 jun. 2021. E, de fato, a operação encaixou-se bem na lógica de *combate à corrupção* a qualquer custo, conclamada pelas instâncias de controle, pela sociedade civil e pela mídia. Em pesquisa realizada no ano de 2017, por exemplo, descreveu-se: “*Ao acessar o site de uma das maiores revistas semanais do Brasil, a Veja, encontra-se de pronto, na barra de busca superior direita, o link “Lava Jato”, curiosamente ao lado do link referente ao campeonato latino-americano anual de futebol. Ademais, através do acervo da revista, é possível verificar que a frequência com que o crime de corrupção estampa a capa de suas edições é enorme: em 2016, 27 das 53 edições da Veja continham na capa expressamente os termos “delação” (ou a variante “delator”), “Lava-Jato”, “propina” e/ou “corrupção”, fazendo referência à Lava-Jato ou simplesmente ao crime de corrupção em geral, não necessariamente relacionado àquela operação. As palavras “delator” ou “delação” foram localizadas 14 vezes, o mesmo número que o termo “Lava- Jato”. “Propina” e “corrupção” foram, por sua vez, verificados 5 e 4 vezes, respectivamente*”. TOJAL, Tarsila Fonseca. *Paradoxos do tratamento penal à corrupção no Brasil, no prelo*. Cf. ainda, TOJAL, Tarsila Fonseca. *A faceta revanchista...*, cit., pp. 228-232.

aos passos empreendidos em sua investigação¹⁸⁰. Embora essa seletividade decorra de uma preocupação legítima, há razões para cautela.

Cite-se, por exemplo, uma questão que interessa ao presente trabalho e será mais bem abordada no momento oportuno. O papel de destaque que se dá à lavagem muito decorre de sua autonomia em relação aos crimes apontados como seus antecedentes, premissa que, quando inserida no contexto de *combate à corrupção*, ganha todo um novo colorido. A jurisprudência, atenta a um ideal de eficiência plasmado na repressão “exemplar” dessa criminalidade, vem admitindo e referendando a punição cumulada dos crimes de corrupção (em sentido estrito) e lavagem, mesmo quando a configuração desse último é dogmaticamente impossível. Refere-se às hipóteses em que se pune como lavagem, em concurso material com a corrupção, a dissimulação da origem de valores *lícitos* com o propósito de *pagamento* de vantagem indevida, deixando-se de lado que o valor a ser lavado deve provir de conduta *anterior* que lhe dê origem.

O motivo para essa opção interpretativa, que nega a própria literalidade do tipo penal da lavagem de dinheiro, foi amplamente explicitado, por exemplo, em sentenças proferidas na Lava-Jato paranaense: decorreria da “*realidade dos vários julgados*” da operação, que apontaria para a necessidade de a jurisprudência acompanhar a “*sofisticação da prática criminosa*”¹⁸¹.

É dizer, na seara penal, as estratégias de *combate à corrupção* perpassam o agravamento de penas, a criação de novos tipos penais que se somam à concepção polissêmica da corrupção e, enfim, a reação punitiva a condutas que podem compor as circunstâncias de concepção, realização e exaurimento do ato corrupto, e que passam a ser punidas simultaneamente, a partir de soluções não exatamente afeitas a pressupostos de racionalidade.

¹⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 86.

¹⁸¹ Argumento utilizado, por exemplo, nas ações penais n.º: (i) 5000553-66.2017.404.7000, (ii) 5013405-59.2016.404.7000, (iii) 5014170-93.2017.404.7000, (iv) 5022179-78.2016.404.7000, (v) 5024266-70.2017.404.7000, (vi) 5024879-90.2017.404.7000, (vii) 5027685-35.2016.404.7000, (viii) 5030883-80.2016.404.7000, (ix) 5035263-15.2017.404.7000, (x) 5037800-18.2016.404.7000, (xi) 5051606-23.2016.404.7000, (xii) 5054186-89.2017.404.7000, (xiii) 5054932-88.2016.404.7000, como já apontado em TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista..., cit., p. 229, nr. 52.

1.4.2. Mecanismos (a princípio) extrapenais

Os principais mecanismos extrapenais para cercear a corrupção foram recrutados a partir do fim da década de 1980 e coincidem com a mudança de perspectiva acerca do tema.

A Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), também conhecida como Lei do Impeachment, define as condutas que, se praticadas por Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou Procurador Geral da República, ainda que de forma tentada, conduzem à sanção política de perda do cargo, com inabilitação temporária para o exercício de qualquer função pública (artigo 2º)¹⁸². A imposição dessa resposta política, de toda forma, “*não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal*” (artigo 3º).

A despeito de ter sido editada em 1950, a lei passou a ganhar relevância somente com o movimento denunciatório que marcou a presidência de José Sarney. A CPI da Corrupção e a denúncia por crime de responsabilidade que recaiu sobre o então presidente, posteriormente arquivada, abriram alas para o enraizamento da ferramenta do *impeachment* na cultura política brasileira¹⁸³.

No ano de 1990, foram editadas a Lei do Servidor Público (Lei nº 8.112/1990) e a Lei Ficha Limpa (Lei Complementar nº 64/1990), cada qual com um regime extrapenal voltado à salvaguarda das funções públicas. A Lei do Servidor Público, ao regular a atuação dos funcionários públicos, estabelece a sanção disciplinar de demissão àqueles que, por exemplo, praticarem “*crime contra a administração pública*”, “*improbidade administrativa*”, “*aplicação irregular de dinheiros públicos*”, “*lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional*” e “*corrupção*”¹⁸⁴ (artigo 131, incisos I, IV, VIII, X,

¹⁸² O termo “crime” de responsabilidade não é adequado, pois as sanções correspondentes são exclusivamente políticas.

¹⁸³ A exemplo dos processos de *impeachment* que afastaram Fernando Collor de Mello em 1992 e Dilma Rousseff em 2016.

¹⁸⁴ Note-se que não haveria necessidade de fazer a “corrupção” constar de inciso à parte, já que a conduta já consta do rol de crimes contra a administração pública. Não se descarta, sem embargo, que a expressão exerça um papel estratégico, já denotando o caráter polissêmico da corrupção, irrestrito aos tipos penais com esse *nomen iuris*. Nessa hipótese, o problema residiria na taxatividade da norma, que não é clara ao comunicar a conduta proibida ao jurisdicionado.

XI). Por sua vez, a Lei da Ficha Limpa, que conta com importante alteração datada de 2010, impõe a inelegibilidade temporária àqueles que se enquadrarem nas hipóteses arroladas na lei, muitas das quais pertinentes ao sentido amplo da corrupção, na seara penal e extrapenal¹⁸⁵.

Em 1992, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8492/1992), que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos. A norma passou por profundas alterações com a edição da Lei nº 14.230/2021, que pretendeu trazer mais racionalidade à matéria, sobretudo ao tratar a improbidade como conduta necessariamente dolosa e ao abraçar expressamente o princípio de *ne bis in idem* para algumas situações.

A lei distribui os atos ímprobos em três categorias, conforme (i) importem enriquecimento ilícito (artigo 9); (ii) causem prejuízo ao erário (artigo 10); e (iii) atentem contra os princípios da administração pública (artigo 11)¹⁸⁶.

Por sua vez, as sanções previstas pela norma podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa e consistem na (i) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) perda da função pública¹⁸⁷; (iii) a suspensão dos direitos políticos por

¹⁸⁵ A título exemplificativo, conforme as reformas trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010, são inelegíveis, para qualquer cargo, “e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (...) 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (...) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena”.

¹⁸⁶ A Lei nº 14.230/2021 revogou o artigo 10-A da Lei de Improbidade, que tratava dos atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

¹⁸⁷ De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 12 da Lei de Improbidade, incluído pela Lei nº 14.230/2021, a sanção de perda da função pública atinge, em regra, “apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração”. Excepcionalmente, nas hipóteses em que o ato de improbidade importar em enriquecimento ilícito, o

determinado período; e (iv) sanção repressiva, referente ao pagamento de multa e à proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios¹⁸⁸.

De fato, como pondera Luciano Anderson de Souza, a Lei de Improbidade Administrativa “*erige um sistema não penal robusto para a tutela da lisura no âmbito administrativo*” e, com isso, teria todo o potencial para promover uma reflexão sobre a maior efetividade da legislação administrativa e sobre as balizadas do direito penal nesse terreno¹⁸⁹.

A lei, porém, mesmo após a reforma de 2021, não chegou a exaurir esse debate.

É certo que a alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021 representou um grande avanço no sentido de uma maior coesão dentro do direito administrativo sancionador e entre este e o direito penal. Agora, as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base tanto na Lei de Improbidade como na Lei Anticorrupção passam a se sujeitar ao “*princípio constitucional do non bis in idem*” (artigo 12, § 7º da Lei 8.492/1992). Ainda, a reforma legislativa criou um maior diálogo entre as decisões penais e aquelas administrativas, principalmente ao estipular (i) que a absolvição criminal confirmada por decisão colegiada, por qualquer dos fundamentos previstos no artigo 386 do Código de Processo Penal, impedirá o trâmite da ação por improbidade administrativa pelos mesmos fatos (artigo 21 § 3º); e (ii) que as sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (artigo 21, § 5º).

Ao mesmo tempo, porém, o *caput* do artigo 12 ainda dispõe que as sanções nele cominadas serão aplicadas independentemente “*das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica*”. Ou seja, não se reconheceu integralmente a operatividade da proibição de *bis in idem* nas infrações cometidas por pessoas físicas, nem na relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Adiante na cronologia, a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº

magistrado poderá estender a sanção aos demais vínculos entre o indivíduo e o poder público, a depender das circunstâncias do caso e a gravidade da infração.

¹⁸⁸ Antes da edição da Lei nº 14.230/2021, previa-se a sanção de ressarcimento integral de eventual dano, de natureza reparatória.

¹⁸⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios...*, cit., p. 360.

101/2000), foram concebidas para disciplinar a gestão dos serviços públicos e da fazenda pública¹⁹⁰, de modo a reforçar o regular desempenho das atividades públicas. Aliás, propósito também perseguido pelos múltiplos códigos de ética no âmbito da administração pública federal, estadual e municipal¹⁹¹.

Nos anos seguintes, o Brasil perseguiu a responsabilização de pessoas jurídicas por práticas corruptivas, compromisso assumido na Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA), na Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE) e na Convenção de Mérida (ONU)¹⁹². Sob forte pressão internacional, intensificada pela crise econômico-financeira de 2008¹⁹³, o legislador brasileiro primeiro se deteve sobre o Projeto de Lei nº 4.410/2007¹⁹⁴, cujo escopo era tipificar “*o crime de corrupção das pessoas jurídicas em face da Administração Pública*”. Alguns anos depois, porém, ante a aparente estagnação dessa proposta, passou-se a investir no Projeto de Lei nº 6.826/2010¹⁹⁵.

Se o projeto de lei atendia às expectativas internacionais, sua efetiva aprovação, às pressas, deveu-se às manifestações populares que tomaram conta das ruas e noticiários de todo o território nacional nos meses de junho e julho de 2013¹⁹⁶. A despeito de abrigarem reivindicações dispersas, os protestos expressavam uma insatisfação generalizada quanto à gestão da coisa pública.

Assim foi editada a Lei nº 12.846/2013, que recebeu o nome de Lei Anticorrupção e foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.230/2015. Nos termos de seu artigo 1º, propõe-se a dispor “*sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou*

¹⁹⁰ Como sintetizam BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., pp. 311.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Corrupção e Administração Pública no Brasil: Combate administrativo e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 181-183.

¹⁹³ Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Corrupção no Brasil...*, cit., p. 697.

¹⁹⁴ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=352733>>. Último acesso em 19 jul. 2021.

¹⁹⁵ Em fevereiro de 2010, o relator do Projeto de Lei nº 4.410/2007 chegou a solicitar que à sua proposta legislativa fosse apensado o Projeto de Lei nº 6.826/2010, “*em face de veicularem matéria correlata*”, o que restou indeferido pela Câmara dos Deputados.

¹⁹⁶ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Corrupção e Administração...*, cit., pp. 183-186.

estrangeira”¹⁹⁷. De fato, como observa Sebastião Botto de Barros Tojal, uma grande inovação da lei é a previsão da responsabilização *objetiva* da pessoa jurídica por atos atentatórios à administração pública; os textos normativos que a precederam, tanto penais como extrapenais, dirigiam-se tão somente a pessoas naturais, a quem tradicionalmente se atribui a autoria desses fatos¹⁹⁸.

Na busca por uma nova cultura empresarial, a Lei Anticorrupção inspirou-se nos modelos de autorregulação regulada, em que as empresas devem se autoorganizar para atender aos padrões impostos pelo setor público. A dinâmica, nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, se dá pela “*instituição de deveres de colaboração da empresa perante o Estado e pela atribuição de responsabilidade empresarial*”¹⁹⁹.

No que tange a esse último aspecto – a responsabilidade empresarial –, o artigo 5º, ao dispor sobre os “*atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira*”, se vale largamente de construções típicas penais, sobretudo as relativas à corrupção ativa, à lavagem de capitais e aos crimes licitatórios²⁰⁰.

¹⁹⁷ A Exposição de Motivos que acompanhou o anteprojeto da Lei Anticorrupção retratou-a como uma solução à lacuna normativa “*existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos*”. A resposta ao problema se daria pela instituição de medidas voltadas “*a coibir, a prevenir e a combater a prática de ilícitos e a moralizar as relações entre empresas privadas e a Administração Pública*”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm. Último acesso em 20 jul. 2021.

¹⁹⁸ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013. *Revista dos Tribunais*, v. 947, versão digital, set. 2014, p.1.

¹⁹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal...*, cit., 2015, p. 317.

²⁰⁰ “*Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV – no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato*

As sanções impostas às empresas infratoras, por sua vez, são divididas em duas categorias. A responsabilização administrativa, aferida por autoridade administrativa, se dá pela (i) multa e (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória (artigo 6º), enquanto que a responsabilização civil, apurada na esfera judicial pelo rito da ação civil pública, pode acarretar (i) o perdimento de bens, direitos ou valores que constituam produto ou proveito da infração, (ii) a suspensão ou interdição das atividades, (iii) a dissolução compulsória da pessoa jurídica e (iv) a proibição temporária de receber incentivos públicos (artigo 19). Apesar do invólucro extrapenal atribuído a essas sanções – autoproclamadas “administrativas” e “civis” –, é evidente, notável mesmo, seu caráter ora aflitivo, ora estigmatizador, ora análogo aos efeitos de condenação penal.

No mais, a Lei Anticorrupção expressamente autoriza a sobreposição de reprimendas ao prever que, (i) “*na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial*” (artigo 18) e (ii) a aplicação de suas sanções não afeta a responsabilização decorrentes de ato de improbidade administrativa e de ilícitos licitatórios (artigo 30).

Mais recentemente, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) passou a tipificar as condutas sujeitas a sanções administrativas. O novo diploma adota uma lógica de responsabilização subjetiva, ao contrário da Lei Anticorrupção, para a qual a responsabilidade é objetiva.

As infrações arroladas no artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 compreendem desde irregularidades contratuais (incisos I a VII) até condutas mais graves (incisos VIII a XII), relativas a comportamentos fraudulentos ou inidôneos no contexto licitatório, à prática de atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação e, enfim, a qualquer ato lesivo

convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais”.

previsto no artigo 5º da Lei Anticorrupção²⁰¹. No caso dos incisos VIII a XII, assim, promove-se um nítido compartilhamento da tipicidade com as infrações da Lei Anticorrupção e, por tabela, com os tipos penais licitatórios²⁰². Já no que tange às sanções, a nova Lei de Licitações prevê as de (i) advertência²⁰³; (ii) multa, calculada em 0,5% a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado²⁰⁴; (iii) impedimento de licitar e contratar²⁰⁵; (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar²⁰⁶.

1.5. Conclusões parciais

Com as digressões alinhavadas, tem-se a moldura a partir da qual o trabalho seguirá. Hoje, a corrupção é reconhecida amplamente como um *problema* a ser devidamente encarado pelas instâncias de controle. Percebe-se, então, que há uma expansão horizontal e

²⁰¹ Na íntegra: “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I – dar causa à inexecução parcial do contrato; II – dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III – dar causa à inexecução total do contrato; IV – deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V – não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI – não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII – apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX – fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI – praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII – praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

²⁰² TOJAL, Sebastião Botto de Barros; BISSOLI, Leonardo. Comentário geral ao Título IV, Capítulo I da Lei nº 14.133/2021: a necessária integração sistêmica das sanções administrativas previstas na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei nº 12.846/2013 sob a égide do preceito da vedação ao *bis in idem*, no prelo. Os autores complementam: “Apesar de o inciso XII da Lei nº 14.133/2021, que também tipifica como infração administrativa os atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013 (o que demonstra a absorção dos ilícitos desta lei pela Nova Lei de Licitações), transmitir a ideia de que as demais infrações previstas na Nova Lei de Licitações não possuem relação com a Lei Anticorrupção, isso não é uma verdade. Com efeito, é possível verificar que as demais condutas tipificadas e estabelecidas nos incisos VIII a XI da Lei nº 14.133/2021, consideradas mais gravosas e praticadas com dolo, estão contempladas no artigo 5º, inciso IV da Lei nº 12.846/2013”.

²⁰³ Restrita à hipótese de dar causa à inexecução parcial do contrato, quando não se justificar penalidade mais gravosa (artigo 156, §2º).

²⁰⁴ Passível de ser aplicada “ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei” (artigo 156, §3º).

²⁰⁵ Aplicável ao responsável por qualquer das infrações administrativas do caput do artigo 155 da lei, à exceção da conduta de dar causa à inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. A sanção impede “o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos” (artigo 156, §4º).

²⁰⁶ Aplicável “ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos” (artigo 156, §5º).

vertical do direito penal que chega a mobilizar também outras áreas do direito, tudo para fazer frente às preocupações nacionais e internacionais em torno do tema.

Esse alargamento repressivo foi a resposta encontrada a necessidades materiais e jurídicas concretas. Essa não é *per se* uma iniciativa desarrazoada, mas há de ser compreendida criticamente pelos juristas²⁰⁷.

A existência de um *problema*, com consequências deletérias à cidadania e a outros interesses socialmente relevantes, valida a demanda por uma maior intervenção estatal para o controle da corrupção.

Resta saber, todavia, até que ponto o discurso repressivo não se converteu em um discurso demagógico e simbólico²⁰⁸, instigador da falsa (e já conhecida) tensão entre, de um lado, a efetividade da resposta sancionatória e, de outro, as garantias que limitam a função punitiva do Estado – aquele que se afirma como Democrático e de Direito²⁰⁹. Diz-se “falsa tensão” porque, em primeiro lugar, não se trata de uma relação binária: o *combate* à corrupção, historicamente, não necessariamente alcança uma maior eficácia na detecção e punição associadas ao seu pretendido efeito preventivo²¹⁰ – por vezes muito pelo contrário²¹¹ –, da mesma forma que a subsistência de garantias fundamentais não é eleita como um empecilho à erradicação da corrupção ou um incentivo à sua propagação. Em segundo lugar, apesar de a busca por respostas político-criminais adequadas e imediatistas instigar o reexame dos velhos tipos penais e das construções dogmáticas que deles emanam, desafiando aspectos Teoria Geral do Delito²¹², não haverá solução legítima se ela desrespeitar a *ultima ratio* e demais preceitos basilares que norteiam o direito penal²¹³. E

²⁰⁷ Em linha com ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional..., cit., pp. 65-66.

²⁰⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal..., cit., p. 81.

²⁰⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho..., cit., p. 25; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do...*, cit., pp. 97-98.

²¹⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., p. 12.

²¹¹ “*Ainda são muitas as questões em aberto e a realidade dos processos de casos de corrupção, que por vezes evidenciam a fragilidade da resposta penal e podem tornar-se um verdadeiro bumerangue no que diz respeito aos interesses que se pretende defender*”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). Presentación, cit., p. 11, tradução livre.

²¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., pp. 160-161.

²¹³ Com efeito, mesmo os “*projetos bem alinhados, com bons propósitos e cheios de boas intenções devem, primeiro, antes de receberem nomes com alto apelo de marketing, ser testados diante do rígido sistema de garantias constitucionais*”. WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo de Moraes de. Resistência, Prática de..., cit., p. 233.

uma ofensa nesse sentido anularia qualquer debate ulterior sobre o pretense antagonismo entre efetividade *versus* garantia²¹⁴.

A forma com que o Estado brasileiro reagirá à corrupção revelará, então, muito sobre sua espetacularização sobre a (ir)racionalidade no exercício de sua função punitiva. Por exemplo, o recrutamento do direito administrativo sancionador a esse *combate*, a princípio, poderia sugerir que as instâncias de controle buscaram racionalizar a intervenção estatal, deixando aos cuidados do direito penal somente as condutas que não seriam disciplinadas satisfatoriamente por outras instâncias. Porém, questiona-se se esse seria o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesses termos, com base no quadro punitivo delineado no tópico anterior, explorar situações de (in)aplicação do *ne bis in idem* no *combate à corrupção* será um termômetro para medir a afinidade do sistema repressivo brasileiro aos princípios que lhe são estruturantes. Essa é a proposta para os próximos capítulos.

²¹⁴ Como afirma Cláudia Cruz Santos, as novidades voltadas a um combate eficaz à corrupção são, em geral, bem-intencionadas. Porém, “*essas boas intenções não são, todavia, suficientes para legitimar uma extensão da intervenção punitiva do Estado contrária àqueles que devem ser os valores estruturantes de um Estado de Direito. Conhece-se a danosidade da corrupção e pretende-se que ela possa ser combatida de forma eficaz. O que é mais eficaz, porém, nem sempre é esse tão simples endurecimento da repressão penal no plano legal. Há muito a fazer antes disso e há muito a fazer para além disso. E mesmo isso – esse aperfeiçoamento dos instrumentos penais de combate à corrupção – pode ser feito de forma tecnicamente mais adequada e ainda respeitadora do garantismo penal*”. SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias..., cit., p. 38.

CAPÍTULO 2: AS ORIGENS HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DE *NE BIS IN IDEM* E SEU RECONHECIMENTO PELAS COMUNIDADES INTERNACIONAIS

Sumário: 2.1. Sobreposição de instâncias punitivas como consequência de uma lógica de recrudescimento sancionatório; 2.2. Trajetória histórica do princípio; 2.2.1. A retórica dos áticos; 2.2.2. As fontes de direito romano; 2.2.3. O princípio no direito canônico e a ruptura representada pela inquisição; 2.2.4. Anotações sobre o princípio nos sistemas de *common law*; 2.2.5. Iluminismo; 2.2.6. As experiências do século XX; 2.3. O princípio de *ne bis in idem* no direito internacional convencional; 2.3.1. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966); 2.3.2. Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica; 2.3.3. O Protocolo Adicional nº 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1984), do Conselho da Europa; 2.3.4. A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000); 2.3.5. Estatuto de Roma; 2.4. Conclusões parciais.

2.1. Sobreposição de instâncias punitivas como consequência de uma lógica de recrudescimento sancionatório

O capítulo anterior cuidou de delinear o fenômeno da corrupção e situá-lo em um contexto de expansão vertical e horizontal do direito penal. Esse foi o primeiro alicerce do presente trabalho. Cumpre, agora, fundar o segundo, a partir da investigação de uma consequência lógica desse processo de recrudescimento punitivo: a potencial sobreposição de respostas punitivas a um mesmo sujeito, pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento. Trata-se do estudo da proibição de *bis in idem*²¹⁵.

Os dois próximos capítulos pretendem explorar o *ne bis in idem* como peça-chave do exercício da potestade sancionatória e sua atual formulação como uma garantia irrenunciável do Estado de Direito. Compreendê-lo implica em analisar toda uma dinâmica do sistema penal, mas não só. Uma faceta extremamente importante do corolário, que se faz realmente presente em tempos de recrudescimento horizontal da intervenção sancionatória, é aquela pertinente ao imbricamento entre o direito penal e direito administrativo

²¹⁵ Aqui, faz-se importante um esclarecimento apresentado por Helena Regina Lobo da Costa. A proibição de *bis in idem* será amplamente denominada de princípio, inclusive neste trabalho, mas o fato é que “*apresenta características de regra, ou seja, é norma com alto grau de concretude e especificidade de sua determinação*”. Assim, mesmo que se adote o tradicional termo “princípio”, há de se ter em mente que “*não existe um espaço para cláusula de reservas em sua aplicação*”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, versão digital, jan./jun. 2015, pp. 6-7.

sancionador – mas cuja operatividade, no Brasil, não raro encontra resistência na máxima (que adquire feições de “mantra”) da *independência das instâncias*.

Será possível, no decorrer de ambos os capítulos, entender o estado de coisas deficitário em que se encontra o sistema jurídico brasileiro e suas consequências (deletérias ao Estado Democrático de Direito), bem como traçar uma primeira orientação de como devem se portar os operadores do direito em uma perspectiva de *lege lata e lege ferenda*.

Nessa medida, este capítulo especificamente cuidará da trajetória histórica do princípio e a experiência de absorção do *ne bis in idem* no direito internacional comunitário, ao passo que o capítulo seguinte, de número 3, tratará analiticamente do conteúdo do princípio e de seu manejo para a salvaguarda da garantia fundamental que ele veicula. Para tanto, serão investigados aspectos como (i) seus fundamentos, (ii) suas vertentes, (iii) seus pressupostos de aplicação, (iv) as ferramentas hermenêuticas à solução do concurso de normas, (v) sua utilidade na interface entre direito penal e direito administrativo sancionador e, finalmente (vi) sua recepção no direito brasileiro.

Como se vê, o que se tem em mente aqui é buscar uma compreensão estrutural e funcional do princípio, reconhecendo-se como vetor último a sua efetividade.

2.2. Trajetória histórica do princípio

Para que se possa, em linhas futuras, discutir o princípio de *ne bis in idem* e, sobretudo, a recepção que lhe faz o sistema punitivo brasileiro, sua trajetória histórica merece ser retomada. O que se pretende com isso não é o preenchimento de um simples protocolo, muitas vezes tido como prescindível na abordagem crítica de um instituto jurídico. Pelo contrário, essa aproximação histórica proverá o pesquisador de ferramentas para que examine a própria realidade e ponha à prova as soluções propostas pela legislação e pela atividade jurisprudencial às demandas atuais e futuras²¹⁶.

As manifestações históricas do *ne bis in idem* revelam o pano de fundo do respectivo sistema jurídico e, nessa medida, seu compromisso (ou descompromisso) com pressupostos lógico-rationais. O reconhecimento e a extensão do princípio em dada

²¹⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 5.

sociedade dizem sobre a maturidade de seu pensamento jurídico e, em última análise, ilustram a relação travada entre o indivíduo e o poder constituído²¹⁷.

Uma ressalva, no entanto, deve ser feita a fim de evitar anacronismos: as expressões que passarão a ser empregadas nesta investigação – tais como crime, processo, persecução penal e até mesmo *ne bis in idem* – devem ser relativizadas e conformadas a cada contexto histórico retratado. É certo que os conceitos próprios da concepção moderna de direito penal e processual penal não se confundem com aqueles de tradições passadas. No entanto, torna-se legítima uma equiparação terminológica, uma vez que os anteriores rituais de julgamento e as punições impostas às condutas transgressoras confluíram, em sentido amplo, para a conformação do sistema atual²¹⁸.

O conceito de *ne bis in idem* passou por um desenvolvimento pendular, com retrocessos visíveis ao longo, por exemplo, da experiência da inquisição e do nacional-socialismo alemão²¹⁹. A evolução do postulado é também marcada por ramificações, tanto que se faz presente em ambos os sistemas da *civil law* e *common law*. E, para além das fronteiras nacionais, o princípio repercute no direito internacional público e no direito comunitário²²⁰.

Não há consenso sobre a origem do *ne bis in idem*. Ao tratarem de seus antecedentes históricos, José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas reportam-se, inclusive, a passagens do livro do Profeta Nahum, no Antigo Testamento, de natureza exclusivamente teológica e estranha ao sistema de justiça e à organização da sociedade hebreia. Nesse texto bíblico, datado aproximadamente do século VII a.C., há passagens asseverando que Deus não se insurgiria duas vezes contra um mesmo fato²²¹. Se, como os

²¹⁷ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes “ne bis in idem”*. Berlin et all: Springer, 1999, p. 7.

²¹⁸ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 6.

²¹⁹ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., p. 7.

²²⁰ Cf., por exemplo, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 181.

²²¹ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in idem: hechos, penas, sanciones*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 28-29. Inclusive, para Muñoz Clares e Caballero Salinas, o Código de Hamurábi, usualmente datado do século XVIII a.C., poderia ser tido como “*a primeira referência ao instituto da coisa julgada*”, pois previa que o juiz prolator de uma sentença equivocada seria punido com o pagamento de altas custas e com a perda de sua função. V. também HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of Classical Canon Law*. Atenas, Georgia: University of Georgia Press, 2010, p 287; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 11-12.

próprios autores adiantam²²², esses registros são irrelevantes para o aferimento do conceito jurídico de *ne bis in idem*, também demonstram a simplicidade do raciocínio que o fundamenta; ao fim e ao cabo, resume-se à impossibilidade de repetir aquilo que já foi feito²²³.

Um ponto de discordância entre juristas é saber se o berço da proibição à dupla resposta punitiva pelos mesmos fatos estaria na sociedade que primeiro a introduziu em suas relações jurídicas ou, por outro lado, na sociedade que primeiro a sistematizou. A discussão, contudo, não é binária. A depender dos critérios adotados, o marco histórico referente à sistematização do *ne bis in idem* variará, criando-se um abismo milenar entre suas prováveis origens²²⁴.

Nesse cenário, é bem-vinda e mesmo necessária uma abordagem cronológica e mais ampliativa, que permita expor as principais referências sobre o tema.

2.2.1. A retórica dos áticos

Para parte dos autores, o princípio de *ne bis in idem* – “*não em seu nome, mas em sua essência*”²²⁵ – emanou do direito grego e, mais especificamente, da retórica dos áticos. Embora, na Grécia Antiga, as instituições jurídicas não tenham sido sistematizadas²²⁶, a vedação ao múltiplo castigo em razão do mesmo fato foi reconhecida por aquela civilização enquanto pressuposto da lógica, tendo inclusive ganhado respaldo legal.

De acordo com José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas, a eclosão de uma cultura científica dedicada ao estudo dos fatos, nos séculos VI e V a.C., propiciou a materialização do axioma, que veio a ser conclamado no mundo jurídico da *polis* ateniense

²²² MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 28.

²²³ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El principio de 'ne bis in idem' en el derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 17-36. p. 17.

²²⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidades de sanções e de agências e controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 71-92., jul./dez. 2018, pp. 76-77.

²²⁵ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 28, tradução livre.

²²⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 34.

a partir das reformas de Sólon, iniciadas em 594 a.C., sobretudo com a Constituição de Atenas²²⁷.

Tem-se registro de referência expressa ao postulado no século IV a.C., em dois *discursos* realizados pelo orador Demóstenes, rituais da tradição jurídica grega consistentes na exposição persuasiva perante os tribunais em defesa de determinado interesse²²⁸. No primeiro, contra Leptino, de 355 a.C., Demóstenes sustentou que a lei não permitiria que uma mesma pessoa fosse julgada duas vezes pelo mesmo motivo²²⁹. O orador, em sua exposição, invocou a Constituição de Atenas para asseverar a proibição de uma dupla consequência sancionatória ao mesmo fato, seja pela dupla persecução, seja pela acumulação de reprimendas.

Em uma segunda oportunidade, em seu discurso contra Timócrates, datado de 353 a.C.²³⁰, Demóstenes recorre à lei ateniense para sustentar que uma causa, uma vez julgada definitivamente, não poderia ser objeto de nova deliberação, reivindicando, já naquela época, a autoridade do que hoje se entende por coisa julgada²³¹.

Mesmo em momento tão incipiente da tradição jurídica, a obra de Demóstenes apresenta a essência do princípio de *ne bis in idem*, dotado de triplo conteúdo em sua formulação grega original: a proibição de processar duas vezes uma mesma pessoa pelo “mesmo”, de acumular sanções sobre fatos idênticos e de revisitar uma matéria já decidida pelo tribunal competente²³². Mais do que isso, os discursos de Demóstenes indicam que o princípio foi elevado a um *status* de norma legal já naquela época²³³, visto que o orador se reporta à Constituição de Atenas, cujo texto original se perdeu no tempo. Por essa razão, José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas se fiam no conteúdo das sustentações de

²²⁷ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 29-30. Como explicam os autores, Sólon reduziu a termo as leis que antes estavam restritas à tradição oral, conferindo-lhes publicidade. Cf., também, SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 7 e 13.

²²⁸ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 30.

²²⁹ O caso tratava de isenções fiscais a favor de determinados benfeitores de Atenas. Como relatam Muñoz Clares e Caballero Salinas, Leptino “havia submetido à aprovação uma lei que privava de tais isenções os herdeiros dos beneficiários originais”. MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 30.

²³⁰ Nesse discurso, Demóstenes insurgia-se, em nome de Diodoro, “*contra as facilidades propostas por Timócrates para os devedores em mora com o Estado*”. In: CARLETTI, Amilcare. *Demóstenes: As Olíntias: As Felípicas*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1995, p. 41.

²³¹ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 31-32.

²³² MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 32-33.

²³³ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis...*, cit., p. 33.

Demóstenes para identificar a Constituição de Atenas como “a primeira tentativa séria de criar um sistema jurídico no âmbito da cultura que acabou dando lugar à nossa”²³⁴.

2.2.2. As fontes de direito romano

Apesar de haver controvérsia doutrinária a respeito²³⁵, há fortes indícios de que a tradição ática constituiu verdadeiro precedente à assimilação do princípio pelo direito romano, sobretudo na regulação das relações privadas²³⁶.

Sob as formulações *bis de eadem re ne sit actio*²³⁷ e *bis de eadem re agere ne liceat*²³⁸, a tônica do princípio era notadamente processual no direito romano, ao proibir a proposta e o julgamento de demandas repetidas com idêntico objeto²³⁹. Nesse sentido, era encarado como uma consequência lógica do processo, não como garantia conferida ao acusado — que seria análoga à corrente noção de “direito fundamental”²⁴⁰. Keity Saboya anota que, tradicionalmente, no direito romano, a percepção do princípio é associada ao fenômeno da consunção, uma vez que “*exercido um direito, não seria possível exercê-lo novamente*”²⁴¹. A finalidade, assim, seria a mesma da exceção da coisa julgada, o que pode explicar a semelhança entre os pressupostos da coisa julgada (identidade de partes, pedido e fundamento) e do princípio de *ne bis in idem* (identidade de sujeitos, fatos e fundamento) nos atuais ordenamentos de *civil law*, em larga medida influenciados pelo direito romano²⁴².

No que diz respeito à persecução punitiva, a primeira referência escrita ao princípio *ne bis in idem* no direito romano estaria na Lei das Doze Tábuas²⁴³, que, em meados do século V a.C., inaugurou o registro escrito do sistema de justiça romano – uma conquista

²³⁴ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 34, tradução livre.

²³⁵ Cf., exemplificativamente, SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., p. 7.

²³⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 14-16; CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 18.

²³⁷ “Não haja ação duas vezes sobre a mesma coisa”, tradução livre.

²³⁸ “Não é lícito acionar duas vezes pela mesma coisa”, tradução livre.

²³⁹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem em tempos...*, cit., p. 75.

²⁴⁰ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 14-16.

²⁴¹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem em tempos...*, cit., p. 75.

²⁴² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem em tempos...*, cit., p. 75; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 10.

²⁴³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 7.

dos plebeus perante os patrícios à época dos conflitos sociais que marcaram o período da República na Roma Antiga²⁴⁴.

Outras alusões ao princípio são identificadas em leis da República no século II a.C., momento em que Roma vivenciava franca expansão territorial²⁴⁵.

Para López Barja de Quiroga, mesmo os antecedentes do *ne bis in idem*, ainda enquanto “*princípio geral*”, remeteriam a momento posterior: o Alto Império Romano²⁴⁶. Em discurso do fim do século I d.C., o orador romano Quintiliano disse ser proibido acionar “*duas vezes pela mesma coisa*”, da mesma forma que o jurisconsulto Gaio, ainda que com viés ético (e não jurídico), chegou a afirmar que “*não é conforme a boa fé que se reclame duas vezes pelo mesmo*”²⁴⁷.

Jacobo López Barja de Quiroga, não obstante reconheça a dificuldade de precisar a origem do princípio, situa esse marco no século III d.C.²⁴⁸, com as chamadas Sentenças de Paulo, ponderações jurídicas atribuídas ao jurista de mesmo nome. Esse é um dos quatro textos jurídicos romanos que compuseram a obra *Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulti*, um tratado jurídico pré-justiniano que abarcava determinados temas do sistema de justiça da época e que posteriormente integrou o *Breviarium Alaricianum*, coletânea jurídica promulgada no reino visigótico entre 408 e 507 d.C.²⁴⁹

²⁴⁴ BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; STANDISH, Meacham. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais*. Tradução Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 2005, v.2, pp. 143-144.

²⁴⁵ “*Costuma-se também atribuir a origem desse princípio à edição da Lex epetundarum – aproximadamente entre os anos 123-122 a.C. –, no direito romano, na qual se fixou que a sentença poria fim ao processo, não se admitindo nova ação pelos mesmos fatos*”. In: SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 7.

²⁴⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykson, 2004, p. 15, tradução livre. Nessa obra, López Barja de Quiroga realiza uma análise histórica com o fim de compreender as origens da denominação “*ne bis in idem*”. Sua investigação volta-se especificamente a essa questão terminológica. É nesse sentido que afirma que o princípio *non bis in idem exigatur* não gozava de especial relevância no direito penal da civilização romana.

²⁴⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 15, tradução livre. Ainda, v. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 7-8.

²⁴⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 15.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Alexandre Espina. *Consultatio ueteris cuiusdam iurisconsulti: tradução e identificação de aspectos retóricos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Estudos Literários, na linha de pesquisa em Estudos Clássicos. Faculdade de Letras Universidade Federal de Minas Gerais. 2008, pp. 12-15. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/ECAP-7GBL7C/1/consultatio_ueteris_cuiusdam_iurisconsulti.pdf>. Acesso em 2 abr. 20>.

Nas Sentenças de Paulo, uma enxuta frase resumiria uma faceta mais restritiva do *ne bis in idem*: “*Pelos delitos pelos quais alguém foi absolvido, aquele que o acusou não pode reiterar a acusação*”²⁵⁰.

Dando continuidade à leitura da tradição romana, diversos autores reconhecem que o princípio *ne bis in idem* foi efetivamente consagrado na grande obra compiladora e sistematizadora do imperador bizantino Justiniano: o *Corpus Iuris Civilis*, publicado em 529 d.C.²⁵¹. A partir dele, inclusive, teria se dado a transmissão e a incorporação do *ne bis in idem* aos sistemas jurídicos de matriz latina – assim como tantos outros institutos jurídicos²⁵².

José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas elencam algumas importantes contribuições do *Corpus Iuris Civilis* à definição do princípio *ne bis in idem*. Apontam que sua delimitação aparece no *Codex 9.2.9*, em dispositivo que proibia que a determinado acusado recaísse reiteradamente a mesma acusação²⁵³. No Digesto 42.1.1, o instituto da coisa julgada (*res iudicata*) também foi regulado²⁵⁴ e poderia ser suscitado em relação à ação que desrespeitasse o preceito²⁵⁵. Para os autores, além de ter preservada a formulação constante da Constituição de Atenas, o que demonstraria a linha de continuidade entre as tradições jurídicas grega e romana, a compilação de Justiniano teria ainda tratado de hipóteses análogas ao que hoje se entende por concurso formal de crimes²⁵⁶.

Descrita a trajetória do princípio *ne bis in idem* nas civilizações grega e romana, o próximo passo é seu exame na posterior tradição europeia continental, especialmente no direito canônico. Não se pode deixar de destacar, de toda forma, que o princípio foi

²⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 15, tradução livre.

²⁵¹ Cf., por exemplo, SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., p. 8; MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 34-36.

²⁵² MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 35.

²⁵³ “*Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest*”.

²⁵⁴ “*Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolute contigit*”. V. também HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of...*, cit., pp. 285-288.

²⁵⁵ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., p. 8.

²⁵⁶ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 35. Keity Saboya indica que o *Corpus Iuris Civilis* teria igualmente previsto que, uma vez absolvido, um homem não poderia sofrer novas ações pela mesma ofensa, bem como que ninguém poderia ser demandado pelo mesmo crime com fundamento em diversos estatutos legais. Cf. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 11.

desenvolvido e sentido de forma diversa em outras tradições jurídicas nas quais o direito romano se fez menos presente, como é o caso do direito anglo-saxão²⁵⁷.

2.2.3. O princípio no direito canônico e a ruptura representada pela Inquisição

A Igreja Católica desenvolveu-se paralelamente ao Império Romano, até que, progressivamente, a maior tolerância levou à declaração do cristianismo como religião oficial do reino pelo imperador Teodósio I, em 380 d.C. A partir disso, o cristianismo, consolidado, passou a regular diversos âmbitos da vida imperial²⁵⁸. Jérôme Baschet explica que, desde então, “*a vinculação da Europa ao cristianismo é uma longa aventura que termina por volta do ano mil*”, destacando o papel das conquistas de Carlos Magno na conversão dos povos saxões²⁵⁹.

Da mesma forma com que se logrou concentrar e sistematizar as fontes do direito romano com o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, também houve, no campo do direito canônico, um esforço de organização que objetivava, em tese, o acesso às regras da Igreja por todos os cristãos. Desde a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., diversas obras jurídicas canônicas foram paulatinamente compiladas e “recompiladas”, acompanhando a expansão institucional da Igreja até que finalmente se publicou, no século XVI, o *Corpus Iuris Canonici*²⁶⁰. A obra, tida como fonte básica do direito canônico até o início do século XX, chegou a abordar o princípio *ne bis in idem* e o fez sob uma perspectiva notadamente processual, na esteira da tradição romana²⁶¹.

Um dos textos do *Corpus Iuris Canonici* é o Decreto de Graciano (*Decretum Gratiani*), monge e jurista que, ainda em meados do século XII, reuniu cerca de 4.000 textos

²⁵⁷ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 35-36.

²⁵⁸ Cf. BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; STANDISH, Meacham. *História da civilização...*, cit., pp. 178-187.

²⁵⁹ BASCHET, Jérôme. *A civilização feudal: do ano mil à colonização da América*. Prefácio de Jacques Le Goff. Tradução de Marcelo Rede. São Paulo: Globo, 2006, p. 62.

²⁶⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio*. Coimbra: Grupo Almedina, 2012, pp. 139-141. De acordo com o jurista, “*esta progressiva extensão do domínio jurídico jurisdicional da Igreja foi ainda facilitada pela derrocada das estruturas políticas, jurídicas e jurisdicionais no Ocidente europeu consequente à queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e às invasões germânicas. Cada vez mais prestigiada culturalmente, pelo seu domínio quase exclusivo da cultura escrita, e prosseguindo uma política – embora hesitante e cheia de concessões –, a Igreja tende a hegemonizar os mecanismos políticos e jurídicos, procurando impô-los aos reis e tutelar as organizações políticas periféricas (cidades e comunidades locais)*”.

²⁶¹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 16.

de direito canônico dos séculos anteriores, adicionando-lhes comentários ou apenas sintetizando-os²⁶². Jacobo López Barja de Quiroga faz remissão à passagem do Decreto de Graciano que estabeleceu, como regra geral, que aquele acusado por alguém não poderia sê-lo por outro²⁶³. O dispositivo proibiria a propositura de nova acusação, pelos mesmos fatos, sobre a mesma pessoa, independentemente de ela ostentar o *status* de condenada ou absolvida na primeira²⁶⁴.

Um século depois, em 1246, os Decretos papais do Papa Gregório IX, também constantes do *Corpus Iuris Canonici*, veicularam regra mais restritiva, segundo a qual a acusação não poderia ser repetida em relação aos crimes dos quais o acusado foi absolvido²⁶⁵. Essa configuração repercutiu, por exemplo, no direito germânico²⁶⁶ e, do que faz concluir uma análise mais aprofundada, até mesmo no direito inglês²⁶⁷.

A regulação do princípio, que de fato existiu no direito canônico, foi abolida com o procedimento inquisitorial, no século XIII.

Advinda do direito canônico italiano²⁶⁸, a Inquisição introduziu, no lugar do *ne bis in idem*, a máxima *absolutio ab instantia*, “em virtude da qual, quem tivesse sido absolvido por um tribunal, podia ser processado de novo [e indefinidamente] se apreciados novos indícios”²⁶⁹. Procedeu-se à quebra da divisão entre acusador e juiz e à rejeição do contraditório. A pouca importância dada à coisa julgada, combinada à busca a qualquer preço pela “verdade material”, seja lá o que isso pudesse significar, punha fim à menor pretensão de respeito aos interesses do acusado, inclusive o de não ser submetido a reiteradas acusações idênticas²⁷⁰.

²⁶² HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia...*, cit., pp. 140-141.

²⁶³ “*Ab alio delatum alius deferre non potest: sed eum, qui abolitione publica aut priuata interveniente, aut desistente accusatore de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur*”.

²⁶⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 16.

²⁶⁵ “*De his criminibus, de quibus absolutus est accusatus non potest accusatio replicari*”, voltada, frise-se, apenas a absolvidos.

²⁶⁶ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., p. 8.

²⁶⁷ HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of...*, cit., pp. 284-287.

²⁶⁸ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 9-10.

²⁶⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 17.

²⁷⁰ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., p. 9; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 17.

É certo que, ainda no século XIII, identifica-se legislação sobre o princípio, com o viés processual. As *Leyes de Siete Partidas*, durante o reinado de Alfonso X de Leão e Castela (1252-1284)²⁷¹, dispuseram sobre a proibição de acusar depois de juízo acabado sobre os mesmos fatos, devendo a coisa julgada “ser tida por verdade”. No entanto, Keity Saboya relembra que esse mesmo conjunto de normas admitia a tortura enquanto mecanismo legítimo de condução processual²⁷².

Os futuros Estados Absolutos, por sua vez, não se mostravam afeitos ao princípio²⁷³. A proteção que o *ne bis in idem* representaria diante do poder persecutório estatal, concentrado na figura do monarca e nas suas vontades, contrariava os termos do contrato social hobbesiano, que implicava a transferência, pelo cidadão, de todos os seus direitos – exceto o direito à vida – ao Estado como condição de superação do caos e manutenção da ordem.

A ruptura que a Inquisição causou à continuidade do princípio, assim, só seria remediada no fim do século XVIII, e com novas roupagens²⁷⁴.

2.2.4. Anotações sobre o princípio nos sistemas de *common law*

Não raro, o surgimento do princípio nos sistemas da *common law* – compreendido como a proibição de *double jeopardy* – é enunciado como independente e dissociado das experiências da Europa Continental. Como pontua Richard H. Helmholz²⁷⁵, existe até mesmo a propensão de tratar a regra como simples axioma, uma máxima universal do direito da *common law*. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos da América já o descreveu como um direito “*profundamente arraigado*” nesse sistema de justiça²⁷⁶. O autor, contudo, mostra-se cético para com esses entendimentos e defende a hipótese de a proibição de *double jeopardy* ter sido, em alguma medida, importada do *ius commune* da Europa

²⁷¹MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 36-37; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 17-18.

²⁷²SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 18.

²⁷³SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 17.

²⁷⁴Para Muñoz Clares e Caballero Salinas, por exemplo, no processo constituinte estadunidense, quando da edição da V emenda. MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 38. V. ainda COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 181, nr. 615.

²⁷⁵HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of...*, cit., pp. 284-287.

²⁷⁶HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of...*, cit., p. 285, tradução livre.

Continental, mais especificamente do direito canônico, que, por sua vez, funda alicerces no direito romano²⁷⁷.

Feita essa ressalva, o embrião da vedação de *double jeopardy*, na *common law* inglesa, é associado aos pleitos de absolvição anterior (*plea of o autrefois acquit*) e de condenação anterior (*plea of autrefois convict*) que, no século XII, podiam ser suscitados para repelir uma segunda acusação sobre fatos já julgados²⁷⁸. A ideia por detrás do princípio era a de que ninguém poderia ter a vida colocada em risco (*jeopardy*) reiteradamente em razão de uma mesma ofensa²⁷⁹.

Também data do século XII o evento tradicionalmente considerado paradigmático para a consagração do princípio nos sistemas de *common law*. Trata-se de disputa entre o poder monárquico e o religioso na Inglaterra, uma de muitas protagonizadas pelo rei Henrique II e o arcebispo de Canterbury Thomas Becket. A discussão girou em torno da possibilidade, tal como reivindicado por Henrique II, de clérigos serem julgados e punidos por ambas as cortes eclesiásticas e reais, duas autoridades (e, por que não dizer, instâncias) distintas²⁸⁰. A despeito da pretensão real, prevaleceu o *ne bis in idem* ou, em outros termos, a proibição de *double jeopardy*²⁸¹.

No direito estadunidense, há registro do princípio no documento *Body of Liberties* da colônia de Massachusetts, datado de 1641. Mais de um século depois, a proibição foi introduzida na Constituição daquele Estado através da Quinta Emenda da Declaração de Direitos dos Estados Unidos da América (*Bill of Rights*), ratificada em 1791. Prevê a Quinta Emenda, entre outras garantias, que nenhuma pessoa correrá o risco de perder sua vida ou membro, por duas vezes, em razão da mesma violação. O entendimento que veio

²⁷⁷ HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of...*, cit., pp. 285-288. Na obra, o autor retoma inclusive o Livro do Profeta Nahum, do Antigo Testamento, entendido, pelos comentadores do direito canônico, como fonte legítima para fundamentar princípios de seu sistema de justiça. Saboya, por sua vez, também assinala haver quem defenda que o *double jeopardy* remontaria a época anterior à civilização romana, como antigas leis judaicas, como é o caso de Brian Carter-Stiglitz. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 11.

²⁷⁸ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do “ne bis in idem” e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, pp. 11-75, jul./set. 2005, p. 28; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem em tempos...*, cit., p. 77.

²⁷⁹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 28.

²⁸⁰ HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of...*, cit., pp. 284-285; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 28-29; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 181 e nr. 615.

²⁸¹ Idem.

a se consolidar naquela Suprema Corte é de que a proibição de *double jeopardy* é aplicável somente ao governo federal estadunidense, reconhecendo-se independência entre as instâncias federal e estaduais no que tange à aplicação de garantias constitucionais²⁸².

Outrossim, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia explica que, apesar de se referir à dupla sanção, a garantia volta-se também ao duplo indiciamento pelos mesmos fatos. Para a aferição de eventual identidade de fatos, a Suprema Corte estadunidense instituiu o denominado teste de Blockburger em 1932, de acordo com o qual haveria *double jeopardy* se ambas as violações pudessem ser demonstradas exatamente a partir dos mesmos elementos de prova²⁸³.

O panorama do instituto na *common law*, além de sua importância para o presente esboço histórico, não pode passar despercebido pelos operadores da *civil law*, ante os rumos da atual expansão do direito penal no contexto globalizado, em que há uma hegemonia dos padrões legais anglo-saxônicos²⁸⁴. O exame crítico do manejo da proibição de *double jeopardy* – não somente sua assimilação irrefletida – faz-se imprescindível para evitar eventual reprodução de falsas soluções em relação ao *ne bis in idem*. Assim, ao mesmo tempo que o Teste de Blockburger é um meio interessante para dirimir dúvidas acerca de uma identidade de fatos (*idem*)²⁸⁵, a independência entre as “esferas” (federal e estadual ou, aproximando-se da controvérsia brasileira, administrativa e penal) há de ser vista com muita cautela, como será aduzido no próximo capítulo.

2.2.5. Iluminismo

De volta ao processo de amadurecimento do princípio nos sistemas de *civil law*, como dito antes, foi apenas no século XVIII que se debelou o retrocesso representado pela Inquisição.

²⁸² MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 30-32. A propósito, em 17 de junho de 2019, a Suprema Corte entendeu que um mesmo acusado poderia ser processado pelo mesmo injusto por ambas as cortes, federal e estadual, em uma exceção ao princípio de *double jeopardy*. A Ministra Ruth Bader Ginsburg e o Ministro Neil M. Gorsuch foram dissidentes.

²⁸³ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 31.

²⁸⁴ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. As transformações do..., cit., p. 236.

²⁸⁵ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 184-185.

O movimento iluminista reintroduziu o processo acusatório e rejeitou veementemente a máxima *absolutio ab instantia*²⁸⁶. Com a Revolução Francesa, o *ne bis in idem* chegou ao nível constitucional em 1791.

A garantia do *ne bis in idem* é, com efeito, uma das razões de ser e um dos elementos conformadores do Estado de Direito, pois também está relacionada à contenção da arbitrariedade estatal. A segurança jurídica, nesse contexto, adquire múltiplas facetas, manifestando-se como “*soma da certeza com a legalidade, hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade do não favorável e contenção da arbitrariedade*”²⁸⁷.

O artigo 9º da Constituição francesa de 1791, entre diversas garantias penais, estabeleceu que “*todo homem absolvido por um júri legalmente constituído não pode mais ser julgado nem acusado de novo em razão do mesmo fato*”. O Código Brumário e o Código de Instrução Criminal também reconheceram expressamente o princípio²⁸⁸. Para além das fronteiras do direito francês, o princípio foi incorporado ao movimento de codificação que ocorreu na Europa ao longo do século XIX, tendo sido acolhido “*basicamente em seu caráter puramente processual, como decorrência, precipuamente, da marcante tradição do direito romano na formação jurídica dos povos da Europa Continental*”²⁸⁹. Daí, o *ne bis in idem* espalhou-se por diversos ordenamentos de países ocidentais²⁹⁰.

²⁸⁶ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 10-11.

²⁸⁷ NAVARRO CARDOSO, Fernando. El principio ne bis in idem a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y crítica. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001, v. 1, pp. 1217-1230, p. 1220, fazendo referência à Sentença do Tribunal Supremo Constitucional Espanhol, nº 27/1981, de 20 de julho de 1981 (RTC 1981/27).

²⁸⁸ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 18.

²⁸⁹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 19.

²⁹⁰ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 29. Para o autor, até mesmo o texto constitucional estadunidense teria se inspirado nas ideias que emanaram da Revolução Francesa, especialmente no que tange à sua Quinta Emenda. Por sua vez, a jurista Britta Specht, debruçando-se sobre o direito alemão, explica que as contribuições do movimento iluminista levaram à positivação de princípios basilares do processo no RStPO/1877. O *ne bis in idem*, embora não tenha sido positivado naquela oportunidade, também passou a ser considerado um fundamento evidente do processo penal, aceito largamente pela jurisprudência, o que, segundo a autora, só pode ser explicado pelo contexto em que se desenvolveu a matéria. SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 10-12. De toda forma, Muñoz Clares e Caballero Salinas apresentam uma exceção a essa tendência de ampla aceitação do princípio pelos ordenamentos do século XIX: os Códigos Penais espanhóis de 1850 e 1870 expressamente permitiam e regulavam a duplicidade de sanções administrativas (municipais) e penais, sob o argumento da duplicidade de competência, “*rompendo assim com a tradição de respeito ao princípio que desde a dominação romana (...) havia sido a usual*”. MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 40, tradução livre.

2.2.6. As experiências do século XX

Os rumos experimentados pelo desenvolvimento do princípio *ne bis in idem* no século XX são diversos. São muitas as variáveis que passam a sujeitar cada ordenamento jurídico, que não se circunscrevem à trajetória histórica do respectivo Estado.

Entre elas, estão as novas funções, nem sempre compatíveis, assumidas pelo aparelho estatal, dele exigindo uma postura mais intervencionista. De um lado, o poder estatal foi recrutado a promover a concretização de direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural, e, de outro, a contornar as contradições inerentes ao liberalismo econômico consagrado no século anterior²⁹¹. Em outros termos, tomando emprestadas as palavras de Laura Zúñiga Rodríguez, “*a intervenção jurídica da Administração no Estado Social e mais ainda no Estado de Bem-Estar Social se tornou maior e mais complexa*”²⁹².

A então configuração do Estado de Direito, de matiz liberal, viu-se obrigada a confrontar o alargamento da administração, que se fez cada vez mais presente, e das funções a ela atribuídas. Aos funcionários públicos, no contexto do poder sancionatório da administração pública, foi dada a prerrogativa de privar indivíduos de bens jurídicos patrimoniais, assim como de lhes impor multa administrativa²⁹³. Para além da sanção penal, confere-se legitimidade à intervenção estatal por meio da sanção administrativa²⁹⁴.

Sob o influxo dessa nova realidade, mais complexa, ganhou espaço nas discussões acerca do *ne bis in idem* a eventual sobreposição entre as esferas penais e administrativas. A experiência espanhola é um exemplo. Os Códigos Penais de 1850 e 1870 permitiam expressamente que se sancionasse reiteradamente a mesma conduta, se tipificada tanto pela legislação penal como pela administrativa (municipal). Com o advento do Código Penal espanhol de 1928, todavia, esse entendimento foi revisto e substituído por previsão

²⁹¹ O tema já foi abordado em TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista..., cit., pp. 211-212.

²⁹² ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador? Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador? In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2007, v. 1, pp. 1417-1444, p. 1420.

²⁹³ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho..., cit., p. 1418.

²⁹⁴ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho..., cit., p. 1420.

“proibindo terminantemente que em tais hipóteses se desse lugar a dupla sanção de um mesmo fato”²⁹⁵.

Outrossim, no século XX, os influxos das relações internacionais também são decisivos para a conformação do ordenamento jurídico dos Estados, o que compreende os contornos da garantia de *ne bis in idem*.

No direito alemão, por exemplo, apesar de o princípio não ter sido positivado no ordenamento jurídico do *Segundo Reich* (1871-1918), ele integrava a jurisprudência dos tribunais, que proibiam a persecução por fatos sobre os quais a corte já havia se pronunciado. Na relação entre Estados, a mesma preocupação existia e era prevista em lei. O Código Penal imperial, de 1871, valia-se do princípio da territorialidade para impedir, em regra, a persecução dos delitos cometidos por alemães no exterior. Para os casos excepcionais de extraterritorialidade, isto é, de aplicação da lei nacional aos delitos praticados no estrangeiro, existiam mecanismos legislativos específicos para evitar o *bis in idem*, mecanismos esses que se mantiveram intactos ao longo da República de Weimar (1919-1933)²⁹⁶.

A vigência da garantia, contudo, foi suspensa pela legislação nazista, evidência de um regime voltado à negação dos direitos individuais. Como aponta Britta Specht, as formalidades do processo foram deixadas de lado pelo nazismo, e a abstração e a racionalização do direito foram relevadas em nome da execução de uma *verdade intuitiva*²⁹⁷.

Naquele contexto político, o direito serviu exclusivamente à realização da concepção de mundo nacional socialista²⁹⁸. Isso tornava os princípios jurídicos, especialmente aqueles voltados às garantias individuais, um empecilho à satisfação dos *interesses de eficiência* da política criminal autoritária e centralizada no *Führer*. O *ne bis in idem* e o devido processo legal, assim como tantos outros direitos, foram negligenciados em

²⁹⁵ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 39-40.

²⁹⁶ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 11-12.

²⁹⁷ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 12-13, tradução livre.

²⁹⁸ O direito e a medicina, por exemplo, desempenharam um relevante papel naquele contexto ao dar ares de “científico” à política de extermínio colocada em prática pelo nazismo. Por essa razão, foi bem recebida pelo governo nazista o estudo desenvolvido pelos acadêmicos Karl Binding e Alfred Hoche, o primeiro jurista e o segundo médico, ao tratarem, de forma *sóbria, racional e não apaixonada*, sobre a possibilidade de *descartar* a vida de pessoas tidas como *indignas*. In: BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens: Ihr Maß und ihre Form*, Leipzig, 1920.

nome do *são sentimento do povo alemão*, da *comunidade do povo* e da suposta perseguição de uma justiça material²⁹⁹.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, buscou-se resgatar o vínculo entre o Direito e a realidade social — entendida como indissociável do sujeito. São concebidos, então, “*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*”³⁰⁰. E o mesmo movimento é sentido pelos ordenamentos jurídicos nacionais de caráter democrático³⁰¹.

O princípio, nesse momento, adquire feições de garantia individual e se materializa tanto na proibição da múltipla perseguição como na proibição da múltipla sanção³⁰². Ou seja, se antes o princípio apresentava um viés notadamente processual, agora também uma faceta material passou a lhe ser atribuída.

De tudo quanto se expôs, vê-se que o esforço histórico é capaz de afirmar a própria atualidade do princípio do *ne bis in idem* e contribuir para uma mais acurada identificação de seu papel garantidor de direitos fundamentais.

²⁹⁹ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 12-13. Como aponta Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, “*nessa linha, importa menos na intervenção penal a clareza das normas jurídicas do que a ideia de uma justiça material, fundada no ‘são sentimento do povo’ (gesunden Volksempfinden), ainda que tal expressão não tenha recebido uma definição clara (resultando uma abertura subjetiva que favorecia o Direito Penal nazista). A certeza do Direito é garantida ao cidadão por meio da segurança da vida social, admitindo-se em larga escala o uso de cláusulas gerais, da analogia e do sentimento do povo como fonte do direito. Adquire, então, especial relevo a substituição do princípio nullum crimen nula poena sine lege pela máxima nullum crimen sine poena, como típica configuração adotada por um Direito Penal autoritário, de cunho moralista, concebido como arma, não como instrumento protetor. O ideal nazista acaba, portanto, com a diferença entre moral e Direito, até então considerada em sua importância como pilar do positivismo*”. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*, cit., pp. 108-114.

³⁰⁰ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 19.

³⁰¹ A Constituição alemã após o nazismo previu expressamente o princípio. De toda forma, foi um trabalho legislativo árduo e que quase redundou em fracasso, pois não havia consenso sobre a melhor formulação da regra. Ao fim das discussões, prosperou a inclusão do princípio no texto constitucional de forma a se assegurar a garantia: “ninguém pode ser punido duas vezes pelos mesmos fatos”. SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 14-15. Da mesma forma, o artigo 26 da Constituição portuguesa, fruto do movimento revolucionário que derrubou o regime salazarista, dispõe que “ninguém pode ser julgado mais de uma vez pela prática do mesmo crime”. Cf. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 33-34.

³⁰² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 19.

2.3. O princípio de *ne bis in idem* no direito internacional convencional

Tão importante quanto o exame histórico do instituto é sua análise na perspectiva do direito internacional convencional. Há a necessidade de pensar no *ne bis in idem* pela sua transcendentalidade nacional na medida em que garante direitos universais. Ainda, as soluções apresentadas pela comunidade internacional na tentativa de sistematizar o princípio, bem como os desafios e contradições enfrentados nesse processo, poderão orientar o debate do tema em nível nacional, para o qual este trabalho pretende contribuir.

Assim é que, no campo do direito internacional, a proibição de *bis in idem* se manifesta por meio de diferentes atos internacionais e com distintos escopos. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a comunidade internacional reuniu esforços para que esse princípio, tido como verdadeira garantia fundamental, orientasse a aplicação da lei nos mais distintos cenários³⁰³.

Como aponta Adán Nieto Martín, são muitos os interesses, as tensões e os problemas subjacentes de cada uma das manifestações internacionais do *ne bis in idem*³⁰⁴.

Por um lado, foram apresentadas propostas, nem sempre coincidentes, para que o princípio fosse reconhecido e respeitado pelos ordenamentos jurídicos internos. Por outro, a discussão ganhou novos contornos internacionais e transnacionais, ao passo que foi mitigada a tradicional equiparação entre direito penal e soberania³⁰⁵. A partir do momento em que, em nome do próprio cidadão, o *ius puniendi* estatal se deixou permear pelo direito convencional, agigantou-se o risco de uma mesma matéria ser apreciada por distintas jurisdições³⁰⁶.

³⁰³ Adán Nieto Martín, a seu turno, identifica a queda do muro de Berlim, símbolo do fim da Guerra Fria, como o marco a partir do qual “o direito penal deixou de ser um fenômeno puramente estatal”. NIETO MARTÍN, Adán. Introducción: El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El principio de ‘ne bis in idem’ en el derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 9-16, p. 9.

³⁰⁴ Adán Nieto Martín, a seu turno, identifica a queda do muro de Berlim, símbolo do fim da Guerra Fria, como o marco a partir do qual “o direito penal deixou de ser um fenômeno puramente estatal”. NIETO MARTÍN, Adán. Introducción: El principio..., cit., p. 11.

³⁰⁵ NIETO MARTÍN, Adán. Introducción: El principio..., pp. 9-11.

³⁰⁶ Sobre o tema, confira-se JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, pp. 91-122, 2003-2004.

É esse primeiro aspecto que interessa diretamente ao presente trabalho. Afinal, aqui se investiga em que medida o sistema de justiça brasileiro, no tratamento penal à corrupção, recorre à sobreposição de instâncias sancionatórias. Em outras palavras, examina-se a forma com que a garantia foi recebida pelo ordenamento nacional e é interpretada pelos aplicadores do direito no Brasil, e não eventual concorrência entre diferentes jurisdições na apreciação dos mesmos fatos.

Nada obstante, algumas manifestações do princípio nos instrumentos de direito convencional que regem as relações internacionais e supranacionais serão objeto de estudo, pois elucidam um processo de consagração do *ne bis in idem* e das dificuldades advindas das propostas de delimitação de seu conteúdo.

Nessa linha, serão abordados (i) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966), (ii) a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, (iii) o Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (1984), (iv) a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e (v) o Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional.

Deles, apenas o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, o Pacto de San José da Costa Rica e o Estatuto de Roma foram recebidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.1. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966)

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas é um dos documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos³⁰⁷. Foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e recebeu a adesão do Brasil em 1992.

³⁰⁷ Ao lado da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas conta com dois protocolos opcionais, referentes ao procedimento de queixa e à pena de morte. Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui um protocolo opcional, que versa sobre o papel desempenhado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 7 abr. 2020. Muñoz Clares e Caballero Salinas, nesse sentido, criticam o fato de o princípio de *ne bis in idem* não ter sido elencado expressamente no catálogo de garantias da Declaração Universal de Direitos Humanos. MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 41-42.

Seu artigo 14.7 diz: “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido³⁰⁸ ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

O dispositivo contempla duas vertentes ao princípio, uma processual e outra material, pois expressamente proíbe o duplo processo e a dupla punição a um mesmo indivíduo “por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado”. Todavia, a norma lança mão de determinados vocábulos que, em verdade, restringem substancialmente as hipóteses de *bis in idem* e dificultam sua inteligibilidade. Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia a classifica como *ambígua e limitada*³⁰⁹ e faz três grandes críticas ao texto convencional.

A primeira delas diz respeito ao termo que faz as vezes de *idem*. No lugar de proibir a repetição de julgamentos e sanções em razão dos mesmos “fatos”, emprega-se o vocábulo “delito”. Em versões autênticas do texto, utiliza-se, por exemplo, a expressão *offence* (em inglês), *infraction* (em francês) e *delito* (em espanhol)³¹⁰. Para o italiano e o alemão, o termo foi traduzido, respectivamente, como *reato* e *Verbrechen*. Sucede que a conotação jurídica de cada um desses termos no respectivo ordenamento não é de todo compatível. O Pacto, nesse ponto, não alcança conferir ao princípio ares de universalidade; criou-se uma norma em si mesma babélica³¹¹.

Outrossim, o parâmetro de *bis* é a *sentença passada em julgado*. A norma não proíbe expressamente a tramitação paralela de dois processos com o mesmo objeto ou a execução provisória e simultânea de sentenças não definitivas³¹². Mercedes Pérez Manzano

³⁰⁸ Em sua grafia original, tal qual o Decreto nº 592, de 6 de julho 1992, que promulgou esse ato internacional no Brasil. No entanto, entende-se que o termo “*absorvido*” está equivocado, devendo ser substituído por “*absolvido*”. Na língua inglesa, por exemplo, o dispositivo estabelece que “*no one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country*”. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>. Acesso em 7 abr. 2020.

³⁰⁹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 41.

³¹⁰ De acordo com seu artigo 53, “*o presente Pacto cujos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado nos arquivos da Organização das Nações Unidas*”.

³¹¹ V. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 41.

³¹² No Brasil, a relevância dessa questão é evidente. O Supremo Tribunal Federal debateu sobre a possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação em diversos momentos de sua história. A polêmica foi retomada, com maior intensidade, entre os anos de 2016 e 2019. No julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, a maioria dos ministros se posicionou favoravelmente à execução antecipada da pena. O entendimento, no entanto, foi revertido no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, quando se decidiu pela primazia do princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado

assinala, por sinal, que esse é um dos “*problemas de vincular as proibições de dupla sanção ou duplo processo com o instituto da coisa julgada*”³¹³.

A última crítica é a de que, conforme o entendimento do Comitê de Direitos Humanos da ONU (órgão antecessor do Conselho de Direitos Humanos da ONU), a garantia do artigo 14.7 restringe-se às fronteiras nacionais³¹⁴. Muito embora inserida em um contexto de consagração de direitos fundamentais em um plano internacional e transnacional, o dispositivo não é aplicável aos casos em que Estados distintos julgam e punem o mesmo sujeito em razão de um mesmo “delito”³¹⁵. Quando houver previsão nos ordenamentos jurídicos nacionais, ficam então permitidos múltiplos julgamentos com idêntico objeto³¹⁶.

Não se trata, contudo, de uma interpretação literal nem teleológica da norma, porque o tema nem sequer chegou a constar dos trabalhos preparatórios da Assembleia Geral que a antecederam³¹⁷. O dispositivo deixa em aberto se o princípio se estenderá a eventuais concursos de jurisdição em nível internacional e transnacional, e o Comitê de Direitos Humanos, por sua vez, adotou um entendimento restritivo, contrário a qualquer pretensão universalizadora. Britta Specht, nesse ponto, adverte ser imperativa uma interpretação sistemática do instrumento, cujo escopo é a concretização de uma proteção abrangente dos direitos humanos³¹⁸.

O tema já foi abordado, inclusive, pela Associação Internacional de Direito Penal, órgão consultivo das Nações Unidas em matéria penal, que teve a garantia de *ne bis in idem* como pauta de seu XVII Congresso Internacional, Seção IV, realizado na China em setembro de 2004. Os participantes da conferência partiram da premissa de que a proibição contida no princípio é “*uma demanda por justiça, certeza jurídica, proporcionalidade, assim como de autoridade das decisões [judiciais]*”, bem como ratificaram “*a resolução da Seção*

da ação penal, em homenagem aos artigos 283 do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

³¹³ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 44, nr. 23, tradução livre. V. também MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 41, que versa sobre as limitações dessa expressão na seara processual.

³¹⁴ V. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 11-75, jul./set. 2005, p. 41; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 33. A orientação foi tomada nos casos Ap. v. Itália e A.R.J v. Austrália, julgados em 1987 e 1997 respectivamente.

³¹⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 45.

³¹⁶ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 42.

³¹⁷ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 45.

³¹⁸ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., pp. 45-46.

*IV B.4, adotada pelo XVI Congresso Internacional de Direito Penal (1999), segundo a qual o ne bis in idem como direito do homem deve ser ‘sempre aplicável nos níveis nacional e internacional’*³¹⁹. Assim, uma das resoluções apresentadas no congresso foi a de que a garantia contida no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assim como em “*vários outros instrumentos sobre direitos humanos e direito internacional humanitário*”, mereceria uma apreciação extensiva, para além do exercício da soberania estatal³²⁰.

2.3.2. Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica

A Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, foi aberta à assinatura em 1969, mas ratificada e promulgada pelo Brasil apenas em 1992, pelo Decreto nº 678/1992. Já a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi reconhecida pelo Brasil anos depois, em 1998, com o Decreto Legislativo nº 89/1998³²¹.

Assim dispõe o artigo 8.4 do Pacto de San José da Costa Rica: “8. *Garantias Judiciais (...) 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”.

A sucinta redação é igualmente alvo de críticas. Como assinala Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia³²², o dispositivo compreende apenas a vertente processual do princípio, sem se referir expressamente à dimensão material. Versa expressamente sobre proibição de *ser submetido a novo processo*, mas não *a uma nova sanção*, apesar de esta figurar como resultado lógico daquela³²³.

Ainda, apesar de ter sido celebrado depois do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, a Convenção da OEA faz referência somente aos casos em que o indivíduo já foi *absolvido* pelos mesmos fatos, mantendo-se silente sobre hipóteses

³¹⁹ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., pp. 113-114; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 35-36.

³²⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio ..., cit., pp. 116-117.

³²¹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 40-41.

³²² MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 42.

³²³ D’URSO, Luiz Flávio Borges. Menos Direito Penal e Mais Direito Administrativo Sancionador: A Proibição da Acumulação de Sanções. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 203-210, p. 207.

de condenação pretérita. A norma simplesmente não protege o acusado de eventual acumulação de sanções pelos mesmos fatos³²⁴.

Por fim, assim como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, o instrumento da OEA equipara ao *bis* somente a *sentença passada em julgado*, não impedindo a tramitação de múltiplos processos paralelos³²⁵. Ao aplicar o dispositivo, ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tende a relativizar o princípio quando julga estar diante de *coisa julgada fraudulenta*, argumento que nem sempre é seguido da devida fundamentação³²⁶.

De positivo, note-se que o Pacto, ao proibir *novo processo pelos mesmos fatos*, não limita a garantia de *ne bis in idem* à esfera penal. A crítica apresentada por Keity Saboya, nesse ponto, recai sobre a interpretação dada pela Corte à expressão *mesmos fatos*, por não delimitar seu sentido e alcance³²⁷.

2.3.3. O Protocolo Adicional nº 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1984), do Conselho da Europa

A princípio, a Convenção Europeia de Direitos Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, não dispunha sobre a proibição de *ne bis in idem*. Sem embargo, José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas entendem louvável que, mesmo em um momento em que a Europa enfrentava um cenário de semidestruição, tenha sido proposto um “*pacto que contempla[ria] o núcleo mais importante dos Direitos Fundamentais como programa de reconstrução jurídica das nações chamadas a formar a atual União Europeia*”³²⁸.

A garantia de *ne bis in idem* passou a integrar a Convenção apenas no ano de 1984, com a aprovação de seu Protocolo nº 7:

³²⁴ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 42.

³²⁵ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 42-43.

³²⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 43-48.

³²⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 41-42. A autora cita o caso María Elena Loayza Tamayo v. Peru. Nele, a cidadã peruana foi absolvida pela Justiça Militar de acusações de “*pertinência a célula criminosa que executavam ações terroristas*” e posteriormente condenada pela Justiça Comum pelo crime de terrorismo. Apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter reconhecido indevido *bis in idem*, não teria enfrentado o tema com a devida profundidade, limitando-se a consignar que os fatos tratados pela Justiça Militar e pela Justiça Comum estariam vinculados e que os tipos penais em discussão descreviam condutas vagas e imprecisas, facilmente intercambiáveis.

³²⁸ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 43, tradução livre.

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

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.
3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção³²⁹.

O Protocolo nº 7 pretendeu adequar a Convenção a outros textos internacionais voltados ao reconhecimento de direitos fundamentais³³⁰. Não obstante, como aponta Mercedes Pérez Manzano, o alcance de seu artigo 4.1 é ainda menor do que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, pois o dispositivo é explícito ao circunscrever a vigência do tratado *às jurisdições do mesmo Estado*³³¹.

O Protocolo, ainda, restringe o princípio em termos de *idem*, pois se refere exclusivamente ao direito a não ser julgado ou punido *penalmente* mais de uma vez. De toda sorte, a previsão não impediu que a Corte Europeia de Direitos Humanos (Tribunal Europeu de Direitos do Homem ou Corte de Estrasburgo)³³², após extensas discussões³³³, viesse a reconhecer a proibição de *ne bis in idem* também em casos de sobreposição entre o direito penal e o administrativo. E isso sem desvirtuar a literalidade do dispositivo.

A jurisprudência da Corte de Estrasburgo consolidou-se no sentido de que a qualificação jurídica de direito interno, por si só, não é um critério idôneo para constatar a relação de identidade necessária à aplicação da garantia do artigo 4.1 do Protocolo nº 7³³⁴.

³²⁹ Que dispõe sobre as hipóteses em que, diante de estado de necessidade, os Estados signatários podem derrogar as obrigações previstas na Convenção.

³³⁰ SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung...*, cit., p. 47.

³³¹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 46.

³³² “Constituído em 1959, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é um tribunal internacional competente para se pronunciar sobre queixas individuais ou estaduais que aleguem violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Disponível em: <https://echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_POR.pdf>. Acesso em 14 abr. 2020.

³³³ Nas Sentenças Gradinger v. Áustria, de 23 de outubro de 1995, e Oliveira v. Suíça, de 30 de julho de 1998, as soluções apresentadas pela Corte foram diametralmente distintas, apesar de se tratar de casos similares, envolvendo a dupla aplicação de sanção administrativa e penal, pelos Estados, a motoristas pelos mesmos fatos, relacionados a acidentes de trânsito com vítimas. No primeiro caso, entendeu-se que a aplicação de multa pelas esferas penal e administrativa violaria o artigo 4.1 do Protocolo nº 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Já no segundo, ratificou-se a cumulação de sanções aduzindo existir mero concurso formal de infrações. Nesse caso, foi aplicado o mecanismo de compensação entre as infrações, reduzindo-se da multa penal o valor imposto pela multa administrativa. Cf. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 46-53; MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 47-52.

³³⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 192.

Para fins de demonstração do *idem* – isto é, da “*infração*” a que o dispositivo se reporta – é a identidade de fatos materiais que prevalecerá, e não o rótulo que cada ordenamento jurídico interno lhe atribuir. Assim, evitam-se burlas à Convenção, já que os países, por meio da mera alteração da qualificação da resposta a determinadas condutas, enquanto penal ou administrativa sancionadora, poderiam decidir livremente qual seria o conjunto de garantias que acompanhariam a pessoa acusada³³⁵.

Os critérios desenvolvidos pela Corte para identificar eventual infração de natureza penal, passível de ser analisada sob as lentes do artigo 4.1 do Protocolo nº 7, foram denominados Critérios de Engel³³⁶. São eles: (i) a qualificação jurídica da infração conforme a legislação interna, com caráter meramente orientativo; (ii) a natureza da infração, deduzida de uma análise dos fatos materiais que levará em consideração o objetivo da norma, os seus destinatários e o bem jurídico que se protege e (iii) a natureza e o grau de severidade da sanção imposta ao interessado³³⁷. Os Critérios de Engel foram utilizados pela Corte para resolver um dos mais importantes casos envolvendo essa problemática, o *Zolotoukhine v. Rússia*, de 10 de fevereiro de 2009, e, adicionalmente, harmonizar a própria jurisprudência anterior³³⁸. Em 2014, a mesma premissa embasou o julgamento do também paradigmático caso *Grande Stevens e outros v. Itália*, no qual se entendeu haver *bis in idem* na aplicação sucessiva de sanção administrativa (cuja natureza penal foi reconhecida pela Corte) e sanção

³³⁵ Em alusão à sentença proferida no caso *Engel e outros v. Países Baixos*, de 8 de junho de 1976, retomada no caso *Öztürk v. República Federal Alemã*. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 192; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e a Questão do Ne Bis In Idem: O Parâmetro da Jurisprudência Internacional*. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 287-306, pp. 298-299.

³³⁶ V. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 193; MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 52-68.

³³⁷ Confirmam-se as conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona ao caso *Luca Menci (C-524/15)*, apresentadas em 12 de setembro de 2017 perante o Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194362&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=523411#Footnote3>>. Acesso em 11 ago. 2020. Com relação ao último critério, referente à natureza e grau da sanção imposta, firmou-se o entendimento de que “*as penas privativas de liberdade revestem, por si próprias, caráter penal e o mesmo se verifica com as sanções pecuniárias cujo incumprimento se possa traduzir numa prisão de substituição ou que impliquem uma inscrição no registo criminal*”.

³³⁸ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 52. Na sentença, os Critérios de Engel foram utilizados na determinação da identidade de *fatos*, em conjunto com os pressupostos da identidade de sujeito e de interesse jurídico protegido.

penal pelos mesmos fatos, que envolviam uma manobra de *insider trading*. No caso, as sanções penais determinadas pela justiça italiana foram anuladas³³⁹.

Os Critérios de Engel, de acordo com Helena Regina Lobo da Costa, mostraram-se relevantes ao promover uma integração entre o direito penal e o administrativo sancionador, estendendo “*a proibição do bis in idem a hipóteses nas quais haja cumulação de sanção penal e sanção administrativa aos mesmos fatos, desde que a sanção administrativa se caracterize com a matéria penal, nos termos da jurisprudência da corte*”³⁴⁰.

Observe-se, contudo, que essa jurisprudência da Corte de Estrasburgo, relativamente extensiva em relação ao princípio em matéria penal, oscilou significativamente em 2016. No acórdão do Caso A e B v. Noruega, decidiu-se que eventual acúmulo de sanções de caráter penal estaria permitido desde que entre elas existisse uma relação *material e temporal suficientemente estreita*³⁴¹, a ponto de justificar uma relação de complementaridade³⁴²⁻³⁴³.

Ademais, no que tange ao *bis*, a Corte interpretou o termo *sentença definitiva* de maneira extensiva, enquanto todas as resoluções de ordem sancionatória irrevogáveis, pois não suscetíveis a recurso ordinários³⁴⁴, mesmo aquelas que ponham fim à investigação sem

³³⁹ Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-141794&filename=001-141794.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Acesso em 13 ago. 2021.

³⁴⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 193.

³⁴¹ Conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona ao caso Luca Menci (C-524/15), apresentadas em 12 de setembro de 2017 perante o Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194362&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=523411#Footnote3>>. Acesso em 11 ago. 2020.

³⁴² Cf., GOMÉZ TOMILLO, Manuel. *Non bis in...*, cit., pp. 430-433. Ao contrário do que se sustenta na presente dissertação, a mudança na jurisprudência da Corte de Estrasburgo é vista como algo positivo pelo autor. Na sua visão, apesar de que, em um mundo ideal, a resposta punitiva do Estado deveria se esgotar em um só procedimento, “*em sistemas caracterizados por um desenho imperfeito, essa abordagem sofreria com a falta de realismo e não satisfaria as necessidades preventivas que as sanções públicas atendem*”, tradução livre.

³⁴³ Apesar de o precedente estabelecer uma hipótese mais restritiva do princípio, o que é criticável, é verdade que a Corte de Estrasburgo também recorre aos critérios estabelecidos no caso A e B v. Noruega para reconhecer violações ao artigo 4 do Protocolo nº 7. Nesse sentido, no caso *Arrêt Nodet v. França*, a Corte condenou o Estado francês por descumprir o princípio de *ne bis in idem* em hipótese em que os procedimentos penal e administrativo levados a cabo naquele país, pelos mesmos fatos e contra um mesmo acusado, não nutriam um vínculo suficientemente estreito a ponto de serem considerados parte de um mesmo mecanismo persecutório. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-193457%22%5D%7D>>. Acesso em 13 ago. 2021.

³⁴⁴ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 64.

condenar. Por certo que, conforme o artigo 4.2 do Protocolo nº 7, isso não impede que haja a reabertura do processo, mas apenas se embasado em “*factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento*” e sempre nos termos da lei e processo penal do Estado em causa.

De toda forma, assim como ocorre no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, é criticável o fato de o Protocolo nº 7 não ter estendido a garantia do *ne bis in idem* aos casos de tramitação simultânea de processos com idêntico objeto.

2.3.4. A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)

Na União Europeia, o princípio *ne bis in idem* ganha uma outra coloração. Entre os Estados-membros, seu reconhecimento transfronteiriço implica tanto a iniciativa de consolidar uma “cidadania europeia” e garantir uma efetiva mobilidade interestatal aos seus cidadãos, como a criação de tensão em meio à diversidade dos ordenamentos jurídicos internos e ainda carentes da devida harmonização³⁴⁵. No processo de integração do *ne bis in idem* ao direito comunitário, incumbe ao Tribunal de Justiça da União Europeia (Corte de Luxemburgo) delimitar os contornos da garantia, sendo-lhe franqueado fazer certa *política judicial ativa*³⁴⁶.

No âmbito da União Europeia, o princípio *ne bis in idem* foi consagrado originalmente pela Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (1990), cujo artigo 54 assim estabelece:

Artigo 54. Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra parte contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida³⁴⁷.

³⁴⁵ Cf. SARMIENTO, Daniel. El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El principio de ‘ne bis in idem’ en el derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 37-64, especialmente pp. 51-64.

³⁴⁶ SARMIENTO, Daniel. El principio *ne...*, cit., p. 63.

³⁴⁷ Os dispositivos seguintes regulam a aplicação do princípio: “Artigo 55º: 1. Uma parte contratante pode, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da presente convenção, declarar que não está vinculada pelo artigo 54º num ou mais dos seguintes casos: a) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) também passou a vincular o Tribunal de Justiça da União Europeia. De fato, seu artigo 50 dispõe:

Artigo 50. Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito

Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

O Tratado de Lisboa, ademais, expressamente aproxima o direito comunitário da União Europeia da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1984), tornando-a uma terceira referência para a Corte de Luxemburgo³⁴⁸.

ocorrido, no todo, ou em parte, no seu território; neste último caso, esta excepção não é, todavia, aplicável se estes factos ocorrerem em parte no território da parte contratante em que a sentença foi proferida; b) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira constituam crime contra a segurança do Estado ou de outros interesses igualmente essenciais desta parte contratante; c) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham sido praticados por um funcionário desta parte contratante em violação dos deveres do seu cargo. 2. Uma parte contratante, que tenha feito uma declaração relativa à excepção referida na alínea b) do n.º 1, especificará as categorias de crimes às quais esta excepção pode ser aplicada. 3. Uma parte contratante pode, a qualquer momento, retirar essa declaração relativa a uma ou mais das excepções referidas no n.º 1. 4. As excepções que foram objecto de uma declaração nos termos do n.º 1 não são aplicáveis quando a parte contratante em causa tenha, pelos mesmos factos, solicitado o procedimento judicial a outra parte contratante ou concedido a extradição da pessoa em causa. Artigo 56º: Se uma nova acção judicial for intentada por uma parte contratante contra uma pessoa que tenha sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um tribunal de uma outra parte contratante, será descontado na sanção que venha a ser eventualmente imposta qualquer período de privação de liberdade cumprido no território desta última parte contratante por esses factos. 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 57º: 1. Sempre que uma pessoa seja acusada de uma infracção por uma parte contratante e as autoridades competentes desta parte contratante tiverem razões para crer que a acusação se refere aos mesmos factos 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. 3. Cada parte contratante designará, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da presente convenção, as autoridades habilitadas a solicitar e a receber as informações previstas no presente artigo. Artigo 58º: O disposto nos artigos anteriores não prejudica a aplicação das disposições nacionais mais amplas relativas ao efeito ne bis in idem associado às decisões judiciais proferidas no estrangeiro”.

³⁴⁸ O Tratado de Lisboa prevê (i) que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia confirma os direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e (ii) a adesão obrigatória da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1984), apontando ainda para existência de um diálogo regular entre as Cortes de Estrasburgo e Luxemburgo. Ambas as cortes, portanto, podem ser provocadas para apreciar causas em matéria de direitos humanos.

Em matéria penal, o Tribunal de Justiça da União Europeia já discutiu tanto a delimitação do elemento *bis* quanto do fator *idem*, tendo assentado uma interpretação extensiva da garantia.

Realmente, a Corte de Luxemburgo adotou uma noção ampla de “julgamento definitivo”, que abarca até mesmo decisões homologatórias de acordo entre as partes seguido pela extinção do feito, sentenças de absolvição por falta de provas e de extinção da punibilidade³⁴⁹. A seu ver, a “sentença firme” estaria diretamente relacionada aos *efeitos* de determinada resolução, não podendo se ater tão somente ao cumprimento de formalidades³⁵⁰. Assim, estaria resguardada não apenas a proibição do duplo processo e da dupla sanção, mas também o direito de mobilidade daqueles previamente julgados em um dos Estados-membros, que não temeriam a possibilidade de serem julgados novamente pela mesma razão ao se deslocarem para outro³⁵¹. Nessa perspectiva, como já decidiu a Corte de Luxemburgo, os limites enfrentados pela noção de *bis* estariam na decisão de arquivamento dos autos sem pronunciamento de responsabilidade.

No paradigmático caso *van Esbroeck*, de 2006, o Tribunal de Justiça da União Europeia também se deteve sobre a expressão *mesmos fatos* do artigo 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – mais ampla, aliás, do que a constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Novamente proporcionando maior grau de tutela na aplicação do princípio, o elemento *idem* foi compreendido como a identidade dos fatos materiais em discussão, “*entendidos como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissolavelmente ligadas entre si*”³⁵². O critério, portanto, independe da qualificação jurídica ou da coincidência do bem jurídico protegido³⁵³.

³⁴⁹ Caso *Miraglia* (C-469/03), de 10.3.2005, e Casos *van Straaten* (C-150/05) e *Francesco Gasparini et al* (C-467/04), ambos de 28.9.2006. Cf. SARMIENTO, Daniel. El principio *ne...*, cit., pp. 44-51.

³⁵⁰ Nesse sentido, v. os casos acumulados *Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge* (C-187 e C-385/01), de 11.2.2003. Cf. SARMIENTO, Daniel. El principio *ne...*, pp. 41-44; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 80-81.

³⁵¹ Nesse sentido, v. os casos acumulados *Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge* (C-187 e C-385/01), de 11.02.2003. Cf. SARMIENTO, Daniel. El principio *ne...*, cit., p. 43.

³⁵² Caso *Van Esbroeck* (C-436/04), de 9.3.2006.

³⁵³ Caso *Van Esbroeck* (C-436/04), de 9.3.2006. Cf., SARMIENTO, Daniel. El principio *ne...*, cit., pp. 45-46; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 189-190; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 82-83. Ainda, no caso *van Straaten* (C-150/05), a Corte de Luxemburgo

Por fim, o Tribunal entende que o *ne bis in idem*, enquanto direito fundamental expresso no artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não impede eventual sobreposição de sanções penais e administrativas, desde que esta última não adquira caráter punitivo. Para que se justifique a cumulação, portanto, cada sanção deverá ter uma natureza distinta³⁵⁴, independentemente da denominação atribuída pelo ordenamento jurídico interno³⁵⁵. O Tribunal de Justiça, seguindo os passos da jurisprudência tradicional da Corte Europeia de Direitos Humanos, elegeu os Critérios de Engel como parâmetro para determinar quando uma sanção, embora nominalmente administrativa, se reveste de caráter penal.

De toda forma, em 2018, o mesmo Tribunal de Justiça flexibilizou esse entendimento anterior e autorizou a restrição ao princípio *ne bis in idem* “*com o objetivo de proteger os interesses financeiros da União e os seus mercados financeiros*”³⁵⁶. Nos casos Luca Menci e Garlsson Real Estate, a Corte de Luxemburgo ratificou a cumulação de procedimentos e sanções de natureza punitiva que, a seu ver, guardavam uma relação de complementaridade entre si, necessária à concretização de uma resposta sancionatória proporcional à gravidade das condutas imputadas³⁵⁷.

assentou que, para a aplicação do princípio em uma hipótese relacionada a tráfico de drogas, nem mesmo seria necessário que os fatos narrados fossem absolutamente idênticos, bastando que fossem coincidentes.

³⁵⁴ Cf. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 90-91.

³⁵⁵ Essa interpretação foi feita nos Casos Lukasz Marcin Bonda (C-489/10), de 5 de junho de 2012, e Åkerberg Fransson (C-617/10), de 26 de fevereiro de 2013, nos quais se concluiu que as sanções administrativas impostas não possuíam finalidade repressiva. Não haveria impedimento, portanto, para a cumulação. Confirmam-se as conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona ao caso Luca Menci (C-524/15), apresentadas em 12 de setembro de 2017 perante o Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194362&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=523411#Footnote3>>. Acesso em 11 ago. 2020. Com base nesse entendimento, aliás, a *Corte Suprema di Cassazione* (Supremo Tribunal de Cassação italiana) reconheceu a violação ao *ne bis in idem* no Processo C-537/2016, que discutia atos de manipulação e abuso de mercado atribuídos a Stefano Ricucci. No caso, decidiu-se que a condenação transitada em julgado (ainda que o acusado tenha sido beneficiado por indulto) e a imposição de sanção administrativa pecuniária pelos mesmos fatos ofenderia o artigo 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de modo que se afastou a punição administrativa. DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção..., cit., pp. 125-128.

³⁵⁶ Confira-se o Comunicado de Imprensa nº 34/18 emitido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180034pt.pdf>>. Acesso em 11 ago. 2020.

³⁵⁷ Nesse sentido, caberia à legislação nacional autorizar a reiteração de julgamentos sanções de natureza penal (i) visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo de procedimentos e de sanções, devendo esses procedimentos e sanções ter finalidades complementares; (ii) prever regras claras e precisas que permitam ao particular prever que atos e omissões podem ser objeto desse cúmulo de procedimentos e de sanções; (iii) assegurar a coordenação entre os procedimentos para limitar ao estritamente necessário o encargo complementar que este cúmulo de procedimentos representa para as pessoas em causa, e

Vê-se que a experiência das Cortes de Estrasburgo e Luxemburgo, no âmbito supranacional, lança, a um só tempo, luzes e dúvidas a respeito de uma sistematização do princípio de *ne bis in idem*, especialmente no que diz respeito à interface entre direito penal e direito administrativo.

2.3.5. Estatuto de Roma

O último instrumento de direito internacional que será aqui destacado é o Estatuto de Roma, assinado em 1998 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Por meio dele, instituiu-se o Tribunal Penal Internacional, com competência para investigar e julgar indivíduos acusados dos mais graves crimes que preocupam a comunidade internacional³⁵⁸. É o único tribunal supranacional que conta com a participação brasileira.

O princípio *ne bis in idem* é reconhecido pelo artigo 20 do Estatuto de Roma:

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 esta já tenha sido condenada ou absolvida.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5^o³⁵⁹, 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 6^o, 7^o ou 8^o³⁶⁰, a menos que o processo nesse outro tribunal:
 - a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
 - b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

(iv) assegurar que a severidade do conjunto das sanções aplicadas seja limitada ao estritamente necessário em relação à gravidade da infração em causa.

³⁵⁸ Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/about>>. Acesso em 11 abr. 2020.

³⁵⁹ Que dispõe sobre os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional: “1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão. 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas”.

³⁶⁰ Classificados, respectivamente, como crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Adotando apenas a vertente processual do princípio e uma acepção restrita de *idem*, o Estatuto prevê que ninguém será julgado pelo Tribunal “*por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido*”.

A proibição vincula igualmente os signatários do Estatuto, o que significa dizer que é defeso a qualquer outro tribunal julgar os fatos já apreciados pelo Tribunal Penal Internacional. E a recíproca é verdadeira nos casos de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. As exceções são as hipóteses em que, no entender dos julgadores supranacionais, houve algum desvio nos julgamentos pelos Estados. Por isso, Keity Saboya pondera que essas ressalvas devam ser aplicadas somente em casos extremos, sempre com cautela, para que o Tribunal Penal Internacional não se torne um instrumento de arbítrio e intromissão³⁶¹.

2.4. Conclusões parciais

Do exame dos documentos normativos de direito internacional que preveem o *ne bis in idem*, bem como dos esforços empreendidos pelos órgãos competentes para sua interpretação e aplicação, soblevam-se duas novas conclusões parciais. A primeira diz com a importância do tema para a concretização de um sistema de justiça que coloque o indivíduo e seus direitos fundamentais em uma posição de destaque. A segunda são os desafios inerentes a esse processo e que deverão ser enfrentados de *lege ferenda e lege lata*. Como poderá ser visto, especialmente na interface entre o direito penal e o administrativo, o direito brasileiro, para se furtar ao entendimento do princípio, faz uso de um “mantra”, a *independência de instâncias*, que não se coaduna, como já se afirmou, com os princípios do Estado Democrático de Direito³⁶².

³⁶¹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 40.

³⁶² V. TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*: Um ‘Estado Hidra de Lerna?’. Jota, São Paulo, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Acesso em 11 abr. 2020.

CAPÍTULO 3: A COMPREENSÃO ATUAL DO PRINCÍPIO DE NE BIS IN IDEM E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Sumário: 3.1. Fundamentos do *ne bis in idem*; 3.2. As denominadas vertentes material e processual do *ne bis in idem*; 3.3. Pressupostos para a aplicação do *ne bis in idem*; 3.3.1. Unidade de fatos; 3.3.2. Unidade de sujeitos; 3.3.2.1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a busca por um critério de distinção entre os sujeitos responsáveis por ilícitos; 3.3.2.2. Basta a distinção formal entre os sujeitos?; 3.3.2.3. Propostas alternativas; 3.3.3. Unidade de fundamento; 3.3.3.1. Interesse juridicamente tutelado; 3.3.3.2. As limitações do critério do interesse juridicamente tutelado e a função da resposta sancionatória; 3.3.3.3. A natureza da relação entre o Estado e o particular; 3.3.4. Em defesa do critério da tripla identidade; 3.4. Ferramentas hermenêuticas para solucionar o concurso de normas; 3.5. O *bis in idem* nas interfaces entre direito penal e direito administrativo sancionador; 3.5.1. A potestade sancionadora administrativa e penal; 3.5.2. O ilícito administrativo e o ilícito penal; 3.5.3. A pena e a sanção administrativa; 3.6. Recepção do *ne bis in idem* no direito brasileiro; 3.6.1. Proibição de *bis in idem*: uma garantia constitucional?; 3.6.2. Manifestações do princípio no ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional; 3.6.2.1. Lei de Migração; 3.6.2.2. Código Penal; 3.6.2.3. Código de Processo Penal; 3.6.2.4. A Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 3.6.2.5. A nova redação da Lei de Improbidade Administrativa; 3.6.3. A insólita “independência de instâncias”; 3.7. Conclusões parciais sobre o *ne bis in idem*: diagnóstico e estratégias para sua consolidação.

3.1. Fundamentos do *ne bis in idem*

Uma vez desenhada a trajetória histórica do princípio e suas manifestações no direito internacional comunitário, percebe-se que a *ratio* a orientar a proibição de *bis in idem* refletirá a lógica conformadora do sistema de justiça que o abriga. Há de se observar, porém, que a delimitação de seu fundamento – ou fundamentos – não é tarefa intuitiva ou trivial.

Rogério Schietti Machado Cruz explica que, por séculos a fio, as tradições jurídicas da Europa Continental preservaram a formulação teórica bordada no direito romano, que entendia o princípio sob uma ótica essencialmente processual, enquanto uma consequência do instituto da coisa julgada e inerente à função jurisdicional estatal. Nesse sentido, o *ne bis in idem* apresentava-se como uma opção político-legislativa para conferir mais estabilidade às relações jurídicas entre o poder punitivo e o indivíduo, revestindo o conteúdo das decisões jurídicas com presunção de veracidade³⁶³. Já na tradição anglo-estadunidense, apesar de sua relação com o direito romano, o princípio foi historicamente abraçado como ferramenta de salvaguarda dos súditos perante o poder real³⁶⁴. Sua razão

³⁶³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 11 e 17-18.

³⁶⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria, cit., p. 25

maior repousaria, então, na proteção do sujeito contra a arbitrariedade e a irracionalidade punitiva³⁶⁵.

Retomando uma perspectiva contemporânea, que se desenrolou a partir da metade do século XX, Keity Saboya aponta serem múltiplas as razões invocadas para justificar o princípio, referenciadas nos mais diversos corolários do Estado Democrático de Direito³⁶⁶. A autora sumariza parte deles:

(...) 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 conduta³⁶⁷.

Como se depreende do trecho acima transcrito, a doutrina não entra em consenso. Para Lucía Alarcón Sotomayor, a existência de múltiplos fundamentos simultâneos ou concorrentes ao *ne bis in idem* decorre das várias regras comumente associadas a ele³⁶⁸, inclusive ante o reconhecimento de suas vertentes processual e material. Sem embargo, soa precipitado tomar todos por adequados sem que se proceda a uma reflexão mais aprofundada. Mesmo porque, a depender daquele(s) eleito(s) como idôneo(s), poderá ser diverso o alcance da proibição da dupla reação punitiva pelos mesmos fatos. Faz-se necessário tecer algumas considerações sobre esses e outros potenciais fundamentos do princípio.

Há quem ancore o *ne bis in idem* nos princípios da *legalidade e tipicidade*, por exigirem do Estado previsibilidade acerca das condutas puníveis e de suas respectivas sanções (*lex praevia e lex certa*)³⁶⁹. Da necessidade de prévia delimitação do conteúdo da reação punitiva estatal, seria possível afirmar que toda decisão que versasse sobre determinada conduta, passível ou não de sanção, exauriria o tema e impediria um novo revolvimento³⁷⁰. A tipificação, nesse passo, compreenderia a totalidade da resposta jurídica

³⁶⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 11-14.

³⁶⁶ Cf. também PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 72.

³⁶⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria, cit.*, p. 25.

³⁶⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008, p. 28.

³⁶⁹ Citem-se PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 72; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 62-65; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 279.

³⁷⁰ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 72-73.

a um mesmo comportamento. Qualquer solução diversa estaria desprovida de amparo legal e seria avessa às regras norteadoras do concurso de normas³⁷¹.

Essa compreensão é adotada pela Corte Superior espanhola³⁷² e peruana³⁷³ como fundamento do *ne bis in idem* entre sanções penais e administrativas. Mas não é imune a críticas. Afinal, bastaria que ambos os ilícitos estivessem expressamente previstos em lei, de forma inequívoca, para restarem preenchidas as exigências de previsibilidade³⁷⁴. A própria possibilidade de sobreposição, aliás, pode estar expressamente prevista em lei, como se constata de diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro³⁷⁵.

Sob essa perspectiva, José Muñoz Clares e José María Caballero Salinas ponderam que o princípio da legalidade seria complementar (e não razão de ser) do *ne bis in idem*; o primeiro dirigido ao legislador para que identifique suficientemente a tipicidade a fim de evitar a sobreposição de consequências desfavoráveis à mesma hipótese, e o segundo voltado aos fatos em sua pura materialidade³⁷⁶. Esse não é um posicionamento unânime. Helena Regina Lobo da Costa sustenta que, inclusive no que diz respeito ao direito brasileiro, uma grande dificuldade de consolidação do *ne bis in idem* reside no fato de que ele é voltado ao legislador; e que a lei pátria não o prevê expressamente³⁷⁷.

³⁷¹ Nesse ponto, cf. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 59.

³⁷² Cf., por exemplo, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 26-28; GARCÍA PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio *non bis in idem* en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 42, n. 1, pp. 109-123, jan./abr. 1989, p. 112; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., pp. 35-36.

³⁷³ CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de “ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, pp. 9-52, 2007, pp. 12-13.

³⁷⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 215; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 26.

³⁷⁵ A exemplo do artigo 30 da Lei Anticorrupção (“*A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*”) e artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa (“*Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato(...)*”).

³⁷⁶ O *ne bis in idem* “*pretende que apenas fatos a ações humanas não imputadas previamente a seu autor suscitem a aplicabilidade dos tipos e que um mesmo fato não dê lugar a mais de uma consequência ou circunstância que agravem a responsabilidade do mesmo*”. MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 271.

³⁷⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 225.

Também a regra da *segurança jurídica* é frequentemente apontada como fundamento da garantia de *ne bis in idem*, assim como a necessidade de *contenção do poder punitivo* e da *arbitrariedade* do Estado, do qual são exigidas *racionalidade* e *razoabilidade*³⁷⁸.

Mercedes Pérez Manzano, nesse diapasão, sustenta que a segurança jurídica implica tanto a imposição de que o direito se pronuncie de maneira única sobre um mesmo tema como a garantia de que cada solução jurídica seja revestida com estabilidade e permanência, “*de forma que se possa falar da lei do caso*”³⁷⁹. Para a jurista, em última análise, a segurança jurídica presta-se a tutelar a dignidade e a liberdade da pessoa acusada, estabelecendo limites à pretensão punitiva do Estado³⁸⁰. Uma vez exercida essa pretensão, pois, ela é tida por exaurida e terminantemente definida.

Para Francisco Javier de León Villalba, de igual maneira, é imanente ao *ne bis in idem* a garantia de que “*o já tratado não virá a sê-lo de novo*” ou, em outras palavras, de que a possibilidade de renovação da reação estatal já esgotada não venha a assombrar indefinidamente o acusado³⁸¹. É nesse sentido que o autor, como tantos outros³⁸², vincula a

³⁷⁸ Confirmam-se PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 70-72; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., p. 95; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 62-65; LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., pp. 18 e 25; GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*. Madrid: Iustel, 2008, 314-320; NAVARRO CARDOSO, Fernando. El principio ne..., cit., p. 1220; MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 274; GOMÉZ TOMILLO, Manuel. Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH. *InDret*, v.2, 2020, pp. 425-426. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/Publico-1.pdf>>. Acesso em 5 ago. 2021 (ao tratar especificamente da vertente processual do princípio); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 20. Esse último autor aponta que a segurança jurídica considera inadmissível que um Estado de Direito ameace um mesmo sujeito, permanente, de diferentes sanções (simultâneas ou sucessivas) pelo mesmo fato, submetendo-o a tratamento indigno.

³⁷⁹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 70-72. A constante ameaça de novas sanções constituiria uma restrição à sua liberdade, enquanto o excesso punitivo – “*toda sanção não proporcional à gravidade do fato e da culpabilidade do autor*” –, implicaria uma instrumentalização do indivíduo, afetando sua dignidade.

³⁸⁰ No mesmo sentido, v. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., p. 95.

³⁸¹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., pp. 18 e 25.

³⁸² Mencionem-se, por exemplo, PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 67-69; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 108-114 e 155; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito...*, cit., pp. 293-297 e 302; MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 274. Sobre o tema, confira-se a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Reclamação nº 41.557/SP, publicada em 6 jul. 2020, e o acórdão proferido nos mesmos autos pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado em 15.12.2020. A decisão monocrática foi objeto de acurada análise por LOPES JUNIOR, Aury; SABOYA, Keity. *Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo*. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jul. 2020.

proibição de *bis in idem* à unidade do *ius puniendi* estatal, sustentando ser inadmissível que se castigue um mesmo sujeito “*diversificando o que ontologicamente constitui uma capacidade única de atuação: o poder de reprimir condutas que violem a ordem social, ofendendo um bem jurídico*”³⁸³. A concepção unitária da potestade punitiva – entendida como denominador comum na interação entre direito penal e direito administrativo sancionador – impediria uma dualidade sancionatória, que nada mais é do que o exercício reiterado desse poder.

Sob uma perspectiva mais ampliativa e quiçá mais vaga, Fábio Medina Osório justifica o princípio *ne bis in idem* a partir, fundamentalmente, do *devido processo legal* (*due process of law*)³⁸⁴, sobretudo no que tange ao seu aspecto substancial, atrelado à limitação do poder estatal.

Na esfera penal, a função preclusiva atrelada ao princípio da *imutabilidade da coisa julgada* é igualmente invocada para fundamentar a proibição da dupla persecução³⁸⁵. Infere-se que, da mesma maneira que o cidadão deve respeitar a decisão definitiva proclamada pelo juiz competente, também cabe ao Estado acatá-la, não podendo submeter seu conteúdo a juízo de reconsideração³⁸⁶. Conclamam-se, assim, as duas tradicionais vertentes da *coisa julgada*: (i) positiva, segundo a qual a declaração judicial firme deve ser revestida de verdade jurídica; e (ii) negativa, que impede nova abordagem sobre um mesmo assunto³⁸⁷. Essa aceção decorre em grande medida da tradição processualista civil dos povos da Europa Continental, tributários do direito romano. Trata-se de uma compreensão clássica do princípio e que, isoladamente, não o tem como garantia político-constitucional³⁸⁸.

Pelas lentes da hermenêutica contemporânea, não surpreendentemente, a iniciativa de conformar o *ne bis in idem* ao instituto da coisa julgada é alvo de severas críticas³⁸⁹. Em situações de litispendência, por exemplo, pressupor-se-ia justamente a

³⁸³ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., pp. 18 e 25.

³⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 279. V. também, em relação ao sistema jurídico peruano, CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de..., cit., pp. 36-37.

³⁸⁵ Confira-se, por exemplo, MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 272.

³⁸⁶ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 272.

³⁸⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos Editorial S.A., 2012, pp. 434-435. Cf., ainda, CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 17-29.

³⁸⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 30.

³⁸⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 434-435; CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de..., cit., p. 12; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 60;

inexistência de trânsito em julgado anterior de causa penal³⁹⁰. A caracterização de *bis in idem* pela tramitação de dois processos com o mesmo objeto prescinde de sentença prévia transitada em julgado.

Demais disso, Alejandro Nieto García sustenta que, hoje, o *ne bis in idem* vai muito além da coisa julgada, tanto que poderia figurar como fundamento desta, e não o contrário³⁹¹. Isso porque as resoluções administrativas não fazem coisa julgada, a menos que sejam submetidas a posterior controle pela jurisdição contencioso-administrativa³⁹². A estabilidade da sentença transitada em julgado é absoluta apenas na esfera penal e tão somente – e em tese – para a acusação³⁹³.

O critério da coisa julgada, por essas razões, é reputado insatisfatório para explicar técnica e dogmaticamente a proibição da múltipla reação punitiva estatal sobre os mesmos fatos³⁹⁴.

É comum que se afirme, outrossim, que a reiterada persecução e punição de um mesmo sujeito pelos mesmos fatos constituiria uma ruptura da *proporcionalidade* entre a gravidade da conduta transgressora e a consequência jurídica prevista pelo julgador, expressa integralmente em uma única norma³⁹⁵. O princípio guarda, nesses termos, relação

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 25, nr. 9; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 216; CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 30-32.

³⁹⁰ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 31. Nesse sentido que Martínez Rodríguez, em breve anotação sobre o tema, sustenta que o princípio de *ne bis in idem* decorreria de ambos os institutos da coisa julgada e litispendência. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *La doctrina jurídica del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 17.

³⁹¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 434-435; CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de..., cit., p. 12. Keity Saboya, de todo modo, pondera “*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*”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 159. Sobre o debate, confirmam-se, ainda, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 216 e nr. 722; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 25, nr. 9.

³⁹² NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 435.

³⁹³ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 60-61. Como relembra o autor, o princípio da imutabilidade da coisa julgada, por si só, não impede que ordenamentos jurídicos de matriz democrática estabeleçam hipóteses em que é possível a revisão *pro societate*, como é o caso dos artigos 449, 450 e 463 do Código de Processo Penal português.

³⁹⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 434-435. A percepção de Rogério Schiatti Machado Cruz é outra, de que os princípios de *ne bis in idem* e da imutabilidade da coisa julgada, apesar de apresentarem uma área de intersecção comum, não seriam coincidentes. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 31.

³⁹⁵ Confirmam-se PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 74-75; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., p. 95; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., pp. 56-61. Carlos Rodolfo Tigre Maia entende que a comprovação da materialidade do *ne bis in idem* estaria suficientemente demonstrada nos princípios da legalidade e intangibilidade da coisa julgada.

com as noções de *culpabilidade*, que impede que ao mesmo sujeito seja imposta sanção excedente ao limite proporcional à sua culpabilidade, e de *individualização da pena*³⁹⁶. Se o trabalho legislativo diz respeito justamente à elaboração de normas que compreendam todo o espectro de reprovabilidade da conduta tipificada – isto é, “autossuficiente” – a dupla reprimenda representaria uma resposta excessiva e desproporcional do poder sancionatório³⁹⁷.

Helena Regina Lobo da Costa, tratando da sobreposição entre a sanção administrativa e a sanção penal, defende ser o princípio da *proporcionalidade* o fundamento direto da vedação de *bis in idem*, porquanto impõe ao Estado que “*atue com moderação, sobretudo no campo punitivo*”. Como prossegue, o corolário da proporcionalidade:

Por meio de seus subprincípios, indica que se deve adotar a solução mais idônea à finalidade, estritamente necessária a seu atingimento e cujos meios não se revelem desproporcionais ao atingimento do fim. Nessa linha, cumular sanções que apresentam finalidades praticamente idênticas, por meio de processos paralelos, não se configura como um meio necessário ao atingimento do fim almejado pelo legislador³⁹⁸.

Há também objeções a essa abordagem³⁹⁹. Seus críticos apontam que determinadas soluções que evocam o princípio da proporcionalidade, em verdade, se prestam tão somente a vulnerar a máxima de *ne bis in idem*. Francisco Javier de León Villalba relembra que o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, já em suas primeiras decisões, autorizou a realização de procedimentos nacional e comunitário paralelos, com fins distintos, devendo a segunda sanção pecuniária levar em conta a quantia cominada na primeira, de forma a manter a proporcionalidade da resposta sancionadora. A acumulação de sanções não seria em si um problema, desde que deduzida proporcionalmente a sanção imposta. Para o

Afirma, de toda forma, que “*a ligação entre o ne bis in idem (nas suas referidas angulações formal e material) com os mencionados valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade*”. In: MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 60-61. Em relação ao ordenamento jurídico peruano, v. CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de..., cit., p. 13.

³⁹⁶ De acordo com Helena Regina Lobo da Costa, internamente ao direito penal, os princípios da culpabilidade e da individualização das penas seriam suficientes à interdição de *bis in idem*. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 216. V. também MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 273.

³⁹⁷ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 74-75.

³⁹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 216.

³⁹⁹ Confirmam-se LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., pp. 23-25; GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de...*, cit., pp. 314-320; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., pp. 20, 57-61.

autor, “em última instância, a busca por proporcionalidade sugere uma aproximação finalística do princípio, mas que não propriamente responde à proibição inicial”⁴⁰⁰.

María Jesús Gallardo Castillo, diante da jurisprudência do Tribunal Constitucional e Tribunal Superior espanhol, identifica a mesma tendência, pela qual se legitima a multiplicidade de julgamentos sobre os mesmos fatos desde que haja a compensação das consequências jurídicas. Segundo a jurista, essa solução implica o franco sacrifício da segurança jurídica e da vertente processual do princípio⁴⁰¹.

Por sua vez, Keity Saboya, sem rechaçar demais argumentos lançados para fundamentar o princípio⁴⁰², define seu alicerce estruturante como a *dignidade humana*, que tem como elemento essencial a proteção da liberdade do cidadão e a consequente limitação do poder estatal. A permanente ameaça de um novo processo ocasionaria ao jurisdicionado um “estado de vida suspensa”, incompatível com a condição humana⁴⁰³. A proposta, sem embargo, pode contrastar com uma visão minimalista do princípio da dignidade humana⁴⁰⁴, que busca restringir seus contornos a fim de evitar que seja invocado para resolver questões sem relevância central para o indivíduo⁴⁰⁵. Conforme Helena Regina Lobo da Costa, adepta dessa corrente minimalista, o princípio da dignidade humana não deve “*ser aplicado diretamente quando houver princípios de mais especificidade (ainda que daquele decorrente) adequados ao caso concreto*”⁴⁰⁶, o que poderia ser o caso do *ne bis in idem*.

Diante do exposto, vê-se que os princípios invocados para fundamentar a vedação de *bis in idem* formam, por vezes, um emaranhado. À primeira vista, os mais diversos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, cumulada ou

⁴⁰⁰ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., pp. 23-25.

⁴⁰¹ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de...*, cit., pp. 314-320. V. também LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 58.

⁴⁰² Compreendidos como “*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*”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 155.

⁴⁰³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 164-166.

⁴⁰⁴ Que o define como “*um estado de coisas a ser buscado por comportamentos não expressamente descritos na norma*”, em contraste da ideia da dignidade humana como um postulado normativo, isto é “*uma verdadeira metanorma, que auxilia e norteia a aplicação de outras normas jurídicas*”. COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; PASCHOAL, Janaína Conceição (Coord.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, pp. 207-218, pp. 214 e 213 respectivamente.

⁴⁰⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves..., cit., pp. 208-218.

⁴⁰⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves..., cit., p. 218.

separadamente, lograriam justificar a proibição de dupla incriminação. Todavia, há que se atentar para as limitações dos fundamentos eventualmente lançados, que podem não compreender o *ne bis in idem* em sua totalidade ou, até mesmo, legitimar sua modulação e relativização.

Nessa medida, concorda-se com Helena Regina Lobo da Costa quando diz que a discussão sobre os fundamentos do *ne bis in idem* pode partir de um pressuposto equivocado, de que seria “*possível, em regra, aplicar duas sanções, devendo-se somente diante de determinados fundamentos e dadas características, aplicar somente uma das sanções*”⁴⁰⁷. Lado outro, o debate faz-se necessário para que se identifique quando determinado discurso instrumentaliza o princípio de *ne bis in idem* para inverter seu significado. Se, por um lado, é fácil aceitar abstratamente que “ninguém deve ser julgado ou condenado duas vezes pela mesma infração”, por outro, é possível que o aplicador do direito se perca em um universo retórico de “*sim, mas....*”, que inexoravelmente leva ao solene descumprimento da garantia⁴⁰⁸.

Realizada uma aproximação aos fundamentos do princípio, passa-se, a seguir, a uma sistematização de suas funções.

3.2. As denominadas vertentes material e processual do *ne bis in idem*

Em vista do atual estado das coisas alcançado pelo *ne bis in idem*, enquanto princípio geral de direito irrenunciável e incondicional, sua função deve ser entendida de forma igualmente garantidora. Os papéis desempenhados pela proibição devem ser tantos quantos necessários para interditar eventual pretensão punitiva do Estado de reiterar aquilo que já foi feito. Em outras palavras, as de Keity Saboya, o princípio deve efetivamente impedir que, sobre uma mesma conduta objetivada juridicamente, recaia uma pluralidade de consequências jurídicas, independentemente da autoridade estatal que as pronuncie⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 217.

⁴⁰⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 13.

⁴⁰⁹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 166. A autora prossegue: “*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 (re)ação punitiva pelos mesmos fatos e fundamentos*”.

Desde a guinada paradigmática verificada a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, entende-se existirem ao menos duas vertentes do *ne bis in idem*: uma processual e outra material, escrutinadas adiante. Com bipartição funcional da garantia, assegura-se que seus efeitos se protraíam para todas as fases da reação punitiva estatal, atingindo os procedimentos prévios à imposição de reprimendas (vertente processual) e o sancionamento propriamente dito (vertente material), todos considerados verdadeiras consequências jurídicas ao injusto⁴¹⁰.

Mas é necessário fazer um alerta: também aqui, a definição dada a cada vertente conformará a amplitude da incidência da garantia, motivo pelo qual cumpre ao intérprete do direito rememorar a todo momento que o *ne bis in idem* não admite exceções. Não há espaço para cláusulas condicionantes. É por essa razão, aliás, que Keity Saboya se refere igualmente à dimensão transversal do *ne bis in idem*, relacionada à impossibilidade de sobreposição das reações punitivas administrativa e penal “*pela mesma conduta objetivada juridicamente e com os mesmos fins*”⁴¹¹. O princípio irradia-se por todo o ordenamento jurídico e em relação a todos os procedimentos de caráter sancionatório⁴¹².

Dessa forma, sob a perspectiva processual, o *ne bis in idem* emerge como a proibição de que uma pessoa seja submetida a mais de um processo ou investigação, sucessiva ou simultaneamente, em virtude de um mesmo injusto, seja no âmbito penal, seja no administrativo. Reforça-se o direito de não ser exposto a duas persecuções pela mesma razão, mediante procedimentos diversos. O processo em si é representado como uma sanção, para além daquela propriamente dita e independentemente do resultado, condenatório ou absolutório, de eventual processo anterior⁴¹³.

Sem a intervenção do princípio *ne bis in idem*, a tramitação de processos distintos, mas com idêntico objeto, deixaria em aberto a possibilidade de os mesmos fatos existirem e deixarem de existir perante o mesmo Estado, a mesma potestade sancionadora⁴¹⁴.

⁴¹⁰ MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 275.

⁴¹¹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 167-168. A autora ressalta que mesmo a corrente que não aceita o caráter unitário do *ius puniendi* estatal reconhece a “*congruência de valores em pontos de interseção desses dois ramos do ordenamento jurídico*”.

⁴¹² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 168.

⁴¹³ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de...*, cit., pp. 296-297.

⁴¹⁴ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de...*, cit., p. 298, que retoma a sentença do tribunal Constitucional Espanhol nº 77/1983.

Ousa-se dizer que o paradoxo colocado pela situação de *bis in idem* processual assemelha-se, guardadas as devidas proporções, ao experimento mental proposto pela física quântica denominado “gato de Schrödinger”, no qual a imprevisibilidade do comportamento de partículas em nível quântico faz com que se admita a superposição de dois estados de um mesmo átomo radioativo – intacto e desintegrado.

A seu turno, a vertente material do princípio expressa-se no resultado da reação punitiva, ou seja, pela proibição de castigar duas vezes o mesmo sujeito pelo mesmo motivo⁴¹⁵. É proibido que “*uma mesma conduta sirva de supedâneo a uma pluralidade de valorações jurídicas com sobreposições punitivas*”, sejam elas sanções autônomas, sejam quaisquer consequências jurídico-repressivas cumuladas em uma mesma sanção⁴¹⁶.

Os contornos atribuídos às duas vertentes do princípio refletem sua orientação garantidora e abrangente, voltada à plena materialização de seu conteúdo. Embora aparentemente de fácil assimilação, o debate ainda não se exauriu. Há outros aspectos da garantia a serem investigados e cuja complexidade é evidente. Um deles diz respeito aos requisitos para identificar duas persecuções que versem sobre o mesmo objeto. Quando se está diante do *mesmo*? Esse é o tema do próximo tópico.

Ainda mais adiante, quando do exame mais detido sobre a interface entre o direito penal e o administrativo sancionador, novas indagações serão propostas, referentes à integralização procedimental do princípio, sobretudo ante as disfunções em que incorre o ordenamento jurídico brasileiro. No momento oportuno, então, serão abordadas com mais vagar, entre outras questões, (i) qual jurisdição há de prevalecer quando se enfrenta iminente situação de *bis in idem*, (ii) se é possível que, uma vez imposta a sanção administrativa, a esfera penal seja convocada a atuar e (iii) se eventual compensação entre as sanções penal e administrativa vai ao encontro da pretensão de concretização do princípio.

⁴¹⁵ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios...*, cit., p. 295.

⁴¹⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 28 e 168. Esse último caso, por exemplo, diz respeito à exasperação da pena-base em razão de elementos inerentes ao tipo penal.

3.3. Pressupostos para a aplicação do *ne bis in idem*

Sabe-se que o *mesmo* ocorre quando uma única conduta – um único ilícito – é subsumível a uma pluralidade de normas punitivas⁴¹⁷. Ainda que duas normas tipifiquem a mesma vulneração ao ordenamento jurídico de modo absolutamente autônomo, é inadmissível que se proceda a um duplo processo, julgamento ou sanção.

Como já visto nos tópicos anteriores, o desenvolvimento do *ne bis in idem* esteve vinculado ao instituto processual da coisa julgada, sobretudo nas tradições jurídicas romano-germânicas. E essa perspectiva processual que conformou as origens do princípio segue evidente, mesmo após a sua ampliação funcional, que o dotou também de caráter material. Basta dizer que os pressupostos de operatividade do *ne bis in idem* tomam por referência aqueles utilizados para a identificação dos limites da coisa julgada. De maneira análoga à coincidência de partes, pedido e causa de pedir, as circunstâncias determinantes para a aplicação do *ne bis in idem* serão a unidade de sujeito infrator, fatos e fundamento. É essa tríplice identidade que será tratada a seguir.

Contudo, a análise de cada um dos requisitos de aplicação da garantia é repleta de percalços, além de sujeita à ingerência do intérprete do direito⁴¹⁸. Não se deve subestimar a aparente simplicidade do preceito. Há divergências quanto aos critérios para determinar seu conteúdo e sensível falta de objetividade na discriminação das hipóteses que os caracterizariam⁴¹⁹.

3.3.1. Unidade de fatos

Quando da incursão nos principais instrumentos normativos de direito internacional convencional que preveem o *ne bis in idem*, já foi possível vislumbrar uma

⁴¹⁷ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 39-40.

⁴¹⁸ CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non bis in idem en la ley vasca de la potestad sancionadora*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 2010, p. 49.

⁴¹⁹ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional de não incorrer em *bis in idem*: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, pp. 175-212, mai. 2019, p. 187.

dificuldade terminológica na definição do *mesmo*⁴²⁰. Os termos utilizados são dos mais variados, como *delito*⁴²¹, *infração*⁴²², *atos constitutivos de crime*⁴²³ e *fatos*⁴²⁴.

Entre as diversas expressões utilizadas para a apreciação do princípio, entende-se que a mais correta seja *fatos*, por abarcar hipóteses de concurso de normas sancionatórias penais e extrapenais⁴²⁵. Esse tem isso o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo⁴²⁶. Nesse sentido, as Cortes de Estrasburgo e Luxemburgo já assentaram que a qualificação jurídica de direito interno não é suficiente para distinguir a sanção penal da administrativa, recorrendo-se aos denominados Critérios de Engel, sobretudo na análise dos “fatos materiais”, para a aferição do elemento *idem*⁴²⁷.

Com efeito, essa primeira ressalva é necessária na medida em que desautoriza o legislador a diversificar os invólucros de um mesmo injusto, com o fim de legitimar a formulação de novas acusações. A classificação jurídica do fato é inócua para sustentar a existência de um objeto processual idêntico. Quanto a esse ponto não há muita divergência entre os juristas⁴²⁸.

Agora, resta discutir como apurar essa identidade fática. Mercedes Pérez Manzano adverte, com propriedade, que rechaçar a qualificação jurídica como critério decisivo na investigação do *idem* não se confunde com a adoção de uma teoria naturalista⁴²⁹.

⁴²⁰ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 55.

⁴²¹ Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas (artigo 14.7); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 50).

⁴²² Protocolo Adicional nº 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa (artigo 4.1).

⁴²³ Estatuto de Roma (artigo 20).

⁴²⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (artigo 8.4); Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (artigo 54).

⁴²⁵ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 177.

⁴²⁶ Conforme pesquisa realizada por Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia. In: MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 55.

⁴²⁷ Carlos Eduardo Adriano Japiassú, aliás, traça paralelo entre o critério de identidade dos *fatos* com os institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli*, previstos nos artigos 110 §2º c/c 383 e 383 do Código de Processo Penal. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., p. 95.

⁴²⁸ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 89. A autora, inclusive, afirma constituir “*lugar comum entre a doutrina processualista sustentar que o pressuposto para a apreciação da proibição de bis in idem é um fato, não um crime*”, tradução livre.

⁴²⁹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 89-90. V. também MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 55-56.

Se assim o fosse, o referencial para a percepção de uma identidade fática seria exclusivamente a conduta humana delimitada por parâmetros espaço-temporais. Para a teoria naturalista, o lugar e o momento da ação denotam a unidade do fato, dispensando-se qualquer sorte de critério jurídico para realizar essa avaliação. O fato é compreendido como a sequência linear de acontecimentos que compõem uma unidade natural, um acontecimento histórico⁴³⁰. A teoria parece bastar se aplicada aos casos tidos como “simples”, nos quais a ação e o resultado de um crime são verificados em um curto espaço de tempo, tais como nos delitos de dano e lesão corporal⁴³¹.

No entanto, é questionável que o alcance do *ne bis in idem* possa ser traduzido pela unidade espaço-temporal⁴³². Para hipóteses ligeiramente mais intrincadas, o critério de coincidência naturalística não oferece soluções satisfatórias. Se a suposta conduta e seu resultado estiverem apartados no tempo, romper-se-ia com a unidade espaço-temporal que autorizaria a aplicação do princípio. Da mesma maneira, se, em um mesmo momento e local, uma ação produzisse vários resultados distintos – hipótese de concurso formal de infrações –, a teoria naturalista poderia concluir por suposta unidade que não condiz com as funções do *ne bis in idem*⁴³³.

Em contraposição à teoria naturalista, cuja precariedade é patente, apresentam-se as teorias normativas, segundo as quais a unidade fática é percebida com base em critérios estritamente jurídicos. O fato é compreendido como *fato punível*, valorado juridicamente de forma una e abalizado pela norma (ou normas concorrentes) que descreve(m) a conduta ilícita⁴³⁴.

Entre os elementos e as circunstâncias do acontecimento histórico, devem ser selecionados aqueles que o legislador elegeu para constituir a hipótese fática da sanção⁴³⁵.

⁴³⁰ V. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 180. Segundo a autora, com efeito, “*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*”.

⁴³¹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 90.

⁴³² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 177.

⁴³³ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 94.

⁴³⁴ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 90-91; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O princípio do...*, cit., pp. 56-57.

⁴³⁵ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 180-185. Saboya aponta que acontecimento somente é relevante, “*ainda que hipoteticamente, como e enquanto violador dos valores protegidos pelas normas jurídico-penais*”. Apesar de a autora não negar que por “mesmos fatos” deve-se atentar aos fatos reais e históricos, afirma que a perspectiva normativa do objeto do processo deve, sim, prevalecer. Afinal, “*a*

São esses fatores que dão lugar à subsunção do fato à norma, com consequente aplicação de sanção. O fato físico não contemplado pela norma será absolutamente irrelevante para o direito⁴³⁶.

É o que anota Keity Saboya:

Assim, observando-se que o acontecimento exterior, o qual corresponde a uma conduta típica, é idêntico ao acontecimento histórico imputado anteriormente, ou seus elementos são substancialmente coincidentes, verificada estará a identidade requerida para fins de incidência do princípio *ne bis in idem*⁴³⁷.

Helena Regina Lobo da Costa, seguindo por essa mesma trilha, retoma o conceito de *ação típica* apresentado por Juarez Cirino dos Santos, sustentando que a matéria deve ser examinada “*a partir da estrutura dos ilícitos considerados, conjugando-se os conceitos de ação e de tipo (penal ou administrativo)*”. Ação, aqui, é entendida como conteúdo, enquanto o tipo legal é entendido como a forma do conteúdo⁴³⁸.

Mercedes Pérez Manzano advoga que a perspectiva normativa reveste o exercício do *ius puniendi* de maior previsibilidade e segurança jurídica, porquanto se escora nos elementos nucleares que constituem a norma e que refletem “*o juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador sobre a adequada sanção ao desvalor que representa o conteúdo de injusto de cada infração*”⁴³⁹.

Cumprido, então, ao intérprete observar quais são os aspectos de determinado comportamento que compõem a hipótese descrita pelas infrações aparentemente concorrentes⁴⁴⁰. Nesse exercício, a identidade valorativa, ainda que parcial, das condutas típicas acusará a ocorrência de *bis in idem*.

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”.

⁴³⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 101-102; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 180-181; CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non...*, cit., pp. 49-50.

⁴³⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 180.

⁴³⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 218-219. Cf., ainda, TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 133-135. O autor conceitua a ação como “*a conduta volitiva, orientada por parâmetros ou objetos de referência, expressos no injusto e subordinados a um discurso jurídico válido, no âmbito da prática social do sujeito*”.

⁴³⁹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 101.

⁴⁴⁰ CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non...*, cit., pp. 49-50.

Retomem-se os já mencionados casos van Esbroeck e van Straaten. Haverá o *idem* quando constatada “a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissoluvelmente ligadas entre si” entre os fatos examinados. Isso ocorrerá, por exemplo, no caso de tráfico de drogas entre as condutas de exportar entorpecentes do país A ao país B, ou importá-los de B para A⁴⁴¹. A depender do caso, não será necessária nem mesmo a coincidência absoluta entre os fatos narrados para ensejar a aplicação do princípio. No exemplo utilizado, isso se verificará se, no processo de importação-exportação de entorpecentes, parte do material for avariado ou descartado, causando uma diferença quantitativa entre aquilo que saiu de um país e o que chegou em outro, desde que não haja dúvidas que tudo integrou uma mesma unidade. A mesma dinâmica pode ser constatada em relação ao crime de evasão de divisas, descaminho, contrabando etc.⁴⁴².

Haverá uma infringência ao ordenamento, portanto, se o *núcleo* de duas ou mais normas se reportarem a um único conteúdo ilícito. É irrelevante, para fins de verificação de *bis in idem*, se é imputada ao sujeito a condição de partícipe ou autor, a prática culposa ou dolosa de um ilícito, a tentativa ou consumação, a circunstância de dano ou perigo⁴⁴³.

Essa lógica também se aplica ao concurso entre normas penais e administrativas, sendo a unidade fática constatada a partir da existência de relação de especialidade, consunção e subsidiariedade entre essas normas⁴⁴⁴. Nesse sentido, é expressiva a contribuição do Teste de Blockburger, desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo o qual a identidade fática é demonstrada se cada suposta ofensa exigir exatamente o mesmo elemento de comprovação⁴⁴⁵.

Por outro lado, um mesmo comportamento poderá, sim, ser fragmentado em mais de uma ação juridicamente relevante, desde que tenha sido objeto de *valorações distintas*, cada qual com seus elementos nucleares característicos. Tratar-se-á de uma

⁴⁴¹ Caso Van Esbroeck (C-436/04), de 9.3.2006.

⁴⁴² Cf. o item 3.6.2.2.

⁴⁴³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 183-184.

⁴⁴⁴ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 175-212, mai. 2019, p. 191; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 193-194; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico*..., cit., pp. 218-219. Frise-se que os critérios especialidade, consunção e subsidiariedade são tidos como pressuposto para a constatação de unidade de fato e não o contrário. Ou seja, a unidade de fato não é pressuposta para aplicação desses critérios.

⁴⁴⁵ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 184-185.

hipótese de concurso de infrações, instituto que não se confunde com o concurso de normas e que não enseja a aplicação do *ne bis in idem*⁴⁴⁶.

Por fim, não se pode olvidar que os fatos objeto de um processo abarcam o deduzido e o dedutível, o que significa que, uma vez exarada decisão definitiva, toda pretensão processual é posta a termo, esgotando-se os aspectos jurídicos a ela relacionados, independentemente de terem sido invocados no processo ou não⁴⁴⁷.

3.3.2. Unidade de sujeitos

O critério da identidade de sujeitos presta-se a duas funções primordiais e mutuamente complementares. De um lado, expõe, ainda que não simultaneamente, todos os indivíduos que concorreram para o cometimento de ilícitos ao juízo de reprovação do Estado, sempre na medida de sua participação⁴⁴⁸. De outro, a identidade subjetiva é um dos requisitos de aplicação do princípio de *ne bis in idem*, pois veda que sobre um mesmo sujeito recaiam consequências punitivas redundantes⁴⁴⁹.

Por “sujeito” entende-se a identidade física do acusado, pouco importando qualquer elemento formal de designação⁴⁵⁰. A proibição da dupla sanção recai sobre uma mesma pessoa, reconhecida por suas características físicas⁴⁵¹.

Posto isso, surge uma importante indagação, diretamente relacionada a essa definição de “sujeito” acima apresentada: há violação do *ne bis in idem* se tanto a pessoa jurídica como a pessoa natural que a representa sofrerem consequências sancionatórias (de natureza penal ou administrativa) em decorrência do mesmo injusto? O critério da unidade subjetiva permite ou repudia a coexistência de sanções entre elas?

Em tese, inexistiria *bis in idem* sob hipótese alguma. E isso ocorre por dois motivos. Do ponto de vista material, diz-se que cada uma dessas entidades jurídicas teria vontade e capacidade próprias de agir. Enquanto a pessoa natural é quem efetivamente

⁴⁴⁶ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 191.

⁴⁴⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 182 e 187.

⁴⁴⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 42.

⁴⁴⁹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 169.

⁴⁵⁰ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 125.

⁴⁵¹ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 188.

prática ação ou omissão que dá causa a resultado contrário ao direito, a pessoa jurídica seria responsabilizada por eventual defeito de organização, por não adotar medidas institucionais idôneas para prevenir, detectar e coibir ilícitos praticados por seus dirigentes ou funcionários⁴⁵². Já sob a perspectiva formal, o direito distingue a pessoa natural da pessoa jurídica e confere-lhes autonomia para contraírem obrigações, perseguirem direitos e assumirem responsabilidade pelos ilícitos que cometerem. O artigo 49-A do Código Civil prevê: “*a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores*”.

Todavia, a solução não é tão simples, e logo se depara com uma série de dificuldades. Ainda mais considerando a legislação brasileira, cujo modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica catalisa estranhamentos e disfunções.

3.3.2.1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a busca por um critério de distinção entre os sujeitos responsáveis por ilícitos

A responsabilização da pessoa jurídica veio à tona nas últimas décadas como uma questão a ser enfrentada pelas vias civil, administrativa e, em uma alteração paradigmática, também penal. O destaque dado à criminalidade “dos poderosos” não pôde deixar de apontar para uma realidade altamente complexa, na qual os personagens envolvidos deixam-se diluir por entre os setores de entes coletivos e a consumação de cada prática delitiva é frequentemente fragmentada em diversas etapas, setores, tarefas e indivíduos intermediários.

A utilização do ambiente empresarial, por pessoas naturais, para a prática delitiva criou uma preocupação político-criminal e dogmática acerca da possibilidade de uma pessoa jurídica responder criminalmente pelos crimes cometidos em seu benefício. Concordando-se ou não, é inegável que a expansão do direito penal a partir do fim do século XX trouxe esse novo personagem tido como passível de sanções penais⁴⁵³.

⁴⁵² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 169- 174.

⁴⁵³ Klaus Tiedemann, em meados da década de 1900, já havia pontuado que “*De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y sobretodo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedan comprendidos*”

Para os fins da presente investigação, importa delinear brevemente os modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica desenvolvidos no campo dogmático e legislativo.

Existem os assim denominados *modelos de heterorresponsabilidade*, pelos quais a responsabilidade penal da pessoa natural é transferida à pessoa jurídica por ricochete ou empréstimo, atribuindo-lhe o mesmo injusto e a culpabilidade dos indivíduos com poderes para agir em seu nome e interesse. Trata-se, indubitavelmente, de uma lógica de responsabilização objetiva. Eventual culpa ou excludente de culpabilidade da pessoa jurídica, mormente uma empresa, são irrelevantes para a aferição de responsabilidade, já que ela necessariamente responde pelos crimes de outrem⁴⁵⁴.

É esse o modelo de responsabilidade penal de pessoas jurídicas adotado pelo ordenamento brasileiro, ainda que de forma não sistematizada. O único instrumento jurídico que regula o tema é a Lei nº 9.605/1998, a Lei de Crimes Ambientais, cujo artigo 3º dispõe que a penalização do ente coletivo ocorrerá nos casos em que a infração seja cometida por (i) decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, (ii) no interesse ou benefício da sua entidade.

Como sublinha Alamiro Velludo Salvador Netto, a norma realmente “*relembra os modelos mais incipientes de responsabilidade penal da pessoa jurídica, acentuando o papel da decisão da pessoa física e, por sua vez, dispensando qualquer alusão ao denominado defeito de organização*”⁴⁵⁵. Isso, porém, não impede a jurisprudência de

aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable”. In: TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, 1995, p. 22. Sobre o tema, confira-se também SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 25-101, 231. Até mesmo na Alemanha, onde havia uma nítida antipatia legislativa à ideia de responsabilização penal da pessoa jurídica, presencia-se um movimento para a inserção do instituto naquele ordenamento jurídico, com o “*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*”, isto é, em uma tradução livre, o Projeto de Lei para o Fortalecimento da Integridade na Economia, de 2020, com previsão específica de responsabilização da pessoa jurídica em um modelo híbrido, tanto em hipótese de *heterorresponsabilidade* como de *autorresponsabilidade*, conforme seu parágrafo 3º. Disponível em

<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Integritae_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em 23 out. 2021.

⁴⁵⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da...*, cit., pp. 113-117 e 293.

⁴⁵⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da...*, cit., p. 292.

ratificar a aplicação acumulada de pena à pessoa física e à pessoa jurídica⁴⁵⁶, insistindo na tese de que são duas pessoas distintas e destinatárias de punição individualizada⁴⁵⁷.

Em contraposição a essa formulação, tida como defasada pelos juristas⁴⁵⁸, foram elaborados os *modelos de autorresponsabilidade*, para os quais, cada um à sua maneira, a responsabilidade do ente coletivo decorrerá primordialmente de seus defeitos de organização. Com isso, o juízo de reprovação do Estado recai sobre os pontos cegos dessa estrutura que propiciaram o cometimento de delitos⁴⁵⁹.

Aqueles que advogam a favor da coexistência de sanções às pessoas natural e jurídica pelo mesmo injusto, afirmando ser distinta a capacidade de agir de cada uma, reportam-se, ainda que tacitamente, ao modelo de autorresponsabilidade. Afinal, é nele que se confere autonomia material aos distintos “sujeitos”, o que de fato afastaria a incidência do princípio *ne bis in idem* por falta de identidade subjetiva.

A contrario sensu, a conclusão é pela ocorrência de *bis in idem* quando se adota o modelo da heterorresponsabilidade, por seus próprios fundamentos. Assim se posicionam, por exemplo, Lucía Alarcón Sotomayor e Mercedes Pérez Manzano.

Na visão da primeira autora, para que se respeite o princípio, “*é necessário que a pena imposta à pessoa física e a sanção atribuída à pessoa jurídica expressem uma reprovação distinta, uma antijuridicidade e uma culpabilidade não coincidentes*”⁴⁶⁰, o que não ocorre no modelo de heterorresponsabilidade.

Mercedes Pérez Manzano, em sentido similar, sustenta que a dupla sanção somente será justificável se constatada a autonomia da pessoa jurídica como sujeito responsável da infração à norma, o que deve ser fundamentado e justificado também sob o

⁴⁵⁶ “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”. STJ, RESP 610.114/RN, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.11.05, DJ 19.12.05.

⁴⁵⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 172-173, posicionamento com o qual a autora concorda.

⁴⁵⁸ Cf., por exemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 141-143 e 236-241.

⁴⁵⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da...*, cit., pp. 120-148.

⁴⁶⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 43, tradução livre.

ponto de vista teórico. Ao ente coletivo deve ser dirigida regra de conduta independente, “*alheia às normas de conduta dirigidas às pessoas físicas que atuam em seu nome e para sua representação*”⁴⁶¹.

A dupla sanção será incompatível com o direito se a responsabilidade da pessoa natural tiver sido enxertada na pessoa jurídica. Afinal, se é verdade que a pessoa jurídica apenas responde por meio da extensão da capacidade de ação e da culpabilidade da pessoa física, não há de se falar em autonomia sancionadora de sujeitos⁴⁶².

E essa lógica também se aplica ao concurso entre sanções administrativas e penais. Independentemente da natureza da resposta punitiva estatal, há um sujeito que efetivamente comete a infração e outro que é responsabilizado por ricochete, em razão do mesmo injusto.

Há, inclusive, importante precedente do Tribunal Constitucional espanhol sobre o tema, embora excepcional⁴⁶³. Na Sentença nº 177/1999, a Corte interditou a cumulação da condenação do representante legal de uma empresa por crime ambiental com o sancionamento administrativo da empresa, pelos mesmos fatos, por infração à Lei de Águas⁴⁶⁴. A existência de dois sujeitos formalmente distintos não chegou a gerar qualquer dúvida aos julgadores quanto à aplicabilidade do princípio de *ne bis in idem* ao caso⁴⁶⁵.

3.3.2.2. Basta a distinção formal entre os sujeitos?

De acordo com o modelo da heterorresponsabilidade, a distinção entre a pessoa jurídica e a pessoa natural que a representa seria de ordem estritamente formal (e não material). É fácil recorrer ao argumento, então, que a dupla resposta sancionadora a esses

⁴⁶¹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 126-130.

⁴⁶² PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 126-127. De acordo com a jurista, “*com efeito, a infração de uma norma no seio de uma pessoa jurídica requer sempre a atuação de uma pessoa física, pois a capacidade da pessoa jurídica de infringir a norma emana das pessoas físicas. Se a pessoa jurídica carece de capacidade de ação e de culpabilidade, só pode atuar, infringir a norma, através da capacidade de ação e de culpabilidade da pessoa física que atua em seu nome*”, tradução livre.

⁴⁶³ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 129; CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de...*, cit., p. 15. Como relembra esse último autor, o Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença 48/2003, admitiu que a dissolução de uma pessoa jurídica poderia ser combinada com um processo de sanção penal contra pessoas físicas que a compunham, por não versarem sobre os mesmos sujeitos.

⁴⁶⁴ CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de...*, cit., p. 15.

⁴⁶⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 43-44.

dois sujeitos violaria o *ne bis in idem*, em razão da inexistência de uma efetiva autonomia entre eles, nos moldes do raciocínio desenvolvido anteriormente.

Mercedes Pérez Manzano, sem embargo, vai ainda além e afirma que, para que se conclua pela unidade de sujeitos nessa hipótese, não é necessário negar que se trate de entes jurídicos autônomos, diferentes *por natureza jurídica*. Isso porque, nas palavras da jurista, o cerne da questão “*não é se a pessoa física e pessoa jurídica constituem duas entidades autônomas de direito, pois o são para certos efeitos, mas se a pessoa física e a jurídica são entidades autônomas para fins sancionatórios*” em se tratando de um mesmo fato⁴⁶⁶.

A distinção formal entre pessoa natural e jurídica não dá conta de apartar uma da outra no plano sancionatório. Bem pelo contrário, essa diferença *por natureza jurídica*, justamente porque plasmada na incapacidade de ação e de culpabilidade do ente coletivo, presta-se a demonstrar a unidade subjetiva quando da imposição de sanção, por mais paradoxal que seja.

Não há como contornar, portanto, o desrespeito ao princípio de *ne bis in idem* no âmbito dos modelos da heterorresponsabilidade.

3.3.2.3. *Propostas alternativas*

Apresentam-se, ainda, algumas propostas formuladas pela doutrina para evitar o *bis in idem* em situações envolvendo empresa e seus representantes.

Para autores adeptos do modelo da autorresponsabilidade, que fornece melhores bases teóricas para uma cumulação de sanções entre os diferentes sujeitos⁴⁶⁷, um desafio é delimitar *o que* confere à pessoa jurídica suficiente autonomia sancionatória em relação aos seres humanos que a integram.

⁴⁶⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 126.

⁴⁶⁷ Bases essas, porém, que não deixam de ser criticadas por aqueles contrários à responsabilização da pessoa jurídica. GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (org., coord.); GRECO, Luís (coord.). *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: Seminário Brasil-Alemanha*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, v.1, pp. 69-76, p. 70.

Uma opção analisada pela doutrina refere-se ao porte e à organização interna do ente coletivo. Nas empresas de pequeno porte, familiares e unipessoais, haveria tamanha confusão entre a figura do proprietário e a da pessoa jurídica, que a cumulação de sanções se faria inadmissível. Adán Nieto Martín, por exemplo, propõe que empresas com menos de 50 trabalhadores sejam isentas de responsabilidade penal e que, àquelas com até 250 trabalhadores, haja a possibilidade de compensação entre as sanções das pessoas natural e jurídica⁴⁶⁸. Sobre o tema, também vale destacar o entendimento de Carlos Gómez-Jara Díez, de que a constituição da pessoa jurídico-penal, seja ela pessoa física ou jurídica, pressupõe uma *autorreferencialidade*. Desse modo, a empresa somente poderia ser alvo do direito penal se possuísse uma complexidade interna suficiente, a ponto de lhe garantir autonomia e uma identidade própria. A despeito de ponderar que esse limite entre a complexidade empresarial suficiente e insuficiente será necessariamente *normativo*, o autor adianta que as empresas unipessoais e de fachada poderiam ser desde logo descartadas do âmbito do direito penal empresarial⁴⁶⁹.

Aliás, a própria Mercedes Pérez Manzano, ao examinar a célebre Sentença nº 177/1999 atrás referida, reputou o caráter familiar da empresa sancionada como um fator que reforçava o já constatado *bis in idem*. Essa característica escancarava, se não a unidade patrimonial, a justaposição dos efeitos econômicos das sanções impostas, uma vez que a repercussão da sanção à pessoa jurídica seria automaticamente sentida pela pessoa natural⁴⁷⁰.

No Brasil, esse debate mostrar-se-ia especialmente urgente para deter eventual cumulação sancionatória envolvendo empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI)⁴⁷¹ e seu único titular. A falta de uma reflexão crítica acerca do tema, tanto do ponto

⁴⁶⁸ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: Esquema de un modelo de responsabilidad penal, p. 7. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/es/document/view/15825704/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-adan-nieto-martin>>. Acesso em 20 ago. 2021. Sobre esse trabalho, ainda, cf. as considerações de COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 218.

⁴⁶⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal...*, cit., pp. 241-248.

⁴⁷⁰ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 128.

⁴⁷¹ O instituto foi criado pela Lei nº 12.441/2011 e passou a ser regulado pelo Título I-A, do Livro II, do Código Civil. Seu artigo 980-A assim dispõe: “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão ‘EIRELI’ após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. § 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade

de vista legislativo como jurisprudencial, mostra a imaturidade do regime de responsabilização da pessoa jurídica existente no ordenamento pátrio⁴⁷².

O quadro torna-se ainda mais grave considerando que o Brasil adota o modelo da heterorresponsabilidade, porquanto, como visto, existem argumentos que verdadeiramente desmentem a suposta autonomia entre pessoa física e jurídica para fins sancionatórios, dispensando a discussão sobre o porte da empresa. No contexto brasileiro, condicionar a legitimidade da intervenção estatal ao tamanho da empresa, em um escalonamento que haveria de ser regulado por lei, apresentar-se-ia como uma solução insuficiente do ponto de vista teórico, ainda que atenta ao princípio da proporcionalidade.

A compensação entre as sanções das pessoas natural e jurídica é outra proposta recorrente na doutrina e nos textos legislativos, como é o caso da legislação espanhola⁴⁷³ e, inclusive, brasileira, em se tratando da interpretação de normas sobre gestão pública no âmbito do direito administrativo⁴⁷⁴. A modulação do *quantum* punitivo é descrita como um

societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. § 4º (VETADO). § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

⁴⁷² Por sua vez, no que diz respeito à sanção cumulada do empresário individual (firma individual) com seu titular, localizaram-se precedentes que reconheceram que “o empresário individual confunde-se com a própria pessoa física que representa, de sorte que o processamento e penalização penal autônomos de ambos, como se figuras distintas fossem, resulta em inarredável *bis in idem*”. Decisões dessa natureza partem da premissa que a firma individual “não possui personalidade jurídica distinta da de seu titular” (o que não ocorre com a EIRELI), de modo que não seria possível responsabilizá-la de forma autônoma. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados: TRF4, ACR 5012368-05.2018.4.04.7201/SC, 7ª Turma, Rel. Des. Claudia Cristina Cristofani, j. em 04.08.2020, de onde as citações anteriores foram extraídas; TRF4, RSE 5001956-36.2019.404.7118/RS, 8ª Turma, Rel. Des. Leandro Paulsen, j. em 11.03.2020; TRF4 ACR 5007004-82.2014.4.04.7204/SC, 7ª Turma, Rel. Des. José Jacomo Gimenes, j. em 31.05.2016.

⁴⁷³ Conforme o artigo 31 *bis*, item 2. do Código Penal espanhol: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos*”.

⁴⁷⁴ Assim dispõe a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 5.657, de 4 de setembro de 1942), desde a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.655, de 2018:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

standard mínimo que mitiga os efeitos da duplicidade punitiva⁴⁷⁵, uma medida para impedir que a soma das sanções seja desproporcional ante a gravidade dos ilícitos em tese praticados. No entanto, e mais uma vez, essa relação de proporcionalidade circunscrita à *aplicação da sanção* deve ser observada com cautela, porque, ao fim e ao cabo, arrisca desviar do real problema a ser enfrentado: a acumulação de consequências judiciais ao mesmo sujeito, pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento.

Uma via possível e coerente, nesse sentido, seria prosseguir com a resposta sancionadora ao particular e impor medidas não sancionatórias à pessoa jurídica cuja estrutura foi utilizada para prática delitativa, com finalidades preventivas e reafirmativas. Seria essa, de fato, a melhor forma de reconhecer a *periculosidade objetiva* ínsita à pessoa jurídica, sem, todavia, autorizar a ocorrência de *bis in idem*⁴⁷⁶.

3.3.3. Unidade de fundamento

O terceiro requisito para a aplicação do *ne bis in idem* é a identidade de fundamento das consequências jurídicas propostas a um mesmo injusto. São inconciliáveis as respostas sancionatórias que tenham como finalidade a proteção dos mesmos interesses sociais e que cumprirem a idêntica função⁴⁷⁷.

Entretanto, como já era de se esperar, esse não deixa de ser um ponto controverso, a exemplo dos demais já examinados⁴⁷⁸. Faz-se oportuno, então, revisitar a literalidade do princípio, que simplesmente proíbe a repetição do *mesmo*. Tudo o que se apresentar como excepcional ou vago deverá ser visto com desconfiança, sob pena de que a garantia seja traída em sua própria estrutura dogmática.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

⁴⁷⁵ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 173-174.

⁴⁷⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 130-131.

⁴⁷⁷ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 114-115. Frise-se que a mera pretensão punitiva do Estado não é tida como fundamento suficiente para justificar a aplicação do princípio. Fosse esse o caso, em se considerando a unidade do *ius puniendi*, todas as sanções haveriam de ter o mesmo fundamento.

⁴⁷⁸ V. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 219-220.

Ademais, adverte-se que a identidade de fundamento jamais será deduzida a partir de premissas formais, como a mera distinção nominal entre as normas concorrentes ou a *causa petendi* – a pretensão em sentido processual – de cada um dos procedimentos⁴⁷⁹. A proibição de *bis in idem* deve ser reconhecida como limite ao próprio legislador e à sua potestade legiferante, de sorte que eventual redundância no tratamento sancionatório a determinado tema de *lege lata*, ainda que sob diferentes alcunhas, não pode ter o condão de afastar a garantia⁴⁸⁰.

3.3.3.1. Interesse juridicamente tutelado

A identidade de fundamento é geralmente associada à tutela, pelas normas concorrentes, de um único bem jurídico⁴⁸¹. Dessa simples afirmativa surgem inúmeros problemas.

Primeiro: a noção de bem jurídico, em si, não é autoexplicativa. O que *grosso modo* se entende pelo interesse jurídico tutelado pela norma é, em verdade, palco de intensas disputas. O desenvolvimento da teoria do bem jurídico é marcado por reviravoltas, e o conceito nem sempre coincidiu com a preocupação de restringir o direito penal à *ultima*

⁴⁷⁹ Cf. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 188; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 114-115.

⁴⁸⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 469-470; ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 198; MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 131, referindo-se à STC 234/1991, que tratou de um caso de acidente de trânsito no qual um policial do Corpo Superior, fora de suas funções e na condição de testemunha, manipulou suas declarações em juízo para favorecer um dos condutores, tendo sofrido sanção penal pelo crime de falso testemunho em causa criminal e sanção disciplinar por ter sido condenado criminalmente. Apesar de serem críticos da decisão do Tribunal Constitucional, por ter tolerado uma duplicidade com base em argumentos em si contraditórios, os autores apontam esse precedente como um dos mais importantes em matéria de *ne bis in idem*, por descrever o princípio como um limite à potestade legiferante, “*de modo que não basta a mera existência de uma dualidade de normas sancionadoras, mas que essa dualidade seja justificável ao tratar do mesmo assunto a partir de perspectivas distintas (bens jurídicos protegidos distintos) ou que se de uma especial sujeição do sujeito sancionado com o sujeito sancionador*”. No mesmo sentido, NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 466-467. V. ainda José Antonio Martínez Rodríguez, que se posiciona favoravelmente àquela decisão do Tribunal Constitucional. In: MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *La doctrina jurídica...*, cit., pp. 119-128.

⁴⁸¹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. La garantía non..., cit., p. 47; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 187. Na legislação País Vasco, por exemplo, o artigo 18.2 da *Ley de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco* delimita a concepção de identidade de fundamento: “*Se entenderá que hay identidad de fundamento cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando; b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción*”.

*ratio*⁴⁸². Convive-se com o risco de o instituto ser posto a serviço dos mais díspares interesses e, inclusive, de ser empregado retoricamente para legitimar toda e qualquer criminalização inconsequente ou proposta de recrudescimento dissociada da realidade social, do indivíduo e da proteção de suas garantias fundamentais⁴⁸³.

O bem jurídico perde sua capacidade crítica e limitadora da intervenção estatal quando se vê desprovido de substrato material e instrumentalizado para salvaguardar valores exclusivamente morais ou demasiado vagos. No que tange ao *ne bis in idem*, a relevância dessa discussão é evidente, sobretudo em se tratando das iniciativas de custodiar o bem jurídico “administração pública”, baluarte do *combate à corrupção*. Quando se condiciona a aplicação do princípio ao reconhecimento de uma identidade de bens jurídicos protegidos, é inadmissível que esse requisito seja convertido em carta branca para tudo (e nada) justificar⁴⁸⁴.

Por exemplo, se, na verificação da identidade de fundamento, os mesmos fatos forem simultaneamente caracterizados como ofensivos à moralidade pública e à probidade pública, dois bens jurídicos alegadamente diversos, a dupla intervenção estaria aparentemente justificada. Por outro lado, se, em hipótese idêntica, alega-se existir uma só ofensa à denominada moralidade pública, a conclusão seria diametralmente oposta. Nenhuma dessas soluções, todavia, é adequada. Simplesmente porque esses “bens” nada querem dizer; são etéreos e prescindem de qualquer lastro material⁴⁸⁵. Não se pode permitir

⁴⁸² Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*, cit., pp. 89-144. Concorda-se com Mir Puig quando defende que a definição de bem jurídico deve se coadunar com o Estado Democrático de Direito e que, por isso, deve assumir uma função crítica e limitadora do poder punitivo estatal, tanto no sentido político-criminal (de *lege ferenda*) quanto no sentido dogmático (de *lege lata*), referente aos interesses já positivamente eleitos pelo legislador como merecedores de tutela. MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007. p. 93, 139.

⁴⁸³ Cf. HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 91-94.

⁴⁸⁴ Esse parece ser um ponto de convergência entre os institutos do bem jurídico-penal e da dignidade humana, que veem na inflação de seu próprio conceito também uma banalização. Como se, servindo para tudo, em verdade não fossem capazes de resolver nada. Com efeito, Helena Regina Lobo da Costa, ao tratar da dignidade humana, adverte serem muitos “*os exemplos de demandas fundadas em uma suposta violação da dignidade que, na realidade, não atingem frontalmente o núcleo central da pessoa humana*”. Nesses termos, o conceito da dignidade humana “*acaba por ter sua força deontológica diluída, passando a ser um argumento com força muito mais retórica do que propriamente fundado em uma dogmática consistente*”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Dignidade humana: breves...*, cit., pp. 211-212.

⁴⁸⁵ A crítica de Muñoz Clares e Caballero Salinas, nesse sentido, é incisiva. Os autores repudiam que supostos interesses como “bons costumes”, “probidade”, “prestígio profissional” sejam equiparados ao critério de fundamento para fins de aplicação do *ne bis in idem*. São conceitos indeterminados, que denotam a mais absoluta falta de tipicidade, pois são vagos e de impossível concreção. MUÑOZ CLARES, José;

que a garantia de *ne bis in idem* se torne “*um tigre de papel que pode ser contido mediante o arbítrio de invocar interesses jurídicos distintos*”⁴⁸⁶.

Também aqui cabe reiterar a advertência: em relação ao critério de identidade de fundamento, a situação de *bis in idem* não será percebida a partir das denominações propostas pelo legislador. Afinal, uma coisa é o argumento (convincente ou não) lançado para legitimar uma tipificação e outra é o efetivo conteúdo da norma editada⁴⁸⁷.

Nessa linha, sustenta Mercedes Pérez Manzano que a razão jurídica concreta da resposta sancionatória será deduzida dos elementos constitutivos da infração, por representarem a forma com a qual o bem jurídico é afetado, o desvalor específico veiculado pela norma⁴⁸⁸. Para além do bem jurídico considerado abstratamente, pois, deve-se analisar o ataque que lhe é feito, tal como apresentado pelas normas concorrentes⁴⁸⁹. Mesmo no cotejo das sanções previstas em diferentes legislações setoriais (tributária, ambiental, consumerista, fazendária etc.), inexistente uma distinção de fundamento apriorístico. Soluções gerais devem sempre ser substituídas pela análise concreta de cada norma punitiva⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹.

CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 133-134 e 281. Cf., também, SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 81-83.

⁴⁸⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 466-467. V. também CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non...*, cit., p. 50.

⁴⁸⁷ Um exemplo muito comentado é a inclusão delito de descaminho (artigo 334 do Código Penal) no rol dos “Crimes praticados por particular contra a administração em geral”, quando, em verdade, se trata de crime de natureza tributária por sua própria estrutura: “*iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 212; ESTELLITA, Heloísa. Contrabando e descaminho. In: REALE JUNIOR, Miguel (coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate: crimes contra a administração pública e crimes contra a administração da justiça*. Rio de Janeiro: GZ, 2013, v. 4, pp. 159-171.

⁴⁸⁸ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 119.

⁴⁸⁹ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 119; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 50-54. Cf. ainda, SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 187-188. Para esta última autora, a unidade de fundamento é associada à proteção de “*mesmo bem jurídico ou do mesmo interesse jurídico concretamente considerado, do modo mais amplo possível*” pelos tipos concorrentes.

⁴⁹⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 50-51.

⁴⁹¹ Antolisei e Mantovani vão além nessa discussão. Em suas respectivas obras, os autores partem do artigo 15 do Código Penal italiano, segundo o qual “*quando mais de uma lei penal ou mais disposições de uma mesma lei regulam a mesma matéria, a lei ou a disposição especial derroga a lei ou disposição geral, salvo se estabelecido de forma diversa*” (tradução livre de “*Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito*”). Com base nesse dispositivo, defendem que o conflito aparente de normas não pode ser caracterizado a partir da relação de identidade entre os bens jurídicos tutelados. Ao tratarem de normas concorrentes que nutrem entre si relação de gênero e espécie, os juristas italianos afirmam que o elemento especializante pode ser justamente aquele que altera a objetividade jurídica de uma norma com relação a outra. Esse seria o caso, no direito brasileiro, dos crimes de calúnia difamação e injúria (crimes contra a honra) em comparação com o crime de desacato (considerado crime contra a

E esse raciocínio teria o condão de deslindar também eventual sobreposição entre normas de direito penal e administrativo sancionador, já que ambas podem tutelar o mesmo bem jurídico e prescrever consequências sancionadoras retributivas e preventivas⁴⁹².

3.3.3.2. *As limitações do critério do interesse juridicamente tutelado e a função da resposta sancionatória*

O argumento de que a identidade de fundamentos corresponderia a uma identidade de bens jurídicos tutelados não está imune a críticas e ao reconhecimento de incongruências. Sobrevêm novos impasses.

O primeiro é que, apesar de o direito administrativo sancionador *poder* ter como escopo a tutela de bens jurídicos em casos concretos de lesão ou perigo – sendo até preferível que se lance mão dele quando se mostrar suficiente ou mais eficiente do que o direito penal –, essa não é uma constante. Não é possível afirmar que o direito penal e o direito administrativo sancionador persigam finalidades completamente diferentes, mas, ao mesmo tempo, não existe uma coincidência integral dos fins por eles almejados⁴⁹³.

Para Helena Regina Lobo da Costa, assim, não parece acertado restringir o critério de unidade de fundamento à identidade de bens jurídicos tutelados pelas normas, afinal, “o direito administrativo sancionador não precisa obedecer o princípio da ofensividade”⁴⁹⁴.

administração pública). Pontue-se, de toda forma, que os autores não tratam dos pressupostos para identificação de situação de *bis in idem* tal como apresentados ao longo deste trabalho. No lugar, parecem constatar o concurso de norma a partir das ferramentas hermenêuticas que se prestam a dirimi-lo. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Decima edizione aggiornata e integrata. Milano: Giuffrè, 1985, p. 133; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: parte generale*. Terza edizione. Padova: Cedam, 1992, p. 468.

⁴⁹² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 188; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 119.

⁴⁹³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 147, 219-220. Já para Caro Coria, a sanção administrativa não exige a verificação da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos e “*geralmente se opera como resposta a condutas formais ou de simples desobediência de regras de ordenação*”. Segundo ele, a identidade de sujeito e fato não são decisivas para a caracterização de *bis in idem*, enquanto a identidade de fundamento, entendida como a identidade de bens jurídicos tutelados, não comporta satisfatoriamente as infrações administrativas. Propõe-se que se dote o *ne bis in idem* material de conteúdo normativo e “*a proibição de sancionar mais de uma vez deve operar sempre que se trate do mesmo conteúdo de injusto ou de ilícito, da mesma infração, sem se importar se o dito conteúdo está refletido em uma norma penal ou administrativa*”. In: CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de...*, cit., p. 16.

⁴⁹⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 219-220. Para Sirlene Nunes Arêdes, em igual sentido, a sanção administrativa, via de regra, “*não demanda a análise de lesão ou perigo de bens jurídicos, pois, embora o Direito Administrativo Sancionador seja utilizado para a proteção desses bens, a*

Além disso, mesmo no universo exclusivo do direito penal, a identificação de bens jurídicos autônomos não necessariamente impedirá que, em hipóteses de concursos de normas, apenas uma delas prevaleça em nome da proibição de *bis in idem*. Isso é bem ilustrado nas hipóteses em que existe uma relação instrumental entre os crimes de falsidade documental e de estelionato, isto é, quando o primeiro é um meio para a consumação do segundo, nele se exaurindo. Apesar de as normas incriminadoras compreenderem bens jurídicos distintos (a fé pública e o patrimônio), sua interação no caso concreto poderá atrair a incidência do princípio da consunção para evitar *bis in idem*⁴⁹⁵.

Por isso, realmente, a aproximação mais coerente ao critério é aquela que o interpreta como uma identidade de *efeitos*, de modo que se verifique se as sanções cumprem uma única *função* ou não⁴⁹⁶, seja ela repressiva, disciplinar, política ou reparatória.

Devem ser objeto de escrutínio os objetivos afetados ou perseguidos pelas normas infringidas, e a unidade será constatada se houver uma identidade do conteúdo do injusto ou se uma norma estiver contida na outra, para além dos elementos tidos como específicos⁴⁹⁷.

3.3.3.3. *A natureza da relação entre o Estado e o particular*

Para além do *bem jurídico* e da *função* da sanção imposta ao particular, é comum que o critério da identidade de fundamento seja associado à *relação jurídica* travada entre o Estado e particular⁴⁹⁸. A desobediência, por esse último, de múltiplas obrigações para com o Estado autorizaria a sobreposição de reprimendas, ainda que presente a identidade de sujeitos e fatos. Esse debate é muito intenso na doutrina e na jurisprudência espanholas,

lesividade não é requisito de legitimidade de sua intervenção". ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 199.

⁴⁹⁵ O Superior Tribunal de Justiça consagrou esse entendimento com a edição da Súmula 17: “*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*”. Ainda, esse mesmo tribunal já se pronunciou no seguinte sentido: “*A aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de ilícitos penais (delitos-meio) que funcionem como fase de preparação ou de execução de outro crime (delito-fim), com evidente vínculo de dependência ou subordinação entre eles; não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade*” (STJ, REsp 1.294.411/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 03.02.2014). Em 2021, essa premissa foi retomada para ratificar a consunção entre os crimes do artigo 313-A do Código Penal e de furto qualificado mediante fraude (STJ, AgRg no AREsp 1823600/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato, enquanto Desembargador Convocado do TJDF, Quinta Turma, j. em 24.08.2021, DJe 01.09.2021)

⁴⁹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico*..., cit., pp. 219-220.

⁴⁹⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria*..., cit., pp. 187-188.

⁴⁹⁸ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 199-201.

principalmente em casos nos quais funcionários públicos são condenados por crimes funcionais e, na sequência, são submetidos a sanções disciplinares justamente em razão da condenação penal⁴⁹⁹.

De um lado, há as *relações de sujeição geral*, entre qualquer cidadão e Estado, pautadas por normas prescritivas de sanções *penais, judiciais extrapenais* ou *administrativas de polícia (administrativas sancionadoras)*⁵⁰⁰. De outro lado, estão as *relações de sujeição especial*, inseridas em um contexto de organização e gestão interna dos poderes públicos⁵⁰¹. Nestas, o indivíduo assume voluntariamente deveres e obrigações específicos para com o Estado e, dessa maneira, sujeita-se a sanções *disciplinares* ou *políticas* caso traia a confiança que lhe foi depositada⁵⁰². É o caso do funcionário público e das pessoas a eles equiparados⁵⁰³, que desempenham funções imprescindíveis à boa realização do serviço público e, enfim, à concreção da cidadania.

Com base nisso, o Estado apenas poderia proceder a um novo juízo de reprovação caso uma mesma ação representasse simultaneamente uma desobediência a um dever geral e a um dever especial, ou, ainda, a diferentes deveres especiais⁵⁰⁴.

No mais das vezes, como registra Jacobo López Barja de Quiroga:

Quando existe uma relação de sujeição especial se defende que o vínculo singular e voluntariamente assumido [pelo funcionário] gera uma relação jurídica em que, entre outras prerrogativas, a Administração pode exercer sua potestade sancionadora

⁴⁹⁹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 48. Em muitos casos, o entendimento jurisprudencial que prevalece na Espanha é de que, “*por ter distinto fundamento, cabe o duplo castigo previsto nas normas penais (ou administrativas comuns) e nas disciplinários de funcionários, ou, mais amplamente, em todas aquelas que sancionam aqueles que estão em relações de sujeição especial pelo descumprimento de seus específicos deveres*” (tradução livre).

⁵⁰⁰ Tradicionalmente, a função sancionadora da Administração Pública era associada ao *poder de polícia* pela doutrina administrativista. No entanto, ganhou força a ideia de um direito administrativo sancionador (ou, ainda, de um direito ordenador), “*que reuniria todos os âmbitos da atividade fiscalizadora e sancionadora da administração pública, com exceção do âmbito de relações de sujeição especial – como é o caso, por exemplo, do direito disciplinar*”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 141-142.

⁵⁰¹ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 199-201; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 39; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 162-163.

⁵⁰² ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 199-201. A autora aponta três características das relações especiais: (i) há norma legal determinando a existência e conteúdo mínimo, (ii) conteúdo relacionado a temas em que a Constituição garante discricionariedade (organização e gestão interna dos poderes públicos) e (iii) há ato jurídico concreto que individualiza a relação especial.

⁵⁰³ A jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol fala sobre “*funcionário, servidor público, concessionário, etc.*”, conforme a ATC nº 781/1985.

⁵⁰⁴ Cf. também LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 39.

independentemente da prévia sanção penal pelos mesmos fatos; hipóteses que não se apresenta nas relações Estado-cidadão⁵⁰⁵.

A partir disso, desencadeia-se uma série de reflexões doutrinárias – em diferentes sentidos – sobre as hipóteses em que a relação de sujeição especial autorizará a cumulação de sanções sobre um mesmo indivíduo pelos mesmos fatos.

A tese apresentada por alguns autores espanhóis, com base na sua realidade jurisprudencial, é de que a qualidade da relação entre o indivíduo e o Estado seria indiferente à aplicação do *ne bis in idem*, por não dizer respeito ao fundamento *das sanções* aplicadas⁵⁰⁶ nem aos interesses juridicamente protegidos por cada norma⁵⁰⁷, esses sim pressupostos legítimos para a aferição da incidência do princípio⁵⁰⁸.

Para o Jacobo López Barja de Quiroga, em verdade, a única hipótese em que se poderia admitir a remissão à relação de sujeição especial seria no sentido inverso que tradicionalmente lhe é atribuído: “*não para fundamentar a duplicidade de sanções, mas para a excluir quando seja essa relação um elemento especial da autoria do tipo penal e, portanto, quando já seja levado em consideração*”⁵⁰⁹. Esse seria o caso dos crimes funcionais; já que a relação de sujeição especial é um elemento inerente ao tipo penal, englobaria o desvalor associado à sanção disciplinar pelos mesmos fatos.

⁵⁰⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 39, tradução livre. Note-se que isso não significa propor uma independência entre a via penal e a administrativa, já que elas seguiriam sem poder acumular, pelo mesmo injusto, sanções ancoradas em relações gerais.

⁵⁰⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., pp. 39-43.

⁵⁰⁷ Cf. a análise da jurisprudência espanhola realizada por CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non...*, cit., p. 96; MESEGUER YEBRA, Joaquín. *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Bosch, 2000, pp. 19-22. Sob uma perspectiva crítica incisiva, cf. MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 130-132.

⁵⁰⁸ “*Se existe a tal relação e o fundamento de ambas as sanções é o mesmo, se aplicará o princípio non bis in idem, impedindo a duplicidade de sanções, e, se o fundamento é diferente, poderão ser aplicadas ambas as sanções. As mesmas conclusões se chega se não existe a referida relação de sujeição especial, porque, na realidade, o que importa é o exame da fundamentação de cada uma das sanções*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 40, tradução livre. A seu turno, Alejandro Nieto García classifica as relações de sujeição especial didaticamente como uma exceção ao princípio de *ne bis in idem*, não obstante reconheça expressamente que essa dita exceção “*costuma ter uma explicação inequívoca, a saber, que o fundamento da infração [em regime de sujeição especial] – e a finalidade da sanção – é diferente daquele que apoia a infração em regime geral. Assim sendo, pode-se dizer que tal exceção é supérflua, pois, mesmo sem ela, o princípio também não se aplicaria, por faltar a identidade do fundamento. O que acontece é que, na prática, é mais confortável aproveitar a relação especial, pois poupa o esforço de ter que analisar a diferença de fundamentos*”. Cf. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 467, tradução livre.

⁵⁰⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., p. 41, tradução livre. Cf., ainda, CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non...*, cit., p. 99.

Apesar de a relação entre a potestade penal e a disciplinária do Estado não ser objeto específico de estudo neste trabalho, a proposta de Jacobo López Barja de Quiroga em muito alteraria a forma com que, no Brasil, se tratam os crimes contra a administração pública cometidos por funcionários públicos, sobretudo por demandar uma reavaliação do abismo epistemológico que hoje separa a seara penal da disciplinar (muito maior, frise-se, do que aquele referente à seara penal e a administrativo-sancionadora).

Em uma primeira abordagem do problema, poder-se-ia dizer que a grande chave para a identificação ou não de *bis in idem* haverá de ser realmente o interesse tutelado e a função desempenhada pela resposta estatal em face do funcionário, levando-se em consideração que nem sempre os *rótulos* criados pelo legislador serão procedentes. A infração dita *disciplinar* que simplesmente se prestar como um incremento à resposta penal não encontra guarida no texto constitucional e deve, necessariamente, ser afastada.

No Brasil, com efeito, a inconstitucionalidade dessa formulação é apontada por Luciano Anderson de Souza⁵¹⁰, que chega a ir além da proposta discutida na Espanha. Referindo-se tanto a hipóteses de crimes funcionais como de crimes comuns, o jurista sustenta que:

Certos estatutos, como, v.g., a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de São Paulo, possuem previsões de infrações como a de deixar de *'proceder na vida pública e particular de modo a dignificar a função'*, relativamente à qual se poderia cogitar um ilícito administrativo sempre que houvesse reconhecimento de crime ou de contravenção penal de qualquer natureza por parte do servidor policial. Tal construção mostra-se inadequada, pois o funcionário público não possui menos direitos que o cidadão comum, sendo a referida previsão permeada de puro moralismo e, assim, inconstitucional.

Nada obstante a importância do tema, que é permeado por dificuldades e ainda há de ser explorado pela doutrina brasileira, para fins desta dissertação, a conclusão é de que a relação de sujeição especial não poderá ser aventada para justificar supostas exceções ao princípio de *ne bis in idem*. Tais exceções, como se vem defendendo, não condizem com a proibição nele contida nem com a tutela a direitos fundamentais que ele representa – tutela essa assegurada ao cidadão independentemente do vínculo que possui com a administração⁵¹¹.

⁵¹⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 147.

⁵¹¹ Cf. CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non...*, cit., pp. 94-95.

Assim, nada há de “excepcional” nos casos em que a sanção penal pode ser cumulada com uma sanção disciplinar ou política. Neles, verifica-se simplesmente que pelo menos um dos pressupostos de aplicação do *ne bis in idem* não restou preenchido (entre os quais, a identidade de fundamento da resposta sancionatória).

3.3.4. Em defesa do critério da tripla identidade

Os críticos ao modelo da tripla identidade o acusam de não resolver com perfeição a caracterização do *mesmo*, já que, como se viu, muitas são nuances que permeiam as concepções de *fato*, *sujeito* e *fundamento*. Não parece existir, contudo, solução dogmática mais adequada e que realmente maximize a incidência do princípio de *ne bis in idem*.

Frise-se, de toda sorte, a necessidade de repelir uma interpretação meramente formal e autorreferenciada de cada um dos três pressupostos, cuja legitimação decorra de si mesma. Não caberá ao legislador apontar as hipóteses de duplicidade, mas sim ao operador do direito e a partir de premissas concretas. Afinal, muitas das hipóteses de sobreposição de normas sancionadoras decorrem de uma técnica legislativa falha, que não se atenta à tipificação reiterada do mesmo injusto, ou simplesmente refletem uma política criminal de recrudescimento horizontal descoordenada⁵¹².

Por *atos*, entende-se o fato punível juridicamente, como pressupõe a tese normativa. Do acontecimento histórico posto à prova, devem ser pinçados os elementos e as circunstâncias efetivamente contemplados pela norma sancionadora. A unidade de fatos será percebida do cotejo dos elementos nucleares das normas concorrentes.

O *sujeito*, por sua vez, é definido a partir de suas características físicas⁵¹³. Nesse ponto, o grande desafio é entender em que medida a sobreposição de consequências sancionatórias às pessoas natural e jurídica, pelo mesmo injusto, é compatível com o princípio. O direito penal brasileiro, ao adotar o modelo de heterorresponsabilidade, não reconhece a autonomia sancionatória dos entes coletivos. Por isso, o argumento da diversidade subjetiva, *per se*, não logra conciliar dogmaticamente a coexistência de acusações e reprimendas. A solução adotada pela jurisprudência, de afastar automaticamente

⁵¹² Cf. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 474.

⁵¹³ ARÉDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 188.

a incidência do princípio nesses casos, é sintoma de uma disfunção legislativa combinada à ânsia de extravasar a reação punitiva estatal, seguindo a lógica de que é preferível pecar pelo excesso (ainda que ao arrepio do princípio da legalidade estrita).

O *fundamento*, por fim, decorrerá, sobretudo, da função e dos efeitos das sanções por elas cominadas, sendo que também é bem-vinda (apesar de não determinante) a análise do bem jurídico tutelado pelas normas tipificadoras – reconhecendo-se o instituto enquanto limitador da intervenção estatal, não o contrário.

O critério da tripla identidade, ainda, deve ser estudado em conjunto com o concurso de normas (e que não deve ser confundido com o concurso de infrações)⁵¹⁴. Isso será tema do próximo tópico.

3.4. Ferramentas hermenêuticas para solucionar o concurso de normas

Identificada uma situação de *bis in idem* com base nos pressupostos anteriormente discutidos, estar-se-á diante de um concurso (aparente) de normas, também denominado conflito aparente de normas, concurso aparente de tipos ou *unidade de lei*⁵¹⁵: as disposições coexistentes, à primeira vista, parecem se ajustar ao mesmo caso. Porém, por uma questão lógica, a aplicação de uma delas excluirá a aplicabilidade das demais⁵¹⁶.

Keity Saboya sintetiza os elementos que, combinados, apontam a existência de um concurso aparente de leis:

- (a) uma unidade de delito sobre a qual recai, aparentemente, (b) uma pluralidade de leis, devendo, em obediência aos princípios da unidade e coerência da ordem jurídica, especialmente o princípio do *ne bis in idem*, (c) incidir apenas um dos preceitos

⁵¹⁴ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 47-48 e 53-54; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., p. 120.

⁵¹⁵ Esta última expressão é entendida por Zaffaroni, Alagia e Slokar como a mais adequada, pois o termo “concurso” não descreveria bem uma hipótese em que uma lei prevalece sobre a outra, de modo que seria “*mais correto chamá-la* unidade de lei, *por oposição à pluralidade de leis que tem lugar no concurso ideal*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 867. Feita essa ponderação, o termo “concurso de normas” será aqui adotado, por ser mais enraizado na literatura jurídica brasileira.

⁵¹⁶ Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992, p. 468; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto...*, cit., pp. 127-128; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil-Revista dos Tribunais, 2019, pp. 651-652; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 47-48; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 200-211; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5a ed. rev. e ampl. Prefácio de Claus Roxin. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 549-550.

normativos – aquele que contenha toda a reprovação jurídico-social do fato –, excluída a aplicação das demais.⁵¹⁷

O entendimento aqui adotado, reitere-se, é de que o concurso aparente de normas se distingue do concurso de infrações. São institutos paralelos, que não chegam a se encontrar⁵¹⁸. No primeiro caso, trata-se de uma única infração, que deverá receber uma resposta jurídica também una. Já o segundo compreende uma pluralidade de ilícitos, a ensejar o acúmulo material das sanções, a aplicação das regras do concurso formal (próprio ou impróprio) ou a caracterização da continuidade delitiva.

Como consigna Ferrando Mantovani, “o concurso aparente não é uma exceção ao concurso de crimes, mas sua antítese, a negação”⁵¹⁹. O termo “antítese”, empregado pelo jurista italiano, é preciso. Diferentemente do conflito de *normas*, a cumulação no caso de concurso de *infrações* é a regra geral e só será mitigada quando houver expressa previsão legislativa, concebida para atender ao princípio da proporcionalidade. Mitigar a cumulação de sanções nesses casos, pelo concurso formal de crimes, não é aplicar o *ne bis in idem*⁵²⁰.

⁵¹⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 203. Por sua vez, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar afirmam que o concurso aparente de normas se instala quando “a). desde a perspectiva de cada tipo isoladamente considerado é inquestionável que a conduta é pluralmente típica, porém b) desde a perspectiva das relações que os tipos concorrentes mantêm entre si, verifica-se que um deles exclui a aplicação do(s) outro(s)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017, v.2, t.2, p. 608.

⁵¹⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 62.

⁵¹⁹ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: parte...*, cit., p. 469. De toda forma, há autores que propõem uma maior relação entre esses institutos, a exemplo de Nelson Pessoa, para quem “a teoria do ‘concurso de tipos penais’ é uma parte integrante daquilo que denominamos ‘teoria do concurso de delitos’. Isso significa, insistimos, que o desenvolvimento teórico que se faça neste campo deve estar conectado logicamente com os conceitos que se elaborem para explicar o ‘concurso ideal’, ‘concurso real’ e ‘delito continuado’. E tudo isso é parte da busca pelo padrão normativo sobre o qual construímos a teoria da unidade e pluralidade delitiva”. PESSOA, Nelson R. *Concurso de delitos: teoria de la unidad y pluralidad delictiva: concurso de tipos penales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 59.

⁵²⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 63-64. Mais adiante, às páginas 81-82 de sua obra, a autora faz uma importante observação com relação ao ordenamento jurídico espanhol. É que, na Espanha, algumas leis “setoriais” vão além do *ne bis in idem*, prescrevendo casos em que a imposição de uma pena exclui eventual sanção administrativa independentemente de existir uma identidade de sujeito, fato e fundamento. Ou seja, são hipóteses que “excluem a sanção administrativa não apenas quando há concurso de normas penais e sancionadores administrativa, mas também quando há concurso de delitos e infrações”. Alarcón Sotomayor adverte que, nesses casos, pode ocorrer que “algumas condutas merecedoras de um castigo em via administrativa acabem parcialmente impunes, por haver recaído sobre elas uma pena judicial que, sem embargo, não tenha esgotado toda a reprovação que merecem”. A garantia concedida pelo legislador “setorial” seria mais abrangente do que o próprio conceito de *ne bis in idem* desenvolvido pela jurisprudência espanhola a partir do artigo 25.1 do texto constitucional. Indaga-se, então: seria essa uma redação equivocada legislador “setorial”, que não soube interpretar bem o princípio de *ne bis in idem*, ou uma postura abertamente mais garantista?

Pois bem. Também existem regras que conferem previsibilidade e racionalidade à resolução do conflito de *normas*. Não se trata, por óbvio, de um exercício discricionário ou, pior, arbitrário. Apesar de o legislador brasileiro não as ter reduzido a termo, elas decorrem da racional interpretação da lei⁵²¹.

Essas regras, concebidas a princípio para dirimir o conflito entre normas penais, disciplinam a relação intercedente entre os dispositivos legais e, ao coordená-los, estabelecem sua validade recíproca⁵²². Os dispositivos concorrentes não necessariamente serão idênticos, com a mesma redação ou redação extremamente similar. Nas palavras de Lucía Alarcón Sotomayor, é possível que “*cada uma das normas punitivas em concurso tipifi[que] um fato diferente, mas com a realização de um está implícita a do outro ou, pelo menos, com o castigo de um está castigado o outro*”⁵²³.

Geralmente, faz-se uso de três ferramentas hermenêuticas para solucionar concursos de tipo: os princípios da *especialidade*, da *subsidiariedade* e da *consunção*⁵²⁴. Essa categorização tríplice é objeto de duras críticas, a exemplo daquelas tecidas por Ferrando Mantovani e Francesco Antolisei, que denunciam a redundância dos dois últimos princípios em relação ao primeiro⁵²⁵. De toda forma, por serem largamente adotadas pela

⁵²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito...*, cit., p. 652.

⁵²² ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto...*, cit., p. 127.

⁵²³ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 55, tradução livre.

⁵²⁴ Algumas considerações merecem ser feitas sobre o denominado princípio da “alternatividade”, que alguns autores e ordenamentos jurídicos colocam ao lado dos princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção. Pelo critério, na dúvida de como solucionar um conflito de tipos, há que se aplicar a infração mais gravemente apenada. Prevê, por exemplo, o artigo 8º do Código Penal espanhol: “*Os fatos suscetíveis de ser qualificados conforme dois ou mais preceitos deste Código, e não incluídos nos artigos 73 a 77, serão punidos observando-se as seguintes regras: 1. A disposição especial será aplicada preferencialmente à geral. 2. A disposição subsidiária será aplicada apenas na falta da principal, se essa subsidiariedade for expressamente declarada ou tacitamente dedutível. 3. A disposição penal mais ampla ou mais complexa absorverá aquelas que punem as infrações nela consumidas. 4.ª Na ausência dos critérios anteriores, a disposição penal mais grave excluirá aquelas que punem o ato com pena menor*”, tradução livre. O princípio da alternatividade é de pronto afastado por Muñoz Clares e Caballero Salinas, que o descrevem como “*resíduo do último código penal da ditadura franquista, incompatível com o princípio pro reo que há de reger qualquer consideração de ordem penal*”. MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., p. 60, tradução livre. Zaffaroni e Pierangeli, a seu turno, afastam o princípio da alternatividade por ser “*resultante da aplicação dos anteriores*”. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito...*, cit., p. 652. De toda forma, diversos autores aceitam a alternatividade como critério válido. Um exemplo é Osório. In: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 298. Por se concordar com Muñoz Clares e Caballero Salinas, este critério não será objeto de maior escrutínio.

⁵²⁵ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto...*, cit., pp. 130-137. O autor defende a dispensabilidade dos critérios da consunção e subsidiariedade. Ao seu ver, o princípio da especialidade, considerado em sentido amplo, mostra-se “*necessário e suficiente para dirimir as dúvidas que se apresentam em relação ao tema de concurso aparente de disposições coexistentes*”. A especialidade daria conta de indicar a contento a norma aplicável, tanto em situações de especialidade em sentido estrito, quando há uma relação de gênero e espécie

doutrina⁵²⁶ e pela jurisprudência brasileiras⁵²⁷, a cada uma dessas ferramentas será dada a devida atenção.

O princípio da especialidade volta-se à situação em que normas concorrentes apresentam uma relação, em abstrato, de gênero e espécie. Todos os elementos do tipo geral estão contemplados no tipo especial, e este apresenta ainda “algo a mais”: um elemento especializante em relação àquele geral, seja um *plus*, seja um *minus*⁵²⁸. Nessas hipóteses, a norma especial prevalecerá (*lex specialis derogat legi generali*). À guisa de exemplo, têm-se os crimes de infanticídio em relação ao homicídio simples, bem como o latrocínio com relação ao roubo.

Pelo princípio da subsidiariedade, a norma principal, abstratamente considerada, excluirá a aplicação da norma que lhe é subsidiária (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). Isso significa dizer que, quando duas ou mais normas descreverem graus diversos de ofensa a um mesmo bem, aquela que versar sobre a lesão menos grave será absorvida pela principal. Fala-se de uma progressão na conduta típica, de modo que a “*a etapa mais avançada mantém interferida a tipicidade das etapas anteriores*”⁵²⁹. Por isso, parte da doutrina também entende ser subsidiária a infração que figurar como o meio necessário para cometimento de outra⁵³⁰. Há subsidiariedade entre os crimes de homicídio e de lesão corporal⁵³¹, assim como entre

entre as normas concorrentes, como naquelas de “*especialidade recíproca*”, isto é, “*quando um mesmo fato concreto é subsumível em todos os seus elementos a ambas as figuras típicas, ainda que entre as mesmas não subsista relação de gênero e espécie em abstrato*” (tradução livre). No mesmo sentido, MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*: parte..., cit., pp. 473-474. Em sentido contrário, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, cit., p. 553.

⁵²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito...*, cit., pp. 651-654; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, cit., pp. 549-558.

⁵²⁷ Cf. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 44.

⁵²⁸ Como explica Antolisei, a “*norma geral, portanto, apresenta uma extensão maior do que aquela especial; aliás, essa pode ser considerada um setor daquela, setor que é caracterizado a partir de alguns elementos particulares*”. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto...*, cit., p. 133, tradução livre. Cf., ainda, SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 204; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 295.

⁵²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito...*, cit., p. 653, destaques do original.

⁵³⁰ A problemática é exposta por SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 207. De toda forma, entende-se que essa discussão se vê prejudicada se o princípio da especialidade for considerado uma ferramenta suficiente para dirimir o concurso de normas.

⁵³¹ O *caput* do artigo 129 do Código Penal assim estabelece “*Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano*”.

tipos tentados e consumados, crimes de perigo e de dano e entre modalidades culposas e dolosas⁵³².

Por fim, o princípio da consunção estabelece que, em um concurso normativo, será aplicada a norma que exaurir o desvalor contido por outra (*lex consumens derogat legi consumptae*). Na relação entre os tipos penais concorrentes, um prevalecerá não por incluir o outro conceitualmente, mas por lhe esgotar o conteúdo material da proibição⁵³³. Nesse caso, não há relação de gênero-espécie, mas sim de parte-todo, meio-fim. Esse princípio, diferentemente dos demais, parte necessariamente de uma análise concreta dos fatos. O conteúdo de injusto de cada um dos tipos conflitantes, *na hipótese concreta*, integra uma mesma zona de ilícito, “*de modo a impor uma avaliação conjunta de ambos e exaurir-se, portanto, em único processo de imputação a fim de evitar bis in idem*”⁵³⁴.

Apesar de não haver consenso na doutrina⁵³⁵, pode-se dizer que a consunção se opera nos casos de *antefato* e *pós-fato* impuníveis, isto é, quando a infração consumida constituir um meio possível (mas não necessário) de cometimento da norma prevalente ou quando produzir um resultado que lhe seja complementar, sem que impliquem nova imputação⁵³⁶⁻⁵³⁷.

⁵³² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, cit., p. 554; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 206.

⁵³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 612.

⁵³⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, cit., p. 556.

⁵³⁵ Constata-se uma divergência na construção do princípio da consunção, em especial, entre a doutrina italiana e alemã, ficando divididas as doutrinas espanhola e brasileira. In: TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, cit., p. 555.

⁵³⁶ Zaffaroni e Pierangeli tratam dessas hipóteses da seguinte forma: “*Outra hipótese é a do fato coapenado, ou fato típico acompanhante, que é o que tem lugar quando um resultado eventual já está abarcado pelo desvalor que da conduta faz outro tipo legal, como é o caso das lesões leves, resultantes da violência exercida em ações cuja tipicidade requer violência (roubo, estupro etc). Outra hipótese acontece quando uma tipicidade é acompanhada de um eventual resultado insignificante, diante da magnitude do injusto principal: tal é o caso do dano que sofrem as roupas das vítimas em um homicídio ou que sofre o vinho que foi envenenado*”. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito...*, cit., pp. 651-652.

⁵³⁷ Cf., TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, cit., pp. 556-558. Mantovani, por sua vez, demarca como subcategorias da consunção (i) os ilícitos complexos ou progressivos, (ii) a assimilação de crime menor por outro maior, “*constituindo aquele apenas um dos possíveis modos de realização deste*” (iii) e os casos de antefato e pós-fato impuníveis. Em seguida, critica os fundamentos dessa subdivisão e até mesmo, no caso do antefato e pós-fato impuníveis, seu vínculo ao preceito de *ne bis in idem*. In: MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: parte...*, cit., pp. 473, 482-494. Cf., ainda, OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., pp. 298-301. Maia, com base em extenso estudo jurisprudencial realizado, classifica como princípios hermenêuticos autônomos os institutos da consunção, antefato e pós-fato impuníveis. Aqui, optou-se por aglutiná-los. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 44.

Como bem relembra Keity Saboya, na aplicação do critério da consunção, a tendência é que o tipo mais grave (assim considerado por culminar pena maior) absorva o menos grave, mas essa regra não é absoluta. Em certos casos, uma análise fenomenológica revelará uma solução oposta. Há, inclusive, entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça de que “*quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*” (Súmula 17). O crime punido com pena de 2 a 6 anos é consumido pelo crime cuja pena é de 1 a 5 anos⁵³⁸. E, assim como na súmula, a operatividade do princípio da consunção não encontra óbice no fato de as normas concorrentes tutelarem bens jurídicos diversos⁵³⁹.

Apesar de desenvolvidas para orquestrar a relação entre normas penais, essas três ferramentas hermenêuticas são plenamente aplicáveis entre as normas de tessitura administrativa. Afinal, são o resultado de um exercício lógico. Assim entendem, a título meramente exemplificativo, Lucía Alarcón Sotomayor⁵⁴⁰, Alejandro Nieto García⁵⁴¹ e, no Brasil, Fábio Medina Osório⁵⁴².

Pela mesma razão, aliás, essas ferramentas são igualmente adequadas para dirimir concorrência “interordenamental”⁵⁴³ ou “transversal”⁵⁴⁴, isto é, entre leis penais e administrativas. Alejandro Nieto García, nesse sentido, suscita o critério da “*subsidiariedade da norma administrativa*” em relação à penal, afirmando que aquela, a administrativa, só entrará em jogo quando esta, a penal, não for convocada⁵⁴⁵. De igual modo, Keity Saboya entende ser mais apropriada para a resolução desse tipo de conflito, diante da censurável

⁵³⁸ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 208.

⁵³⁹ “*Não dispõe de qualquer fundamento sério a tese, hoje praticamente abandonada, que exigia na consunção a identidade do bem jurídico ofendido pelos tipos consuntivo e consunto*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 614.

⁵⁴⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 85.

⁵⁴¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 481.

⁵⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., pp. 294-301. Como salienta, “*não é uma prerrogativa do direito penal, um privilégio desse ramo jurídico, contato com o problema do conflito aparente de leis sancionadoras. Trata-se, em realidade, de um problema que diz respeito ao direito público sancionador, tanto ao direito penal como ao Direito Administrativo Sancionatório. É um problema que se encontra também na teoria geral do direito, no campo de uma teorização geral a respeito de tipicidade*”.

⁵⁴³ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 481.

⁵⁴⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 275.

⁵⁴⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 481.

omissão legislativa, “a aplicação da lei penal, não apenas pelo critério da especialidade, mas também pelos princípios da subsidiariedade e consunção”⁵⁴⁶⁻⁵⁴⁷.

Também nessa linha, tomam-se emprestadas as palavras de Juarez Tavares⁵⁴⁸:

À medida que a infração penal administrativa tem o mesmo conteúdo de injusto da infração penal, quando estejam ambas vinculadas à mesma lesão de bem jurídico, a decisão judicial criminal de condenação ou absolvição, relativa, respectivamente, ao reconhecimento ou não da tipicidade da conduta, exclui a possibilidade de reconhecimento da infração administrativa remanescente. Portanto, se no processo penal se afirma a ausência de tipicidade e essa engloba também a matéria administrativa, essa decisão, uma vez transitada em julgado, faz também coisa julgada para impedir outra decisão sobre o mesmo fato. Por exemplo, se o acusado extravia um documento e essa conduta é a que vem descrita na lei penal como típica (art. 3º, I, da Lei 8.137/90), seu reconhecimento, no âmbito penal, bloqueia a possibilidade de uma infração administrativa remanescente, porque todo o conteúdo do injusto do fato administrativo está consignado na infração penal.

A tendência, de fato, será a aplicação da lei penal. De toda maneira, é possível que o intérprete do direito se frustre ao tomar essa tendência por dogma; o baixo grau de congruência interna do ordenamento jurídico brasileiro é um terreno fértil para anomalias. Eventualmente, os critérios da especialidade, da subsunção e da consunção poderão apontar, sim, para aplicação da norma administrativa em detrimento da penal. São casos em que o direito penal é chamado como um reforço para garantir a efetividade do direito

⁵⁴⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 276.

⁵⁴⁷ Sirlene Nunes Arêdes ilustra como essa correlação de especialidade, subsidiariedade e consunção se opera entre normas penais e administrativas. Os artigos 173 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro possuem um vínculo de especialidade. O primeiro tipifica administrativamente a “disputa de corrida”. O segundo, um tipo penal misto alternativo, criminaliza a participação de corrida, disputa ou competição automobilística, ou ainda a exibição ou demonstração não autorizada de perícia em manobra de veículo automotor, “*gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada*”. A primeira parte do artigo 308 acrescenta um elemento especializante à infração do artigo 173: a criação de perigo concreto. As condutas que incidem nessa primeira parte do tipo penal necessariamente caracterizam também o ilícito administrativo, mas a recíproca não é verdadeira. Aplicado o tipo penal, portanto, a sanção administrativa é incabível sob pena de *bis in idem*. A autora também encontra uma relação de subsidiariedade entre os artigos 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro. O primeiro trata da infração administrativa de dirigir sob influência de álcool ou outra droga, enquanto o segundo tipifica o crime de dirigir nessas condições “*com capacidade psicomotora alterada*”. Por fim, aponta-se como exemplo de consunção entre norma penal e administrativa a proibição administrativa, pela lei mineira, de porte de arma branca, que pode ser consumida por eventual homicídio doloso mediante uso de faca. O desvalor da ação pela norma administrativa está contido na punição pelo crime de homicídio. No entanto, Arêdes adverte, não se pode generalizar essa conclusão para todos os homicídios cometidos com uso de arma branca em Minas Gerais; é necessário analisar o caso concreto. Eventualmente, será possível identificar a autonomia da conduta de porte de arma branca. Ainda, a autora trata de hipótese em que se aplicaria questionado o princípio da alternatividade, critério cuja idoneidade não é reconhecida por este trabalho. In: ARÊDES, Sirlene Nunes. *O dever constitucional...*, cit., pp. 191-197. Não se pode deixar de pontuar, ainda, que, em última instância, na linha defendida por Mantovani e Antolisei, todos esses conflitos normativos poderiam ser satisfatoriamente dirimidos com base exclusiva no princípio da especialidade, considerado em sentido amplo.

⁵⁴⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria...*, cit., pp. 81-82.

administrativo sancionador e, por essa razão, aqui, na prática, as infrações administrativas e penais sobre a mesma matéria nem sempre poderão ser alocadas em uma escala crescente de gravidade⁵⁴⁹.

Ante o exposto, vê-se que, apesar de o princípio de *ne bis in idem*, em si, não indicar qual é a norma que deva prevalecer, essa resposta é extraída dos parâmetros que coordenam a dinâmica interna do ordenamento jurídico, que não pode abdicar de sua própria congruência. Deve-se unificar o processo de imputação a partir dos princípios imanentes à ordem jurídica democrática. Concorde-se com Tavares: sedimentar um proceder hermenêutico sob esses alicerces impede o uso de instrumentos argumentativos que possam ampliar indevidamente a zona do ilícito, no lugar de delimitá-la⁵⁵⁰.

3.5. O *bis in idem* nas interfaces entre direito penal e direito administrativo sancionador

Estabelecidas as bases para a cognição, identificação e aplicação do *ne bis in idem*, já se vê a aptidão do princípio para transitar entre diferentes searas do direito e, assim, evitar a sobreposição de respostas sancionadoras penais e administrativas. Sem embargo, neste momento, importa investigar com mais acuidade as interfaces entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, o que revelará ser justificável e legítima a reivindicação da vocação transversal do *ne bis in idem*.

3.5.1. A potestade sancionadora administrativa e penal

A potestade sancionadora administrativa acompanha a evolução do Estado Moderno, marcada pelo incremento das atribuições estatais. Encontra-se de há muito superada a pretensão de reduzir a atividade punitiva da administração à proteção de interesses públicos e gerais, tal como em um jogo de constante restabelecimento da ordem frente aos espasmos de desordem dos indivíduos⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 277. A previsão de sanções administrativas mais gravosas que as penais, sem embargo, é alvo de críticas por ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho...*, cit., p. 1418.

⁵⁵⁰ Cf., TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, cit., p. 554.

⁵⁵¹ Cf. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 139-145; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 103-108.

A conformação do Estado de Direito deu-se também pelos esforços de conferir exclusivamente ao Poder Judiciário as prerrogativas para, quando necessário, privar os cidadãos de sua liberdade ou propriedade⁵⁵². O arcabouço de garantias próprias do processo penal cuidaria de não deixar o cidadão desamparado e suscetível aos possíveis arbítrios da administração pública⁵⁵³.

Essa configuração teve de confrontar o desenvolvimento de uma administração pública que, desde o primeiro momento, exerceu as denominadas *funções de polícia* e que, com o esgotamento do modelo econômico liberal, passou a ser crescentemente invocada para o desempenho de ações afirmativas, de intervenção no domínio econômico e concretização de direitos fundamentais de matiz tanto individual e como social. O século XX, com efeito, trouxe consigo sucessivas mudanças em relação ao papel desempenhado pela administração pública na tessitura social e, entre suas atribuições e fontes de legitimação⁵⁵⁴, destaca-se o exercício da potestade sancionatória, inclusive pela imposição de multa aos administrados e, de forma mais extrema, pela própria intervenção penal⁵⁵⁵.

Caminhou-se, paulatinamente, para a atual formulação do direito administrativo sancionador, que adquiriu feições peculiares a depender do sistema jurídico em que se desenvolveu⁵⁵⁶. Sua relação estreita, e ao mesmo tempo controvertida, com o direito penal

⁵⁵² Trata-se de um movimento “*em prol da judicialização dos delitos de polícia muito por força da emergência histórica das ideias liberais e do Estado de Direito*”. In: DIAS, Augusto Silva. *Direito das contra-ordenações*. Coimbra: Almedina, 2019, p.11.

⁵⁵³ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*: parte..., cit., pp. 974-975.

⁵⁵⁴ A legitimidade aqui tratada aproxima-se do modelo weberiano de racionalidade material, orientada por uma ética de convicção. Está associada, em grande medida, à tendência da *politização* da administração, de onde se procura extrair a legitimidade da decisão política, legitimidade essa baseada *em processos empíricos de busca de consenso*. Como já se afirmou em outra oportunidade “*A crença na observância das regras do jogo já não é mais suficiente para reunir a adesão social à decisão política, pois os fins definem os meios necessários*”. TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista..., cit., p. 212. Cf., ainda, OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, pp 83-126, mar./abr. 2020, pp. 86-88.

⁵⁵⁵ ZÚNIGA RODRIGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho..., cit., pp. 1418-1420.

⁵⁵⁶ Alejandro Nieto García afasta a fórmula alemã, inaugurada pela Lei de Contraordenações Alemã de 1968 (*Gesetz zur Vereinfachung des Ordnungswidrigkeiten, OWiG*), daquela espanhola. Esta última, segundo ele, tem como objetivo explicar a existência de uma potestade sancionadora administrativa ao mesmo tempo distinta e próxima daquela penal, além de propiciar a si mesma meios técnico-jurídicos suficientes que assegurem as garantidas do particular. Na falta de mecanismos próprios, todavia, o direito administrativo sancionador espanhol importa do direito penal princípios, o que não desvirtuaria sua autonomia enquanto importador. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 144.

há de ser retomada, porquanto elucida a ampla mobilidade do *ne bis in idem* entre esses dois campos do direito.

Ao assumir o papel de interventor, o Estado passa a conviver com a indagação sobre o melhor instrumento para aparelhar suas ações em função dos fins que lhe são atribuídos. No exercício da potestade sancionatória, em tese, deve escolher *entre* o direito penal e o direito administrativo sancionador.

O que se constata, todavia, é um duplo movimento: a *penalização do direito administrativo* e a *administrativização do direito penal*⁵⁵⁷. Com isso, rompem-se, categoricamente, as fronteiras entre as áreas penal e administrativa⁵⁵⁸.

Na década de 1960 e 1970, países como Alemanha, Itália, França e Portugal empenharam-se no sentido de descriminalizar determinadas infrações bagatelares de mero descumprimento de dever, por exemplo, que passaram a ser objeto de tutela do direito administrativo sancionador⁵⁵⁹ – que Mantovani descreve como o complexo de normas que preveem fatos ilícitos para os quais são cominadas sanções extrapenais, mas que detém caráter punitivo⁵⁶⁰. Distinto dos denominados *direito administrativo da prevenção* e *direito administrativo disciplinar*, o direito administrativo de natureza sancionatória é tido pelo jurista italiano como uma “*válvula de escape das exigências punitivas que não podem ser satisfeitas pelo direito ou pelo processo penal*”⁵⁶¹. Zúñiga Rodríguez destaca que, nesses sistemas, “*o poder sancionador se encontra sob o controle dos Tribunais civis ou penais*”, com a suspensão da sanção até decisão definitiva do Poder Judiciário e com o desenvolvimento de “*princípios gerais praticamente idênticos aos dos códigos penais*”⁵⁶².

⁵⁵⁷ Que é objeto de maiores aprofundamentos por COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 113-118. Em se tratando da interface entre direito penal econômico e direito administrativo sancionador, a jurista faz um contraponto entre a *aproximação existente* ao temário, relacionada ao alargamento desses dois campos de atuação sancionatória do direito, um se apropriando de características do outro, e a *aproximação necessária*, voltada à coordenação dos espaços de sobreposição entre eles, à construção de uma política sancionadora integrada e, enfim, ao estabelecimento de limites mais rígidos à faceta punitiva do Estado.

⁵⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A recorrente busca da despenalização no direito penal econômico: a atual leitura sobre a possível terceira via entre o crime e a infração administrativa. *In: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2017, pp. 265-279, p. 271.

⁵⁵⁹ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho...*, cit., p. 1419.

⁵⁶⁰ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: parte...*, cit., p. 974.

⁵⁶¹ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: parte...*, cit., p. 974.

⁵⁶² ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho...*, cit., p. 1420, tradução livre.

Essa fase do desenvolvimento do direito administrativo sancionador, plasmada pela sua aproximação ao direito penal e vice-versa, percorreu caminhos diversos em outros países, mas sempre na direção de balizar todo tipo de intervenção na esfera de direitos dos cidadãos a partir da observância de um conjunto mínimo de garantias.

Em países como Alemanha, Itália e Portugal, estabelecia-se a dicotomia entre delitos e contra-ordenação⁵⁶³, com propósito despenalizador. Já na Espanha, a discussão compreendia os delitos e as infrações administrativas. A preocupação espanhola não era descriminalizar, mas sim conformar a potestade sancionatória administrativa pelos princípios inerentes ao direito penal, pois indispensáveis ao Estado de Direito; a intervenção sancionatória encabeçada pela administração trazia uma maior celeridade no procedimento, julgadores com conhecimentos mais específicos, compreendia sistemas de regulação mais flexíveis que os penais e que, no geral, eram dotados de características que tornavam essa intervenção mais efetiva. Enquanto isso, o sistema penal trazia garantias materiais e processuais notáveis, com princípios mais solidificados, uma dogmática mais bem estruturada, uma maior independência dos julgadores em relação ao poder político⁵⁶⁴.

Ao assumir a atuação punitiva, o direito administrativo haverá de adotar uma postura condizente com essa função, que difere enormemente da simples realização de atos administrativos. Sem embargo, como registra Helena Regina Lobo da Costa, “*a hipertrofia do âmbito punitivo da administração pública não veio acompanhada de um conjunto de regras e princípios que delimite e imponha parâmetros rigorosos à aferição do ilícito e imposição da sanção*”⁵⁶⁵. O ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, somente experimentou uma pretensa sistematização das regras e princípios referentes à potestade sancionatória da administração a partir de 1992, com a edição da já revogada *Ley de Régimen*

⁵⁶³ Como explica Nuno Brandão, o entendimento àquela época, elaborado por Eberhard Schmidt e ainda presente na doutrina e jurisprudência alemãs majoritárias entendem que “*o direito contra-ordenacional pertence ao direito penal em sentido amplo e não ao direito administrativo. Conclusão que é independente da posição que se tome em relação a uma diferenciação qualitativa ou meramente quantitativa entre crimes e contra-ordenações, sendo esta problemática vista como uma questão intrapenal*”. In: BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 67.

⁵⁶⁴ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho...*, cit., pp. 1419-1420. Cf. também NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 143-145.

⁵⁶⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 118.

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – e, ainda assim, de forma *insuficiente e insatisfatória*⁵⁶⁶.

No Brasil, não há uma norma que defina uma *Parte Geral* do direito administrativo sancionador, mas apenas diplomas que se ocupam do processo administrativo. O ordenamento, ainda, não cuida de definir o conteúdo material dos ilícitos administrativos⁵⁶⁷. Nas palavras de Luciano Anderson de Souza, o direito administrativo sancionador pode ser considerado “*um ideário normativo em construção, cuja adoção, não obstante, gera importantes consequências para os limites horizontais do Direito Penal brasileiro*”⁵⁶⁸.

De outra banda, em um movimento que se estende para além da década de 1990, também o direito penal foi evocado para fazer frente às condutas transgressoras à ordem socioeconômica⁵⁶⁹, verificando-se o prolongamento de seu campo de atuação a ponto de ultrapassar as fronteiras da dogmática tradicional. Nesse processo, diagnostica-se a afetação de princípios imanentes ao universo penal, como os princípios da taxatividade, subsidiariedade e proporcionalidade. O fenômeno da *administrativização* do direito penal é permeado pela edição de normas penais em branco, por tipos abertos, pela assessoriedade administrativa e por delitos que sancionam a mera desobediência. Vê-se uma progressiva antecipação da intervenção penal e o abandono de sua função de *ultima ratio*⁵⁷⁰. Há um menor apreço à noção de dignidade penal como pressuposto da criminalização de condutas

⁵⁶⁶ Deixou de “*resolver os problemas levantados pela prática cotidiana*”. GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de ...*, cit., p. 19, tradução livre. A autora prossegue, dizendo que a “*determinação normativa do conteúdo substantivo desses princípios continua sendo deficiente e, quando é levada à prática, pela Administração primeiro e pelos Tribunais depois, tem sido feito de forma contraditória, confusa, inconsequente, desordenada e sem uma concepção clara sobre seu concreto conteúdo e delimitação*”.

⁵⁶⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 133.

⁵⁶⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, pp. 57-106, p. 96.

⁵⁶⁹ Especialmente as transgressões que representassem uma interferência no correto desenvolvimento das atividades econômicas. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Sobre el sentido...*, cit., p. 20.

⁵⁷⁰ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho...*, cit., pp. 1419-1424. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 113. No ponto, Silva Sánchez adverte ter o direito penal, nesse processo, se convertido “*em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais*” e que, nessa medida, está *administrativizado*. O autor realiza essa abordagem para, em seguida, aprofundar-se no paradigma dos delitos de acumulação. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do...*, cit., p. 148 e ss. Cf. também BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo...*, cit., pp. 219-229.

e uma menor predisposição, por parte do legislador, a examinar e justificar a necessidade da tutela penal em cada oportunidade⁵⁷¹.

Como se deixou vincado, a dilatação (descoordenada) da potestade sancionatória – tanto administrativa como penal – do Estado é de suma importância ao presente trabalho, pois é com base nela que se nota uma propensão para sobreposições normativas⁵⁷². É legítimo convocar o princípio de *ne bis in idem* para gerir essa dinâmica, seja de *lege ferenda*, quando se cogitam novas tipificações que possam vir a esbarrar com outras já existentes, seja de *lege lata*, quando se está efetivamente diante respostas punitivas redundantes?

A resposta é positiva, mas deve ser precedida por algumas observações.

A despeito de o direito administrativo sancionador carecer de uma *Parte Geral* que possa chamar de sua⁵⁷³, tanto ele como o direito penal integram o direito público interno, são vertentes da potestade sancionatória do Estado e compartilham uma mesma matriz constitucional. Essa ancoragem constitucional limita negativamente a atuação do direito penal – “o que importa como limite ao poder de punir é o respeito obrigatório do legislador penal aos princípios constitucionais”⁵⁷⁴ – e conforma a atuação do direito administrativo sancionador⁵⁷⁵.

Se é na Constituição e nos princípios por ela consagrados que se fundam as raízes do ordenamento jurídico como um todo, percebe-se daí o caráter unitário do poder sancionador, como reconhece a parcela majoritária da doutrina, e, conseqüentemente, a

⁵⁷¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1, pp. 21-22.

⁵⁷² LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., p. 19.

⁵⁷³ Como propõe Nieto García, que repudia a pretensão de se subordinar o direito administrativo sancionador ao direito penal. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 24-25. Miguel Reale Júnior também propõe a inauguração de uma *Parte Geral* referente às leis tipificadoras do que denomina de “infrações administrativo-penais”, mas em outros termos, indicando que essa disciplina deva conter “os princípios garantistas próprios do Direito Penal aplicáveis às infrações administrativo-penais, bem como os princípios ordenadores do conjunto normativo”. REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999, p. 125.

⁵⁷⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito...*, cit., pp. 21-28.

⁵⁷⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 127. Como expõe o jurista, “com a nova ordem, de cunho democrático, estabeleceu-se a configuração de uma administração pública cooperativa, aberta, cidadã, que se volta para o atendimento material das necessidades coletivas, com vistas à compensação das desigualdades sociais”.

imperatividade de coordenar seus vetores penal e administrativo sancionador⁵⁷⁶. De forma acurada, Francisco Javier de León Villalba sustenta que a necessária *solução unificadora* implica no estabelecimento de um sistema de garantias comuns – próprio das exigências do Estado de Direito – às diferentes manifestações do poder sancionador (direito penal e direito administrativo sancionador), respeitando-se, por certo, suas peculiaridades⁵⁷⁷.

Busca-se submeter as facetas da atuação sancionatória a um denominador comum em termos de garantias, sempre com vistas a proteger o indivíduo em face do arbítrio estatal. Nesse esforço, é crucial estabelecer as semelhanças e diferenças entre o direito penal e administrativo sancionador, porque é a partir daí que se poderá edificar as bases de uma política sancionadora integrada e racional, que se mostre efetiva e capaz de legitimar a atuação punitiva do Estado, sem que se deixe levar pelo afã de uma *administrativização do direito penal* alheia à *ultima ratio* e/ou de uma *penalização do direito administrativo* pouco afeita às garantias materiais e processuais dos acusados⁵⁷⁸.

Em um recorte, a relação fronteira entre esses dois ramos do direito, obrigatoriamente regidos por um mesmo conjunto irrenunciável de garantias, é bem ilustrada pela comparação *(i)* entre o ilícito penal e administrativo e *(ii)* entre as funções da pena e da sanção administrativa.

3.5.2. O ilícito administrativo e o ilícito penal

Historicamente, a distinção entre ilícito penal e administrativo tem sido apresentada a partir de perspectivas e soluções dogmáticas diversas⁵⁷⁹. Hoje é razoavelmente assentado entre os juristas que essa diferença é *normativa*, isto é, remete à decisão político-

⁵⁷⁶ Não é esse o posicionamento adotado por Helena Regina Lobo da Costa, o que não impede a jurista, de forma alguma, de chegar à mesma conclusão pela imprescindibilidade da coordenação entre o direito penal e administrativo sancionador. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 118.

⁵⁷⁷ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., p. 32.

⁵⁷⁸ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 120. Cf., ainda, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito...*, cit., p. 290; CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: Uma Prática Inquisitiva*. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, pp. 203-222, pp. 205-206; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador...*, cit., p. 91.

⁵⁷⁹ Que podem ser classificadas como *(i)* teses ontológicas, diferenciadoras ou qualitativas, *(ii)* teses quantitativas ou unitárias *(iii)* teses mistas e *(iv)* teses normativas.

criminal sobre o instrumento sancionatório mais idôneo para fazer frente a determinada conduta.

Não se trata de conferir qualquer beneplácito ao legislador para, arbitrariamente, definir o *crime* e o *não crime*. Pelo contrário, a corrente normativista escora-se na dinâmica própria do Estado Democrático de Direito, que impõe rígidas balizas ao exercício da atividade legislativa, exigindo-lhe um *ônus argumentativo* e uma *vinculação valorativa*⁵⁸⁰; toda e qualquer decisão político-criminal haverá de respeitar os princípios gerais do direito penal⁵⁸¹.

Por certo, no que concerne ao direito sancionatório, um dos ônus a que se sujeita o legislador é a teoria do bem jurídico, entendida como uma teoria científica a serviço da democracia⁵⁸². A legitimidade da norma penal em um contexto democrático, como se sabe, não pode decorrer do mero direito positivo, o que significa dizer que a teoria do bem jurídico confere ao legislador *standards argumentativos* que lhe permitem definir empiricamente os interesses dignos de tutela e dividir os tipos penais entre os “*candidatos positivos e negativos para uma legislação penal comprometida com os princípios do Estado de Direito liberal*”⁵⁸³.

⁵⁸⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 132.

⁵⁸¹ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho...*, cit., p. 1.427; Cf. também o argumento de Oliveira e Grotti de que o direito administrativo sancionador e o direito penal ostentam, cada um, uma teleologia própria no direito positivo. Assim, os autores entendem que existe, sim, uma distinção entre eles e, para aferi-la, deve-se tomar como ponto de partida a contenção de arbitrariedades por parte do Estado. A escolha por um ou por outro não se resume a um mero capricho do Poder Legislativo. Em suas palavras, “*não é possível defender que há livre escolha legislativa, inclusive para o fim de legitimar situação de substituição completa da necessária intervenção penal por regime jurídico-administrativo sancionador em certas situações (hipóteses indevidas de descriminalização absoluta). O contrário igualmente é válido. Não é tolerável que determinados ilícitos sejam conduzidos para o Direito Penal, em situação de manifesta administrativização da forma como o Estado pode interferir. Refere-se a doutrina à ‘administrativização’ do Direito Penal para indicar o fenômeno expansivo do jus puniendi para hipóteses em que o DAS pode cumprir os objetivos constitucionais*”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador...*, cit., p. 106.

⁵⁸² Como sustenta Ana Elisa Bechara, a norma de Direito Penal traz como pressuposto a *desvalorização* do comportamento incriminado e, para que não configure um simples ato de poder, deve encontrar amparo em uma racionalidade valorativa que fará dessa criminalização legítima. A origem dessa racionalidade está nos objetivos do poder político vigente, o que torna a questão penal um problema eminentemente político e a ser conformado com o próprio do Estado Democrático de Direito. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo do direito penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, pp. 33-34.

⁵⁸³ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do Direito Penal. Tradução de Antônio Martins. In: GRECO, Luís, MARTINS, Antônio (org.) *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 520-532, pp. 523-524.

A corrente normativa reveste-se de especial relevância por fundamentar uma lógica sancionatória empática à subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, trazendo a teoria do bem jurídico à baila, mas de maneira ainda mais restritiva. Isso porque, mesmo diante de um bem jurídico revestido de dignidade penal, a política-criminal poderá optar por não o resguardar caso outros seguimentos do direito o façam de forma satisfatória e efetiva. Por se despir de qualquer premissa ontológica na definição do ilícito, a corrente normativa compreende que até mesmo bens jurídico-penais poderão ser tutelados pela via administrativa se o legislador, após o devido escrutínio político-criminal, entender ser aquela suficiente⁵⁸⁴.

Em linha com o que defende Miguel Reale Júnior, a escolha entre a repressão pela via penal ou administrativa não dialoga com a importância do bem jurídico que se pretende tutelado, mas da “*conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a melhor alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito que cada vez mais se faz único*”⁵⁸⁵. E, por certo, faz parte do jogo democrático que esse juízo valorativo seja a todo momento posto à prova pelo intérprete e pelo aplicador do direito, com o fim de que sua legitimidade seja sempre atestada.

Isso leva à seguinte conclusão: ainda que de forma subsidiária, o direito penal apresenta a mesma *função* do direito administrativo sancionador, qual seja, nos termos de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, a disciplina da convivência social “*por meio da garantia de expectativas de conduta derivadas de determinada ordem social e diretamente*

⁵⁸⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 132. Nesse sentido, Helena Regina Lobo da Costa afirma que mesmo a criação de ilícitos administrativos impõe amarras ao legislador, que deve respeitar “*ao menos, os espaços de exercício do núcleo de direitos fundamentais, a legalidade e a proporcionalidade*”. In: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 146. Cf., ainda, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito...*, cit., pp. 293-295.

⁵⁸⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no direito...*, cit., p. 122. E conclui o jurista: “*trata-se, portanto, de um problema de eficácia social, e não de uma questão de diversidade axiológica*”.

relacionadas à tutela de interesses fundamentais”⁵⁸⁶. Não se pode tolerar que o legislador adote uma concepção autopoiética de técnica jurídica⁵⁸⁷.

Se cabe ao legislador realizar uma escolha político-criminal *entre* o ilícito penal e o ilícito administrativo, além de fundamentar sua decisão com base nos princípios irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito e cunhados no texto constitucional, não há como optar pela cominação *simultânea* de respostas sancionatórias penal e administrativa ao mesmo sujeito, pelo mesmo injusto – como se verifica no Brasil com tanta frequência⁵⁸⁸.

O propósito na aferição das semelhanças e diferenças entre esses dois tipos de ilícito é este: a construção de critérios lógicos prévios para conferir à política criminal certo grau de racionalidade, referente à discussão sobre *a necessidade ou não* da intervenção penal para a proteção dos bens jurídicos em jogo⁵⁸⁹. Em nada adiantaria se, a despeito desse esforço

⁵⁸⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e...*, cit., p. 35. A construção da norma penal, realmente, sempre será um problema de política criminal. Da mesma forma, a opção fundamentada e consciente de afastar determinada infração dos cuidados do direito penal espelhará igualmente uma decisão política-criminal voltada à preservação do caráter subsidiário desse ramo do direito, ao indicar que determinada conduta não preencheria parâmetros concretos de valoração a legitimar a intervenção penal e que a liberdade do cidadão poderia ser resguardada de forma diversa. Cf. também, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A recorrente busca..., cit., p. 272.

⁵⁸⁷ Agora, no que tange à exteriorização da valoração feita pelo legislador, retome-se um ponto crucial na análise que se vem empreendendo neste trabalho. Da mesma forma que se sustenta que a corrente normativa daria azo a propensões legislativas de cunho autoritário – hipótese há pouco superada –, haveria espaço para se defender que tudo aquilo positivado pelo legislador refletiria *pari passu* suas considerações axiológicas, fossem elas legítimas ou não. Em outras palavras, letra fria da lei jamais entraria em contradição com o valor nela efetivamente veiculado. Não é esse, porém, o posicionamento que aqui se adota. A problemática, em verdade, retoma remete a uma faceta particular da racionalidade legislativa: o fato de a *norma* e a *lei* possuírem significados distintos, pois, enquanto a primeira valora, a segunda, no máximo, lhe poderá servir como veículo, descrevendo seu conteúdo. E é o conteúdo normativo, não a descrição ou qualificação veiculada pelo texto legal, que traz consigo uma série de juízos a associações com relação à realidade. Esse exercício valorativo norteador do processo de *lege ferenda*, uma vez sob o formato de lei, não adquirirá feições alheias ao seu conteúdo pela simples rotulação em sentido contrário. Antes de se dar por satisfeito com texto da lei e tomá-lo como verdade, cabe ao intérprete esmiuçar o âmago da norma. Confira-se, no ponto, GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 240-244; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e...*, cit., pp. 33-36.

⁵⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito...*, cit., p. 289. Ainda, é a partir disso que Miguel Reale Júnior, em estudo sobre as Leis nº 8.137/1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo) e 8.884/94 (Lei Antitruste), constata “bis in eadem se se considerar que a ‘lei antitruste’ estabelece uma relação de responsabilidade solidária entre empresa e o seu administrador na prática de infração à ordem econômica (art. 16), prevendo a aplicação de pena de multa ao administrador direta ou indiretamente responsável pela infração cometida pela empresa (art. 23. II)”. Isso, porque o “administrador sofrerá duas punições que se somarão: a pena privativa de liberdade de reclusão de 2 a 5 anos (art. 4º da Lei 8.137) ou detenção de 2 a 5 anos (art. 5º), em ambos os casos alternativa com a pena de multa (...) que se adicionará à sanção administrativa de multa ou a outra penalidade prevista no art. 24 da ‘lei antitruste’”. REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito..., cit., p. 123.

⁵⁸⁹ Cf. ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho...*, cit., pp. 1427-1428.

dogmático, fosse chancelada a discricionariedade do legislador, que, na dúvida (ou deliberadamente), poderia simplesmente lançar mão de respostas sobrepostas – e em si contraditórias – a uma mesma conduta.

3.5.3. A pena e a sanção administrativa

Outrossim, a convivência do direito penal com o direito administrativo sancionador traz um colorido interessante ao fenômeno da sanção⁵⁹⁰.

Sirlene Nunes Arêdes constata que, considerado um ou outro ramo do direito, a natureza jurídica da sanção não se altera: trata-se da repressão ao descumprimento das obrigações estipuladas em relações jurídicas. A partir disso, a jurista conclui ser desproporcional a reiteração de respostas punitivas penais e administrativas, ainda que prevista em lei: “*as sanções, ainda que reguladas por diversas disciplinas jurídicas, desde que manifesta sua natureza punitiva, integram um fenômeno deontologicamente unitário e global*”⁵⁹¹. Nilo Batista, de igual maneira, adverte que o caráter *retributivo* da pena não lhe é exclusivo e caracteriza como retributivas as sanções administrativas pertencentes ao que denomina *direito administrativo penal*⁵⁹².

Helena Regina Lobo da Costa, em detida análise sobre as diversas finalidades atribuídas às sanções administrativas e penais, sustenta não haver uma diferença substancial que possa distinguir uma da outra, especialmente em se tratando de pessoas jurídicas. À sanção administrativa não é defeso perseguir, em maior ou menor grau, finalidades retributivas e preventivas. Até mesmo o estigma que tende a rodear a sanção penal, apesar

⁵⁹⁰ O movimento de despenalização flexibiliza o disposto no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/1941), que define o crime como “*a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”. A Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), por exemplo, prevê penas distintas da privação da liberdade às condutas tipificadas em seu artigo 28: (i) advertência sobre os efeitos das drogas, (ii) prestação de serviços à comunidade e (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2ª ed., atual. e ampl.. São Paulo: Método, 2003, p. 124.

⁵⁹¹ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 183.

⁵⁹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43. Como defende Miguel Reale Júnior, ambas as sanções penal e administrativa carregam finalidades preventivas e retributivas, sendo que a distinção entre elas seria restrita ao significado da reprovação: “*se é certo que ambas guardam finalidades preventiva e retributiva, o que as distingue é o caráter moral de reprovação social inerente à sanção penal, bem como o gravame do próprio processo penal [em que] é submetido o agente, não encontráveis na sanção e no processo administrativo*”. REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito..., cit., p. 124.

de ser um fator mormente dissociado do mundo jurídico, poderá acompanhar também aquela administrativa, ao gerar, por exemplo, impacto significativo na imagem da pessoa física ou jurídica castigada perante os demais *players* do mercado⁵⁹³.

Se é possível que as sanções administrativa e penal perquiram os mesmos fins, isso significa reconhecer, como se vem argumentando, que sua incidência simultânea tem o potencial de esbarrar na proibição de *ne bis in idem*, desde que preenchidos os demais pressupostos de aplicabilidade do princípio – a identidade de fatos e de sujeitos.

Reforça-se, mais uma vez, a importância de estabelecer um critério lógico para orientar a política-criminal. É indesejável que sanções que desempenham a mesma função sejam simultaneamente prescritas para fazer frente a um único fenômeno. E, nesse contexto, não se pode olvidar que a expansão do direito administrativo sancionador, inserida no contexto de alargamento da intervenção penal, “*também pode representar ameaça ao equilíbrio na relação entre o Estado e o particular*”⁵⁹⁴.

As ponderações até aqui trazidas corroboram a tese de que, mesmo que se pretenda conferir ao direito administrativo sancionador uma *Parte Geral* particular, é imprescindível que o *ne bis in idem* não escape de seu núcleo duro de garantias irrenunciáveis, pois elementar a todo o exercício punitivo⁵⁹⁵. Os debates acerca do tema conduzem a uma matização, muitas vezes justificada, de princípios tradicionais do direito penal. Porém, há de se repudiar toda e qualquer tentativa de flexibilização que se mostrar arbitrária, contrária à concreção da cidadania e negacionista da lógica sistêmica do ordenamento, cujo fundamento é constitucional. Nesse sentido, o princípio de *ne bis in idem* é inegociável, bem como seu caráter transversal. O direito, como um todo, não comporta o *milagre da multiplicação*⁵⁹⁶.

⁵⁹³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 148-162.

⁵⁹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito...*, cit., p. 291.

⁵⁹⁵ CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de...*, cit., p. 27. Cf. ainda OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador...*, cit., p. 108.

⁵⁹⁶ Expressão utilizada por MUÑOZ CLARES, José; CABALLERO SALINAS, José María. *Ne bis in...*, cit., pp. 51-52.

Uma análise da realidade jurídica brasileira, porém, segue por outra direção, como se verá logo mais.

3.6. Recepção do *ne bis in idem* no direito brasileiro

O princípio *ne bis in idem* não foi recebido de forma calorosa pelo direito brasileiro, o que explica – apesar de não justificar – seu baixo grau de concretude nos processos de produção legislativa e na prática jurisprudencial. Para além de inexistir sólida tradição jurídica de acatamento ao postulado, o ordenamento jurídico pátrio hesita em o reconhecer expressamente. Fora uma breve menção na Lei de Improbidade Administrativa, inserida em 2021, não há qualquer prescrição, seja constitucional ou infraconstitucional, que se refira diretamente ao princípio ou o regulamente. Quando muito, seu conteúdo, tão complexo, tende a ser reduzido a um fragmento pouco representativo de sua dimensão processual, como mera decorrência do instituto da coisa julgada⁵⁹⁷.

Aqui, o esborço histórico realizado no capítulo anterior prova-se fundamental. A resistência da tradição jurídica brasileira em ratificar e cunhar a garantia de *ne bis in idem* em seus diplomas legais é sintoma de uma estrutura jurídica pouco interessada em técnicas garantidoras de direitos. Como explica Emilio Garcia Mendez, o já contraditório direito penal liberal, quando enxertado no contexto latino-americano recente, foi subserviente a diversos autoritarismos, “*oferecendo legitimidade ao justificar o caráter excepcional das rupturas estruturais da ordem jurídico-democrática*”⁵⁹⁸.

Uma breve retrospectiva histórica dá conta de demonstrar a desimportância do princípio na conformação do sistema jurídico brasileiro, afinal, tem ela basicamente a tarefa de lançar luzes sobre espaços vazios.

⁵⁹⁷ Como explicam CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 105-107 e 145; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 213-217.

⁵⁹⁸ GARCIA MENDEZ, Emilio. De como considerar seriamente os direitos e garantias do cidadão. In: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 11-13, p. 11. Como anota Rogério Schietti Machado Cruz, é interessante notar que, dentre os povos da América Latina, a falta de previsão do princípio no ordenamento jurídico pátrio – à exceção do recente parágrafo 7º do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, inserido pela Lei n.º 14.230/2021 – segue o exemplo da Bolívia. Alguns países latino-americanos, de toda forma, concederam *status* constitucional ao *ne bis in idem*, como no caso do México, Guatemala, Honduras, Venezuela, Paraguai e Peru. Outros, como Argentina, Uruguai e Cuba, apesar de não disporem sobre o princípio em suas Constituições Nacionais, lançam mão de outros instrumentos legais que consagram a garantia. In: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 94-96.

É certo que as ordenações do reino, esculpidas com base no direito romano e no direito canônico, previam o *ne bis in idem*⁵⁹⁹. No entanto, era-lhe renegada uma função meramente decorativa; muitas eram as limitações que frustraram a primazia do princípio. Afinal, como compatibilizar qualquer garantia individual com a adoção de um sistema penal essencialmente inquisitório, que exaltava a tortura física e psicológica como técnicas investigativas⁶⁰⁰?

Já o Código Criminal do Império de 1830, o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais de Piragibe de 1932 e o atual Código Penal não fazem qualquer menção ao princípio. Tudo a evidenciar o severo *déficit* democrático do sistema punitivo brasileiro⁶⁰¹.

A Constituição Federal de 1988 tampouco se deteve expressamente sobre o *ne bis in idem*. Cumpre então indagar em que medida a garantia pode ser considerada integrante da ordem constitucional brasileira.

3.6.1. Proibição de *bis in idem*: uma garantia constitucional?

A falta de referência expressa ao *ne bis in idem* na Constituição Federal não deve ser entendida como obstáculo intransponível ao seu reconhecimento como preceito norteador do sistema de justiça brasileiro. Por dois motivos.

Em primeiro lugar, o *leitmotiv* do atual constitucionalismo brasileiro é a proteção das garantias individuais, o que significa dizer que o legislador constituinte se propôs a reforçar e ampliar o rol dos direitos com *status* constitucional, incumbidos de orientar a aplicação de todas as demais normas⁶⁰². Os traumas vivenciados durante o regime ditatorial inaugurado em 1964, marcado pelo desprezo à dignidade humana, impulsionaram um

⁵⁹⁹ As Ordenações Afonsinas, em seu Título CI, Livro V, previam o seguinte: “*Do que for acusado por algum crime, e livre per sentença d'El Rey, que nom seja mais accusado por elle*”. No mesmo sentido, estabelecia o Título LXXIII do Livro V das Ordenações Manuelinas: “*Se o que for acusado por algum crime, e liure por sentença, ou perdã, se será mais acusado por elle*”. Por fim, as Ordenações Filipinas, cujas disposições penais vigoraram até o 1830, previam no Título CXXX de seu Livro V que “*Quando o que foi livre por sentença de algum crime ou houve perdão será mais acusado por ele*” Cf. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 104; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 214-215.

⁶⁰⁰ Nesse sentido, a respeito das Ordenações Filipinas, v. SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, pp. 79-90, mai./ago., 2009.

⁶⁰¹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 214-217.

⁶⁰² MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 15-17.

contramovimento que buscou a maximização da cidadania, ao menos de forma programática. Não à toa, a Constituição Federal de 1988 recebeu a denominação de Cidadã. Por isso, não é possível conceber que o rol de garantias previsto em seu Título II seja taxativo. Afinal, nos termos do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º:

§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.

O texto constitucional faz-se permeável às novas conquistas em termos de direitos fundamentais, reconhecendo não se tratar de uma matéria estanque nem descolada da realidade. Para tanto, tem em conta não apenas um conceito formal de direito fundamental⁶⁰³, mas também material – e aí é que reside sua vocação ampliativa⁶⁰⁴. Ainda que deixem de ser referidos expressamente pela Constituição, o artigo 5º, § 2º, garante força constitucional aos direitos fundamentais dela dedutíveis ou constantes de tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja signatário⁶⁰⁵. E o *ne bis in idem*, como se sabe, pertence a essas categorias⁶⁰⁶.

Ainda que haja debate sobre o(s) possível(is) fundamento(s) do postulado, não há dúvida quanto ao seu respaldo constitucional, já que é mandatório a todo Estado que se intitule “democrático” e “de direito”. Sob essa perspectiva, aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que o *ne bis in idem* “*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*”⁶⁰⁷.

⁶⁰³ Assim considerados aqueles expressos no Título II da Constituição ou em outros dispositivos dispersos que tratem de direitos fundamentais, como no caso da inimizabilidade penal de menores de dezoito anos (art. 228), bem como os incorporados pelo direito brasileiro via diplomas internacionais aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, de acordo com o *quorum* qualificado previsto no artigo 5º, § 3º, da Carta Maior. Cf. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 21-22.

⁶⁰⁴ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 17-23; ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 184-220.

⁶⁰⁵ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 21-22.

⁶⁰⁶ Cf. ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 183-187; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 220-221.

⁶⁰⁷ Um exemplo é o *Habeas Corpus* nº 86.606, julgado em 22.05.07 e de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. A corte reputou ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. Esse posicionamento inova o *quantum* decidido no *Habeas*

E, como se adiantou, esse entendimento foi ratificado pelo legislador em 2021. Após ser reformada pela Lei nº 14.230/2021, a Lei de Improbidade Administrativa passou a reconhecer expressamente a qualidade constitucional do princípio em seu artigo 12, §7º: “*as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem*”.

Ainda assim, não há dúvidas de que a proibição de *bis in idem* já havia sido efetivamente introduzida ao direito pátrio com a adesão brasileira à Convenção Interamericana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶⁰⁸, o que só corrobora o caráter materialmente constitucional da garantia⁶⁰⁹. Sem embargo, não deixa de ser criticável a opção do constituinte por não o ter recepcionado explicitamente. A falta de uma delimitação da garantia pelo texto constitucional, que lhe conferisse a necessária amplitude, repercute negativamente no sistema de justiça, quer em matéria de *lege lata*, quer de *lege ferenda*. Há disfunções que se fazem evidentes.

Corpus nº 80.263, julgado em 20.02.2003, que chegava à mesma conclusão, mas negando taxativamente a natureza constitucional do princípio.

⁶⁰⁸ Conforme o artigo 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, “*ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi [absolvido] ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país*”. A seu turno, estipula o artigo 8.4 do Pacto de San José da Costa Rica que “*o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”. Entre as diversas imprecisões técnicas já comentadas nos itens 2.3.1 e 2.3.2 deste capítulo, destaca-se que os tratados que vinculam o Brasil deixam dúvidas acerca da possibilidade de cumulação de sanções penal e administrativa pelos mesmos fatos. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 187. Para além desses dois documentos internacionais, há referências ao *ne bis in idem* na Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 9), na Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (art. VII), no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 20), dos quais o Brasil é signatário. Cf., nesse ponto, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., pp. 94 e 102. V., ainda, CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 107; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 218-2019; D’URSO, Luiz Flávio Borges. *Menos Direito Penal...*, cit., pp. 203-210, 2014, p. 207; ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 186-187; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 340, pp. 6-7, mar. 2021.

⁶⁰⁹ Não se ignora que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, assentou que os diplomas internacionais de direitos humanos ocupam posição hierárquica supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. Estariam invariavelmente acima das leis ordinárias, apesar de somente se equipararem ao texto constitucional quando aprovados pelo rito legislativo do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, incorporado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e segundo o qual “*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*”. O posicionamento exarado pelo Excelso Pretório merece ser criticado por esvaziar de sentido o artigo 5º, §2º, da Constituição, mas, para fins do presente trabalho, há de se convir que deságua na mesma conclusão aqui defendida: de que toda e qualquer intervenção sancionatória – lastreada, afinal, em leis ordinárias – haveria que se curvar perante a proibição de *bis in idem*. V. o voto do Ministro Celso de Mello no próprio Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

3.6.2. Manifestações do princípio no ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional

Mesmo as referências indiretas ao *ne bis in idem* são raras no ordenamento jurídico infraconstitucional. Sobre a matéria, há poucos dispositivos na Lei de Migração⁶¹⁰, o Código Penal e no Código de Processo Penal⁶¹¹.

É verdade que, no âmbito do direito administrativo sancionador, o princípio tem sido cada vez mais notado pelo legislador, ainda que muito timidamente. Em 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 13.655/2018) ensaiou tangenciar o princípio, mas de modo completamente insatisfatório. E, mais recentemente, a nova redação da Lei de Improbidade (Lei nº 8.492/1992, alterada pela Lei nº 14.230/2021) passou a reconhecer expressamente o princípio e a incorporá-lo em algumas situações, mas sem dar conta de toda a sua abrangência.

Entre os tribunais, a deferência ao postulado dá-se de forma esparsa, casuística e pouco coordenada. Há casos, paradigmáticos, que representam avanços. Há outros, mais frequentes, que confirmam as limitações enfrentadas no trato da matéria⁶¹².

Tudo isso demonstra que não é apenas no contexto de *combate à corrupção* que são impostas ressalvas ao *ne bis in idem*. Por esse motivo, uma investigação mais abrangente das manifestações do princípio no direito infraconstitucional brasileiro pode viabilizar um diagnóstico mais preciso ao caso da corrupção, bem como possíveis estratégias para uma verdadeira e necessária concretização do preceito.

⁶¹⁰ Que revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980).

⁶¹¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 105; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 221; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., p. 94. Carlos Eduardo Adriano Japiassú diz ainda que nuances do princípio se fazem presentes nas disposições sobre a individualização da pena e em construções doutrinárias, tais como aquelas pertinentes ao concurso aparente de normas.

⁶¹² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 219. Em detido estudo sobre o modo de o Supremo Tribunal Federal lidar com o *ne bis in idem*, Maia observa que “*não obstante reconhecendo o princípio e consagrando sua observância em nossa ordem jurídica. a Corte é em geral parcimoniosa no seu reconhecimento concreto*”. In: MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 44.

3.6.2.1. Lei de Migração

Duas das hipóteses de indeferimento de processo extradicional, elencadas pelo artigo 82 da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), tratam de *bis in idem*:

Art. 82. Não se concederá a extradição quando:

(...)

V – o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI – a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente.

O inciso V merece destaque. O *ne bis in idem* extradicional possui uma face material (“já houver sido condenado ou absolvido”) e outra processual (“estiver respondendo a processo”). A lei brasileira, ainda, converge com entendimento das Cortes de Luxemburgo e Estrasburgo quando estabelece que a aferição do *idem* decorrerá do *fato* descrito pelo Estado requerente, e não da qualificação jurídica por ele apresentada⁶¹³.

Para além disso, o Supremo Tribunal Federal confere uma interpretação extensiva ao inciso V, fazendo-o transbordar da relação entre Estados requerido e requerente. Em 2003, no paradigmático julgamento da Extradição nº 871-4, assentou-se que a extradição também não poderá se aperfeiçoar nos casos em que o extraditando comprovar já ter sido acusado pelos mesmos fatos em um *terceiro* Estado⁶¹⁴.

⁶¹³ Cf. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 11-75, jul./set. 2005, p. 35-36. Nessa obra, o autor examina o já revogado Estatuto do Estrangeiro, que possuía dispositivos equivalentes aos ora em comento. Maia reconhece, contudo, que a “identidade de fatos”, apesar de muito invocada, não é um conceito de fácil apreensão, pairando dúvidas sobre a melhor forma de o definir.

⁶¹⁴ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 36; CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 105-106; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 221-222.

3.6.2.2. Código Penal

Do Código Penal, mencionem-se os artigos 7º e 8º, que regulam a aplicação da lei penal no espaço⁶¹⁵, e 61, *caput*, que dispõe sobre as circunstâncias que agravam a pena⁶¹⁶.

No debate sobre a extraterritorialidade da lei penal brasileira, a questão do (*ne*) *bis in idem* é enfrentada, embora não expressamente.

As hipóteses de extraterritorialidade em matéria penal são aquelas em que o Estado brasileiro persegue crimes cometidos fora de seu território. São uma exceção à regra de que a lei penal brasileira será aplicada aos crimes cometidos Brasil, nos termos do artigo 5º do Código Penal⁶¹⁷. O instituto subdivide-se em duas categorias, de *extraterritorialidade incondicionada* e *extraterritorialidade condicionada*, nos moldes do artigo 7º do Código Penal.

Luciano Anderson de Souza explica:

No primeiro caso, isto é, *extraterritorialidade incondicionada*, com fundamento nos princípios da defesa e da universalidade, aplica-se a lei brasileira sem nenhuma

⁶¹⁵ “*Extraterritorialidade: Art. 7º – Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I – os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II – os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. § 1º – Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. § 2º – Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. § 3º – A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça. Pena cumprida no estrangeiro: Art. 8º – A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.*

⁶¹⁶ “*Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)*”.

⁶¹⁷ “*Art. 5º – Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. § 1º – Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. § 2º – É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil”.*

condicionante, ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro – pouco importando se condenado ou absolvido. Isso significa que interesses maiores da nação impõem que a lei brasileira incida em determinados fatos ocorridos no estrangeiro, independentemente da presença de seu autor em território nacional.

(...)

Em relação à *extraterritorialidade condicionada*, por sua vez, aplica-se a lei brasileira a determinados fatos delitivos quando satisfeitos alguns requisitos, conforme previsto no art. 7º, inciso II e §§2º e 3º do Código Penal.⁶¹⁸

No embate entre a preservação da soberania e o primado do *ne bis in idem*, a primeira leva melhor sorte em casos de extraterritorialidade incondicionada. O artigo 7º, parágrafo 1º, autoriza a dupla punição pelos mesmos fatos, na medida em que o agente será “*punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro*”.

A via da proporcionalidade, pela computação das sanções, foi adotada para amenizar singelamente a duplicidade de respostas sancionatórias previstas no artigo 7, parágrafo 1º, do Código Penal⁶¹⁹: seu artigo 8º estabelece que “*a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas*”⁶²⁰. Como elucida Rogério Schietti Machado Cruz, o dispositivo não cuida propriamente da proibição de dupla sanção e persecução penal, mas dispõe sobre o *modo* com que o sujeito deve ser punido, pelo mesmo crime, por Estados soberanos⁶²¹.

Já o artigo 7º, parágrafo 2º, em suas alíneas “d” e “e”, veda a incidência da norma penal brasileira em hipóteses de extraterritorialidade condicionada (*i*) se o agente tiver sido absolvido no estrangeiro ou lá cumprido pena e (*ii*) se tiver sido perdoado no estrangeiro ou estiver extinta sua punibilidade, segundo a lei mais favorável. Ou seja, apesar de existirem circunstâncias que autorizam a aplicação da lei penal brasileira a delitos não cometidos no território nacional, estipularam-se exceções na tentativa de preservar intacta a garantia de *ne bis in idem*. Nada obstante, essas previsões legais não impedem eventuais casos concretos

⁶¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, pp. 150-152. V. também REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito...*, cit., pp. 110-113.

⁶¹⁹ Restringir a incidência do artigo 8 do Código Penal às hipóteses de extraterritorialidade incondicionada parece ser a única interpretação possível do dispositivo, uma vez que, entre as hipóteses de extraterritorialidade condicionada, o artigo 7º, parágrafo 2º, “d”, do Código Penal excetua expressamente os casos em que o acusado tiver cumprido pena no estrangeiro.

⁶²⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 105.

⁶²¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 105.

de cumulação de sanções penais determinadas no estrangeiro e no Brasil, pelos mesmos fatos e contra os mesmos sujeitos, ratificados pela jurisprudência brasileira⁶²².

Havia dúvidas quanto à incidência do *ne bis in idem* nos casos de *territorialidade*. Afinal, o fato de o crime ser cometido no Brasil atrairia, em tese, a aplicação da lei penal brasileira independentemente de eventual persecução por outros Estados soberanos⁶²³. A questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 171.118/SP, em novembro de 2019. Os Ministros da Segunda Turma concederam a ordem para trancar ação penal em face de indivíduo acusado, no Brasil e na Suíça, pelos mesmos fatos — neste último Estado, já com condenação transitada em julgado. No caso, não havia dúvidas de que o suposto delito havia sido cometido no Brasil nem sobre a legitimidade da persecução penal e punição imposta pela Suíça.

A questão trazida àquela Corte foi bem resumida pelo voto do relator do *writ*, Ministro Gilmar Mendes: “*o direito de não ser processado duplamente por fatos já julgados se aplica também em âmbito internacional?*”. O caso foi tratado como um divisor de águas na definição do conteúdo e das consequências da proibição de dupla persecução em matéria penal. E, de fato, entendeu-se que o “*art. 8º do Código Penal deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte*

⁶²² Um caso com destaque midiático, por exemplo, é o do casal de líderes religiosos presos em janeiro de 2007 no aeroporto de Miami, nos Estados Unidos da América, com US\$ 56,4 mil não declarados às autoridades competentes. Esses mesmos fatos foram objeto de condenação perante a Justiça estadunidense, pelos crimes de falsidade de declaração (*false statement*), pelo fato de não se terem declarado os valores quando do *ingresso* no território estrangeiro, conspiração para contrabandear dinheiro (*conspiracy to bulk cash smuggle*) e contrabando de dinheiro (*bulk cash smuggle*), após se declararem culpados. No que diz respeito à Justiça Brasileira, o caso ensejou ação penal e condenação pelo crime de evasão de divisas, por terem *saído* do país com mais de R\$ 10 mil não declarados. Após a manutenção da condenação pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região e insucesso dos recursos especial e extraordinário interpostos, assim como dos respectivos agravos, a defesa ter pleiteou o trancamento da ação penal, em sede de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, evocando a proibição de *bis in idem*. A tese, no entanto, foi afastada por ambos os tribunais superiores. O argumento lançado pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, ao manter a condenação dos réus, foi de que os fatos teriam sido consumados “mediante condutas diversas”, porque o crime brasileiro seria consumado com a “saída” de valores não declarados, enquanto o crime estadunidense com a “entrada” desses mesmos valores naquele país. Trata-se de um argumento de desconsidera em absoluto a incontestável unidade do quadro fático discutido, impondo obstáculos retóricos ao princípio para justificar uma cumulação sancionatória vedada pela lei. Cf. os autos digitais do mencionado recurso em *habeas corpus* (STF, RHC 144.298/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin). Sobre o ponto, confirmam-se os itens 2.3.4, especificamente a menção aos casos van Esbroeck e van Straaten, e 3.3.1, sobre a unidade dos fatos como pressuposto para a aplicação do princípio.

⁶²³ Uma interpretação mais estrita dos artigos 5º, 7º e 8º do Código Penal, como expunha Maia, levava à conclusão de que, “*no plano internacional, a condenação ou absolvição anterior pelo mesmo fato não impedirá sua apuração, processamento, julgamento e sancionamento pela justiça penal brasileira*”. In: MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., pp. 37-38.

Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”⁶²⁴.

Ainda do Código Penal, o artigo 61, *caput*, proíbe que a pena seja agravada com base nas mesmas circunstâncias que qualificam o crime. A norma diz respeito à faceta material do *bis in idem*, uma vez que rechaça a reavaliação das circunstâncias inerentes ao tipo – já consideradas pelo legislador ao criminalizar a conduta – quando da aplicação da sanção, na fase de dosimetria⁶²⁵. E a mesma lógica deve ser utilizada para além das hipóteses do artigo 61, de modo a afastar duplicidades também em relação à fixação da pena base, incidência de circunstâncias qualificadoras e causas de aumento.

A jurisprudência, todavia, mostra-se cambaleante em relação ao tema. Não raro, na prática judicial, a exasperação da pena base será justificada com base em elementos ínsitos ao crime. Um exemplo pertence ao universo dos crimes funcionais. Ocasionalmente, a conduta de funcionário público é tida como “especialmente” reprovável por representar uma traição à confiança que lhe fora dispensada pela administração pública, muito embora essa infidelidade não passe de um pressuposto do crime funcional⁶²⁶. Da mesma forma, também a título exemplificativo, é frequente o concurso material entre os crimes de associação criminosa e a modalidade qualificada de extorsão mediante sequestro “cometido por bando ou quadrilha”⁶²⁷.

⁶²⁴ STF. HC 171.118/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/11/2019, DJe 17/08/2020. Cf., igualmente, <https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/stf-tranca-acao-penal-acusado-crimes-brasil-suica>. Acesso em 30 mai. 20.

⁶²⁵ Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “*nessa perspectiva, podem ser considerados quaisquer elementos relacionados ao crime para o fim de desabonar as circunstâncias judiciais, desde que não integrantes ao próprio tipo e nem previstas em lei (circunstâncias qualificadoras, agravantes e causas de aumento de pena), sob pena de incorrer o julgador em violação do princípio do non bis in idem*”. STF. HC 117.599/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 03/12/2013, DJe 14/02/2014. V. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 232-237; D’URSO, Luiz Flávio Borges. *Menos Direito Penal...*, cit., p. 208.

⁶²⁶ Cf. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 232-237. Para a autora, o magistrado deve, “*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*”. V. ainda, MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O princípio do...*, cit., pp. 47-48.

⁶²⁷ V. STJ, Agravo Regimental no RHC nº 123896, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24.04.19. O acórdão foi assim ementado: “*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. SEQUESTRO QUALIFICADO. CONCURSO ENTRE OS DELITOS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUTONOMIA ENTRE OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA OU DE SUBORDINAÇÃO ENTRE OS DELITOS E AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE OS QUALIFICAM. 1. O crime de quadrilha tem origem no delito de associação de*

3.6.2.3. Código de Processo Penal

Os artigos 95, 110 e 111 do Código de Processo Penal tratam dos institutos da coisa julgada e litispendência e, mais especificamente, das respectivas exceções que podem ser opostas por quem for submetido à dupla persecução pelos mesmos fatos:

Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

- I – suspeição;
- II – incompetência de juízo;
- III – litispendência;
- IV – ilegitimidade de parte;
- V – coisa julgada.

Art. 110. Nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo.

§ 1º Se a parte houver de opor mais de uma dessas exceções, deverá fazê-lo numa só petição ou articulado.

§ 2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.

Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.

Embora os institutos busquem resguardar a vertente processual do *ne bis in idem*, a matéria é abordada de forma demasiadamente singela pelo Código de Processo Penal⁶²⁸. O diploma, por não discriminar os conceitos de coisa julgada e litispendência para fins processuais *penais*, compele seu intérprete a importar as definições processuais *civis*⁶²⁹.

malfeitores do Código Penal Francês de 1810 (art. 265. Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés, es un crime contre la paix publique). 2. A capitulação do delito autônomo de quadrilha materializa a eleição do bem jurídico paz pública como caro o suficiente para justificar sua preservação por meio de normas de natureza penal, marcadas pelo traço da subsidiariedade. 3. Um dos propósitos da tipificação autônoma do crime de quadrilha é permitir a atuação preventiva do Estado contra associações criminosas, antes mesmo da prática dos crimes para os quais foram constituídas. Logo, a formação da quadrilha (art. 288 do Código Penal, com redação anterior à Lei 12.850/2013) consuma-se no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas (HC 88.978, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe-106 de 21.9.2007). 4. A condenação pelos crimes de sequestro qualificado (art. 159, § 1º, do CP) em concurso material com o de quadrilha (art. 288, com redação anterior à Lei nº 12.850/2013) não configura bis in idem. Da diversidade entre os bens jurídicos tutelados pelas normas penais decorre a autonomia dos delitos e das circunstâncias que os qualificam, sem que se possa cogitar de qualquer relação de dependência ou de subordinação entre eles. 5. Agravo regimental conhecido e não provido”.

⁶²⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 105; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O princípio do...*, cit., pp. 38-39.

⁶²⁹ “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: I – inexistência ou nulidade da citação; II – incompetência absoluta e relativa; III – incorreção do valor da causa; IV – inépcia da petição inicial; V – preempção; VI – litispendência; VII – coisa julgada; VIII – conexão; IX – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; X – convenção de arbitragem; XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual; XII – falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; XIII – indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça. § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas

Conseqüentemente, a aplicação dos referidos artigos do Código de Processo Penal fica à mercê de analogias e das construções dogmáticas (em si dissonantes) acerca do tema. Nesse ínterim, abrem-se portas a incertezas. O postulado, ainda muito atrelado às suas origens no direito romano e ao processo civil, deixa de fazer frente à sua complexidade e à sua função garantidora.

Nesse ponto, não surpreende que a jurisprudência brasileira frequentemente reduza o *bis in idem* “aos efeitos preclusivos das decisões penais que, de algum modo, põem termo à persecução penal”⁶³⁰. Consonante Rogério Schietti Machado Cruz, a metodologia adotada pela jurisprudência e por parte considerável da doutrina nacional pende no sentido de analisar se determinada decisão judicial faz ou não coisa julgada, para então concluir pela ocorrência ou inoocorrência de dupla persecução. Sob a ótica processual, o parâmetro norteador da aplicação do *ne bis in idem* não é o eventual risco (*jeopardy*) a que está sujeito o jurisdicionado, como previsto pela Quinta Emenda estadunidense, mas “*sim por um fenômeno processual que confere estabilidade e imutabilidade ao julgado*”⁶³¹.

Verificam-se efeitos preclusivos nas decisões judiciais *de mérito* que venham a encerrar as relações processuais em matéria penal. São elas: (i) a sentença condenatória, absolutória ou absolutória sumária transitada em julgado; (ii) a decisão de rejeição da denúncia, arquivamento do inquérito ou concessão de ordem de *habeas corpus* que reconheça a atipicidade dos fatos ou extinção da punibilidade do investigado ou acusado; e (iii) a decisão declaratória de extinção da punibilidade, em sentido estrito. Nesses casos,

partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso. § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado. § 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.

⁶³⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 107. V., também, SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 226. A autora, a título ilustrativo, faz menção aos *Habeas Corpus* nº 56.606 e 86.606, julgados, respectivamente, em 14 de novembro 1978 e 22 de maio 2007. Neste último *writ*, foi concedida a ordem para sustar a continuidade de persecução penal militar por fato já julgado em Juizado Especial de Pequenas Causas. A justificativa apresentada foi a de que “a decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. 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”. Da jurisprudência mais recente, citem-se o *Habeas Corpus* nº 94.982, julgado em 31.03.09, o *Habeas Corpus* nº 95.985, julgado em 22.02.11, o Recurso em *Habeas Corpus* nº 108.491, julgado em 28.02.2012, e o *Habeas Corpus* nº 125.101, julgado em 25.08.15.

⁶³¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de...*, cit., p. 145.

impede-se que o indivíduo seja submetido a nova reação persecutória sobre os mesmos fatos, salvo se em seu benefício.

Em precedente publicado em março de 2021, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal também decidiu que, após uma ação penal ser trancada em razão de juízo definitivo quanto à não autoria – o que, no caso, havia se dado em sede de *habeas corpus* –, os mesmos fatos não poderiam ensejar, contra os mesmos indivíduos, o deferimento de petição inicial nem de cautelar de indisponibilidade de bens em ação civil pública por improbidade administrativa⁶³². Apesar de não haver menção expressa ao instituto da coisa julgada, a ideia dos efeitos negativos dela decorrentes parece ter norteado os Ministros da Suprema Corte, que partiram da decisão de mérito definitiva na esfera penal⁶³³ para, então, fazê-la repercutir na esfera administrativa⁶³⁴.

Por sua vez, entende-se que não fazem coisa julgada material as decisões de (i) anulação do processo por vício processual antes de eventual sentença final, (ii) de impronúncia, (iii) arquivamento de inquérito ou rejeição da denúncia por falta de lastro de

⁶³² A decisão se deu nos autos da Reclamação Constitucional nº 41.557 (STF, Rcl 41.557, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.12.2020, DJe 10.3.2021). Nesse caso, procedeu-se ao “*cotejo objetivo entre a narrativa alinhavada pela acusação, na denúncia, que deu ensejo à Ação Penal 2022926-82.2016.8.26.0000, interrompida pelo Supremo no HC 158.319/SP, e a narrativa apresentada na petição inicial da Ação Civil Pública 5008470-45.2020.4.03.6100*”, verificando-se existir “*não só identidade do acervo fático-probatório referido nos procedimentos, mas também franca duplicação da narrativa, por vezes utilizando as mesmas palavras*”. Após (i) constatar que o trancamento da ação penal decorria de decisão de mérito sobre a ausência de autoria por parte do reclamante em relação a qualquer conduta típica e (ii) reconhecer a vedação de *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, a partir de uma noção de independência mitigada entre esferas penal e administrativa, decidiu-se pela confirmação da liminar e pelo julgamento procedente da reclamação, determinando-se “*o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao Reclamante, com sua exclusão do polo passivo e a consequente desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de seus bens*”. O voto do relator – acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia e Nunes Marques, vencida a divergência Ministro Edson Fachin – foi examinado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes e por Bruno Tadeu Buonicore em BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 340, pp. 4-5, mar. 2021.

⁶³³ Sem, contudo, delimitar exatamente seu conceito.

⁶³⁴ Referindo-se à decisão monocrática, nos mesmos autos, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes ao conceder a liminar, Aury Lopes Junior e Keity Saboya já ponderavam: “*Todavia, diante do expresse reconhecimento ‘da vedação de bis in idem na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador’, há questões que poderiam ter sido enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, dada a transcendência das interdições decorrentes do ne bis in idem. É que a decisão tratou muito mais dos efeitos negativos da coisa julgada, e casos amplexivos da coisa julgada, tendo em vista a escorreita afirmação de que os efeitos da decisão de trancamento do processo por negativa de autoria, nos termos do art. 935 do Código Civil, espraia-se para além das fronteiras do caso julgado. E deixou de indicar o que poderia ser considerado decisão definitiva, como um dos pressupostos de aplicabilidade do ne bis in idem. Observe-se que não se nega a íntima conexão que guarda o ne bis in idem com a coisa julgada, mas não se há de confundir esses institutos*”. LOPES JUNIOR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da..., cit.

probatório mínimo a embasar a persecução penal. Assim, admite-se que o caso seja retomado se sanados os vícios que ensejaram sua anulação ou forem coletados novos componentes informativos capazes de alterar a compreensão jurídica sobre os fatos⁶³⁵.

Keity Saboya observa que, mesmo partindo da premissa restritiva adotada pelos tribunais, algumas incongruências são visíveis⁶³⁶. Da pesquisa realizada pela jurista, constataram-se exceções mesmo à lógica preclusiva da decisão terminativa de mérito. Os tribunais superiores parecem relativizar o instituto da coisa julgada material, por exemplo, para que não atinja a totalidade das circunstâncias que compõem a conduta delituosa. Elencaram-se julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça permissivos à renovação da acusação que, sem alterar os fatos, modificasse o grau de participação atribuído ao suposto agente, de autor para partícipe e vice-versa⁶³⁷. A (falsa) solução adotada parece simpática à teoria dualista do concurso de agentes, que propõe a bipartição do evento delitivo de acordo com o grau de participação dos envolvidos, seja enquanto protagonistas, seja enquanto coadjuvantes da conduta criminalizada⁶³⁸. Porém, não há dúvidas de que os fatos, ainda que fictamente subdivididos, são os mesmos e não alijam a hipótese de *bis in idem*. Nem mesmo o Código Penal distingue a autoria da participação para fins de delimitação do fato típico. De seu artigo 29, vê-se que a lei brasileira adota a

⁶³⁵ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de...*, cit., pp. 145-177; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O princípio do...*, cit., pp. 50-53. Nessa linha, o que tange às decisões de arquivamento de inquérito policial, prevê o artigo 18 do Código de Processo Penal que “depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”. A seu turno, o entendimento sumular nº 524 do Supremo Tribunal Federal é expresso ao prever que “*arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas*”.

⁶³⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 226.

⁶³⁷ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 227-228. Do Supremo Tribunal Federal, citam-se o HC 82.980/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 17.03.2009, DJ 23.10.2009 (“*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. Novas imputações que não passaram pelo crivo do Conselho de Sentença não configuram identidade de fato apta a caracterizar a coisa julgada (art. 110, § 2º, do CPP). Precedentes*”), com destaque ao voto divergente do Ministro Eros Grau, que alertou para a ameaça à segurança jurídica que a não concessão da ordem poderia ocasionar, e HC 64.158/MG, Rel. Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em 7.11.1986, DJ 19.12.1986, também com destaque ao voto divergente do Ministro Oscar Corrêa. Do Superior Tribunal de Justiça, menciona-se o HC 21556/DF, Rel. Min., José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06.03.2003, DJ 24.02.2003, assim ementado: “*PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CONCURSO DE AGENTES. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. ABSOLVIÇÃO PELO JÚRI. INVERSÃO DAS CONDUtas. NOVA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. FATOS DIVERSOS. ORDEM DENEGADA*”.

⁶³⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Geral*, cit., pp. 406-408.

teoria monista matizada do concurso de agentes e confina essa discussão ao momento de individualização da pena: “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

Mesmo em se tratando de uma faceta do *bis in idem* respaldada, de certa forma, pela lei processual e pela própria tradição jurídica sobre a qual se escorou o direito brasileiro, a garantia ainda enfrenta dificuldades em se aninhar ao sistema jurídico infraconstitucional, seja no plano legislativo, seja no jurisprudencial.

3.6.2.4. *A Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*

A seara administrativa, curiosamente, desenvolveu instrumentos próprios para lidar com a sobreposição de sanções.

No que tange aos procedimentos administrativos disciplinares, desde 1964, vigora o entendimento sumular nº 19 do Supremo Tribunal Federal, de que “*é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira*”⁶³⁹.

Décadas depois, no ano de 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro passou a contar com novas disposições “*sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*”⁶⁴⁰. Entre elas, está o artigo 22, que estabelece balizas à interpretação de normas sobre gestão pública⁶⁴¹. Seu parágrafo 3º prescreve um

⁶³⁹ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e sanções do direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 291, pp. 127-151, jan./mar., p. 147. Uma exceção ao entendimento sumular seria a hipótese em que a primeira sanção venha a ser anulada, conforme decidido no *Recurso em Mandado de Segurança nº 30.965* julgado em 2012 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁴⁰ Conforme ementa da Lei nº 13.655/2018.

⁶⁴¹ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

tratamento paliativo a situações de *bis in idem* material, mas que beira a legitimação da duplicidade sancionatória⁶⁴².

Não obstante a questão pudesse ser remediada pela efetiva evocação e regulação do princípio de *ne bis in idem*, proibindo-se objetivamente a cumulação de respostas punitivas pelos mesmos fatos, a solução do legislador pendeu para uma *quase compensação* entre as sanções aplicadas. Contentou-se com a previsão de que “*as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato*”. Com isso, o aplicador do direito foi agraciado com amplos poderes para discernir, em sua atividade hermenêutica, sobre a melhor forma de dosar os efeitos de uma sanção na outra, o que não necessariamente se refletirá em uma estratégia compensatória –e muito menos evitará situações de reiteração punitiva, já que a compensação entre sanções pressupõe justamente a duplicidade sancionatória.

3.6.2.5. A nova redação da Lei de Improbidade Administrativa

Desde a reforma empreendida pela Lei nº 14.230/2021, a Lei de Improbidade Administrativa passou a reconhecer expressamente a aplicabilidade do princípio de *ne bis in idem* em sua relação com a Lei Anticorrupção.

Agora, seu artigo 3º, parágrafo 2º, e artigo 12, parágrafo 7º, estabelecem o seguinte:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

(...)

§ 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

⁶⁴² Floriano de Azevedo Marques Neto – redator do anteprojeto da Lei nº 13.655/2018 em conjunto com Carlos Ari Sundfeld – e Rafael Vêras de Freitas sustentam que o objetivo da norma foi o de “*atenuar*” os efeitos deletérios do *bis in idem* aos administrados. Os autores elogiam essa solução, por conta da suposta inevitabilidade do *bis in idem* “*diante da independência das instâncias competentes para punir*”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 69. Porém, não se concorda com esse argumento. Como se vem defendendo e será aprofundado no próximo tópico, a proibição de *bis in idem* não comporta relativizações, o que sinaliza a completa inadequação de previsões que possam consagrar a independência de instâncias. A mera atenuação dos *efeitos* do problema não pode pretender substituir a efetiva solução de suas *causas*.

Art. 12. § 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.

Mais uma vez, o legislador buscou desenvolver soluções para o problema da sobreposição punitiva no âmbito do direito administrativo sancionador. Nota-se um indubitável avanço em comparação ao estado de coisas anterior, que deixava a cargo do aplicador do direito afastar a incidência concomitante das sanções de ambas as leis à mesma pessoa jurídica em razão dos mesmos fatos.

Mesmo assim, a previsão não chegou a antever – e muito menos impedir explicitamente – todas as possíveis hipóteses de *bis in idem* dentro do direito administrativo sancionador. Como se verá oportunamente, não houve uma disposição similar que levasse em consideração, por exemplo, o regime sancionatório criado pela Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) em relação às pessoas jurídicas. Apesar de ser essa a interpretação mais acertada, ela não decorre da literalidade da lei, mas de um esforço para manter a racionalidade sistêmica do ordenamento.

Já no que tange à sua interface com o direito penal, enfatizam-se dois conjuntos de novidades à Lei de Improbidade Administrativa: (i) a compensação entre as suas sanções e as já aplicadas por outras esferas (artigo 17-C, inciso V, e artigo 21, §5º⁶⁴³), o que também ocorrerá em relação ao ressarcimento de eventual dano (artigo 12, §6º⁶⁴⁴); e (ii) a previsão de que a absolvição criminal confirmada por decisão colegiada impedirá a tramitação de ação de improbidade (artigo 21, §4º⁶⁴⁵), medida que se soma à comunicabilidade dos efeitos das sentenças civis e penais que concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa

⁶⁴³ “Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil): (...) V – considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente.”; “Art. 21. (...) § 5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.”

⁶⁴⁴ “§ 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos”.

⁶⁴⁵ “Art. 21. (...) § 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

de autoria (artigo 21, §3^o⁶⁴⁶, mas que já decorria do artigo 935 do Código Civil⁶⁴⁷, artigo 66 do Código de Processo Penal⁶⁴⁸ e dos efeitos preclusivos da coisa julgada).

A despeito de essas mudanças buscarem um maior diálogo entre as esferas sancionadoras, passam longe de reconhecer a transversalidade do princípio de *ne bis in idem*, até mesmo porque a própria Lei de Improbidade Administrativa se mantém independente de eventuais “*sanções penais comuns*” (artigo 12).

A estratégia de compensação, como se vem dizendo, não se confunde com o *ne bis in idem*. A ampla repercussão da absolvição criminal também não, bastando dizer, por ora, que ela não impede o processamento simultâneo dos mesmos fatos nem produz qualquer efeito em caso de condenação (nesse caso, apenas ratifica a múltipla punição por diferentes esferas).

Tudo isso sinaliza que, para além dos tratados internacionais firmados pelo Brasil, a regulação da garantia pelo direito nacional é escassa e inconsistente, para dizer o menos⁶⁴⁹, apesar de se identificarem avanços. Ademais, muito da delimitação do *ne bis in idem* fica a cargo da jurisprudência e da doutrina, suscetível a interpretações restritivas e pouco sistematizadas⁶⁵⁰.

3.6.3. A insólita “independência de instâncias”

Mesmo quando circunscrito apenas ao direito penal ou apenas ao direito administrativo sancionador, o *ne bis in idem* já encontra parco abrigo no ordenamento jurídico brasileiro. A garantia constitucional vê-se insatisfatoriamente representada por menções esporádicas e indiretas, algumas que inclusive prestam o desserviço de esvaziar seu conteúdo. O que dirá, então, de sua recepção enquanto um princípio transversal.

⁶⁴⁶ “Art. 21. (...) § 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas”.

⁶⁴⁷ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

⁶⁴⁸ “Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

⁶⁴⁹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 223.

⁶⁵⁰ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 223.

No mais das vezes, a lei brasileira queda-se silente quanto ao eventual concurso de respostas sancionatórias penais e administrativas para os mesmos fatos. Inexiste proposta constitucional ou infraconstitucional de sistematização da matéria, nem prescrição que oriente o aplicador do direito a dirimir situações de concurso de normas penais e administrativas pela aplicação de apenas uma delas⁶⁵¹.

Quando tangencia a sobreposição de instâncias punitivas, o próprio legislador, desavisadamente, manuseia o direito penal e o direito administrativo sancionador como se fossem indissolúveis, tal como água e óleo. Com isso, torna o direito pátrio permeável a todo tipo de expediente incongruente⁶⁵².

De um lado, existem previsões genéricas que parecem autorizar a cumulação de sanções administrativas e penais. De outro, não raro são elaborados ilícitos penais e administrativos praticamente idênticos, inclusive com igual redação, não havendo dúvidas de que dizem respeito à mesma relação jurídica.

O artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal estabelece que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”. É verdade que, como adverte Helena Regina Lobo da Costa, o dispositivo é restrito aos ilícitos ambientais, de modo que não se presta a apoiar toda e qualquer pretensão multiplicadora de respostas punitivas aos mesmos fatos⁶⁵³. A jurista, ademais, não descarta a possível interpretação de que, por “*sanções penais e administrativas*”, a norma se refere às pessoas físicas e jurídicas respectivamente – “*ou seja, as sanções penais aplicar-se-iam às pessoas físicas e as administrativas, às jurídicas*”⁶⁵⁴. No entanto, desde já se observa que o constituinte, muito além de não ter enraizado o princípio em seu texto, abriu margem à acumulação de “*sanções penais e administrativas*” em matéria ambiental sem ressaltar expressamente, como deveria, as hipóteses de *bis in idem*.

⁶⁵¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 147-148; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 223-224; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., pp. 97-98.

⁶⁵² Cf. D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Menos Direito Penal...*, cit., p. 209; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 261; SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 148.

⁶⁵³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 221.

⁶⁵⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 221, nr. 737.

Não por outra razão, o artigo primeiro do texto original da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) assim determinava:

Art. 1º. As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente são punidas com sanções administrativas, civis e penais, na forma estabelecida nesta Lei.

Parágrafo único. as sanções administrativas, civis e penais poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

O dispositivo foi vetado pela Presidência da República. Todavia, longe do que possa parecer à primeira vista, as razões de veto não preconizavam respeito ao *ne bis in idem* ou parcimônia na intervenção estatal. Bem ao revés, apoiavam-se no receio de que o dispositivo acabasse por revogar tacitamente todas outras normas voltadas à tutela do meio ambiente ao prever que atos lesivos ao meio ambiente seriam punidos “*na forma estabelecida nesta Lei*”⁶⁵⁵.

Do texto constitucional, também cumpre destacar o artigo 37, parágrafo 4º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º – os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O dispositivo, isolado, não autoriza o *bis in idem*, especialmente porque se reporta a respostas jurídicas lastreadas em diferentes fundamentos: político (“*perda de direitos políticos*”), disciplinar (“*perda da função pública*”), cautelar (“*indisponibilidade dos bens*”), civil (“*ressarcimento ao erário*”) e punitivo (“*ação penal cabível*”). Porém, e mais uma vez, peca do ponto de vista sistemático, pois não reforça o princípio de índole constitucional.

Novamente, a falta de assertividade da Constituição Federal reflete-se em uma política legislativa ordinária que não toma o *ne bis in idem* como premissa.

⁶⁵⁵ Entre elas “*o crime de difusão de doença ou praga, contido no art. 259 do Código Penal; a proibição da pesca de cetáceos (baleias, golfinhos etc.) nas águas jurisdicionais brasileiras, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987, ou a contravenção prevista na alínea “m” do art. 26 da Lei nº 4.771/65 (soltar animais ou não tomar as precauções para que o animal de sua propriedade não penetre em florestas sujeitas a regime especial)*”, como consta da mensagem de veto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Vep181-98.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

São diversas as normas infraconstitucionais que preveem genericamente a reiteração punitiva penal-administrativa, dando o tom de uma política criminal que intensifica seu potencial repressivo pela justaposição de respostas descriminalizadoras e criminalizadoras da mesma conduta⁶⁵⁶.

O artigo 256, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro, afirma categoricamente que a aplicação das penalidades administrativas nele previstas “*não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei*”⁶⁵⁷. E a própria lei cuida de tipificar penal e administrativamente, sempre com finalidade repressiva, a conduta de dirigir sob a influência de substância psicoativa que determine dependência. Além de infração administrativa “*gravíssima*” (artigo 165⁶⁵⁸), o condutor também terá praticado crime (art. 306⁶⁵⁹) se constatada alteração de sua capacidade psicomotora.

Seguem pela mesma toada o artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁶⁰ e o artigo 15, § 3º, do Decreto-Lei nº 25/1937⁶⁶¹. O direito penal conta com todo um aparato normativo, também repressivo e que não se pretende exaustivo, que lhe auxiliará a otimizar um ideal de efetividade.

⁶⁵⁶ Trata-se, com efeito, de uma solução pouco ortodoxa diante da constatação do “*fracasso da pena privativa da liberdade com respeito a seus objetivos proclamados*”. Esse fracasso, como aponta Nilo Batista, conduziria “*a uma inversão de sinal: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal*”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica...*, cit., p. 35.

⁶⁵⁷ Transcreve-se a íntegra do dispositivo: “*Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades: I – advertência por escrito; II – multa; III – suspensão do direito de dirigir; IV – (Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016); V – cassação da Carteira Nacional de Habilitação; VI – cassação da Permissão para Dirigir; VII – frequência obrigatória em curso de reciclagem. § 1º A aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei. § 2º (VETADO) § 3º A imposição da penalidade será comunicada aos órgãos ou entidades executivos de trânsito responsáveis pelo licenciamento do veículo e habilitação do condutor*”.

⁶⁵⁸ “*Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses*”.

⁶⁵⁹ “*Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor*”.

⁶⁶⁰ “*Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...)*”.

⁶⁶¹ Cuja redação original estabelece: “*A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando*”. Trata-se de uma previsão, como nota Sirlene Nunes Arêdes, que, ao tipificar a conduta como infração administrativa, expressamente a tipifica também como crime. ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 180.

Também é digna de menção a semelhança – para dizer o menos – entre a redação dos dispositivos da Lei Anticorrupção (artigo 5º, inciso IV, alíneas “a” e “g”) com a dos artigos 337-E a 337-P do Código Penal, implementados pela Lei nº 14.133/2021, todos referentes a ilícitos licitatórios e em contratos administrativos, o que ainda será objeto de análise mais criteriosa adiante, por dizer respeito justamente ao *combate à corrupção*.

No que lhes concerne, a jurisprudência e a doutrina brasileira majoritária⁶⁶² tendem a se contentar com a suposta autossuficiência de cada uma das vias punitivas do Estado – ao contrário de países como Espanha e Peru, que recorrem justo a soluções jurisprudenciais e dogmáticas para consolidar o *ne bis in idem* diante da omissão do constituinte⁶⁶³. Aqui, prevalece a denominada teoria da “independência das instâncias” penal e administrativa, que vindica a inaplicação do princípio mesmo quando preenchidos seus pressupostos⁶⁶⁴.

Nas palavras de Edilson Pereira Nobre Júnior, em que pese o *ne bis in idem* ser aplicável dentro de uma mesma esfera de responsabilização, isso não impediria “*que, em virtude de um mesmo fato, [pudesse] alguém ser responsabilizado administrativa, penal e civilmente*”. Nesse caso, segundo o autor, existiriam “*esferas de responsabilidade diversas e autônomas*”⁶⁶⁵. Sob as diferentes lentes do poder sancionador do Estado, uma mesma conduta poderia assumir identidades diversas. A multiplicidade sancionatória estaria

⁶⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., pp. 289-292; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções administrativas e...*, cit., p. 147. Cite-se o exemplo apresentado por Beatriz Daguer, Rafael Junior Soares e Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 976.566/PA, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Nele, o Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a incidência do princípio de *ne bis in idem* na relação entre a Lei de Improbidade Administrativa e o Decreto-lei nº 201/1967. Decidiu-se que “*o processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede a sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias*”. DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. *Atos de corrupção...*, cit., pp. 123-124.

⁶⁶³ O Tribunal Constitucional espanhol, desde as sentenças 2/1981 e 77/1983, passou a deduzir o princípio de *ne bis in idem* do princípio da legalidade, previsto no artigo 25.1. da Constituição espanhola: “*ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento*” (versão disponibilizada em português). O Tribunal Constitucional peruano recorre a uma fundamentação constitucional similar ao considerar que o princípio possui um vetor material e outro processual e ao diferenciar o “*substrato constitucional de cada um deles*”. CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de...*, cit., pp. 11-12.

⁶⁶⁴ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito...*, cit., p. 290.

⁶⁶⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções administrativas e...*, cit., pp. 127-151 p. 147. Não se ignora, de toda forma, que Nobre Júnior se debruçou sobre o temário no ano 2000, quando as discussões acerca da faceta administrativa do *ius puniendi* eram ainda incipientes. Tanto é que o autor não chegou a distinguir o direito disciplinar do direito administrativo sancionador ao tratar da “*independência das instâncias*”.

justificada, portanto, sempre que determinada conduta correspondesse à roupage típica de cada uma das ordens normativas envolvidas⁶⁶⁶.

Além disso, para defensores da teoria da “independência das instâncias”, o Estado poderia exercer sua potestade punitiva tantas vezes quantas fossem as autoridades competentes para processar e punir os mesmos fatos. A cada atribuição de competência sancionatória a determinado Poder ou ente federado⁶⁶⁷, a lei lograria diversificar os mecanismos repressivos capazes de incidir, simultaneamente, sobre a mesma cabeça⁶⁶⁸. Fábio Medina Osório, endossando esse discurso, aduz:

(...) não há, no sistema jurídico pátrio, uma dependência necessária do Juiz extrapenal para com o Juiz penal. Aquele não depende deste. São independentes. Caso consagrada a dependência, que talvez exista em demasia em outros sistemas, haveria uma invasão intolerável de atribuições. A própria CF/99 não fornece qualquer base para uma prevalência absoluta do Juiz penal. E tampouco o faz a legislação infraconstitucional. De igual modo, a autoridade administrativa, no âmbito de suas competências decisórias, não resulta, em regra, vinculada, subordinada à autoridade judiciária, até como corolário da divisão de Poderes.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., pp. 223-224.

⁶⁶⁷ Retome-se o artigo 23 da Constituição Federal: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

⁶⁶⁸ Em outras palavras, a nova instância punitiva, autoriza-se expressamente a reiteração punitiva “sem que se possa fundar fundamentar a natureza diversa da nova categoria punitiva em relação às excluídas”. In: ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., pp. 180-181, com destaque na nota de rodapé nº 3. Também sob uma perspectiva crítica, cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do..., cit., p. 97-98.

⁶⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., pp. 291-290.

No Supremo Tribunal Federal, evoca-se uma suposta “consagração da autonomia de instâncias”⁶⁷⁰ para recorrentemente descartar o *ne bis in idem*⁶⁷¹. O argumento, porém, no mais das vezes, parece bastar em si mesmo, retroalimentando-se de precedentes que também o tomam como premissa⁶⁷². A “autonomia de instâncias” carece de embasamento teórico, muito embora fosse ela argumento indispensável à sua legitimação – afinal, sua admissão implica na renúncia de um preceito constitucional absolutamente caro ao Estado Democrático de Direito⁶⁷³.

Essa falta de embasamento é latente quando a “autonomia de instâncias” adentra a área de interação entre direito penal e administrativo sancionador, duas “instâncias” que muitas vezes se valem de estratégias de controle social com o mesmo fundamento.

Aqui, fica evidente o equívoco lógico da fórmula: a decisão pela incidência ou não do *ne bis in idem*, no direito brasileiro, não é tomada a partir do exame de próprios pressupostos do postulado: a identidade de fatos, sujeitos e fundamentos. No lugar disso, os tribunais, assim como a doutrina tradicional, contentam-se com a mera posição topográfica dos respectivos ilícitos no ordenamento jurídico e com a autoridade competente para apreciá-

⁶⁷⁰ Em setembro de 2019, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 986.566, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, o Plenário assim decidiu: “*Independentemente de a conduta dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político administrativa (artigo 4º), a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 988/989), pois o aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF)*”. Nesta oportunidade, aliás, foi fixada tese de repercussão geral de que “*o processo e o julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias*”. O acórdão será objeto de considerações futuras, por estar inserido no contexto de combate à corrupção.

⁶⁷¹ Como se verá mais adiante, a decisão proclamada nos autos da Reclamação Constitucional nº 41.557 (STF, Rel. 41.557, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.12.2020, DJe 10.3.2021) mostrou-se paradigmática por sustentar, no lugar da alegada *independência de instâncias*, uma *independência mitigada*.

⁶⁷² Citem-se o MS 21.332, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 27.11.1992, DJ 07.05.1993; MS 21.545, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11.03.1993, DJ 02.04.1993, MS 21.293, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 03.08.1992, DJ 28.11.1997; HC 77.770, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 7.12.1998; MS 23.625, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 08.11.2001, DJ 27.06.2003; MS 23.401, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 18.03.2002, DJ 12.04.2002; MS 23.242, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2002, DJ 17.05.2002; MS 23.188, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 28.11.2002, DJ 19.12.2002; MS 25.880, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 07.02.2007, DJ 16.03.2007. Revisite-se ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 182.

⁶⁷³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 221.

los. A existência ou inexistência de autonomia será determinada com base em parâmetros meramente formais e despreocupados com o *conteúdo* das normas concorrentes em jogo e com o *desvalor* veiculado por elas. Quando o critério de distinção das normas concorrentes baseia-se na seara do direito que a reivindica — penal, administrativa, civil —, pouco importam o que diz a norma, qual a sanção que prescreve e quais as funções que cumpre no sistema jurídico. A discussão acerca do princípio é resumida à tarefa prosaica de comparar os rótulos das normas concorrentes, mas não o que prescrevem⁶⁷⁴.

Parece haver uma explicação histórica para essa solução incongruente forjada pelos tribunais e por parte da doutrina. De amostras da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o início da década de 1990⁶⁷⁵, observa-se que a fórmula da “independência das instâncias” era originalmente empregada para afastar o *ne bis in idem* em casos de sobreposição entre a esfera penal e a administrativa *disciplinar*. Ou seja, a discussão já compreendia normas com finalidades em teses distintas, que desde o princípio não preencheriam um quesito indispensável à incidência do princípio. Assim, a conclusão *prêt-à-porter* permissiva à sobreposição de sanções não se revelava precipuamente sintomática e disfuncional, a despeito da recorrente falta de embasamento teórico⁶⁷⁶. Em outros termos,

⁶⁷⁴ O que torna o sistema de justiça suscetível a eventual *fraude de etiquetas* praticada pelo legislador. Sobre essa discussão, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito...*, cit., p. 300.

⁶⁷⁵ A exemplo dos seguintes julgados: Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.848, Rel. Ministro Neri Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 11.3.91; Mandado de Segurança nº 219.483, Rel. Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 29.09.94; *Habeas Corpus* nº 77.770/SC, Rel. Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 7.12.98; Mandado de Segurança nº 21.708/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 9.11.20; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.791, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 25.05.2004.

⁶⁷⁶ Um exemplo é a discussão travada no Mandado de Segurança nº 21.708/DF, julgado em novembro de 2000. Nesses autos, prevaleceu a tese de que a imposição de sanção disciplinar independe da prévia decisão da instância penal. Restou vencido o Ministro Relator Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, para quem, “*configurando o procedimento do servidor ato glosado penalmente, há de aguardar-se o término da ação penal, isso sem prejuízo de possível medida acauteladora, em vista da continuidade, ou não do serviço*”. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, afirmou que “*as sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos por servidores públicos, não se condicionam reciprocamente*”. Mais adiante, sustenta que essa autonomia entre as sanções, “*associada à independência das respectivas instâncias*”, estaria levando “*a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais a reconhecerem que o exercício do poder disciplinar do Estado não [estaria] sujeito à prévia conclusão da persecutio criminis promovida pelo Ministério Público*”. Um acórdão que buscou uma fundamentação um pouco mais sólida, sem escapar da teoria da “independência das instâncias” foi exarado no Mandado de Segurança nº 219.483. Nesse precedente, a “*autonomia das instâncias disciplinar e penal*” foi explicada a partir da diferença de fundamentos entre eventual sanção penal e a demissão do impetrante do cargo de Procurador Autárquico do INSS: “*No caso, os fundamentos da demissão são de índole disciplinar: ‘por valer-se do cargo em detrimento da dignidade da função pública e desídia’, motivos que encontram base legal, previstos no art. 117, incisos IX e XV, da Lei 8112, de 1990. Não se editou, destarte, o ato de demissão, porque*

mesmo se o caso fosse analisado sob o rigoroso crivo da teoria de *ne bis in idem*, a Corte poderia alcançar o mesmo resultado.

O problema adquire proporções maiores quando múltiplas instâncias são convocadas com *finalidade idêntica*: reprimir os mesmos sujeitos pelas mesmas condutas. A “autonomia das instâncias” revela-se insuportável sobretudo diante dos debates acerca da interface entre direito penal e administrativo sancionador que tomaram forma no século XXI. Mas isso não impediu que a indigitada autonomia fosse convertida em palavra de ordem para legitimar retoricamente a dupla persecução e a dupla punição. Esse, aliás, parece ser um tônus da expansão horizontal do direito penal fomentado pelo *combate à corrupção*⁶⁷⁷.

Nesse ínterim, ignora-se que o *bis in idem* poderá ser constatado *ainda que* as normas concorrentes pertençam a “esferas” distintas do *ius puniendi* estatal. Muito mais coerente, portanto, seria se todas as conclusões sobre determinada norma fossem extraídas dela própria, isto é, da análise das condutas que tipifica e da natureza da resposta estatal àquele que a desrespeitar. A identidade de fundamentos não tem a ver com topografia legislativa. A jurisprudência brasileira, porém, parece não ter acompanhado a dinamicidade do debate ou buscado alicerces mais sólidos que justificassem sua forma de proceder.

Com efeito, a tentativa de separar o universo penal do administrativo como instâncias independentes esbarra na *ratio* do sistema jurídico. Isso por vários motivos.

De início, porque contraria o paradigma da unidade do poder punitivo do Estado, segundo o qual o direito penal e o direito administrativo sancionador comungam da mesma

haja o impetrante cometido crime contra a administração pública, conforme em outro dispositivo tal se prevê como causa de demissão”.

⁶⁷⁷ Em setembro de 2019, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 986.566, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, o Plenário assim decidiu: “*Independentemente de a conduta dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político administrativa (artigo 4º), a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 988/989), pois o aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF)*”. Nesta oportunidade, aliás, foi fixada tese de repercussão geral de que “*o processo e o julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias*”. Mais uma vez, o fundamento dos dispositivos e sanções em jogo não foram apreciadas. O acórdão será objeto de considerações futuras.

fonte de legitimação, de matiz constitucional⁶⁷⁸. Ainda que a reação punitiva estatal possa tomar diversas formas a depender da estratégia política do legislador, sua natureza é unitária: a “*repressão em razão do descumprimento das obrigações estipuladas em relações jurídicas*”, como delimita Sirlene Nunes Arêdes⁶⁷⁹.

Por sua vez, o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal conduz à mesma conclusão. O diálogo entre as instâncias é o ponto de partida da decisão política sobre quais ofensas serão dignas da penosa tutela penal, por contemplarem bens jurídicos *efetivamente penais* e se referirem às lesões *mais graves* a esses interesses, e quais serão satisfatoriamente reguladas por outras instâncias, como o direito civil e o direito administrativo sancionador. Essa lógica seletiva da intervenção penal compele o legislador a escolher somente *uma* resposta punitiva a determinada transgressão – a que se mostrar suficiente – e, nessa medida, repudia o *bis in idem* entre instâncias⁶⁸⁰.

Helena Regina Lobo da Costa traz outros argumentos, igualmente acurados, que corroboram a interdependência entre esferas. Como consigna a jurista, mesmo os defensores da “autonomia de instâncias” admitem sua relativização. Ponderam pela “excepcional” incidência do *ne bis in idem* quando a esfera penal constatar (i) a inexistência material do fato, (ii) a negativa de sua autoria ou (iii) a presença de causa excludente de antijuridicidade penal⁶⁸¹, como asseguram os artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal⁶⁸², 935 do Código

⁶⁷⁸ Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 129, nr. 23; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao...*, cit., p. 87. Como já salientado, Helena Regina Lobo da Costa tem um entendimento divergente, contrário à unidade do *ius puniendi* estatal. In: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 173-178. Ao discorrer sobre o tema, Keity Saboya também refuta desde logo a tentativa de defender a autonomia de instâncias com base na separação dos poderes do Estado. Ela relembra que o instituto, fruto do Estado Moderno, diz sobre *distinção* entre os poderes do Estado, não sua *separação*. Seria inviável, portanto, construir uma ideia de separação dos poderes a partir de seu isolamento e incomunicabilidade. In: SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 223-225. Para além das considerações da jurista, entende-se despicienda a reivindicação da separação de poderes nessa discussão, porquanto o direito administrativo sancionador poderá sempre ser objeto de apreciação ou revisão pelo Judiciário, de forma a reunir essas diferentes instâncias sob um mesmo guarda-chuva.

⁶⁷⁹ ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional..., cit., p. 183.

⁶⁸⁰ Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao...*, cit., pp. 82-88.

⁶⁸¹ Da jurisprudência, confirmam-se, a título ilustrativo: Mandado de Segurança nº 21.708/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 9.11.20; Mandado de Segurança nº 33.214, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 28.06.19. Cf, ainda, LOPES JUNIOR, Aury; SABOYA, Keity. *Medida cautelar da...*, cit.

⁶⁸² Que assim estabelecem: “Art. 65. *Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.* Art. 66. *Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato*”.

Civil⁶⁸³ e 126 da Lei nº 8.112/90⁶⁸⁴. Para Fábio Medina Osório, por exemplo, os efeitos das sentenças penais adquiririam, sim, repercussão extrapenal nesses casos, “*desembocando na improcedência da pretensão acusatória, dada a necessidade de um mínimo de coerência do sistema jurídico*”⁶⁸⁵. Se a “independência das instâncias” fosse levada às últimas consequências, haveria situações absurdas em que os mesmos fatos, simultaneamente, existiriam e não existiriam aos olhos do Estado⁶⁸⁶.

Seguindo o raciocínio de Helena Regina Lobo da Costa, a interdependência entre as esferas é igualmente demonstrada pela possibilidade de detração penal do tempo da prisão administrativa. Também pode ser inferida da categoria dogmática de antijuridicidade penal, incompatível com a suposta “autonomia de instâncias”⁶⁸⁷ – afinal, a conduta ilícita não se restringe a um conceito penal; para além de atípica (antinormativa), desafia a ordem jurídica como um todo⁶⁸⁸.

A conclusão não poderia ser outra: o estribilho da “independência de instâncias”, tão exaltado na doutrina e jurisprudência brasileiras, é falacioso. Sua falta de fundamentação científica é proporcional aos resultados paradoxais que difunde. Não à toa, Costa aponta que esse modelo “*pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, com um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna*”⁶⁸⁹.

⁶⁸³ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

⁶⁸⁴ “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

⁶⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., pp. 288-289. Diferente seria a hipótese em que a absolvição se dá por falta de provas. Osório acredita que cabe a continuidade do processo administrativo ou judicial apuratório de infração administrativa caso a sentença absolutória seja em razão do *in dubio pro reo* ou por uma causa que isentasse o réu da pena. O autor embasa seu argumento na falta de dependência entre as instâncias e no fato de os juízes penais lidarem com as garantias dos acusados de forma diversa, demasiada leniente, na sua opinião.

⁶⁸⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico*..., cit., p. 221. Cite-se também a ponderação de Saboya, que retoma a discussão travada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 81.611/DF para mitigar a independência entre instâncias: “*Como bem notado pelo Min. Marco Aurélio do STF, 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 ilícito penal é o mesmo*”. In: SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria*..., cit., p. 224. Cf., também, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito Penal, Direito*..., cit., p. 297.

⁶⁸⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico*..., cit., pp. 221-222. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 148.

⁶⁸⁸ Cf. TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria*..., cit., pp. 175-176.

⁶⁸⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico*..., cit., p. 119.

Argumentos como o da jurista hão de oxigenar o debate sobre a extensão dessa “independência” entre diferentes esferas sancionadoras. Tanto que, no fim do ano de 2020 e início de 2021, na referida⁶⁹⁰ Reclamação Constitucional nº 41.557⁶⁹¹, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a denominada “*independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras*”. A partir desse fundamento, entendeu-se que, após o trancamento de ação penal por decisão definitiva por negativa de autoria, os mesmos fatos não poderiam dar azo a uma persecução administrativo-sancionadora contra os mesmos indivíduos. Assim, determinou-se o trancamento de ação civil pública por improbidade administrativa sobre a mesma matéria, desconstituindo-se também ordem de indisponibilidade de bens, por entrarem em desarmonia com a proibição de *bis in idem*.

Apesar de o precedente ser paradigmático, não chegou propriamente a transbordar os efeitos negativos da coisa julgada, o que significa dizer que muito ainda deverá ser discutido a respeito do alcance do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁹². Encarar o tema, muito além do argumento vazio da “independência de instâncias”, faz-se necessário sobretudo diante da tendência das cortes internacionais de reconhecer a transversalidade do princípio, mesmo que, em relação a esse movimento, também haja críticas a serem apontadas, como se fez no decorrer do capítulo.

3.7. Conclusões parciais sobre o *ne bis in idem*: diagnóstico e estratégias para sua consolidação

Dos apontamentos trazidos no capítulo anterior e neste, extrai-se uma conclusão, a um só tempo objetiva e inquietante: o princípio *ne bis in idem* é pouco operativo no direito brasileiro. Suas instituições hesitam em reconhecê-lo enquanto alicerce do Estado

⁶⁹⁰ Retome-se o item 3.6.2.2 deste trabalho.

⁶⁹¹ STF, Rcl 41.557, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.12.2020, DJe 10.3.2021.

⁶⁹² Diante do caminho que ainda está por vir em termos do reconhecimento emancipatório da proibição de *ne bis in idem*, Aury Lopes Junior e Keity Saboya encorajam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a elucidar algumas perplexidades: “*Diante da reconhecida unidade sistêmica do poder punitivo estatal e da relação de especialidade e/ou subordinação entre os círculos de ilicitude penal e administrativa sancionadora, ter-se-ia como evitar, coibir ou coordenar o risco de persecuções simultâneas contra a mesma pessoa e sobre os mesmos fatos? Em caso de sobreposição da atuação da jurisdição penal e da potestade sancionadora da administração, diante da indicação de prevalência da esfera penal, seria possível desconto ou compensação, ao menos quando compatíveis, das sanções eventualmente aplicadas? E o mais importante: apenas em caso de improcedência da persecução penal por negativa de autoria ou reconhecimento da inexistência dos fatos, haveria impedimento de novo procedimento?*”. LOPES JUNIOR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da..., cit. Cf. também DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção..., cit., pp. 129-130.

Democrático de Direito brasileiro; ele não integra o cerne de sua política criminal, nem orienta seu sistema penal.

Essa inoperância é um sintoma da imaturidade da democracia brasileira⁶⁹³. Retomando-se o esboço histórico do início do Capítulo 2 (cf. 2.2 *supra*), vê-se que o estranhamento aqui provocado pelo *ne bis in idem* remete a conformações de poder pouco afeitas ao indivíduo.

No processo de criação e aplicação das normas punitivas, o postulado não é manuseado com rigor teórico-dogmático e é renegado a um papel de coadjuvante⁶⁹⁴. Mesmo quando restrito à seara penal ou à esfera administrativa, os dispositivos legais que o invocam (no mais das vezes, indiretamente) não o fazem de forma sistemática. Em alguns casos, chegam até a desvirtuar seu sentido, contentando-se com soluções compensatórias e pretensamente “proporcionais”, que se revelam permissivas à reiteração de sanções. Esse é o caso, como visto, do recém-editado artigo 22, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Nessa mesma marcha segue a jurisprudência, que concretiza o princípio em determinadas ocasiões paradigmáticas, mas o rechaça em tantas outras. A prática jurisprudencial brasileira não se inspira nos debates travados no plano internacional convencional, abordados no item 2.3⁶⁹⁵. As iniciativas hermenêuticas das Cortes de Estrasburgo e de Luxemburgo para maximizar o princípio, e que ainda têm obstáculos a superar, parecem não ter atravessado o oceano. Simplesmente não ocupam a pauta dos tribunais pátrios.

As disfunções atingem patamares mais estarrecedores quando se discute a faceta transversal do princípio: no direito brasileiro, lhe é proibido transitar livremente entre as diferentes instâncias do *ius puniendi*. Estas, desordenadas e ensimesmadas, o veem como um inconveniente à manutenção de sua desarmonia (que intitulam de “autonomia” ou “independência”). O *ne bis in idem* é chamado à baila apenas “excepcionalmente”, nas hipóteses em que negá-lo equivaleria a assumir que o mesmo fato poderia

⁶⁹³ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do..., cit., p. 15.

⁶⁹⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 272.

⁶⁹⁵ Cf. DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção..., cit., pp. 130-132.

concomitantemente existir e inexistir perante o direito e o Estado. Dito de outro modo, a formulação vigente é de todo inaceitável.

O princípio deve ser recebido enquanto um direito fundamental, denso e indeclinável. Que não possa ser relativizado e rechace formulações do tipo “*sim, mas...*”. Que se erga sobre bases teóricas sólidas e não dependa de interpretações benevolentes para que se concretize. Essa deve ser a chave deontológica do operador do direito, sob pena de pender para um viés autoritário e, portanto, ilegítimo.

Nessa ordem de ideias, uma aproximação racional ao *ne bis in idem* contará com a discussão acerca de seus fundamentos (cf. 3.1 *supra*) e com a compreensão de suas vertentes material e processual (cf. 3.2 *supra*). Esses referenciais teóricos devem instruir as decisões legislativas e jurisdicionais e, não menos importante, sua fiscalização. Assim, interessa menos que se chegue a uma resposta definitiva sobre o(s) fundamento(s) do *ne bis in idem* – legalidade, segurança jurídica, imutabilidade da coisa julgada, proporcionalidade e tantos outros – e mais que reflita criticamente e, enfim, repudie a eventual evocação desses cânones com fins perniciosos: a “legalidade” e a “segurança jurídica” para legitimar a dupla incriminação prevista em lei, a “proporcionalidade” para justificar a somatória de sanções, a “coisa julgada” para permitir a tramitação paralela de múltiplos processos com o mesmo objeto, e assim por diante. São todas manobras retóricas para restringir o alcance do *ne bis in idem*. De igual maneira, é importante entender o *ne bis in idem* como princípio bidimensionado (material e processual)⁶⁹⁶ para que se possa exigir a constância de efeitos ao longo da reação punitiva estatal, do começo ao fim.

Por sua vez, os pressupostos de aplicação do *ne bis in idem* – a identidade de fatos, sujeitos e fundamentos – merecem ser integrados pelo sistema jurídico brasileiro de uma vez por todas, ainda que pressuponham, porque é inevitável, a interação entre as diferentes instâncias do poder punitivo (cf. 3.3 *supra*). As controvérsias que pairam sobre esses critérios devem ser superadas pela via hermenêutica que atenda à concretização o princípio. E, uma vez identificada situação de duplicidade, estão à disposição do intérprete

⁶⁹⁶ Ou mesmo tridimensional, se considerada também sua faceta transversal, que transita entre direito penal e o administrativo sancionador.

e do aplicador do direito as ferramentas hermenêuticas que indicarão qual norma há de prevalecer (cf. 3.4 *supra*).

Como se discorreu, conferir racionalidade à atuação punitiva do Estado presume uma reflexão de ordem sistemática, atenta à interface entre direito penal e administrativo sancionador (cf. 3.5 *supra*)⁶⁹⁷. A contribuição de Helena Regina Lobo da Costa vem precisamente com essa finalidade, no sentido de formular uma política sancionadora integrada, que coordene a construção do ilícito penal e extrapenal e o diálogo entre essas instâncias. Sua abordagem é valiosa para o desenrolar deste trabalho⁶⁹⁸.

O ideal racionalizador de Costa coloca o legislador como principal destinatário do *ne bis in idem*, de modo que se antecede à promulgação de normas concorrentes e à própria aplicação do postulado⁶⁹⁹. A criação de ilícitos é um ato político, sujeito a um juízo de conveniência, mas vinculado aos preceitos constitucionais. Assim, caberá ao legislador escolher, motivadamente, *entre* a via penal ou a administrativa, estando ciente de que a criação de ilícitos sobrepostos implicará o afastamento de um deles⁷⁰⁰. Essa tomada de decisão política exsurgirá da ponderação sobre qual sanção melhor alcançará os fins retributivos e preventivos, sem jamais olvidar o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal⁷⁰¹.

Quanto ao Poder Judiciário, incumbe-lhe proceder ao controle de constitucionalidade, apesar de esse espaço ser limitado, dada a falta de consolidação jurídica suficiente da concepção de *ne bis in idem* em nosso ordenamento.

Keity Saboya complementa o raciocínio ao propor que a densificação do *ne bis in idem* passe por uma filtragem hermenêutica, lastreada em referenciais constitucionais materiais e axiológicos. Se é possível interpretá-lo sob a ótica constitucional e privilegiar a

⁶⁹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 120-121; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 224.

⁶⁹⁸ Como coloca Luciano Anderson de Souza, afinal, a proposta de Costa “*para além do notório conservadorismo judicial brasileiro, esbarra com um forte discurso punitivista, que abstrai da consideração de limites punitivos, como o que vem consagrando nas últimas décadas, crescentemente, o que envolve o cerceamento a atos de corrupção*”. In: SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 149.

⁶⁹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 229.

⁷⁰⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 124.

⁷⁰¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 226.

coerência interna do sistema jurídico, por que proceder de modo diferente?⁷⁰². No seu entendimento, a concorrência normativa entre instâncias punitivas do Estado brasileiro deve ser urgentemente regulada e, mesmo na ausência de regras legais, “*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*”⁷⁰³.

A unidade do poder punitivo do Estado, partilhada por Keity Saboya e contestada por Costa, apresenta-se como uma peça relevante na integração do *ne bis in idem*, ao exigir unicidade na manifestação sancionadora sobre um mesmo injusto e ao impor às diversas instâncias “*um sistema comum de garantias e a estrutura básica nascida do Estado de Direito*”, respeitando-se ainda assim suas particularidades⁷⁰⁴.

Pela via reversa, o nítido *déficit* dogmático, a falta de consolidação de uma abordagem teórica e a ideia de “independência de instâncias” deságuam em paradoxos⁷⁰⁵, verdadeiro timbre da realidade brasileira (cf. 3.6 *supra*). Não é exigir demais do legislador e do aplicador do direito que, em suas respectivas atividades, conformem o sistema punitivo aos estândares de racionalidade imanentes ao Estado Democrático de Direito⁷⁰⁶. Não o fazer, afinal, equivale a chancelar disfunções que fragilizam o exercício e a legitimidade do *ius puniendi* estatal.

O tônus do próximo capítulo é justamente escancarar essas disfunções no cenário específico de *combate à corrupção*. O tratamento punitivo à corrupção demonstra a urgência por uma lógica sancionadora racional, integrada e, nesses termos, eficiente, sem que se recorra ao vão imediatismo punitivista nem ao sacrifício dos preceitos mínimos para o viver democrático⁷⁰⁷.

⁷⁰² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 225. A jurista prossegue: “*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*”.

⁷⁰³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 272.

⁷⁰⁴ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Sobre el sentido...*, cit., p. 32.

⁷⁰⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 122.

⁷⁰⁶ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 227.

⁷⁰⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 149.

CAPÍTULO 4: *BIS IN IDEM* NO TRATAMENTO REPRESSIVO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL. UMA ANÁLISE DE HIPÓTESES INTRÍNSECAS À ESFERA DO DIREITO PENAL E DE SOBREPOSIÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E O ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumário: 4.1. Considerações iniciais; 4.2. O *bis in idem* intrínseco ao direito penal. 4.2.1. Lavagem de dinheiro; 4.2.1.1. Colocação do problema; 4.2.1.2. A questão da autonomia da lavagem em relação ao ilícito antecedente. A corrupção como crime antecedente/concomitante; 4.2.2. Corrupção (em sentido amplo) e crimes licitatórios; 4.3. O *bis in idem* na intersecção normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador; 4.3.1. A Lei Anticorrupção; 4.3.1.1. O “combate à corrupção” pela repressão à pessoa jurídica; 4.3.1.2. A Lei Anticorrupção e a discussão sobre sua natureza; 4.3.1.3. A Lei Anticorrupção e a proibição de *bis in idem* dentro do direito administrativo sancionador: um excursus oportuno; 4.3.1.4. A Lei Anticorrupção, o *ne bis in idem* e o direito penal: há algum ponto de intersecção?; 4.3.2. A Lei de Improbidade Administrativa; 4.3.2.1. A Lei de Improbidade Administrativa e sua interface com a lei penal: um campo propenso ao *bis in idem*; 4.3.2.2. A reforma à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021 solucionou o problema? 4.3.3. Nova Lei de Licitações; 4.4. Afinal, como solucionar hipóteses de *bis in idem* envolvendo a norma do direito administrativo sancionador e lei penal?

4.1. Considerações iniciais

As bases teóricas erigidas nos capítulos anteriores devem nortear a reflexão crítica sobre o tratamento que o Brasil dispense à corrupção. Mais especificamente, pretende-se compreender de que forma o princípio de *ne bis in idem* é trazido à baila ou, pelo contrário, preterido no enfrentamento dessa criminalidade.

Para tanto, o trabalho tomará dois rumos.

No primeiro, coloca-se à prova a operatividade da garantia em situações de *bis in idem* intrínsecas ao direito penal, o que será feito a partir da interação: (i) dos crimes de corrupção, em sua modalidade ativa e passiva, com o crime de lavagem de dinheiro e (ii) da corrupção, agora em sentido mais amplo, com os crimes licitatórios. Essas duas investigações, por certo, não exauram as possíveis duplicidades sancionatórias que podem vir à tona no *combate à corrupção*⁷⁰⁸, mas abarcam dois importantes fronts dessa batalha. Os órgãos do sistema penal brasileiro, pela interpretação que fazem da lei e pelo modo como

⁷⁰⁸ Poder-se-ia aventar a discussão sobre o eventual *bis in idem* na relação da corrupção com o crime de sonegação fiscal e com o crime de evasão de divisas, entre tantas outras possibilidades.

conduzem a persecução criminal, revelaram-se componentes fundamentais da expansão do direito penal, sobretudo em matéria de corrupção. E o interessante de sua atuação mostrou-se na sua capacidade de, contraditoriamente, inovar a lei e driblar a racionalidade de um ordenamento jurídico que se diz – ou que se deveria dizer – garantista.

O exame de hipóteses concretas de concurso de normas penais haveria de ser, em tese, despiciendo, já que existem ferramentas hermenêuticas bem consolidadas e absolutamente procedentes ao alcance do operador do direito para deslindar esse tipo de questão. No entanto, a experiência brasileira é permeada por anomalias, que se fazem especialmente gritantes na relação do ato corrupto com a lavagem de capitais e com os crimes licitatórios, como se verá.

A segunda trajetória do capítulo, a seu turno, cuida de três hipóteses de concorrência normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador: (i) com a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013); (ii) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), reformada pela Lei nº 14.230/2021; e (iii) com a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021). Apesar de, mais uma vez, não se pretender esgotar o debate⁷⁰⁹, as normas que serão estudadas representam iniciativas ostensivas da esfera administrativa sancionadora no enfrentamento da corrupção. Todos esses diplomas, ademais, denotam um caráter responsivo a processos políticos – nacionais e internacionais – que demandavam a diversificação dos instrumentos sancionatórios que fizessem frente aos males associados à corrupção.

Apesar de não haver óbices evidentes à edição de normas que possam concorrer entre si (desde que apenas uma delas prevaleça)⁷¹⁰, aqui, a tendência legislativa foi de ratificar abertamente o *bis in idem* entre esferas, pela fórmula insólita da “independência de instâncias”, limitando-se a ensaiar instrumentos para mitigar seus efeitos.

⁷⁰⁹ A eventual multiplicidade sancionatória no *combate à corrupção* também pode ser estudada, por exemplo, sob a ótica da Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), da Lei do Servidor Público (Lei nº 8.112/1990), da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 64/1990), da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011).

⁷¹⁰ Cf., no ponto, SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 261.

4.2. O *bis in idem* intrínseco ao direito penal

Passa-se à análise do primeiro conjunto de situações de *bis in idem* legitimadas pelo sistema de justiça brasileiro em nome do *combate à corrupção*. Como se adiantou, cuida-se de hipóteses intrínsecas à seara penal, em relação às quais, com frequência, os tribunais decidem pela cumulação de respostas sancionadoras.

4.2.1. Corrupção e lavagem de capitais

Para que se compreenda melhor a (por vezes indevida) sobreposição entre os crimes de lavagem de capitais e de corrupção, nas modalidades ativa e passiva, há de se retomar, primeiro, a nítida confluência entre os movimentos anticorrupcional e antilavagem. Assim, este tópico é dividido em duas partes: (i) a colocação desse problema e (ii) a discussão em torno da autonomia da lavagem em relação ao ilícito de corrupção.

4.2.1.1. Colocação do problema

No primeiro capítulo desta dissertação, mais especificamente no tópico 1.2, já se investigava a forte interação entre os movimentos anticorrupcional e antilavagem, enquanto facetas da reação institucional às novas formas de criminalidade advindas do processo de globalização econômica e de integração supranacional.

É verdade que, historicamente, não há como confundir os tratamentos penais conferidos à corrupção e à lavagem de capitais. A corrupção acompanhou o próprio desenvolvimento do poder punitivo nas diferentes sociedades e, antes de conhecer a atual polissemia, acomodou-se nos parâmetros do direito penal clássico⁷¹¹. O contexto político-criminal do fim do século XX, assim, ocasionou uma *ruptura* na forma de compreender a corrupção, conferindo novas cores a uma percepção preexistente, que não mais ficou restrita a um ou outro tipo penal bem delimitado, mas sim passou a ser reconhecida como um fenômeno internacional, capaz de “*abalar economias e enfraquecer o poder do Estado-nação em face do crime organizado*”⁷¹². Na discussão sobre o atual espírito de *combate à corrupção*, portanto, é inescapável comparar o *antes* e o *depois*; o embate entre eles permite diagnosticar o que mudou e por qual razão, bem como enriquece a elaboração de uma análise

⁷¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A atual percepção..., cit., pp. 132.

⁷¹² SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 156.

crítica, já que a experiência passada pode ser usada como referência positiva ou negativa para melhor delinear os aspectos irrenunciáveis que conferem legitimidade à intervenção penal.

A preocupação penal em torno da lavagem de capitais remete a esse mesmo contexto de *combate* que fez da corrupção um conceito caleidoscópico⁷¹³, de franca perplexidade da comunidade internacional diante de uma criminalidade complexa, desconhecadora de fronteiras políticas e, no mais, altamente lucrativa⁷¹⁴. Porém, a criminalização da lavagem, nesse momento, representou uma novidade jurídico-penal⁷¹⁵, fruto de demandas concretas para aprimorar a persecução da delinquência socioeconômica e organizada⁷¹⁶.

Diante da insuficiência dos tradicionais mecanismos investigativos à disposição das autoridades, desenvolvidos para uma apuração local e individualizada de crimes, encontrou-se no rastreamento dos recursos a eles associados (a técnica *follow the money*) uma forma de alcançar as estruturas da criminalidade organizada e os indivíduos responsáveis por sua operacionalização⁷¹⁷. Estancar a fonte de renda de organizações

⁷¹³ Termo empregado por BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal..., cit., p. 308.

⁷¹⁴ Entendendo-se que “a pretensão de obter uma vantagem econômica seja essencial na fenomenologia da delinquência organizada”, embora esse não lhe seja um requisito de ordem dogmática. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coord). *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 323-352, pp. 324-325, tradução livre.

⁷¹⁵ Novidade essa, como defenderiam Juarez Tavares e Antonio Martins, decorrente de um ato de oportunismo legislativo, envolto por razões pragmáticas, relacionadas ao interesse em conferir à lavagem de capitais “o efeito simbólico de contribuir para assegurar a regularidade do sistema financeiro”. É que, para os autores, “pode-se concluir que o crime de lavagem de capitais desempenha, na realidade, a função de um tipo complementar de receptação. Isso não significa dizer que haja uma relação de pertinência entre os dois tipos, que um englobe o outro; eles se complementam, na verdade, para expandir o campo de intervenção penal, o que não exclui, por outro lado, zonas de intersecção entre ambos, problema que deverá ser resolvido pelas regras atinentes ao concurso aparente de normas penais, de modo a evitar o bis in idem”. TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 28.

⁷¹⁶ Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política legislativa..., cit., p. 271. Ao tratar do direito alemão, Karsten Altenhain apresenta os dois objetivos perseguidos com a criminalização da lavagem de dinheiro: (i) aumentar a possibilidade de as autoridades de controle descobrirem as estruturas da criminalidade organizada; e (ii) criar um obstáculo para o surgimento de organizações criminosas, de modo a mitigar os lucros da prática criminosa e isolar seus responsáveis no ambiente financeiro. ALTENHAIN, Karsten. § 261 Geldwäsche, Verschleierung unrichtmäÙig erlangter Vermögenswerte. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (orgs.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005, v. 2, pp. 4.501-4.553, p. 4.508.

⁷¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.137/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 30-31; D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI, Emília Merlini. Novos e velhos

criminosas e frustrar-lhes o proveito de seus frutos mostrou-se estratégico, tal qual um cerco ao redor de comportamentos criminosos em si de difícil aferição⁷¹⁸.

Nessa toada, o protagonismo do direito penal na gestão das sequelas da globalização conduziu a comunidade internacional a abraçar a criminalização da lavagem de dinheiro⁷¹⁹. A estratégia somou-se a outras medidas penais⁷²⁰ e não penais⁷²¹, além do fomento à cooperação jurídica entre Estados⁷²². A partir da década de 1980, diversas iniciativas internacionais integrariam o movimento antilavagem⁷²³, a princípio vinculadas

problemas da lavagem de dinheiro. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord.). *Perspectivas das ciências criminais*: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 756-776, pp. 757-758.

⁷¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. Novos e velhos..., cit., p. 758.

⁷¹⁹ Aqui, é nítida a intenção de formular uma resposta no plano internacional para um problema que ultrapassa as fronteiras estatais. Cf. DEMELSA BENITO SÁNCHEZ, Carmen. Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo de capitales. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 291-319, p. 293.

⁷²⁰ Fabián Caparrós identifica três elementos que formam o *triângulo político criminal* contra os entremeados financeiros do delito: a prevenção e a repressão à lavagem de dinheiro, a tipificação do delito de enriquecimento ilícito e, no plano dos efeitos da condenação penal, a progressiva ampliação da perda dos instrumentos, produtos e proveitos do crime. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Blanqueo de capitales..., cit., p. 327.

⁷²¹ Como o aprimoramento dos controles do sistema financeiro para identificação de clientes e registro de transações, a exigência de que as instituições financeiras e outros setores específicos comuniquem operações suspeitas a unidades de inteligência financeira, o fomento da regulação e supervisão de instituições financeiras, o estabelecimento de políticas de *compliance*, entre outras. Nesse sentido, confira-se, por exemplo, as Recomendações do GAFI intituladas “Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação”, originalmente apresentadas em abril de 1990, mas que seguem em constante atualização. A versão original das Recomendações, em língua inglesa, pode ser consultada em <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf>>, acesso em 11 set. 2021. Já a versão datada de fevereiro de 2012, em português, está disponível em <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>.

Acesso em 11 set. 2021.

⁷²² Cf. D'AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. Novos e velhos..., cit., pp. 758-759.

⁷²³ Citem-se (i) a Recomendação nº R(80)10 do Conselho da Europa, de 1980, (ii) a Declaração de Princípios para a Prevenção do uso ilícito do sistema bancário para atividades de lavagem de capitais do Conselho da Basileia para Supervisão Bancária, de 1988, e as novas versões desenvolvidas em anos seguintes; (iii) a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, conhecida como Convenção de Viena, assinada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 154/1991; (iv) as Quarenta Recomendações do GAFI, de 1990, bem como as versões atualizadas elaboradas posteriormente; (v) a Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, de 1990, também denominada Convenção de Estrasburgo; (vi) as variadas diretivas da União Europeia sobre o tema, a começar pela de nº 91/308/CEE e as que a sucederam; (vii) a criação do Grupo Egmont em 1995, que promove encontros periódicos entre as unidades de inteligência financeira dos Estados (a brasileira é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF), para o intercâmbio de informações, realização de treinamentos e troca de experiências; (viii) a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, de 2000, também denominada Convenção de Palermo, que entrou em vigor no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004; e (ix) a própria Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006. Cf. DEMELSA BENITO SÁNCHEZ, Carmen. Iniciativas internacionales en..., cit., pp. 305-317.

ao enfrentamento do narcotráfico, depois também ao do terrorismo⁷²⁴, mas que progressivamente voltaram sua atenção para uma gama maior e até indiscriminada de ilícitos penais⁷²⁵ – entre os quais a corrupção tem um lugar de destaque⁷²⁶.

Tradicionalmente, a lavagem é associada ao processo de mascaramento da procedência dos recursos advindos de crime, de modo a apagar os rastros deixados por essa primeira infração e permitir, ao fim, que seu ganho seja desfrutado como se sempre tivesse integrado a economia formal⁷²⁷. Isidoro Blanco Cordero define-a como “*o processo em virtude do qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de haverem sido obtidos de forma lícita*”⁷²⁸. Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, no mesmo sentido, entendem-na como o ato ou a sequência de atos perpetrados “*para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou*

⁷²⁴ Cf. ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe...*, cit., pp. 147-149; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política legislativa...*, cit., p. 271.

⁷²⁵ A Exposição de Motivos da Lei nº 9.137/1996 descreve três gerações da lavagem de capitais, a partir dos ilícitos elencados como possíveis antecedentes ao escamoteamento. A primeira geração segue a esteira da Convenção de Viena, circunscrevendo a lavagem a recursos originados do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins. A segunda geração amplia as hipóteses de crimes precedentes, mas dentro de um rol exaustivo a ser elaborado pelo país que a adotar. A princípio, essa foi a linha adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 9.137/1996, até sua alteração pela Lei nº 12.683/2012. Por fim, a terceira geração opta por associar a lavagem de dinheiro a qualquer forma de delito. A atual conformação da lei brasileira, desde 2012, pendente para essa terceira geração, e até vai além ao substituir a menção a crimes antecedentes determinados a toda sorte de “infração penal”, o que abarca crimes e contravenções penais.

⁷²⁶ Cf. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Blanqueo de capitales...*, cit., pp. 325-326. As modalidades de corrupção pública presentes no artigo 317 e 333 do Código Penal não especificam a natureza da vantagem indevida negociada, de modo que ela poderá ser econômica, sexual, honorífica etc. De toda forma, não é exagero dizer que a corrupção, no mais das vezes, tem como objeto material o dinheiro – e essa hipótese é um alvo especial de preocupação por parte das instâncias de controle.

⁷²⁷ Costuma-se dividir esse processo de escamoteamento conforme a delimitação apresentada pelo GAFI (cuja sigla em inglês é FATF), baseada nas fases de (i) ocultação da origem dos recursos ilícitos, que consiste em uma alteração qualitativa para que se tornem ativos de mais fácil gestão sem que sejam levantadas suspeitas por parte das autoridades (*placement/ colocação/ conversão*); (ii) mascaramento ou dissimulação desse capital, por meio de operações comerciais ou financeiras que, seja por seu número ou qualidade, promovam um maior distanciamento de sua origem ilícita, (*layering*); e (iii) integração, isto é, a reinserção desses valores, agora com aparência de lícitos, na economia formal. FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *FATF Report: Professional Money Laundering*. Documento eletrônico. jul. 2018, pp. 17-19. Disponível em <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Professional-Money-Laundering.pdf>>. Acesso em 12 set. 2021. Cf. ainda BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015, pp. 103-107; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., pp. 31-33; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Blanqueo de capitales...*, cit., pp. 328-329; DEMELSA BENITO SÁNCHEZ, Carmen. *Iniciativas internacionales en...*, cit., pp. 294 e 298-300.

⁷²⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito...*, cit., p. 107.

contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”⁷²⁹.

Da expressão “origem delitiva” empregada pelos autores, também se extrai o caráter notadamente *parasitário* da lavagem de capitais, por depender da existência do respectivo crime antecedente para se configurar. Não constitui, portanto, um delito absolutamente autônomo⁷³⁰, embora essa tenha sido a intenção das iniciativas internacionais de abordagem da matéria. Esse aspecto será retomado mais adiante.

Sucedê que, tal qual o caso do *combate à corrupção*, a pressão para que os Estados internalizassem os compromissos internacionais em matéria de lavagem de capitais passou ao largo de maiores reflexões de ordem dogmática. No Brasil, não foi diferente. Em uma inversão de prioridades, à moda do tratamento costumeiramente reservado ao direito penal econômico, o que prevaleceu foi a perseguição de objetivos político-criminais e simbólicos. Com isso, a elaboração de uma resposta penal rigorosa e imediata à nova criminalidade transnacional dispensou maiores considerações sobre a legitimidade do ilícito-típico da lavagem de capitais, condicionante de sua própria possibilidade jurídica⁷³¹.

O contínuo alargamento da noção de lavagem de capitais, pelo legislador e tribunais brasileiros, sinaliza o descompasso entre a reação punitiva e o respectivo embasamento dogmático. Consequentemente, constata-se uma perda da correspondência entre o delito e seu substrato fático, o que compromete sua compreensão abstrata, sua verificação em concreto e a aplicação de sanções proporcionais⁷³².

A forma com que a lavagem é descrita em lei é um exemplo. A Lei nº 9.613/1998 originalmente tipificou, no *caput* de seu artigo 1º, o ato de “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou*

⁷²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., p. 29.

⁷³⁰ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais...*, cit., p. 28 e 59. A expressão, como expõem os autores, carece de rigor sistemático, mas “*é bastante ilustrativa e metafórica*” para explicar a relação de dependência entre a lavagem de capitais e seu crime antecedente. Mais adiante na obra, esclarece-se que “*o delito de lavagem só tem autonomia relativa, quando se trate de ações que não estão diretamente vinculadas às ações do delito antecedente. Quando as ações de lavagem são uma extensão, ou uma forma de exaurimento do delito antecedente, mais do que nunca o delito de lavagem não possui autonomia jurídica*”. Idem, p. 62.

⁷³¹ D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. *Novos e velhos...*, cit., p. 761. Os autores concluem que “*a regulamentação andou mais rápido que a capacidade de reflexão e o que se observa, atualmente, é, em grande medida, um desprendimento da dimensão axiológica do ilícito-típico*”

⁷³² D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. *Novos e velhos...*, cit., p. 768.

valores”, oriundos, direta ou indiretamente, de um elenco taxativo de crimes⁷³³, assim como instituiu modalidades especiais nos seus parágrafos 1º e 2º. Os verbos nucleares “ocultar” e “dissimular” não foram vinculados à finalidade específica de reintroduzir os recursos lavados na economia formal, ao contrário da concepção original do delito, compelindo a doutrina a recorrer a uma interpretação teleológica da norma para restringir sua abrangência⁷³⁴. Ainda, a Lei nº 12.683/2012 extinguiu o rol taxativo e estabeleceu que o objeto material da lavagem poderia decorrer de qualquer “infração penal”, isto é, crime ou contravenção penal. Isso faz com que, em muitos casos, a reciclagem seja punida de forma mais gravosa que seu próprio crime antecedente.

Outro aspecto, este de especial interesse do presente trabalho, diz respeito ao modo com que a lavagem de capitais interage com o crime apontado como antecedente e até que ponto não se confundiria como ele. Está em jogo, em outras palavras, a extensão do próprio conceito de *procedência*, que diz sobre a *origem* dos recursos passíveis de serem escamoteados. Muito embora esse vocábulo seja tão elementar, a política criminal que capitaneia o movimento antilavagem tende a relativizá-lo para maximizar a aplicação da norma penal.

Tem-se, então, um texto legal em franca expansão cognitiva – a ponto, inclusive, de perder a referência do que à agenda internacional interessava criminalizar – combinado com a transigência institucional a uma interpretação mais flexível da norma. Nesses termos, quando a *luta* contra a lavagem se encontra com a *luta* contra a corrupção, pode-se diagnosticar até que ponto os pilares de um direito penal liberal são fragilizados, isso se não forem simplesmente deixados de lado em nome de outros interesses.

⁷³³ Que ainda veio a ser expandido pelas Leis nº 10.467/2002 e nº 10.701/2003, que inseriram os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira e o financiamento do terrorismo, respectivamente.

⁷³⁴ A exemplo de Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, para quem essa interpretação teleológica “faz agregar uma intenção transcendental ao comportamento típico, qual seja, a vontade de reciclar o capital por operações comerciais e financeiras aparentemente lícitas. Não basta a mera intenção de ocultar ou dissimular, é preciso a vontade de lavar ou reciclar o capital sujo, de usar operações diversas para inserir os valores maculados no sistema econômico com aparência de licitude”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., p. 150.

4.2.1.2. *A questão da autonomia da lavagem em relação ao ilícito antecedente. A corrupção como crime antecedente/concomitante*

A doutrina identifica muitas objeções à legitimidade do crime de lavagem de capitais, capazes, quando menos, de restringir significativamente suas hipóteses de incidência. De todas as ressalvas apresentadas, algumas estão diretamente relacionadas ao tema da sobreposição de respostas penais, como a questão da autolavagem de capitais e, de maior interesse a esta dissertação, o problema do frequente concurso material que se insiste em enxergar entre o crime de corrupção e os crimes de lavagem de capitais, quando a entrega ou recebimento de valores indevidos se dá *mediante* atos de ocultação mais ou menos complexos⁷³⁵.

⁷³⁵ Muitos são os caminhos percorridos pelos tribunais, sem que haja maiores esforços para a uniformização jurisprudencial. Muitas das vezes, prevalece o concurso material entre os crimes de lavagem de capitais e corrupção, mesmo em situações que não o comportam. É verdade que, no julgamento dos Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal nº 470, com publicação em 21/08/2014, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal afastou a incidência da lavagem de capitais de hipótese em que o crime de corrupção passiva teria sido praticado por meio de interposta pessoa – no caso, a esposa do suposto agente corrompido, que teria sacado no caixa R\$ 50.000,00 em espécie a título de vantagem indevida para ele. Conforme o voto do Ministro Teori Zavascki, “*o que se imputa, a rigor, é o recebimento dos valores referentes ao crime de corrupção passiva, que, pela circunstância de ter sido realizado por interposta pessoa, não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do Código Penal (‘solicitar ou receber (...) direta ou indiretamente (...) vantagem indevida’)*”. Em seu voto, a Ministra Rosa Weber concluiu que “*a circunstância de o recebimento ter ocorrido às ocultas nada mais é do que elemento insito ao delito de corrupção passiva, pois, reafirmo, quem recebe vantagem indevida em razão do cargo não o faz à luz do sol, mas sim às escondidas. E por integrar, o recebimento dos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a própria fase consumativa do delito de corrupção, não pode ser considerado para delinear simultaneamente o delito de lavagem de dinheiro*”. Destaca-se, enfim, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, pela atipicidade da conduta atribuída ao embargante “*tendo em vista a inexistência de tais atos autônomos de ocultação do produto do crime antecedente*”. Sob o mesmo fundamento, entendeu-se pela não configuração do crime de lavagem de capitais nos Décimos Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal nº 470, na Ação Penal nº 1.003 e na Ação Penal nº 644, cujos acórdãos foram publicados respectivamente em 21/08/2014, 06/12/2018 e 16/03/2018. No entanto, ao sinal de que a entrega de propina teria se dado por meio de estratégias um pouco mais complexos, como pela simulação de contratos entre empresas, os Tribunais Superiores tendem a cumular os crimes de lavagem e corrupção. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, citem-se exemplificativamente os acórdãos emitidos no HC nº 165.036/PR, publicado em 10/03/2020, e na Questão de Ordem na Ação Penal nº 945, publicado em 03/08/2017. Já do Superior Tribunal de Justiça, mencionam-se os acórdãos proferidos no AgRg no AREsp 1.363.426/PR, publicado em 18/12/2020 (que invocou a suposta “*premissa jurisprudencial segundo a qual são autônomos os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, ante a diversidade das elementares típicas e objetividade jurídica tutelada*”), no AgRg no REsp 1.840.416/PR, publicado em 06/10/2020, no AgRg no HC 465.432/PR, publicado em 12/02/2019, e no AgRg no HC 446.612/PR, publicado em 18/09/2018. Nos Tribunais Federais Regionais, a diversidade de decisões também é expressiva. O Tribunal Regional Federal da Terceira Região já decidiu que a vantagem indevida referente à corrupção somente poderá ser objeto material da lavagem *após* seu efetivo recebimento pelo agente corrompido, independentemente do esquema adotado para viabilizar essa entrega. Por exemplo, nos acórdãos que concederam as ordens de *habeas corpus* nº 5028780-10.2018.4.03.0000 e nº 5029910-35.2018.4.03.0000, publicados em 16/10/2019, consta do voto do Desembargador Relator José Marcos Lunardelli que “*seja qual for o iter, pode o corruptor interrompê-lo a qualquer momento, sem que o numerário seja em si ilícito. Ele será ilícito apenas quando efetivamente completar seu destino; só então será ele*

Fabio Roberto D’Avila e Emília Giuliani entendem que a legitimidade do crime de lavagem de capitais depende, em grande medida, de sua efetiva *autonomia* perante o ilícito antecedente. Mesmo com seu caráter parasitário, a lavagem haverá de carregar consigo um *autônomo desvalor* para motivar a intervenção penal⁷³⁶. Isso significa dizer que, se as ações de lavagem forem uma extensão ou uma forma de exaurir a infração antecedente, faltar-lhes-á autonomia jurídica⁷³⁷.

Esse raciocínio é retomado por quem advogada ser ilegítima a incriminação da autolavagem de dinheiro, isto é, do mascaramento de capitais de origem delituosa entabulado pelo próprio agente da infração precedente⁷³⁸.

Apesar de o direito brasileiro não tipificar expressamente essa conduta, a jurisprudência e parte da doutrina admitem a dupla punição de um mesmo sujeito pelo delito antecedente e pela subsequente lavagem de capital⁷³⁹. Alguns críticos dessa solução

"propina", ou, na dicção técnica e legal, "vantagem indevida" materializada". O Tribunal Regional Federal da Quinta Região também já desconsiderou o crime de lavagem de capitais em hipótese na qual o agente teria providenciado o depósito de valores a título de propina na conta de assessores, *"objetivando disfarçar a titularidade, dificultar a localização e ocultar a movimentação dos valores recebidos em decorrência da atividade da quadrilha em que figurava"*. Retomou-se a tese de que o recebimento de vantagem indevida por interposta pessoa está contido no crime de corrupção passiva. A seu turno, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região já exarou o entendimento de que o *"o próprio uso de várias contas de interpostas pessoas ('laranjas') já indica o tom de simulação, não querendo réu ficar diretamente vinculado aos valores que sabia serem ilícitos"*, conforme o acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal nº 0008814-90.2006.4.01.3600, publicado em 24/11/2020. Já o Tribunal Regional Federal da Quarta Região adota o firme posicionamento de que a entrega de propina consistiria um ato autônomo de lavagem a depender do ligeiro maior grau de sofisticação dessa manobra, dando o tom do julgamento dos casos relacionados à Operação Lava-Jato paranaense (a exemplo do acórdão proferido nos autos das Apelações Criminais nº 5023942-46.2018.4.04.7000, publicado em 12/02/2021, nº 5037800-18.2016.4.04.7000, publicado em 27/08/2020, e nº 5021365-32.2017.4.04.7000, publicado em 24/11/2019). Do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, destaca-se o acórdão proferido na Apelação Criminal nº 0003637-18.2008.4.02.5001, publicado em 05/06/2013, em que se decidiu que, *"do momento em que o funcionário público se vale de conta de terceiro para receber valor da propina, inaugura nova ação delituosa, dessa vez para impedir a realização da justiça"*.⁷³⁶ Em suas palavras: *"Não pode haver sobreposição entre o substrato fático do delito antecedente e aquele que constituirá o delito de lavagem enquanto post factum punível, e, portanto, por decorrência lógica, também não poderá haver lavagem pela simples manutenção do estado de coisas do crime antecedente. O que, por sua vez, coloca alguns cuidados, principalmente, com o verbo ocultar"*. D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI, Emília Merlini. Novos e velhos..., cit., p. 771.

⁷³⁷ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais...*, cit., p. 62.

⁷³⁸ Cf. TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais...*, cit., pp. 67-78; TÓRTIMA, Fernanda Lara. Imputação do Crime de Lavagem de Capitais ao Autor do Crime Antecedente. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord). *Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof, Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 307-396, p. 392.

⁷³⁹ Para eles, o fato de a lei brasileira não vedar expressamente a autolavagem também sinalizaria a possibilidade de sua incriminação. Nesse sentido, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., pp. 131-132. Cf. também STF, AP 470, AgR-vigésimo quinto, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 18.09.2013, DJe 17.02.2014. Ainda, a Sétima Tese da Edição nº 166 da coletânea "Jurisprudência em Teses", do Superior

sustentam que a autolavagem constituiria uma consequência normativa do princípio da inexigibilidade de conduta diversa e do princípio da não autoincriminação, já que não se poderia exigir do responsável pela prática do ilícito penal antecedente que o confesse ou se entregue⁷⁴⁰. Pelo contrário, “*a conduta natural de que pratica um delito e dele obtém benefício patrimonial é a ocultação dos valores obtidos de forma criminosa*”⁷⁴¹.

Como defendem Juarez Tavares, Antonio Martins e Fernanda Lara Tórtima, ainda, a autolavagem não possuiria um desvalor autônomo, por ser um prolongamento natural da primeira infração. É a forma para que o autor aproveite a vantagem por ele mesmo auferida com o fato principal, cujo desvalor está contido no desvalor da primeira conduta. E, na ausência de expressa criminalização da autolavagem, como no caso brasileiro, o concurso entre a norma do ilícito antecedente e a Lei nº 9.613/1998 seria resolvido pela consunção desta última pela primeira. Uma típica hipótese de pós-fato impunível ou co-punido, em que o conteúdo de um injusto está contido no do outro, de modo que eventual sobreposição de processos de imputação violaria a proibição de *bis in idem*⁷⁴².

A problematização da autolavagem de capitais independe do crime ou contravenção que a antecede. Também dirá respeito, portanto, à relação entre a lavagem e a corrupção, como na hipótese em que um funcionário público recebe um montante em espécie

Tribunal de Justiça, estabelece que “*embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de uma infração penal antecedente, é possível a autolavagem – isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, da infração antecedente e do crime de lavagem -, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização da primeira infração penal, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção*”. Na doutrina estrangeira, cf., por exemplo, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 505.

⁷⁴⁰ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais...*, cit., p. 72. De outro lado, há autores que, não obstante critiquem a criminalização irrestrita da autolavagem, refutam esse argumento específico baseado nos princípios da inexigibilidade de conduta diversa e da não autoincriminação. Para Adriano Teixeira e Frederico Horta, por exemplo, não se aplica à lavagem o denominado “privilégio do autoencobrimento”, que impede que o agente do crime anterior seja também incriminado por favorecimento real ou pessoal, por exemplo. Nas suas palavras, com a conduta típica da lavagem de capitais, “*não se pretende necessariamente evitar a pena, mas garantir o desfrute dos benefícios da infração anterior*”. TEIXEIRA, Adriano; HORTA, Adriano. Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales. *InDret*, v.1, 2021, p. 210. Disponível em: <<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/383804/476798/>>. Acesso em 22 set. 2021.

⁷⁴¹ Idem.

⁷⁴² TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais...*, cit., pp. 73-74; TÓRTIMA, Fernanda Lara. Imputação do Crime..., cit., pp. 387-392. Cf., ainda, BATTINI, Lucas Andrey; SOARES, Rafael Junior. Autolavagem de dinheiro: estudo crítico sob uma ótica de proteção da dogmática penal. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 6. ano 2, pp. 145-164, abr./ jun. 2021, pp. 152-159.

a título de vantagem indevida e, dele dispondo, simula transações entre empresas de sua propriedade para lhe dar a aparência de licitude.

Não obstante, ainda tratando dessa interação entre corrupção e lavagem, há outra controvérsia merecedora de atenção, que revela o tom da estratégia persecutória da corrupção no Brasil: a responsabilização penal do mesmo indivíduo tanto pelo crime de corrupção (nas modalidades dos artigos 317, 333 ou 337-B⁷⁴³) como pelos atos de ocultação utilizados *para* a entrega de propina ao agente corrompido. A peculiaridade dessa hipótese é que o escamoteamento é um *meio* para assegurar a consumação do crime antecedente ou, sob outra perspectiva, ocorre *antes* de o crime antecedente gerar qualquer produto, isto é, *antes* que a vantagem indevida passe para o domínio de seu destinatário.

Um exemplo, que muito se repete nos julgamentos de grandes operações de *combate à corrupção*, envolve relações bilaterais de corrupção⁷⁴⁴. Suponha-se que um particular, executivo de uma empresa, promete pagar vantagens indevidas a um funcionário público para determiná-lo a praticar certo ato de ofício, e o funcionário, por sua vez, aceita a proposta. Para viabilizar o pagamento, então, eles providenciam contratos fictícios entre empresas de fachada que acobertem a transferência de recursos do corruptor (mais especificamente, do caixa regular de sua empresa e de suas economias pessoais) ao agente corrompido, sem chamar a atenção das autoridades e agências de controle.

Qual seria a solução para a hipótese descrita acima e outras semelhantes? Para além do crime de corrupção (passiva ao funcionário público e ativa ao particular), haveria crime de lavagem de capitais?

Essas indagações são um subproduto da demasiada abrangência da norma criminalizadora da lavagem de capitais, cada vez mais desapegada do substrato material que poderia dar sentido à sua existência. Revelam, ainda, o papel de destaque conferido aos magistrados, que, ao interpretar a norma e cotejá-la com os fatos, veem-se obrigados a

⁷⁴³ Por dizer respeito à estrutura típica característica desses três tipos penais, o debate em questão cinge-se a esse sentido mais estrito da corrupção.

⁷⁴⁴ As modalidades de corrupção passiva e ativa não são interdependentes, o que significa dizer que um crime de corrupção passiva pode ser cometido sem que haja a respectiva corrupção ativa e vice-versa. “*Essa recíproca é apenas eventual, como nas hipóteses de oferta e recebimento de vantagem, de promessa e aceitação da promessa*”. TOJAL, Tarsila Fonseca. Corrupção ativa. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1141-1150, p. 1147. Em sentido contrário, cf. WUNDERLICH, Alexandre. Capítulo I: Dos..., cit., p. 1.057.

preencher as lacunas deixadas pelo processo legislativo. O grande desafio, nesse exercício hermenêutico, é fazer com que o rigor dogmático soe mais alto do que os motes político-criminais que orientam o *combate* impetuoso à corrupção e à lavagem.

Para tanto, deve-se tomar como premissa que a conduta típica antecedente deve gerar um ganho pecuniário para ser apto à lavagem. Afinal, é precisamente o *produto* ou *proveito* dessa primeira infração que virá a ser o objeto material da lavagem⁷⁴⁵. O instrumento de crime ou contravenção, ao contrário, não é passível de lavagem, pois já pertence à esfera de disponibilidade do agente no momento da infração antecedente – ou seja, não é por ela *gerada*, independentemente de seu valor⁷⁴⁶.

Há de se ter em mente, ademais, que a estrutura típica da lavagem de dinheiro pressupõe uma relação de *proveniência*, desenvolvida dentro de uma *ordem cronológica* bem delimitada, que respeite a autonomia de cada injusto. A infração penal antecedente será consumada e haverá de gerar um produto, para enfim ser *sucedida* pela lavagem de capitais⁷⁴⁷. Com base nessa dinâmica, Luís Greco e Alaor Leite explicam que “o cometimento de um crime de forma oculta não significa que há dois crimes, um crime antecedente e outro de lavagem”, percepção fundamental para que não se incorra, desavisadamente, em inadmissível *bis in idem*⁷⁴⁸.

Sob essas lentes, há muito que se ponderar sobre os crimes de corrupção ativa dos artigos 333 e 337-B do Código Penal, assim tipificados:

Corrupção ativa

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

⁷⁴⁵ O tipo penal criminaliza o escamoteamento de recursos provenientes “direta ou indiretamente” de infração penal. O termo “indiretamente” refere-se ao proveito do crime, isto é, àquilo em que se transforma ou pelo que se substitui o produto do ilícito: “o bem, direito ou valor ‘indireto’ existem para compreender objetos como a joia que se comprou fazendo uso das cédulas furtadas, isto é, ao equivalente econômico entre o que se obteve com o delito e o que se tem agora em mãos”.

⁷⁴⁶ ALTENHAIN, Karsten. § 261 Geldwäsche, Verschleierung..., cit., p. 4.523; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., pp. 109-111.

⁷⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., pp. 128-129.

⁷⁴⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa em transação comercial internacional – lavagem de dinheiro – concurso de leis e de crimes. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BORGES, Ademar (coord). *Lavagem de dinheiro*: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 29-61, p. 47.

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

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único.

A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Desde logo, não se concebe a própria possibilidade jurídica de a propina envolvida na corrupção *ativa* ser passível de lavagem. Há um impeditivo dogmático: o particular *faz uso* de vantagens econômicas *para* corromper um funcionário público, o que torna esse montante o *meio*, isto é, o *instrumento* utilizado para a prática da corrupção ou para que ela atinja os objetivos almejados pelo agente corruptor⁷⁴⁹.

A propina não é um ganho auferido pelo particular com corrupção ativa. Na verdade, se há pagamento, ele se desfaz desses recursos. Como defendem Luís Greco e Alaor Leite, não há uma relação de proveniência – de antecedência causal – entre a vantagem indevida e a corrupção ativa que a torne candidata a crime antecedente da lavagem de capitais⁷⁵⁰.

No exemplo atrás mencionado, assim, não se pode dizer que a vantagem indevida paga furtivamente *origina-se* de crime de corrupção ativa, até porque esses recursos – como geralmente sucede na prática – são angariados a partir de fontes lícitas, no caso, do caixa da empresa ou das economias pessoais do particular.

Isso não significa dizer, contudo, que a hipótese não comportaria atos posteriores e autônomos de ocultação ou dissimulação. A propina, em si, é passível de lavagem de dinheiro, desde que seja sob a perspectiva de seu *receptor*⁷⁵¹. É o funcionário público corrompido que verifica um ganho econômico nessa operação, mas, reiterar-se, somente a

⁷⁴⁹ ALTENHAIN, Karsten. § 261 Geldwäsche, Verschleierung..., cit., p. 4.520-4.523; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., pp. 45-46.

⁷⁵⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., pp. 45-46.

⁷⁵¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., p. 46.

partir do momento em que ele passar a dispor da vantagem indevida, ou seja, que ação criminosa lhe render um retorno pecuniário⁷⁵².

Desse modo, caso se admitisse a autolavagem de capitais, ela seria realizada pelo agente que recebesse a vantagem que lhe fora prometida ou oferecida. E mesmo fora da discussão da autolavagem, a reciclagem de capitais caberia aos terceiros que praticassem as condutas descritas no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 em relação ao produto ou proveito da corrupção passiva à disposição desse mesmo funcionário público corrompido. De uma forma ou de outra, o crime antecedente estaria circunscrito à corrupção passiva (não ativa).

Mas, antes que se aprofunde a problemática envolvendo o crime de corrupção passiva, alguns contra-argumentos surgem para tentar forjar uma relação de proveniência entre a corrupção ativa e a soma entregue a título de propina. Nenhum deles procedentes do ponto de vista dogmático, como já explicaram Luís Greco e Alaor Leite⁷⁵³.

Poder-se-ia dizer (equivocadamente, advirta-se desde já) que a vantagem indevida provém do momento em que é *prometida* ou *oferecida* ao funcionário público⁷⁵⁴. Entretanto, o que efetivamente provém dessa promessa ou oferta “*é, no máximo, a pretensão (nula cf. art. 166 II do Código Civil⁷⁵⁵) de pagar a quantia prometida*”, pretensão essa que não veicula em si qualquer equivalente econômico⁷⁵⁶. Vincular determinado montante a uma ação futura (no caso da corrupção ativa, ao futuro pagamento a título de propina) não altera sua eventual origem idônea em relação ao particular corruptor – fruto do desempenho de atividades laborais lícitas, por exemplo.

Note-se que os crimes do artigo 333 e 337-B do Código Penal – o primeiro sempre e o segundo nas modalidades “prometer” e “oferecer” – possuem natureza formal. Nesse cenário, o eventual *pagamento* da vantagem corresponde ao *exaurimento* do delito e,

⁷⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., pp. 129.

⁷⁵³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., pp. 44-47.

⁷⁵⁴ Esses são os possíveis instantes de consumação do crime do artigo 333 e duas das três possibilidades de consumação do crime do artigo 337-B – a outra é na modalidade “dar”.

⁷⁵⁵ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”.

⁷⁵⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., p. 45.

enquanto tal, materialmente o integra, em linha com o que se expôs em relação à autolavagem⁷⁵⁷.

Outrossim, o crime de corrupção ativa em transação internacional também comporta a modalidade “*dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa*” e, nesse caso, o impeditivo à almejada relação de procedência se extrai da própria literalidade do texto legal. A *dação indireta* é prevista expressamente como forma de realização do tipo e compreende justo essa entrega por via fracionada, por transação a terceiros, por meio de contratos fictícios, etc. Como explicam Luís Greco e Alaor Leite, aqui, o imbricamento entre a corrupção e ocultação ou dissimulação “*não se trata sequer de opinião doutrinária, mas de decisão do legislador*”⁷⁵⁸.

Já a corrupção passiva pode ser praticada por funcionário público nas modalidades “solicitar” “aceitar promessa de” e “receber” vantagem indevida, de acordo com a seguinte redação:

Corrupção passiva

Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

A propina enredada no crime de corrupção passiva pode ser objeto de lavagem de capitais. Para tanto, porém, alguns pressupostos dogmáticos devem ser preenchidos.

Como se disse, o produto da corrupção passiva é condicionado à *obtenção* da vantagem indevida pelo agente público – seja pela consumação delitiva da modalidade de “recebimento”, seja pelo exaurimento da “solicitação” ou do “aceite de promessa”⁷⁵⁹. Até a

⁷⁵⁷ E também conforme GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., p. 45.

⁷⁵⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., p. 47.

⁷⁵⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*: Parte Especial: Arts. 312 a 359-H do CP..., cit., p. 153.

efetiva *transferência* da propina, tudo o que se desenvolve ainda é parte integrante da corrupção passiva.

Nesse sentido, qualquer ato de escamoteamento a serviço da consumação ou do exaurimento do tipo será absorvido por ele. O próprio dispositivo, tal qual o artigo 337-B, compreende o recebimento, para si ou para outrem, “*direta ou indiretamente*”, chamando para si todos os estratagemas que o providenciem⁷⁶⁰. No exemplo que tem norteado o raciocínio aqui desenvolvido, a clandestinidade no recebimento de propina, via contratos fictícios entre empresas de fachada, está contida entre os elementos típicos da corrupção passiva. Não há como confundi-lo, dessarte, com a lavagem de capitais⁷⁶¹.

Mais uma vez, a questão também pode se resumir à cronologia (i) ilícito antecedente, (ii) geração de um produto, (iii) lavagem de dinheiro. Se a ocultação e a dissimulação *compõem* a corrupção passiva, troca-se a relação de proveniência – elementar à lavagem de capitais – por de concomitância temporal⁷⁶². Desnatura-se, com isso, a própria tipicidade da lavagem.

Mas, afinal, trata-se de uma discussão sobre a proibição de *bis in idem*, resolvida pela consunção do crime meio pelo crime fim, ou sobre a mera *atipicidade* da lavagem de capitais?

A verdade é que essa incógnita parece ir muito além de um concurso aparente de normas, que pressupõe uma pluralidade de realizações típicas. Se os crimes de lavagem e de corrupção estivessem *efetivamente* realizados em suas elementares, a solução seria pela consunção do primeiro pelo segundo⁷⁶³. Porém, no caso, a ocultação ou dissimulação de valores *não provenientes* de infração penal *não* se subsume ao crime de lavagem de capitais, o que desde logo impede a incidência da norma e afasta qualquer pretensão de sobreposição de sanções.

⁷⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro...*, cit., p. 125.

⁷⁶¹ No mesmo sentido, cf. TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais...*, cit., p. 64: “o funcionário público que utilize um membro da família, simulando um contrato de prestação de serviços, para dissimular a propina que recebe de um empresário, não estará praticando lavagem de dinheiro, mas consumando apenas o delito de corrupção passiva; o mesmo vale para o membro da família e para o empresário que paga a propina”.

⁷⁶² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., p. 45.

⁷⁶³ Como propõem GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa..., cit., pp. 52-57.

Mas o fato é que, no Brasil, debate-se longamente se a hipótese reclama a aplicação do concurso material da lavagem com a corrupção ou se há um crime único de corrupção – inclusive, com parte considerável dos julgados pendendo para a primeira opção. E a simples existência dessa (pseudo)controvérsia indica que a lógica de recrudescimento punitivo, conduzida pelas instâncias de controle brasileiras, caminha para o ponto em que a resposta penal à corrupção soma-se a outras tecnicamente inconcebíveis, extraídas de um nada jurídico, de condutas atípicas. É como se o conceito de *idem* (o mesmo) precisasse ser esgarçado para abarcar infrações penais e *aspirantes* a infrações penais (mas que não o são).

Como expõe Giovanna Ferrari, os tribunais titubeiam na interpretação e aplicação da lei de lavagem, pois “*não há uma análise detida de todo o iter criminis ou do objetivo da infração penal, nem mesmo há regras estabelecidas para que possam se socorrer ou orientações institucionais próprias*”. O que resta “*é o arcabouço individual de cada magistrado*”⁷⁶⁴.

Com efeito, esse parece ser o tortuoso caminho seguido pela jurisprudência, em detrimento do maior rigor técnico ou, quando ele existe, de uma uniformização da resposta ao jurisdicionado. Se tudo é uma questão contingencial, há uma urgência na revisão do modo de se enfrentar o tema. Mais uma vez, qualquer instrumentalização do crime de lavagem de capitais para reforçar uma resposta punitiva já existente será incompatível com o Estado Democrático de Direito⁷⁶⁵.

4.2.2. Corrupção (em sentido amplo) e crimes licitatórios

O campo das contratações públicas é especialmente vulnerável à corrupção, aqui em sentido amplo. Nele, afinal, já se pressupõe uma interação econômica entre o poder público e o setor privado, o primeiro como um cliente e o segundo como um prestador de serviços ou fornecedor de bens. A chave definidora desses contratos é justamente o repasse de recursos públicos a empresas privadas por seu trabalho, o que, se não for guiado por

⁷⁶⁴ FERRARI, Giovanna. Início do delito de lavagem de dinheiro ou exaurimento do crime antecedente: qual o limite?. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 3, ano 1, pp. 151-167, jul./set. 2020, p. 161.

⁷⁶⁵ D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. *Novos e velhos...*, cit., p. 771.

parâmetros objetivos e desinteressados, negará seu objetivo último: a concreção do interesse público⁷⁶⁶.

A Lei nº 8.666/1993 foi a que primeiro regulou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁷⁶⁷, e sua vocação abrangente foi festejada pela comunidade internacional. Considerada uma das mais “*completas e atinadas*”⁷⁶⁸ das normativas encontradas em ordenamentos latino-americanos acerca da matéria⁷⁶⁹, a legislação brasileira abarcava as contratações conduzidas por quaisquer das unidades federativas (como ainda abarca)⁷⁷⁰, uma vasta gama de entidades contratantes (hoje compartilhada com a Lei nº 13.303/2016)⁷⁷¹ e uma definição de contrato público extraordinariamente amplo (que a atual legislação já restringiu)⁷⁷².

⁷⁶⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana*. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 169-191, pp. 171, 174-175.

⁷⁶⁷ Segundo o qual, “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”.

⁷⁶⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Corrupción y contratos...*, cit., pp. 171, p. 183.

⁷⁶⁹ Muito diferia do caso argentino, por exemplo, no qual as disposições estatais conviviam com as províncias, e a elas não se aplicavam. Cf. RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Corrupción y contratos...*, cit., pp. 171, p. 183.

⁷⁷⁰ Conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 8.666/1993: “*esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”. A Nova Lei de Licitações, de nº 14.133/2021, dispõe algo similar em seu artigo 1º, *caput*: “*esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...)*”.

⁷⁷¹ O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/1993 previa: “*subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*”. Já a Lei nº 14.133/2021, hoje em vigor, além de compreender “*as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais*” de todas as unidades federativas (artigo 1º, *caput*), abrange “*I – os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa*” e “*II – os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública*”. Não trata, porém, das “*empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*”, ressalvado apenas o que dispõe em matéria criminal (artigo 178 da Nova Lei de Licitações).

⁷⁷² Consoante o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/1993: “*para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*”. A Lei nº 14.133/2021, em seus artigos 2º e 3º, por sua vez, tornou-se mais restritiva: “*Art. 2º Esta Lei aplica-se a: I – alienação e concessão de direito real de uso de bens; II – compra, inclusive por encomenda; III – locação; IV – concessão e permissão de uso de bens públicos; V – prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI – obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII – contratações de tecnologia da informação e de comunicação. Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei: I – contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de*

Com a lei de 1993, o Brasil realmente pensou em instituições específicas para evitar o desvirtuamento das contratações públicas, um dos motes do contexto de *combate à corrupção* que ganhou espaço a partir do fim do século XX. Quase duas décadas depois, com a Nova Lei de Licitações de 2021⁷⁷³, a sistemática das contratações públicas foi reformulada para se tornar menos burocrática, mais transparente e mais econômica aos cofres públicos, sem perder – aliás, intensificando sensivelmente – o rigor da intervenção penal nesse campo⁷⁷⁴.

Como já assinalado no Capítulo 1⁷⁷⁵, a Lei nº 14.133/2021 deixou a disciplina dos crimes licitatórios a cargo do Código Penal, introduzindo-lhe os artigos 337-E a 337-P. O legislador, ainda, promoveu um recrudescimento penal tanto do ponto de vista horizontal (com uma nova infração em matéria licitatória, disposta no artigo 337-O do Código Penal), como vertical (com o incremento da pena restritiva de liberdade à maioria das criminalizações já existentes e retirando-se o limite máximo anteriormente estipulado à multa penal)⁷⁷⁶.

A despeito de tantas mudanças, a nova legislação não chegou a confrontar ou remediar importantes efeitos colaterais da lei de 1993, que se mostrava “*bastante disfuncional e antecipatória em termos jurídico-penais*”⁷⁷⁷. E uma dessas disfunções diz respeito à sobreposição sancionatória, tanto intrinsecamente ao direito penal como na relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos; II – contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria”.

⁷⁷³ Em matéria penal, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) é a atualmente vigente, tendo revogado os dispositivos correlatos constantes da Lei nº 8.666/1993 e introduzido a disciplina no Código Penal (artigos 337-E a 337-P). Já no que tange à matéria extrapenal, o novo diploma legal entrará em vigor dois anos após a sua publicação, isto é, em 1º de abril de 2023 (até esse momento, no entanto, a administração poderá optar por contratar ou licitar de acordo com a legislação antiga ou a nova). É o que estipulam os artigos 192 e 193 da Lei nº 14.133/2021.

⁷⁷⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 312 a 359-H do CP...*, cit., pp. 370-372.

⁷⁷⁵ Item 1.4.1.

⁷⁷⁶ Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 312 a 359-H do CP...*, cit., p. 372 e nr. 7.

⁷⁷⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 312 a 359-H do CP...*, cit., pp. 372. O autor continua, referindo-se à Lei nº 8.666/1993: “*Redações atécnicas, tipos penais de assessoriedade administrativa, questionáveis construções de perigo abstrato, sobreposição de incriminações e insegurança jurídica sancionatória eram os principais problemas constantes*”.

Cingindo-se, por enquanto, ao universo do direito penal, sobressai a propensão jurisprudencial de conferir aos crimes licitatórios uma autonomia *apriorística*, o que não chegou a ser contornado pela Lei nº 14.133/2021 – talvez, na realidade, a nova disciplina da matéria tenha apenas escancarado o problema.

Explica-se. Os tribunais tendem a rechaçar a possibilidade de um crime licitatório integrar um conflito aparente de normas, no qual, necessariamente, uma das normas está fadada a não prevalecer. Manifestam, no lugar, uma predisposição para o concurso material de crimes⁷⁷⁸.

Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça editou uma tese jurisprudencial expressamente refratária a qualquer relação de meio-fim entre as incriminações da Lei nº 8.666/1993 (hoje constantes do Código Penal) e os crimes de responsabilidade de prefeitos, dispostos no artigo 1º do Decreto-lei nº 201/1967⁷⁷⁹:

As infrações penais tipificadas na Lei n. 8.666/1993 não são meio necessário ou fase preparatória ou de execução para a prática de crimes de responsabilidade de prefeitos, tratando-se de delitos autônomos e distintos, a tutelar bens jurídicos diversos, não sendo possível a aplicação do princípio da consunção.

No processo de consolidação desse entendimento, também se alegou “*que os crimes descritos na Lei de Licitação e na Lei que trata dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos possuem objetividade jurídica diversa*”, o que conduziria à conclusão de que uns não poderiam ser absorvidos ou consumidos pelos outros⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ Keity Saboya jogou luz sobre essa problemática em seminário *on-line* conduzido junto ao portal Migalhas, em 1º de junho de 2021. SABOYA, Keity. Painel 1: Crimes contra Administração Pública [seminário online]. In: OLIVEIRA, Marlus Arns (coord). *Aspectos criminais da nova lei de Licitações* [seminário online]. Migalhas, 1º jun. 2021.

⁷⁷⁹ Trata-se da Tese nº 12 veiculada na Edição nº 134 da ferramenta do Superior Tribunal de Justiça “Jurisprudência em Teses”. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em 4 out. 2021. A tese foi consolidada a partir dos acórdãos proferidos nos seguintes processos: AgRg no HC 448057/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 06.12.2018, DJe 18.12.2018; HC 341341/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 16.10.2018, DJe 30.10.2018; AgRg no REsp 1388345/AL, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 17.05.2018, DJe 23.05.2018; AgRg no AREsp 621601/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 22.03.2018, DJe 05.04.2018; HC 261766/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 27.02.2018, DJe 08.03.2018; HC 275909/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 05.05.2015, DJe 14.05.2015.

⁷⁸⁰ STJ, HC 341341/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 16.10.2018, DJe 30.10.2018. Ainda, com relação aos crimes de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (hoje denominado “contratação direta ilegal”), diz-se que “*esta Corte Superior já rechaçou a alegada absorção do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 pelo ilícito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, tendo consignado que não há subsunção entre os crimes em comento, cujos bens jurídicos tutelados são distintos, não se podendo afirmar que o primeiro seria meio necessário para o último*”. STJ, HC 261766/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior,

Na experiência jurisprudencial brasileira, esse raciocínio não se limita à comparação entre os crimes licitatórios e os delitos de responsabilidade de prefeitos. Frequentemente, presume-se a autonomia dos crimes licitatórios, antes previstos em legislação extravagante, também em relação aos crimes contra a administração pública elencados no Código Penal, a exemplo do peculato.

Com efeito, ainda em 2019, o Superior Tribunal de Justiça apreciou suposta fraude ao certame licitatório que teria causado, a partir dos contratos firmados, prejuízo ao erário público. Negando a aplicabilidade do princípio da consunção, a turma julgadora ratificou o concurso material entre os crimes de fraude à licitação e de peculato, sob o seguinte argumento:

Firmou-se neste Sodalício que “Reconhecida a autonomia dos desígnios do paciente e a distinção dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, evidencia-se, no caso, a inaplicabilidade do princípio da consunção, dada a ocorrência isolada dos crimes, o que torna a inviável a absorção de um delito pelo outro” (HC 415.900/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).⁷⁸¹

O Supremo Tribunal Federal, seguindo pela mesma senda, chegou a afirmar que a “*prática dos atos de inexigibilidade indevida de licitação [seria] autônoma em relação ao delito de peculato: sem relação entre eles de necessidade da prática de um delito para o sucesso do outro*”. No Ação Originária nº 2.093, argumentou-se que “*a inexigibilidade da licitação não era uma etapa imprescindível para o sucesso do peculato, tendo havido a prática de crimes autônomos*”, o que frustraria a aplicação do princípio da consunção entre esses crimes⁷⁸².

Ainda no âmbito da Suprema Corte, confira-se a decisão que recebeu a denúncia oferecida nos autos do Inquérito nº 3.621/MA, que apurava “*supostas irregularidades na contratação e na celebração de aditivo, por dispensa de licitação, relacionados a obras no Ginásio Costa Rodrigues, na cidade de São Luís/MA, entre os anos de 2008 e 2009 (artigos 89 e 92 da Lei 8.666/92)*”. O pagamento antecipado do aditivo contratual pelo poder público levou a Corte a concluir por “*um juízo positivo de tipicidade do crime de peculato-desvio*”

Sexta Turma, j. em 27.02.2018, DJe 08.03.2018. No mesmo sentido, cf. STJ, HC 275909/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 05.05.2015, DJe 14.05.2015.

⁷⁸¹ STJ, AgRg no REsp 1.728.967/RN, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 23.04.2019, DJe 07.05.2019.

⁷⁸² STF, AO 2.093, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. em 03.09.2019, DJe 10.10.2019.

(artigo 312, *caput*, segunda parte, do Código Penal) simultaneamente aos crimes então dispostos nos artigos 89 e 92 da Lei nº 8.666/1993, entendendo pela autonomia entre os fatos⁷⁸³. A despeito de esses crimes licitatórios já preverem um prejuízo econômico à administração⁷⁸⁴, sequer se cogitou *bis in idem* com o crime de peculato⁷⁸⁵.

A partir desse quadro, alguns comentários merecem ser feitos. O principal deles é que nenhuma resposta pré-moldada, que afasta peremptoriamente o princípio da consunção, mostra-se conceitualmente inviável. Com isso, entreabre-se mais uma oportunidade (por óbvio, ilegítima) de *bis in idem*.

Em linha com o exposto no tópico 3.4, a incidência ou não desse princípio depende de uma análise casuística – que não perpassa pela investigação se um crime seria, em teoria, uma “*etapa imprescindível para o sucesso*” do outro, ao contrário do que já ensaiou a jurisprudência. Apenas a dinâmica dos fatos é capaz de indicar se, naquela situação específica, o conteúdo de um injusto foi contemplado pelo conteúdo do outro⁷⁸⁶.

⁷⁸³ STF, Inq 3621, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 28.03.2017, DJe 23.06.2017.

⁷⁸⁴ Ao menos enquanto elemento implícito do tipo, próprio de uma dinâmica contratual. Como explica Luciano Anderson de Souza, aliás, “*esse se mostra um filtro interpretativo adequado para fins de respeito à subsidiariedade penal, sem o que o tipo penal denotar-se-ia como mera infração de dever*”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 312 a 359-H do CP...*, cit., p. 389.

⁷⁸⁵ Dúvidas também podem permear a relação entre os crimes licitatórios e o de corrupção passiva majorada (artigo 317, §1º, do Código Penal), isto é, quando o funcionário público, em consequência da vantagem ou promessa, retarda, deixa de praticar ou o pratica o ato de ofício visado com infração de dever funcional. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso, debruçando-se sobre um caso nesses moldes, entendeu, por um lado, que “*não há falar-se em absorção do crime descrito no art. 89, da Lei nº 8.666/93 pelo ilícito previsto no art. 317, do Código Penal, mormente por não haver há subsunção entre os crimes em comento, cujos bens jurídicos tutelados são distintos, não se podendo afirmar que o primeiro seria meio necessário para o último*” e, por outro, que “*a condenação pelo crime de tentativa de fraude à licitação impede a incidência da causa de aumento prevista no art. 317, §1º, do Código Penal para o crime de corrupção passiva para se evitar o bis in idem, haja vista que a conduta perpetrada pelos acusados, servidores da Secretaria de Saúde, de praticar ato infringindo dever funcional se confunde com a referida majorante, a qual dispõe que a pena será aumentada se o agente deixa de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de procedimento licitatório, ou seja, infringir dever funcional*”. Decidiu-se, enfim, pelo concurso material entre o crime do artigo 89 da Lei 8.666/1993 (atualmente artigo 337-E do Código Penal – no caso, em sua forma tentada) com o crime de corrupção passiva sem incidência da causa de aumento (artigo 317, *caput*, do Código Penal). TJMT, APL 0009897-02.2007.8.11.0042, Rel. Des. Paulo da Cunha, Primeira Câmara Criminal, j. em 16.07.2019, DJe em 19.07.2019. Aqui, apesar de o princípio de *ne bis in idem* ter sido retomado para afastar a causa de aumento do artigo 317, §1º, do Código Penal, mas mantido o concurso material de crimes, indaga-se se a melhor solução não seria justamente a da unidade normativa, com a consunção do crime licitatório pelo de corrupção passiva majorada, capaz de esgotar o conteúdo material do injusto. Como essa discussão também exige um aprofundamento no tema da proporcionalidade da resposta penal, não será objeto específico de estudo deste trabalho.

⁷⁸⁶ Diferentemente de em uma relação de especialidade ou de subsidiariedade, que pode ser aferida no plano abstrato, na comparação especulativa entre os elementos de dois tipos penais.

Desse modo, não há obstáculos teóricos para que uma infração penal licitatória ocasionalmente figure como um *meio* ou *fim* para a realização de uma das condutas criminalizadas pelo Decreto-lei nº 201/1976 ou de outro crime contra a administração pública, ensejando aplicação do princípio⁷⁸⁷.

É igualmente inadequada a cumulação de respostas penais quando lastreada na mera diversidade de bens jurídicos em jogo. Como se vem defendendo⁷⁸⁸, a identidade de interesses tutelados não é um pressuposto necessário para o eventual reconhecimento de uma relação de consunção nem para a aplicação do princípio de *ne bis in idem* – e esse entendimento chegou a ser ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades⁷⁸⁹. Como sustentam Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar: “*não dispõe de qualquer fundamento sério a tese, hoje praticamente abandonada [pelo menos pela doutrina especializada], que exigia na consunção a identidade do bem jurídico ofendido pelos tipos consuntivo e consunto*”⁷⁹⁰.

Nada obstante, apenas para dirimir quaisquer dúvidas, nem mesmo é possível assumir que os bens jurídicos em questão seriam distintos; as infrações penais licitatórias, os delitos contra a administração pública e ao menos parte dos crimes dispostos no Decreto-

⁷⁸⁷ Cezar Roberto Bitencourt, ao analisar a relação entre os crimes de fraude à licitação (artigo 90 da Lei nº 8.666/1993 e atual artigo 337-F do Código Penal) e o crime do artigo 1º, inciso I, do Decreto Lei nº 201/1967, propõe uma outra solução a esse conflito aparente de normas: a aplicação do *princípio da especialidade*. Nas palavras do jurista: “*Veja-se que a conduta descrita no art. 1º, I, da Lei dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores prevê a punição do agente que, no exercício do mandato, acaba lesando o erário municipal através do desvio ou apropriação de bens ou rendas públicas. Ora, se isso encerra na mesma proteção vislumbrada pelo art. 90, in fine, da Lei de Licitações, sempre que houver a imputação de algum prejuízo à urbe pelo viciamento de licitação. Se o agente deu causa a algum expediente que violou a regular competição dos participantes do procedimento licitatório, e isso também ocasionar prejuízo financeiro ao Município, por óbvio que a imputação de ambos os dispositivos ao denunciado configurará dupla incriminação pelo mesmo fato*”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016, v.2, p. 91.

⁷⁸⁸ Vide os tópicos 3.3.1 (“Unidade de fatos”); 3.3.2 (“As limitações do critério do interesse juridicamente tutelado e a função da resposta sancionatória”); e 3.4 (“Ferramentas hermenêuticas para solucionar o concurso de normas”).

⁷⁸⁹ Repise-se o texto da Súmula 17 (“*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*”) e os precedentes exarados nos autos do REsp 1.294.411/SP (Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 03.02.2014) e AgRg no AREsp 1.823.600/PR (Rel. Min. Jesuíno Rissato, enquanto Desembargador Convocado do TJDF, Quinta Turma, j. em 24.08.2021, DJe 01.09.2021)

⁷⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 614.

lei nº 201/1967⁷⁹¹ resguardam o mesmo interesse, qual seja, *o regular funcionamento das atividades públicas*⁷⁹².

Luciano Anderson de Souza explica que a criação de um subsistema próprio para os crimes licitatórios, à época da elaboração da antiga Lei nº 8.666/1993, restringiu-se a uma opção político-legislativa por um diploma legal único e interdisciplinar que regulasse a matéria licitatória⁷⁹³. Essa separação topológica não teve relação com o interesse jurídico-penal tutelado pela lei. Tanto é que o jurista, antes mesmo da edição da Nova Lei de Licitações, propunha a regulamentação da disciplina dentro do Código Penal, seguindo a esteira da legislação italiana, “*tendo em vista que o interesse em jogo é exatamente o dos demais crimes contra a administração pública, bastante aproximado com o tema da corrupção*”⁷⁹⁴.

Hoje, com a introdução dos crimes licitatórios no Título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a administração pública, essa identidade entre bens jurídicos passa a ser expressamente reconhecida pelo ordenamento jurídico⁷⁹⁵. A medida de sistematização levada a cabo pelo legislador, nesse passo, apenas corrobora a fragilidade das justificativas empregadas para relativizar o princípio de *ne bis in idem*.

Ou seja, não se pode excluir a operatividade dos pressupostos do concurso aparente de normas de forma tão categórica e sob argumentos tão franzinos. O enunciado jurisprudencial que forjar aprioristicamente uma autonomia entre os crimes licitatórios e os demais crimes contra a administração pública, sem atinar para a dinâmica dos fatos, patrocina um recrudescimento penal de cunho simbólico, insubmisso à coerência interna da ordem jurídica⁷⁹⁶.

⁷⁹¹ Como os crimes dispostos nos três primeiros incisos de seu artigo 1º: “*I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; II – utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; e III – desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas*”.

⁷⁹² SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 90 e 101-104.

⁷⁹³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 102-103.

⁷⁹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 103.

⁷⁹⁵ Conforme observa Keity Saboya no evento *on-line* “Aspectos criminais da nova lei de Licitações” em 1º de junho de 2021. SABOYA, Keity. Painel 1: Crimes..., cit.

⁷⁹⁶ Idem.

4.3. O *bis in idem* na intersecção normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador

Este subcapítulo versa sobre uma segunda categoria de *bis in idem* identificada ao longo do trabalho: a sobreposição entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. A partir do exame da Lei Anticorrupção, da Lei de Improbidade e da Nova Lei de Licitações, todas inseridas no contexto de *combate à corrupção*, coloca-se à prova a operacionalidade do caráter transversal do princípio no sistema de justiça brasileiro.

4.3.1. Lei Anticorrupção

4.3.1.1. O “combate à corrupção” pela repressão à pessoa jurídica

No item 1.2 do Capítulo 1, o atual estágio do movimento anticorrupcional foi abordado a partir de uma perspectiva transnacional, que associa esse fenômeno delitivo aos processos de globalização econômica e de integração supranacional do fim do século XX.

Os atores envolvidos nessa dinâmica socioeconômica são inúmeros, entre eles Estados, organizações internacionais, agentes transnacionais, indivíduos e, evidentemente, empresas. Essas últimas são apontadas como peças-chave no desenvolvimento da nova criminalidade – inclusive, da corrupção⁷⁹⁷ –, para a qual tanto se buscará uma solução global. Dentro da estrutura empresarial, marcada pela hierarquização e pela divisão de tarefas, as instâncias de decisão são apartadas das instâncias de execução, e os subordinados em geral não dispõem da informação necessária para avaliar as consequências ou a periculosidade do próprio comportamento⁷⁹⁸. Nessas condições, além de ser difícil distinguir o autor material do delito, também se torna custoso discernir se o crime resultou de uma conduta isolada ou orquestrada por aqueles com cargos diretivos⁷⁹⁹.

Bernd Schüneman, ao discorrer sobre o tema, defende que o delito empresarial, apesar de ao fim e ao cabo ser cometido por indivíduos, é muito adstrito a uma *atitude*

⁷⁹⁷ ABOSO, Gustavo Eduardo. *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública*: Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional. Montevideo: B de F, 2018, pp. 85-86.

⁷⁹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas. In: BERNAL CUÉLLAR, Jaime (coord). *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal*: homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 269-306, p. 270-276.

⁷⁹⁹ ABOSO, Gustavo Eduardo. *Responsabilidad penal de...*, cit., p. 86.

criminal coletiva, isto é, ao espírito de grupo e à pluralidade de processos de aprendizagem condescendentes ou até favoráveis à ofensa a bens jurídicos por parte de seus membros⁸⁰⁰. Gustavo Eduardo Aboso, do mesmo modo, explica como a organização e a direção de uma empresa criam uma *cultura corporativa* própria, que influi (quando não determina) o processo de tomada de decisões e o modo de execução dos fins empresariais⁸⁰¹.

Entre as muitas categorias dogmáticas desafiadas pela criminalidade da empresa, observam-se fissuras na ideia individualista do delito e do delinquente. Rompe-se a ideia – tão intuitiva – do delito enquanto *malum in se*, atribuível àquele que voluntariamente lhe deu causa, bem como se desmancha o antigo consenso de que pessoas jurídicas não poderiam cometer delitos. No lugar, ao fim do século XX, presencia-se a *entrada triunfal* (e efetiva acomodação) do conceito anglo-saxão de delito da empresa (*corporate crime*) nos ordenamentos jurídicos de *civil law*⁸⁰². Em 2020, até mesmo na Alemanha, país historicamente refratário à responsabilização penal da pessoa jurídica, passou a tramitar projeto de lei para a instituir⁸⁰³.

⁸⁰⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Nuevas tendencias internacionales..., cit., p. 273. Nas palavras do jurista, a forma de organização empresarial “*conduz sensivelmente, como última consequência, no contexto de uma imputação jurídico-penal individualizadora, a uma irresponsabilidade organizada de todos*”. Idem, p. 275, tradução livre.

⁸⁰¹ ABOSO, Gustavo Eduardo. *Responsabilidad penal de...*, cit., pp. 87-88.

⁸⁰² SCHÜNEMANN, Bernd. Nuevas tendencias internacionales..., cit., pp. 280. A título exemplificativo, na Espanha, foi com o Código Penal de 1995 que passou a disciplinar a matéria, no Título VI de seu Livro I, mais precisamente no artigo 129: “*1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7*”. Para José Miguel Zugaldía Espinar, a lei espanhola previu verdadeiras penas às pessoas jurídicas. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Las penas previstas en el artículo 129 del código penal para las personas jurídicas. *Revista del poder judicial*, Madrid, n. 46, p. 327-342, 2º trim. 1997, p. 330. Já Santiago Mir Puig, por sua vez, as respostas penais previstas à pessoa jurídica pela lei espanhola não seriam de penas criminais propriamente ditas, mas sim uma terceira via entre elas e as medidas de segurança. MIR PUIG, Santiago. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coord). *Estudios penales en recuerdo del Professor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 741-763, p. 741.

⁸⁰³ O “*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*”, que pode ser traduzido como o Projeto de Lei para o Fortalecimento da Integridade na Economia. Disponível em

Há, por outro lado, autores que veem no direito administrativo sancionador – e não no direito penal – uma via adequada para atribuir sanções ao ente coletivo, com maior ou menor caráter aflagrante, ou lhe impor exigências organizativas, voltadas à sua reestruturação⁸⁰⁴. A escolha política-criminal entre o direito penal e o administrativo sancionador traz, indubitavelmente, consequências práticas significativas, pertinentes aos atos formais que compõem o processo (ou procedimento) de aferição de responsabilidade, aos pressupostos para que essa responsabilidade seja atribuída ou não ao sujeito, à autoridade competente para apreciar o caso, entre outros⁸⁰⁵.

Sem embargo, a distinção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador não pode ofuscar a expressiva confluência entre eles, nem conduzir a falsas presunções, a exemplo daquela que alardeia a independência entre essas instâncias. Ao fim e ao cabo, esses dois campos do direito desempenham o mesmo papel de tutelar bens jurídicos, dando vazão à potestade sancionadora do Estado⁸⁰⁶ – e, nesse ponto, as reflexões desenvolvidas no Capítulo 3 são valiosas, sobretudo aquelas constantes do tópico “3.5. *O bis in idem nas interfaces entre o direito penal e direito administrativo sancionador*”.

Especialmente quando se examina o princípio de *ne bis in idem*, a escolha do legislador entre um e outro ramo do direito para disciplinar determinada matéria não altera, por si só, o *fundamento* da consequência jurídica estipulada, que, no caso, expressa um *caráter punitivo*, perseguindo finalidades preventivas e retributivas. Aliás, é por isso que se reconhece a operatividade *transversal* da proibição de *bis in idem*, isto é, mesmo quando as

<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em 23 out. 2021.

⁸⁰⁴ Bernd Schünemann, por exemplo, propõe a imposição de um regime de curatela da empresa, caracterizado como “*uma medida de vigilância específica que deixa intacta a atividade executiva do administrador, dos administradores ou do conselho de administração, mas que garanta uma transparência das atividades da empresa no futuro*”. Para o jurista, a solução, por um lado, é capaz de reduzir os delitos empresariais no futuro e, de outro, traz efeitos até mesmo anteriores à sua imposição, com a diminuição do prestígio dos indivíduos ou órgãos colegiados representantes da empresa. No mais, a mera ameaça desse tipo de intervenção seria apta a produzir efeitos preventivos-gerais mais satisfatórios do que as sanções convencionais prescritas à pessoa jurídica. SCHÜNEMANN, Bernd. *Nuevas tendencias internacionales...*, cit., pp. 295-309, sobretudo pp. 301-302, de onde se extraiu o trecho em tradução livre.

⁸⁰⁵ Frise-se que, na realidade brasileira, o conjunto de garantias asseguradas do acusado tende a ser mais robusto na persecução penal do que na apuração administrativa-sancionadora. De todo modo, defende-se, como se desenvolveu no item 3.5.1, que ambos os ramos do direito devam compartilhar de um mesmo sistema de garantias irrenunciáveis, sem ignorar, contudo, suas particularidades.

⁸⁰⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A recorrente busca...*, cit., p. 272.

normas concorrentes apresentarem origens diferentes, uma no direito penal e outra no direito administrativo sancionador⁸⁰⁷.

É a partir dessa perspectiva que será escrutinado um importante instrumento do *combate à corrupção*: a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, batizada de Lei Anticorrupção.

4.3.1.2. A Lei Anticorrupção e a discussão sobre sua natureza

Ainda que a Lei Anticorrupção figure como um subproduto da expansão do direito penal, seu conteúdo foi desde logo reivindicado pelo direito administrativo sancionador. Nos termos de seu artigo 1º, o texto legal se propõe a dispor “*sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*”.

A literalidade do dispositivo sugere que o legislador teria optado por uma via extrapenal para a tutela do bem jurídico em jogo, em louvável respeito ao corolário da *ultima ratio* e na contracorrente do senso comum. Para alcançar uma maior racionalidade no enfrentamento da corrupção praticada por pessoas jurídicas, ter-se-ia abdicado de uma resposta mais gravosa e simbólica, em uma iniciativa que chegou a ser elogiada por uma parcela da doutrina⁸⁰⁸.

Entretanto, essa hipótese não se comprovou verdadeira⁸⁰⁹.

Em primeiro lugar, a opção por um tratamento extrapenal à matéria pode ser interpretada como uma forma de escapar a objeções sobre sua inconstitucionalidade⁸¹⁰, já

⁸⁰⁷ Frise-se: desde que presentes todos os pressupostos de aplicação do princípio: a unidade de fatos, a unidade de sujeitos e a unidade de fundamentos.

⁸⁰⁸ A exemplo de Vicente Greco Filho, para quem, “*no que concerne a punições aplicáveis a empresas, alguns países optaram por inseri-las na responsabilidade penal, posição que entendemos imprópria e inadequada, por não ser objeto próprio do Direito Penal o tratamento de desvios empresariais, em virtude de vários argumentos e princípios de Direito Penal, inclusive, o da personalidade e da culpa. Mais inteligente foi a nossa legislação que, por meio da lei comentada, instituiu medidas anticorrupção punindo empresas que pratiquem atos contra a Administração ligados à corrupção de agentes público ou análogos, nela relacionados, com sanções de natureza civil e administrativa*”. GRECO FILHO, Vicente. O combate à corrupção e lei de responsabilidade de pessoas jurídicas. *Revista Jurídica da ESMP*, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 15-30, 2016, p. 24.

⁸⁰⁹ Nesse sentido, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 239.

⁸¹⁰ Pretensão que não necessariamente se mostrou bem-sucedida. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal...*, cit., p. 309.

que a Constituição Federal não admite expressamente a responsabilização penal de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública⁸¹¹.

Mais do que isso, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 6.826-A/2010, que deu origem à Lei Anticorrupção, já indicava que a escolha por um regime classificado como *civil e administrativo* tinha o propósito de evitar o conjunto de garantias processuais e materiais características da seara penal. No lugar de referendar o papel subsidiário da intervenção penal, o projeto manifesta, sem constrangimentos, o intuito de afastar um estatuto tido como pouco célere na aplicação de punições. Assim, seria possível aplacar com mais agilidade o sentimento de impunidade tão atrelado ao fenômeno da corrupção no Brasil.

A Exposição de Motivos não defende que os bens jurídicos dispostos na Lei Anticorrupção, apesar de dotados de dignidade penal, poderiam ser resguardados por uma via menos hostil, mas sim que o direito penal seria um empecilho à atribuição de responsabilidade:

Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção.⁸¹²

Nesse sentido, a responsabilização objetiva⁸¹³ é anunciada como uma vitória do movimento de *combate à corrupção*, por superar “*a dificuldade probatória de elementos*

⁸¹¹ Em linha com o que observa BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. *Conjur*, 08/07/2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>>. Acesso em 24 out. 2021. De todo modo, aqui se defende que a Constituição Federal não prevê – ao menos não de modo incontroverso – a responsabilização *penal* de pessoas jurídicas em nenhuma circunstância. O que texto constitucional estabelece é que “*a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*” (artigos 173, parágrafo 5º) e que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*” (artigo 225, parágrafo 3º). Note-se que, enquanto o parágrafo 5º do artigo 173 não faz qualquer menção a uma responsabilização *penal*, o texto do parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal permite a interpretação de que as pessoas físicas e jurídicas estariam sujeitas, *respectivamente*, às sanções penais e administrativas por atos lesivos ao meio ambiente, de modo que os entes coletivos apenas estariam sujeitos a um regime sancionatório administrativo.

⁸¹² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010>. Acesso em 24 out. 2021.

⁸¹³ Diz-se, efetivamente, que, “*a pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles*”, ou seja, a despeito de culpa ou dolo na prática do ilícito. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010>. Acesso em 24 out. 2021.

*subjetivos, como a vontade de causar dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais*⁸¹⁴. Os efeitos desse regime na apuração e apreciação de supostas lesões à máquina pública são nítidos: torna-se prescindível a comprovação de dolo ou culpa por parte das pessoas naturais e jurídicas envolvidas para o embasamento da condenação dessas últimas⁸¹⁵.

A lógica de responsabilização objetiva torna-se ainda mais inusitada quando se examina o conteúdo do texto aprovado. Como será mais bem examinado adiante, os ilícitos da Lei Anticorrupção se confundem com os tipos penais *dolosos* dirigidos a pessoas naturais, o que levanta o questionamento sobre a legitimidade dessa responsabilização sem culpa e sobre os limites da investigação conduzida por autoridades estranhas à esfera penal. Outrossim, também como se verá, as sanções previstas pela Lei Anticorrupção coadunam-se com os efeitos da condenação penal e com as penas já estipuladas no ordenamento aos entes coletivos, restritas aos crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998) – isso quando não são ainda mais gravosas⁸¹⁶.

Tudo isso leva parte da doutrina a concluir que a Lei Anticorrupção, embora não esteja aos cuidados do direito penal, não passa de uma *lei penal encoberta*⁸¹⁷ ou de uma lei que *representa conteúdo material penal*⁸¹⁸, com amplo potencial de restrição de direitos e repercussão na aplicação de condenações penais. O regime penal, realmente, parece ser o mais compatível com o desvalor veiculado pela Exposição de Motivos e pelo próprio

⁸¹⁴ *Idem*.

⁸¹⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo..., pp. 1-2. BAZO, Andressa Loli; TOJAL, Tarsila Fonseca. Lei Anticorrupção: Direito Administrativo Sancionador e sua interface com o Direito Penal. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 1, ano 1, pp. 165-183, jan./mar. 2020, p. 172.

⁸¹⁶ “*Quanto aos atos ilícitos, quase todos têm correspondente na seara criminal, com uma ou outra distinção peculiar*” e “*quanto às consequências/sanções, sua extensão e gravidade são equiparadas às penais. Uma breve passagem de olhos pelas sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas previstas na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) demonstra que estas são mais brandas do que as instituídas pela lei pretensamente administrativa de combate à corrupção*”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção..., cit. Cf. também BAZO, Andressa Loli; TOJAL, Tarsila Fonseca. Lei Anticorrupção: Direito..., cit., pp. 171-179; OLIVEIRA, Marlus Arns de. Da impossibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas frente à Lei Anticorrupção - Lei n. 12.846/13. In: DE BEM, Leonardo Schmitt (org). *Estudos de Direito Público: aspectos penais e processuais*. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2018, v. 1, pp. 487-489, p. 489.

⁸¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção..., cit.

⁸¹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, *direito penal...*, cit., p. 308. Os autores abordam ainda as diversas “lógicas penais” que estariam incrustadas na legislação. Ainda sobre o tema, cf. SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. *Conjur*, 05/02/2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptao-carater-penal>>. Acesso em 24 out. 2021.

conteúdo da norma, muito além do rótulo criado pelo legislador⁸¹⁹. Apesar de em tese figurar como *administrativa* e *civil*, a lei curva-se perante um expansionismo penal para todos os efeitos, aproveitando-se de uma máscara que a imuniza do ônus democrático que são as garantias penais⁸²⁰.

4.3.1.3. *A Lei Anticorrupção e a proibição de bis in idem dentro do direito administrativo sancionador: um excursus oportuno*

A controvérsia em torno da natureza da Lei n.º 12.846/2013 ilustra bem o caráter impetuoso do movimento de *combate à corrupção*, que se vangloria de driblar a racionalidade intrínseca do ordenamento jurídico, sem perceber que, dessa forma, perde em legitimidade. Também relacionado a esse tema, muito se questiona o quanto a lei representou uma inovação normativa ou, pelo contrário, se mostrou mais propensa a criar espaços de sobreposição entre normas, sobretudo dentro do direito administrativo sancionador⁸²¹.

⁸¹⁹ Do contrário, como aponta Pierpaolo Cruz Bottini, “*bastará transformar crimes e penas em ilícitos administrativos para deixar de lado todas as garantias que a custo tornaram-se indispensáveis em um direito penal ambientado em um Estado Democrático de Direito*”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Lei Anticorrupção...*, cit.

⁸²⁰ Essa problemática também já foi abordada em BAZO, Andressa Loli; TOJAL, Tarsila Fonseca. *Lei Anticorrupção: Direito...*, cit; LIPPEL, Manuella Cristina Navarro. A multa prevista pelo artigo 6º, I, da Lei Anticorrupção (12.846/2013), e a possibilidade de aplicação dos *Engel criteria*. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v.3, ano 1, pp. 13-32, jul./set. 2020, pp. 25-28; LUCCHESI, Guilherme Brenner. Da expansão do direito penal para a expansão para além do direito penal: uma análise a partir dos mecanismos de controle social instituídos pela lei anticorrupção (lei n. 12.846/2013). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Florianópolis, n. 1, p. 189-210, 2017, p. 204. Sabe-se, de todo modo, que muitos autores ratificam a natureza extrapenal da Lei Anticorrupção. Helena Regina Lobo da Costa, por exemplo, sustenta que a lei instituiu modalidades de responsabilidade administrativa (nem penal, nem civil, portanto). Ao refutar a natureza penal da Lei Anticorrupção, a jurista sustenta o seguinte: “*O âmbito penal define-se, sobretudo, a partir da natureza de sua sanção. É o único ramo do direito que aplica pena. É verdade que o gênero pena não se resume à pena privativa de liberdade, englobando uma série de outras espécies, tais como a prestação de serviço à comunidade, a limitação de fim de semana, a multa, dentre outras. Contudo, a previsão de imposição de pena a um dado comportamento faz com que incida todo o aparato persecutório penal – ou seja, a questão será tratada pela Polícia, pelo Ministério Público, pelo Juiz criminal etc. Todo esse sistema traz consigo consequências no plano comunicativo que não podem ser ignoradas, diferenciando-o dos demais campos do direito. Por isso, ainda que algumas sanções possam ser aplicadas tanto pelo direito penal quanto pelo direito administrativo sancionador – como multa, restrições de direitos, etc. –, quando consideradas como pena, trarão a aplicação do sistema penal, diferenciando-a do campo administrativo. Ademais, nossa Constituição não permite o estabelecimento de responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito de condutas praticadas contra a administração*”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., pp. 3-5. Também negando a natureza penal da lei, mas, assim como Costa, sem deixar de adotar uma perspectiva crítica, cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilização penal da...*, cit., pp. 312-323; OLIVEIRA, Marlus Arns de. Da impossibilidade de..., cit., p. 488.

⁸²¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., p. 12.

O contexto de aprovação da lei – a toque de caixa – já anunciava uma reduzida preocupação em introduzir seus institutos de forma sistêmica ao ordenamento jurídico. O texto final não priorizou o diálogo com outras normas de caráter sancionatório voltadas à tutela do mesmo bem jurídico, nem pretendeu equacionar as situações em que mais de uma instituição estatal é competente para apurar e sancionar os mesmos atos ilícitos⁸²².

Não obstante o objetivo com a nova legislação fosse “*suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos*”⁸²³, identifica-se a reprodução de sanções com o mesmo escopo, para condutas já sancionadas pelo direito brasileiro e em relação a entes coletivos já sujeitos a esse mesmo tipo de sancionamento⁸²⁴.

Dentro do universo administrativo sancionador, a evolução do panorama de sobreposições promovido pela Lei Anticorrupção, em seus aspectos positivos e negativos, é digna de menção, apesar de não ser o objeto do presente trabalho.

A seguir, serão esboçadas as possibilidades de *bis in idem* (i) intrínsecas à Lei Anticorrupção; (ii) em sua relação com outras leis do direito administrativo sancionador, o que sofreu grandes alterações no ano de 2021; e (iii) no contexto do acordo de leniência.

Primeiro: a própria norma estabelece dois regimes sancionatórios diversos – um pela via *administrativa* e outro pela via *judicial* – e, apesar de ambos compartilharem o mesmo viés punitivo, se reportarem aos mesmos fatos e terem como destinatários as mesmas empresas infratoras, sua cumulação é expressamente autorizada pelo artigo 18: “*Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial*”. Ou seja, a mesma conduta contra a administração

⁸²² TOJAL, Sebastião Botto de Barros; BISSOLI, Leonardo. Comentário geral ao..., cit. Como afirmam os autores, ainda, “*diante das dificuldades de operacionalização dos acordos de leniência e a ausência de integração sistêmica da Lei nº 12.846/2013 no âmbito do direito sancionatório, o Governo Federal expediu a MP nº 703/2015 para tentar corrigir as falhas do projeto original, a qual foi duramente criticada por representantes de órgãos de controle da Administração e, consequentemente, não foi convertida em lei*”.

⁸²³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010>. Acesso em 24 out. 2021.

⁸²⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., p. 12.

pública poderá ensejar dois processos de responsabilização distintos, um judicial e outro administrativo, cada um com seu conjunto de castigos⁸²⁵.

Ainda em uma análise restrita aos termos da Lei Anticorrupção, o quadro de reiteração punitiva pode se tornar ainda mais delicado, dada a multiplicidade de autoridades competentes para conduzir o processo de apuração dos fatos e aplicação de sanção. No caso da responsabilidade pela via administrativa, essa incumbência recai sobre a “*autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário*”, sendo que, no âmbito do Poder Executivo federal, também a Controladoria-Geral da União detém competência concorrente para instaurar o processo administrativo ou para avocar os já instaurados para examinar sua regularidade ou corrigir-lhes o andamento (artigo 8º, *caput* e §1º). Já em relação à responsabilidade pela via judicial, a competência é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todos “*por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes*”, bem como do Ministério Público (artigo 19, *caput*). É dizer, a depender do contexto, torna-se possível a instauração de múltiplos processos pela via administrativa e outros tantos pela via judicial em relação a um mesmo fato, sem que a lei tenha estabelecido regras para coordenar essas hipóteses⁸²⁶⁻⁸²⁷.

Partindo agora para um cenário mais abrangente, muitas críticas foram direcionadas ao artigo 30 da Lei n.º 12.846/2013, por criar um franco espaço de sobreposição

⁸²⁵ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., pp. 2-3. Como explica a jurista, “o único dispositivo legal que vincula os dois procedimentos é o art. 20, ao prever que, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, tendo havido omissão das autoridades competentes em promover a responsabilidade administrativa, poderão ser aplicadas também as sanções decorrentes da responsabilidade administrativa”. E, ainda assim, o dispositivo autoriza a aplicação *conjunta* dessas sanções.

⁸²⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., pp. 2-3. A autora traz um exemplo de hipótese de sobreposição processual: “Basta imaginar um ato cometido por certa empresa contra a administração pública que envolva valores pagos por meio de convênio da União com um Município. Pela lei, tanto a União quanto o Município podem instaurar processos administrativos e propor ações judiciais para a responsabilização da empresa, pelo mesmo e idêntico fato”.

⁸²⁷ Para piorar, no caso do rito administrativo, o administrado nem mesmo poderia contar com uma uniformidade dos procedimentos apuratórios conduzidos pelas diferentes autoridades competentes, que a Lei n.º 12.846/2013 deixou de regulamentar ela própria. A matéria só foi disciplinada mais de um ano depois, pelo Decreto n.º 8.420/2015. Luciano Anderson de Souza, no primeiro ano de vigência da Lei Anticorrupção, tratou do tema em duas oportunidades: na primeira, enquanto uma potencial fonte de distorções entre os entes da federação e, na segunda, enquanto um temor que, até aquele momento, havia se comprovado verdadeiro. SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n.º 256, pp. 4-5, mar. 2014, p. 4; SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n.º 260, pp. 11-12, jul. 2014.

com outras normas de direito administrativo sancionador⁸²⁸. Em sua redação atual⁸²⁹, o dispositivo diz o seguinte:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:
I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992; e
II – atos ilícitos alcançados pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Mesmo antes do ano de 2021, essa previsão legal já era alvo de desconfiança. Seu inciso I, ao assegurar a independência dos processos de responsabilização decorrentes da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa, parecia permitir o múltiplo sancionamento da empresa pelo mesmo fato – com a agravante de que, até então, a definição legal do ato ímprobo era absolutamente vaga, compreendendo qualquer ação ou omissão que violasse “*os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*” (artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, em sua redação original). Para impedir a incursão em *bis in idem*, a única interpretação possível da norma foi a desenvolvida por Sebastião Botto de Barros Tojal, para quem a Lei Anticorrupção teria derogado a Lei de Improbidade Administrativa no que tange à sua aplicação a pessoas jurídicas⁸³⁰. Assim, o ambíguo artigo 30, inciso I, limitar-se-ia a dispor que a responsabilização das *pessoas jurídicas* pelos atos previstos na Lei Anticorrupção não afetaria os processos de responsabilização das *pessoas naturais* por atos de improbidade administrativa⁸³¹. O entendimento de Tojal, aliás, viria a ser acolhido, anos depois, pelo artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei n.º 8.429/1992, introduzido pela Lei n.º 14.230/2021⁸³².

A seu turno, o inciso II do artigo 30 da Lei Anticorrupção mostrou-se igualmente descuidado, propiciando outra zona de sobreposição sancionatória⁸³³. A Lei n.º 8.666/1993,

⁸²⁸ A exemplo de SOUZA, Luciano Anderson de. *Lei Anticorrupção: avanços...*, cit., p. 4; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem e Lei...*, cit., p. 10.

⁸²⁹ Enquanto perdurou a vigência da Medida Provisória n.º 703/2015, o rol disposto no referido artigo também incluía “*infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei n.º 12.529, de 2011*”.

⁸³⁰ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo...*, cit., pp. 2-3.

⁸³¹ Em consonância, aliás, com o artigo 3º da Lei Anticorrupção: “*A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito*”. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo...*, cit., p. 4.

⁸³² Que prescreve: “*As sanções desta Lei [de Improbidade] não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013*”.

⁸³³ Também conforme COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem e Lei...*, cit., p. 3. Em sentido contrário, cf. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo...*, cit., pp. 6-7.

então vigente, já previa sanções de caráter punitivo e preventivo às empresas e profissionais que praticassem atos ilícitos no contexto licitatório em seu artigo 88, incisos II e III⁸³⁴, enquanto a Lei n.º 12.462/2011, ao regulamentar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o fazia em seu artigo 47, incisos V e VI⁸³⁵.

Em 2021, porém, duas leis trouxeram um novo colorido a esse cenário: a Lei n.º 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações) e a Lei n.º 14.230/2021, que reformou a Lei de Improbidade Administrativa. A maior receptividade ao princípio de *ne bis in idem* é visível, mas é também um indicativo do quanto ainda falta para uma efetiva integração sistêmica das normas do direito administrativo sancionador – e destas com as do direito penal.

A Nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021) sinalizou um modelo sancionatório mais ostensivo que a legislação anterior, mas ainda com “*ampla margem subjetiva para aplicação de rigorosas sanções a condutas infracionais genéricas, cuja tipicidade é construída por meio da utilização demasiada de conceitos jurídicos indeterminados*”⁸³⁶. Há, em seu artigo 155⁸³⁷, todo um rol de infrações administrativas no contexto licitatório, que engloba desde irregularidades contratuais (incisos I a VII) até

⁸³⁴ “Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”. As sanções referidas pelo artigo são as de “III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos” e “IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

⁸³⁵ “Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: (...) V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal”.

⁸³⁶ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; BISSOLI, Leonardo. Comentário geral ao..., cit.

⁸³⁷ “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I – dar causa à inexecução parcial do contrato; II – dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III – dar causa à inexecução total do contrato; IV – deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V – não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI – não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII – apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX – fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI – praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII – praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

comportamentos mais graves (incisos VIII a XII), inclusive qualquer dos atos tipificados no artigo 5º da Lei Anticorrupção⁸³⁸. Para essas condutas mais reprováveis, o artigo 156 da nova lei comina as sanções igualmente mais severas: multa, impedimento de licitar e contratar e, enfim, declaração de inidoneidade⁸³⁹.

A comunicabilidade entre a Lei n.º 12.846/2013 e a Lei n.º 14.133/2021 – antes limitada a uma reivindicação da doutrina – passou a ser reconhecida expressamente nesta última. O artigo 159 da Nova Lei de Licitações institui a apuração conjunta, nos mesmos autos, das infrações administrativas que possam incidir em ambas as normas simultaneamente⁸⁴⁰, elegendo-se o rito administrativo da Lei Anticorrupção. Isso representou um avanço substancial em termos de uma maior integração do direito administrativo sancionador: o princípio de *ne bis in idem*, ao menos em sua vertente processual, desta vez não passou completamente despercebido pelo legislador.

⁸³⁸ Note-se que todas as infrações previstas no artigo 155, incisos VIII a XII, da Nova Lei de Licitações estão contempladas na Lei Anticorrupção (artigo 5º, sobretudo seu inciso IV), apesar de o inciso XII do artigo 155 daquela primeira ensejar interpretação diversa. Cf. TOJAL, Sebastião Botto de Barros; BISSOLI, Leonardo. Comentário geral ao..., cit.

⁸³⁹ “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. (...) § 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. § 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei. § 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. § 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos. (...) § 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do caput deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do caput deste artigo. § 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente. § 9º A aplicação das sanções previstas no caput deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública”.

⁸⁴⁰ “Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei”.

Todavia, o texto legal não está livre de imperfeições e, em alguns aspectos, demanda uma interpretação sistêmica que sua literalidade deixou de calcular. Sebastião Botto de Barros Tojal e Leonardo Bissoli apontam (i) para a impossibilidade de cumulação das sanções de multa previstas pelas leis de nº 12.846/2013 e 14.133/2021, devendo prevalecer a mais benéfica à empresa infratora e (ii) para a necessidade de que o regime de responsabilização seja aquele subjetivo, tal como prevê a Nova Lei de Licitações, de modo que a punição da pessoa jurídica conte com a aferição de dolo ou culpa no cometimento do ato ilícito. Nesse último aspecto, os autores consideram que a Nova Lei de Licitações tenha derogado tacitamente a Lei Anticorrupção em relação a seu regime de responsabilização objetiva para apuração de atos ilícitos em licitações e contratos administrativos⁸⁴¹. Outrossim, não houve qualquer dispositivo na Nova Lei de Licitações que melhor a integrasse com a Lei de Improbidade ou com *outras* normas do direito administrativo sancionador, novamente deixando isso a cargo de uma interpretação sistêmica por parte do operador do direito⁸⁴².

Também em 2021, como já se afirmou, a Lei de Improbidade Administrativa foi sensivelmente alterada. Isso foi o resultado de um esforço legislativo orientado por exigências por maior racionalidade no âmbito do direito administrativo sancionatório. Entre as novidades, o *ne bis in idem* passou permear diversos dos dispositivos da lei, ainda que sem atingir todo seu potencial garantidor.

Do que interessa ao presente tópico, nota-se como o legislador fez uso da vedação ao *bis in idem* para melhor gerir a relação entre a Lei de Improbidade e a Lei Anticorrupção.

Agora, os artigos 3º, parágrafo 2º, e 12, parágrafo 7º, da Lei n.º 8.492/1992 dizem, respectivamente, que “*as sanções desta Lei [de Improbidade] não se aplicarão à*

⁸⁴¹ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; BISSOLI, Leonardo. Comentário geral ao..., cit. Para eles, “*a Lei nº 14.133/2021 absorveu expressamente os tipos de ilícitos administrativos previstos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, especificamente aqueles elencados no inciso IV, referentes aos atos ilícitos praticados no âmbito das licitações e contratações públicas. Como consequência, a Nova Lei de Licitações inseriu a apuração e julgamento de tais ilícitos administrativos sob o seu regime de responsabilidade, no qual é necessária a avaliação dos elementos subjetivos (dolo ou culpa) da pessoa jurídica infratora para o fim de caracterizar a sua culpabilidade e consequente punição*”.

⁸⁴² Destaca-se apenas que o artigo 161, parágrafo único, da Nova Lei de Licitações estabelece que caberá ao Poder Executivo regulamentar a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções – entre aquelas de seu artigo 156, incisos I a IV – aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013” e que “as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei [de Improbidade] e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem”. É dizer, a pessoa jurídica que infringir a Lei Anticorrupção não poderá ser processada ou sancionada conforme a Lei n.º 8.492/1992, ainda que sua conduta também possa ser caracterizada como ato de improbidade administrativa⁸⁴³.

A inovação indica o aperfeiçoamento da potestade punitiva do Estado, que progressivamente passa a se aperceber unitária⁸⁴⁴. Trata-se, entretanto, de um processo a conta-gotas; até mesmo a nova redação da Lei de Improbidade Administrativa, por mais arrojada que seja, perdeu a oportunidade de invocar o *ne bis in idem* de forma mais abrangente, para além da sobreposição entre os atos ímprobos e os ilícitos da Lei Anticorrupção – com efeito, não houve qualquer referência à Nova Lei de Licitações nem a tantas outras. Mais produtivo seria reconhecer o princípio como o maestro da relação de todas as normas do direito sancionatório entre si, sem deixar espaço para interpretações equivocadas em sentido contrário.

Por fim, resta apontar um terceiro espaço de sobreposição que a Lei Anticorrupção deixou descampado, relacionado ao instituto do acordo de leniência. Ao celebrar esse instrumento de direito negocial, a pessoa jurídica infratora se compromete a colaborar com a apuração do ato ilícito, cessar seu envolvimento na infração investigada, admitir sua responsabilidade e assumir as sanções estipuladas, entre outras medidas. O acordo não exime a empresa de reparar integralmente o dano causado, mas a isenta das sanções de publicação extraordinária da sanção condenatória (artigo 6º, inciso II, da lei) e de proibição temporária de receber recursos públicos (artigo 19, inciso IV), bem como implica a redução em até $\frac{2}{3}$ (dois terços) do valor da multa aplicável.

⁸⁴³ Com isso, ratificou-se a interpretação que Sebastião Botto de Barros Tojal havia conferido ao artigo 30, inciso I, da Lei Anticorrupção anos antes, em trabalho de 2014. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo..., cit.

⁸⁴⁴ De todo modo, não deixa de ser curioso que o *ne bis in idem* tenha tido seu caráter constitucional enfim cunhado no ordenamento jurídico brasileiro por uma lei infraconstitucional e extrapenal, não pela própria Constituição.

O acordo restringe-se às infrações previstas na própria Lei Anticorrupção e na Lei de Licitações e, nessa medida, representa uma *armadilha jurídica*. Sua celebração não impede – em verdade, instiga e municia – a responsabilização criminal e administrativa das pessoas naturais por detrás da empresa, sem que haja um empenho legislativo para que elas também sejam contempladas pelo acordo e incentivadas a cooperar⁸⁴⁵⁻⁸⁴⁶.

Ainda, o acordo de leniência, tal como previsto pela Lei Anticorrupção, causou um grande incômodo logístico, resultante da fragmentação institucional do poder público. Como observa Sebastião Botto de Barros Tojal, ao prefaciar obra de Igor Tamasauskas, os acordos de leniência tornaram-se um desafio à segurança jurídica dos administrados, porque manejados por “*um aparelho que não retrata mais um centro único de gravidade, mas que, ao contrário, ambienta diversos centros de poder, cada qual com suas próprias atribuições e competências*”⁸⁴⁷.

A lei confere poderes à “*autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública*” para negociar e firmar acordos de leniência. Apesar de ser evidente que o acordo celebrado por uma autoridade vincule as demais – todas, afinal, representam um mesmo Estado –, faltou aos órgãos públicos superar certo antagonismo institucional⁸⁴⁸. As disputas entre eles,

⁸⁴⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 240-243. O engendramento dos institutos da leniência e da colaboração premiada, como defende o autor, constituiria uma estratégia de pragmatismo: “*A assunção de responsabilidades na esfera administrativa por parte da pessoa jurídica, gerando-se consecutórios sancionatórios mitigados, muitas vezes dar-se-á por parte das pessoas responsáveis, em maior ou menor medida, pelos ilícitos. Por essa razão, o fomento a este caminho, que no fundo pretende cessar os focos de criminalidade e impor punições de modo mais efetivo, célere e menos custoso ao Estado, implica o estabelecimento, quando houver interesse dos envolvidos, do mesmo tipo de conformação na seara penal. Nesse sentido, haveria maior racionalidade na conjugação dos institutos de modo único, com participação do órgão executivo e do órgão de acusação criminal*”.

⁸⁴⁶ Aliás, também pode-se inserir nessa equação o tema da responsabilidade civil e os regimes de responsabilização e cooperação previstos pela legislação antitruste, como o faz Ana Frazão em seu estudo sobre os pontos de intersecção entre a Lei Anticorrupção e a Lei Antitruste (Lei n.º 12.529/2011). A autora reforça a importância da “*harmonia, coerência e convergência de esforços*” entre diferentes instituições para que haja uma maior efetividade no enfrentamento da corrupção (e dos ilícitos concorrenciais a ela relacionados) no ambiente de mercado. FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. *Revista brasileira da advocacia*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 235-261, jan./mar., 2017, pp. 257-258.

⁸⁴⁷ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Prefácio. In: TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. Curitiba: Appris, 2021.

⁸⁴⁸ Realmente, nesse contexto de multiplicidade institucional, convive-se com o risco da falta de coerência entre os agentes de controle, que tendem a atuar de maneira contraditória e não necessariamente mais efetiva, sobretudo quando adotam uma postura competitiva entre si e/ou pretensamente autossuficiente. Nas palavras de Yasser Reis Gabriel, o discurso de que essas instituições seriam autônomas não justifica a atuação isolada: “*(...) a autonomia não foi concedida para que instituições se fechem em si mesmas, como se não fosse relevante a coordenação. Se a premissa de atuação comum a todas elas é a manutenção e a reparação de interesses gerais, é preciso ter em mente que não foi dada a essas instituições a prerrogativa de definirem quais são os interesses gerais unicamente a partir de suas atuações individuais, ignorando a atuação das demais. A função*

por anos, deram o tom de muitos dos acordos de leniência firmados (e desrespeitados pelo poder público), sempre em prejuízo do administrado e do próprio interesse público⁸⁴⁹. Não raro, determinado órgão se dizia competente para conduzir as negociações e, por isso, deixava de reconhecer os termos de acordos já existentes, inclusive ao pretender impor sanções a fatos que já haviam sido punidos pela via negocial⁸⁵⁰.

Apesar de o problema ainda existir, pode-se dizer que, hoje, há uma maior compreensão de que os órgãos incumbidos de celebrar o acordo de leniência e promover sua execução devam estar alinhados e em constante diálogo. O Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, por exemplo, já trabalham em conjunto na celebração de diversos acordos⁸⁵¹. O Poder Judiciário, por sua vez, tem

de manter e reparar tais interesses vai além e inclui colaborar e coordenar, na medida do possível, os procedimentos de controle e responsabilização que correm em paralelo". GABRIEL, Yasser Reis. *Harmonização dos efeitos das sanções de direito administrativo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021, p. 80. Cf. também DAVIS, Kevin E.; JORGE, Guillermo; MACHADO, Máira Rocha. *Coordinating the enforcement of anti-corruption law: south american experiences. IILJ Working Paper 2020/3*, New York, 2020, p. 34. Disponível em: <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2020/11/Davis-et-al-IILJ_2020_3.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2021. Note-se que esse último trabalho foi redigido em 2015, de modo que as conclusões dele decorrentes – de que o Brasil teria desenvolvido mecanismos de coordenação institucional eficientes em comparação a outros países latino-americanos – remontam a um contexto em que a Operação Lava-Jato era ainda incipiente. Sobre como essa operação “*puxou o gatilho institucional perfeito no setor da infraestrutura*”, cf. NASSER, Maria Virginia N. do A Mesquita. *Lava a Jato: o interesse público entre punitivismo e desgovernança*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, pp. 89-94.

⁸⁴⁹ Aqui, soa pertinente a análise realizada por Rogério Bastos Arantes e Thiago de Mesquita Queiroz Moreira, de que o pluralismo estatal, no Brasil, acaba por denotar não um equilíbrio na distribuição de poderes e recursos, mas “*o resultado agregado dos movimentos autointeressados das instituições de justiça e de controle em busca de afirmação institucional e do afastamento de qualquer forma de accountability sobre suas atividades*”. ARANTES, Rogério Bastos; MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. *Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. Opinião Pública*, Campinas, vol. 25, n. 1, pp. 97-135, jan./abr. 2019, p. 129.

⁸⁵⁰ Por exemplo, em matéria federal, observa-se a pretensão do Tribunal de Contas da União de impor a sanção de inidoneidade a empresas celebrantes de acordos de leniência com a União. Veja-se, a propósito, o acórdão n.º 483/2017 do Tribunal de Contas da União, nos autos da Tomada de Contas n.º 016991/2015, que aplicou a pena de inidoneidade às empresas UTC e Andrade Gutierrez. Essa pena, de todo modo, foi revogada pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança n.º 35.435 e 36.173. Aliás, o mesmo Tribunal de Contas da União arvora-se como parte negociadora e, ao mesmo tempo, em instância revisional dos acordos, por vezes pretendendo inovar as cláusulas negociadas, para além de um simples exame de adequação formal.

⁸⁵¹ Citem-se os acordos de leniência celebrados com as empresas (i) MullenLowe e FCB Brasil em 13.04.2018, no valor de R\$ 50.000.000,00; (ii) Technip Brasil e Flexibras em 25.06.2019, no valor de R\$ 819.794.768,79; (iii) Samsung Heavy Industries em 22.02.2021, no valor de R\$ 811.786.743,49; (iv) do grupo Amec Foster Wheeler em 25.06.2021, no valor de R\$ 86.196.063,32. Essas informações estão disponíveis em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/mullenlowe-e-fcb-brasil>>; <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-do-mpf-pr-assegura-recuperacao-de-mais-r-819-milhoes-para-a-petrobras>>; <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/technip-brasil-e-flexibras>>; <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-samsung-heavy-industries>>; <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/samsung>>; <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-em->

progressivamente reconhecido a força vinculante dos acordos a todo o Estado, em repúdio a uma atuação contraditória das instituições estatais⁸⁵². De uma forma ou de outra, evidencia-se cada vez mais a necessidade de articulação – ou melhor, de *sincronização*⁸⁵³ – entre os múltiplos agentes estatais competentes para participar dessas negociações, até como uma forma de incentivar colaboração voluntária por parte das empresas infratoras.

Constata-se, assim, uma real (não obstante recente) preocupação institucional para que o direito administrativo sancionador incorpore paulatinamente o *ne bis in idem* na sua zona do *combate à corrupção*, mesmo que esse trajeto seja ainda longo e repleto de percalços. A política sancionatória parece assimilar o desatino da imposição de múltiplas sanções administrativas à mesma pessoa, em decorrência do mesmo fato. Afinal, é inconcebível que o administrado seja submetido a tantas camadas de sanções quantas forem as esferas de responsabilidade administrativa criadas pelo Estado⁸⁵⁴.

Como visto no tópico 4.2, essa tendência de incorporar o *ne bis in idem* na legislação administrativa sancionadora não é observada com a mesma facilidade dentro do direito penal – e, adianta-se, também não rege a dinâmica existente entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

4.3.1.4. *A Lei Anticorrupção, o ne bis in idem e o direito penal: há algum ponto de intersecção?*

Agora, importa saber se há algum espaço de sobreposição entre os dispositivos da Lei Anticorrupção e aqueles trazidos pela lei penal. Em tese, poder-se-ia dizer que não, pelo simples fato de que a Lei Anticorrupção sanciona exclusivamente pessoas jurídicas, enquanto a lei penal sanciona apenas pessoas naturais por crimes contra a administração

coordenacao-com-cgu-e-agu-firma-acordo-de-leniencia-com-empresas-do-grupo-amec-foster-wheeler>; <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/amec>>. Acesso em 8 nov. 2021. Cf. também TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Prefácio, cit.

⁸⁵² A exemplo do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos Mandados de Segurança n.º 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526, retomado por TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Prefácio, cit.

⁸⁵³ “A ideia de entender o sistema [de enfrentamento à corrupção] como uma rede vai permitir encontrar o papel mais adequado de cada órgão e entidade dentro da organização como um todo, sem perder de vista a sua conformação institucional, conferida pela respectiva legislação de regência. (...) Esse tipo de indução à sincronização entre os órgãos terá por norte um comportamento mais uniforme dos elementos integrantes de um organismo maior. Sincronização é propriedade de uma rede (...)”. TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. Curitiba: Appris, 2021, pp. 103-104.

⁸⁵⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem e Lei...*, cit., p. 9.

pública. Estaria descartada, de pronto, uma eventual identidade de sujeitos, requisito essencial à incidência do princípio⁸⁵⁵.

O que se defende, todavia, é o seguinte. Primeiro: em muitos casos, o regime de responsabilização da pessoa jurídica proposto pela Lei nº 12.846/2013 baseia-se – por descuido legislativo – na conduta dolosa de pessoas naturais no interesse ou benefício da organização, o que cria uma interdependência indesejada entre esses “sujeitos”, não solucionada pelo legislador. Segundo: mesmo se a norma não possuísse qualquer incoerência, o princípio poderia ser violado em situações muito específicas, que serão discriminadas oportunamente.

Para chegar a essas conclusões, será necessário investigar a dinâmica entre a Lei Anticorrupção e a lei penal à luz de cada um dos pressupostos de aplicação do *ne bis in idem* – a identidade de fundamentos, fatos e sujeitos (este último será analisado ao final por demandar uma análise mais aprofundada).

O requisito da *identidade de fundamentos* está preenchido. Embora haja certa controvérsia doutrinária sobre a natureza – penal ou extrapenal – da Lei Anticorrupção, ao menos há o consenso de que as penalidades lá estipuladas possuem um caráter sancionatório, assim como as penas⁸⁵⁶. Uma e outras são instrumentos do direito sancionador, com nítido propósito punitivo e preventivo⁸⁵⁷.

A Exposição de Motivos que assistiu o anteprojeto da Lei Anticorrupção mostrou-se comprometida com a “*repressão aos atos de corrupção, em suas diversas formações, praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública nacional e estrangeira*”⁸⁵⁸. Seu propósito nunca foi meramente reparatório⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., p. 9.

⁸⁵⁶ Não se constata o mesmo consenso na Espanha, por exemplo. O Código Penal espanhol estabelece que às pessoas jurídicas serão aplicadas “*consequências acessórias*”, sem trazer maiores informações sobre qual a sua natureza, se corresponde a pena, a medida de segurança, a um efeito da condenação ou se possui contornos particulares. Cf. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Las penas previstas...*, cit., p. 330; MIR PUIG, Santiago. *Sobre la responsabilidad...*, cit., p. 741.

⁸⁵⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., pp. 4-5; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Da expansão do...*, cit., pp. 203-204; FRAZÃO, Ana. *Direito antitruste e...*, cit., p. 240.

⁸⁵⁸ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010>. Acesso em 24 out. 2021.

⁸⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei..., cit., p. 5.

Como já dito, a Lei Anticorrupção elenca dois possíveis conjuntos de sanções aplicáveis à pessoa jurídica infratora, em si cumuláveis. Cabe à esfera administrativa aplicar as sanções de (i) multa e (ii) publicação extraordinária da sentença condenatória, aplicadas isolada ou cumulativamente⁸⁶⁰, enquanto a esfera judicial aplica as de (iii) perdimento de bens direitos ou valores que constituam produto ou proveito da infração, (iv) suspensão ou interdição das atividades, (v) dissolução compulsória da pessoa jurídica e (vi) proibição de receber incentivos públicos por determinado período.

Todas são consequências aflitivas, capazes de limitar os direitos das empresas sancionadas⁸⁶¹, e, não por acaso, aproximam-se das penas às pessoas jurídicas previstas pela Lei de Crimes Ambientais – isso quando não são ainda mais incisivas. As multas estipuladas pela Lei Anticorrupção superam com facilidade os patamares impostos pelo Código Penal, enquanto a dissolução compulsória do ente coletivo mais se assemelha a uma pena capital, sem equivalentes no direito penal brasileiro.

O quadro a seguir discrimina as sanções de uma e de outra lei, sem deixar dúvidas sobre seu idêntico viés punitivo:

Sanções previstas na Lei Anticorrupção (artigos 6 e 19)	Sanções previstas na Lei de Crimes Ambientais (artigos 18 e 21 a 24)
Multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua	Multa, calculada segundo os critérios do Código Penal ⁸⁶² , podendo ser aumentada em até três vezes.

⁸⁶⁰ “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II – publicação extraordinária da decisão condenatória. § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações”.

⁸⁶¹ Nota-se que o ressarcimento do erário não é elencado como sanção atribuível à empresa infratora, apesar de o texto legal reconhecê-lo como um direito a ser perseguido na esfera administrativa separadamente (“Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei”) e enquanto uma consequência da condenação pela via judicial (“Art. 21. Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença”).

⁸⁶² “Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.

<p>estimação. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).</p>	<p>Considerando o salário mínimo vigente no ano de 2021, de R\$ 1.192,40, o valor da multa não ultrapassaria R\$ 6.438.960,00.</p>
<p>Publicação extraordinária da decisão condenatória.</p> <p>A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.</p>	<p>Não há previsão.</p>
<p>Perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.</p>	<p>Trata-se de um efeito da condenação penal.</p> <p>Ademais, há a previsão de que a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental previsto na lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.</p>
<p>Suspensão ou interdição parcial de suas atividades⁸⁶³.</p>	<p>Restritivas de direitos, consistente na suspensão parcial ou total de atividade ou interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade.</p> <p>A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.</p> <p>A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.</p>
<p>Dissolução compulsória da pessoa jurídica, condicionada à comprovação de (i) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (ii) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos</p>	<p>Não há previsão.</p>

⁸⁶³ Sanção, aliás, de duvidosa constitucionalidade. Sebastião Botto de Barros Tojal afirma que “*tal penalidade não encontra fundamento na CF, posto que viola os princípios da ordem econômica, em especial o da livre-iniciativa, da proteção do consumidor, do pleno emprego. Isso porque o espírito do ordenamento pátrio busca manter as empresas em atividade, como forma de alcançar os objetivos constitucionais de desenvolvimento de uma economia nacional independente, proporcionando a geração de emprego e circulação de renda*”. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Da inconstitucionalidade da pena prevista no inciso II do art. 19 da Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, n. 125, p. 138-146, dez. 2014, p. 145.

atos praticados. ⁸⁶⁴	
Proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.	Restritiva de direitos consistente na proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, o que não poderá exceder o prazo de dez anos.
Não há previsão.	Prestação de serviços à comunidade: (i) custeio de programas e de projetos ambientais; (ii) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; (iii) manutenção de espaços públicos; (iv) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

O segundo requisito para a constatação de *bis in idem* – a *identidade de fatos* – é igualmente perceptível, até porque muitos dos ilícitos previstos no artigo 5º da Lei

⁸⁶⁴ De constitucionalidade igualmente duvidável. A dissolução de um ente coletivo em razão de um processo judicial extrapenal – verdadeira “sentença de morte” à empresa – parece não condizer com a vontade do constituinte à luz da função social da empresa e do artigo 5º, incisos XLVI e XLVII, da Constituição Federal, segundo os quais “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” e “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. Cf. FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e..., cit., p. 248.

Anticorrupção⁸⁶⁵ aparentam ter sido simplesmente transplantados de normas penais⁸⁶⁶, como do Código Penal e da Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013). Há uma extensa zona de intersecção fática.

Por exemplo, a infração do artigo 5º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013 encontra nítida correspondência com o crime de corrupção ativa, previsto no artigo 333 do Código Penal, apesar de não serem idênticos⁸⁶⁷:

Lei Anticorrupção (artigo 5º)	Código Penal
I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.	Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

⁸⁶⁵ Cuja redação é: “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV – no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais”.

⁸⁶⁶ OLIVEIRA, Marlus Arns de. Da impossibilidade de..., cit., p. 488.

⁸⁶⁷ A formulação da Lei Anticorrupção é mais abrangente do que a da lei penal, pois dispensa o especial fim de agir por parte do infrator, em uma tentativa de adequar o dispositivo à lógica da responsabilização objetiva. Em outras palavras, para a configuração do ilícito, não há a necessidade de que o infrator persiga qualquer contrapartida por parte do agente público corrompido (a prática, a omissão ou o retardamento de ato de ofício).

Da mesma forma, muitas das alíneas do artigo 5º, inciso IV, da Lei Anticorrupção buscam inspiração em dispositivos penais que tratam de crimes licitatórios⁸⁶⁸:

Lei Anticorrupção (artigo 5º, inciso IV)	Código Penal
a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;	Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.
b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;	Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.
c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;	Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.
d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;	Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III – entrega de uma mercadoria por outra; IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

⁸⁶⁸ Que antes correspondia aos artigos 89 a 99 Lei n.º 8.666/1993.

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;	Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.
--	--

Já o artigo 5º, inciso V, da Lei Anticorrupção avizinha-se do crime de obstrução de justiça no âmbito de organizações criminosas, tipificado pelo artigo 2º, §1º da Lei nº 12.850/2013⁸⁶⁹:

Lei Anticorrupção (artigo 5º)	Lei das Organizações Criminosas
V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.	Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Bem se vê que a redação da lei é repleta de “atos falhos”, por assim dizer. Diversos de seus núcleos verbais e expressões referem-se ao emprego deliberado de expedientes fraudulentos e/ou espúrios por pessoas naturais para prejudicar o equilíbrio do contrato – a exemplo dos termos *fraudar, frustrar, manipular, dificultar, de modo fraudulento, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo* –, o que não se coaduna com o regime de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas proposto pela lei⁸⁷⁰.

A desajeitada transposição de dispositivos penais obriga o aplicador da Lei Anticorrupção a gerir institutos absolutamente dissonantes. O que deveria se resumir à constatação de um vínculo de causalidade envolvendo a empresa passaria a compreender o

⁸⁶⁹ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Corrupção e Administração...*, cit., p. 222.

⁸⁷⁰ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Corrupção e Administração...*, cit., p. 221.

exame do comportamento insidioso – quando não criminoso – de pessoas naturais em seu interesse ou benefício, sem que a lei ofereça os mecanismos necessários para essa apuração, nem garantias suficientes para salvaguardar os direitos fundamentais desses indivíduos. Trata-se de uma evidente ambiguidade, que, ao fim e ao cabo, ratifica um descompromisso dogmático e probatório na aplicação da norma.

Ademais, a fórmula adotada pelo legislador para responsabilizar a empresa possui uma baixa lapidação conceitual, pois se contenta com a existência genérica de atos lesivos “*praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não*” (artigo 2º), sem qualificar as pessoas naturais envolvidas nesses atos, nem sequer tangenciar uma ideia de *defeito de organização*⁸⁷¹. As hipóteses de incidência da norma sancionadora geram perplexidade ao aplicador do direito. Poder-se-ia aventar a responsabilização da empresa pelos atos cometidos por fornecedores, clientes, consumidores, antigos funcionários e indivíduos alheios à sua governança que, de alguma forma, a beneficiassem ou atendessem aos seus interesses, e mesmo se inexistisse qualquer *déficit* na sua estrutura organizacional que viabilizasse a consecução do ilícito.

Para contornar esse problema, parte da doutrina vê-se obrigada a extrapolar o texto legal.

Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Naman Rizek Júnior citam o exemplo em que determinado agente público pratica ato lesivo à administração pública em conluio com duas sociedades empresárias, de modo a beneficiar e atender, também, os interesses de uma terceira sociedade que não chegou a concorrer para a infração, por qualquer de seus associados, administradores ou prepostos. Diante da indagação se essa terceira sociedade também deveria responder nos termos da Lei Anticorrupção, os autores escapam da exata previsão do artigo 2º, para se socorrerem junto aos princípios que regem a responsabilização objetiva. Com base nisso, passam a condicionar a responsabilização da empresa à sua efetiva participação para o cometimento do ilícito, porque, apesar de não se perquirir culpa ou dolo, “*há que haver compatibilidade entre conduta e benefício, para que se possa, mesmo sob a*

⁸⁷¹ Cf. os comentários desenvolvidos em SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da...*, cit., pp. 316-317, nr. 79.

égide da responsabilização objetiva, penalizar a sociedade”⁸⁷². Concluem, então, que a sociedade que não tiver qualquer conexão com o ilícito praticado não poderá ser responsabilizada, mesmo se dele tiver percebido algum benefício.

Por sua vez, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi entendem que a atribuição de responsabilidade dependerá de três elementos: (i) uma ação ou omissão de agente ou interposta pessoa da pessoa jurídica; (ii) a geração ou o incremento de risco não permitido, pelo enquadramento da conduta em um dos tipos do artigo 5º da lei; e, finalmente, (iii) que a prática do ilícito se dê no interesse ou em benefício da entidade, em caráter exclusivo ou não. Os autores entendem que caberá uma análise casuística para solucionar a hipótese em que um funcionário, em franco descumprimento das normas internas da organização, dá ou oferece vantagem a agente público “*para obter, por exemplo, uma promoção ou a simpatia dos chefes, no interesse pessoal consistente em sua posição dentro da empresa*”⁸⁷³.

Essas soluções, repita-se, não decorrem da literalidade da lei.

Como na Lei de Crimes Ambientais, a responsabilização da pessoa jurídica nos termos da Lei Anticorrupção tende a seguir, de modo ainda mais inconsequente⁸⁷⁴, o modelo da *heterorresponsabilidade*, pelo qual a conduta do indivíduo é atribuída à empresa por ricochete. A pessoa jurídica responde pelo injusto alheio, ou seja, ela suporta a sanção, apesar de não lhe ser reconhecida autonomia para infringir a norma.

Esse problema associado ao modelo da *heterorresponsabilidade*, que já foi objeto do tópico 3.3.2.1, interfere diretamente no critério da *identidade de sujeitos*, o terceiro pressuposto para a incidência do princípio de *ne bis in idem*. Se o sancionamento do ente coletivo decorrer da mera extensão da culpabilidade e da capacidade de agir da pessoa

⁸⁷² PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

⁸⁷³ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 141-143.

⁸⁷⁴ Sim, pois a dinâmica de responsabilização estabelecida pelo modelo da heterorresponsabilidade e reproduzida pela Lei de Crimes Ambientais ao menos conta com a delimitação dos indivíduos cujas infrações penais serão atribuídas, por ricochete, à empresa. Conforme Salvador Netto, “o primeiro requisito [dos modelos de heterorresponsabilidade] diz respeito ao autor da infração penal, o qual deve ser um diretor, administrador, representante legal ou dirigente capaz de atuar, nas mais variadas circunstâncias, em nome da pessoa jurídica (exigência subjetiva)”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da...*, cit., p. 112.

natural, esses dois sujeitos não guardarão entre si uma autonomia para fins sancionatórios, distinguindo-se apenas formalmente, por sua natureza jurídica⁸⁷⁵.

Nessa medida, a Lei Anticorrupção ostenta a mesma fragilidade da Lei de Crimes Ambientais, que se agarrou a um modelo obsoleto de responsabilização (penal) da pessoa jurídica, no lugar de puni-la pelos eventuais defeitos de organização que tenham propiciado a prática de ilícitos. Aliás, frise-se que, apesar de a Lei nº 12.846/2013 ter se preocupado com as exigências de *integridade* no ambiente corporativo, não o fez para fins do *objeto de imputação* de responsabilidade, e sim como um critério de *aplicação das sanções*⁸⁷⁶:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

(...)

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

(...)

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do *caput* serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Ainda, o artigo 14 da Lei Anticorrupção fez da hipótese desconsideração da pessoa jurídica uma forma de punição dos administradores e dos sócios com poderes de administração que a utilizassem para fins de *facilitação, encobrimento ou dissimulação da prática dos atos ilícitos nela previstos*⁸⁷⁷. Aqui, a desconsideração não se restringe a um mecanismo para atingir o patrimônio daqueles indivíduos por detrás da empresa, nos moldes da lei civil⁸⁷⁸, mas de lhes impor, independentemente de prévia análise judicial, “*todos os*

⁸⁷⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional...*, cit., pp. 126-127.

⁸⁷⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da...*, cit., pp. 315-317. Para o autor, isso já indicou um avanço, pois significaria dizer que ao menos algumas das disposições da lei estariam “*em consonância com as contemporâneas formulações jurídicas atinentes à organização empresarial*”. Segundo ele, “*embora o diploma não considere esses elementos como causas de exclusão do injusto, percebe-se de todo modo que a ideia do defeito de organização surge como um conceito decisivo na apuração da quantidade de pena. Padrões organizativos passam, portanto, a influir na decisão sancionatória*”. Idem, p. 317.

⁸⁷⁷ “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

⁸⁷⁸ Consta do Código Civil: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios,

efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica” por extensão, que poderão ser cumulados com eventuais sanções penais pelos mesmos fatos. A fórmula adotada pelo legislador afasta-se igualmente daquela contida na Lei de Crimes Ambientais, que invoca o instituto da desconsideração para fins exclusivamente indenizatórios, sempre que a personalidade da pessoa jurídica for um “*obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*”⁸⁷⁹. Trata-se de mais um ponto em que a Lei Anticorrupção se faz exposta à ocorrência de *bis in idem*.

Como visto ao longo deste subcapítulo, a Lei nº 12.846/2013 é alvo de críticas e há até dúvidas pertinentes sobre sua constitucionalidade⁸⁸⁰. Especificamente quanto à interação entre a lei penal e a Lei Anticorrupção, nota-se que, a princípio, um eventual *bis in idem* estaria fora de cogitação, seja porque o direito trata de diferenciar a pessoa natural da pessoa jurídica formalmente (artigo 49-A do Código Civil⁸⁸¹), seja porque é possível conceber cada uma delas com capacidade de agir própria. No entanto, a redação irrefletida da Lei Anticorrupção desafia essa lógica de conformidade ao preceito, que passa a depender de uma interpretação salvacionista proposta pela doutrina – e que, ainda assim, não contorna os problemas decorrentes da escolha legislativa pelo regime de responsabilização objetiva⁸⁸².

Assim, no que diz respeito à vertente transversal do *ne bis in idem*⁸⁸³, sobressai a necessidade de reformulação do modelo de atribuição de responsabilidade da Lei

caracterizada por: I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”.

⁸⁷⁹ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Desconsideração administrativa da personalidade societária – compatibilidades e possibilidades da Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo*, Ribeirão Preto, v. 2, n.1, pp. 381-340, 2015, pp. 404-405. O dispositivo da Lei Anticorrupção dialoga com a infração descrita no artigo 5º, inciso III, da Lei Anticorrupção, que sanciona a utilização “*de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados*”.

⁸⁸⁰ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal...*, cit., p. 309.

⁸⁸¹ Segundo o qual “*a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores*”.

⁸⁸² Com a ressalva para o entendimento de Sebastião Botto de Barros Tojal e de Leonardo Bissoli de que a Nova Lei de Licitações derogou tacitamente a Lei Anticorrupção, instituindo o modelo de responsabilização *subjetiva* para a apuração de atos ilícitos em licitações e contratos administrativos. TOJAL, Sebastião Botto de Barros; BISSOLI, Leonardo. *Comentário geral ao...*, cit.

⁸⁸³ Rememora-se: essa vertente trata da interseção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Anticorrupção. Se é elogiável seu incentivo à autorregulação regulada das empresas e à estruturação de organizações *virtuosas*, então a organização *defeituosa* deveria ter sido a tônica do *critério normativo de imputação objetiva* e do *elemento normativo do tipo do injusto*, em nome de uma maior racionalidade sistêmica do ordenamento.

Além dessas considerações, a investigação sobre o critério da *identidade de sujeitos* também perpassa por uma última questão. Acolher um modelo de autorresponsabilidade da empresa implica responder quais circunstâncias confeririam autonomia sancionatória a esse ente. Eventuais hipóteses de *bis in idem* ocorreriam em casos muito específicos, quando a estrutura interna da pessoa jurídica não fosse complexa o suficiente a ponto de emancipá-la da pessoa física.

Não se pretende buscar soluções categóricas, mas sim fomentar uma reflexão sobre o tema. A Lei Anticorrupção poderia melhor se conformar ao princípio de *ne bis in idem* se estabelecesse *limites normativos* entre a empresa autônoma e heterônoma, em relação às pessoas naturais que a integram, para fins sancionatórios.

Recuperando o raciocínio desenvolvido no tópico 3.3.2.3, há juristas que recorrem ao *porte* e à *organização interna* do ente coletivo para estabelecer essa distinção, a exemplo de Adán Nieto Martín⁸⁸⁴ e Carlos Gómez-Jara Díez⁸⁸⁵. A depender de quão baixa for sua complexidade, não será possível atribuir à empresa uma capacidade auto-organizativa que a torne imputável, nem discernir aquele que realmente suportará os efeitos (principalmente econômicos) da sanção aplicada, já que pode existir um imbricamento patrimonial entre ela e seu proprietário, pessoa natural. Faz-se pertinente a análise *se e de que forma* uma empresa de pequeno porte ou familiar, por exemplo, pode ser considerada autônoma, a partir de critérios como o número de funcionários, seu faturamento, como se dá a divisão de tarefas internamente etc⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Sua proposta é a seguinte: “*Sem responsabilidade penal para as pessoas jurídicas com menos de 50 trabalhadores, e possibilidade de compensação em empresas médias de até 250 trabalhadores*”. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal...*, cit., p. 7, tradução livre.

⁸⁸⁵ Para quem “*as sociedades de fachada ou as unipessoais – assim como uma criança, neste caso – não são sistemas autopoiéticos de ordem superior (High Order Autopoietic Systems)*”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal...*, cit., pp. 245, tradução livre.

⁸⁸⁶ Note-se, de toda forma, que os fatores constituintes do ente coletivo – faturamento, porte, divisão de tarefas, etc. –, ao lado daqueles referentes ao grau de defeito organização e ao seu comportamento pós-delitivo, *também* devem compor a noção de culpabilidade da empresa e ser examinados para fins de imposição de pena.

Apesar de este trabalho não se propor a afirmar onde reside esse limite, pode, ao menos, rememorar a urgência do tema em relação à sobreposição sancionatória em relação à empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) e à única pessoa que a constitui. Apesar de possuir uma personalidade jurídica distinta de seu titular, não há como cogitar uma organização interna que a descole minimamente dele. E pior: será diretamente sobre a pessoa e o patrimônio desse mesmo empresário que ecoarão os efeitos das sanções aplicadas à EIRELI em caso de desconsideração da pessoa jurídica, medida expressamente autorizada nas mais variadas hipóteses, “*sempre que [a pessoa jurídica for] utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial*” (artigo 14). Enfim, é sobre um mesmo sujeito que recairá a resposta sancionatória, motivo pelo qual se rechaça a autonomia material da pessoa jurídica.

Feitas essas considerações, é de se concluir que a redação da Lei Anticorrupção inadvertidamente criou espaços de sobreposição com dispositivos penais. É certo que há juristas que tentam solucionar parte da dificuldade por meio de inovações hermenêuticas, em nome da manutenção da racionalidade intrínseca do ordenamento jurídico, o que não isenta o legislador do dever de revisar o texto da lei, seus parâmetros de responsabilização e suas tipificações, bem como fixar critérios normativos para que a empresa seja sancionada somente quando lhe seja possível reconhecer autonomia sancionatória.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da...*, cit., p. 200. Sobre a noção de culpabilidade empresarial, o autor afirma o seguinte: “*O que compete à culpabilidade não é constatar se a empresa possuía uma organização falha, deficiente, inadequada ou inexistente. Também não é a demonstração causal de que tal defeito foi decisivo para a ocorrência do resultado delitivo. O que se coloca nesse plano são indagações de outra ordem: por que a pessoa jurídica não se organizou adequadamente? Era possível que aquela empresa específica tivesse uma organização adequada para evitar o delito? O que socialmente se pode esperar, em termos organizacionais, daquela pessoa jurídica concreta? Em termos mais singelos, é possível afirmar que o juízo de valoração do injusto recai sobre a existência, em si mesma, do defeito de organização e de seu nexa com o resultado delitivo, ou seja, cuida-se de um juízo de como a organização empresarial é. No caso da culpabilidade analisa-se algo diverso, fazendo-se um juízo de sua possibilidade de organizar-se conforme o Direito*”. Idem, p. 198.

4.3.2. A Lei de Improbidade Administrativa

4.3.2.1. A Lei de Improbidade Administrativa e sua interface com a lei penal: um campo propenso ao bis in idem

Na década de 1990, como já tratado no Capítulo 1, observa-se a mobilização da esfera extrapenal para agregar ao enfrentamento da corrupção. Há a preocupação político-criminal em diversificar o leque de ilícitos e sanções relacionados ao tema, assim como as instituições e procedimentos que levarão a efeito o denominado *combate à corrupção*⁸⁸⁷. O empenho sancionatório explica o porquê de, no Brasil, a expansão do direito administrativo sancionador não ter sido acompanhada por uma correspondente “despenalização” de algumas condutas consideradas corruptas em sentido amplo, mas menos gravosas ao bem jurídico tutelado⁸⁸⁸. Pelo contrário, essas duas frentes de batalha – direito penal e direito administrativo sancionador – ampliaram seu escopo de forma praticamente independente⁸⁸⁹.

A par disso, a noção de probidade administrativa possui um forte vínculo com a noção de democracia, especialmente naquelas em que o Estado assume o papel de garantidor de direitos fundamentais. A estruturação e, mais do que isso, o regular funcionamento da máquina pública é essencial para a consecução da cidadania. Não à toa, então, que a Constituição tenha consignado os princípios orientadores da administração pública e instituído diversos meios para o controle dos atos e das condutas dos agentes estatais⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ Cf. MACHADO, Maíra Rocha. Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 189-212, jan./fev. 2015, pp. 190-191.

⁸⁸⁸ Que diz respeito ao regular funcionamento das atividades públicas. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 90-91.

⁸⁸⁹ Fábio Medina Osório, por exemplo, defende que “*não há uma ‘despenalização’ imprescindível ao crescimento do campo de abrangência do DAS [Direito Administrativo Sancionador] invariavelmente*”, apesar de entender que “*a penalização dos ilícitos administrativos, ou a administrativização dos ilícitos penais são fenômenos ditados por políticas legislativas que devem estar ajustadas aos ditames da CF*”. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador e direito penal: quais os limites do *ius puniendi* estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa?. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-89, set./dez. 2000, pp. 70 e 88-89.

⁸⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, pp. 90-91. Como exemplo, o jurista menciona os institutos da ação popular e da ação civil pública (artigos 5º, inciso LXXIII, e artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, respectivamente). Ambas as ações, como explica, “*têm como ponto de referência e objetivo principal a preservação e, se necessário, a recomposição do patrimônio público e a legitimidade e a moralidade dos atos administrativos*”.

Do que interessa a este tópico, o artigo 37, parágrafo 4º, do texto constitucional exigiu a edição de lei para cominar as seguintes consequências jurídicas aos atos de improbidade administrativa: (i) suspensão dos direitos políticos; (ii) perda da função pública; (iii) indisponibilidade dos bens⁸⁹¹; e (iv) ressarcimento ao erário. Isso tudo “*sem prejuízo da ação penal cabível*”, nos termos do dispositivo. A aparente permissividade do constituinte à sobreposição normativa não é apta a legitimar eventuais hipóteses de *bis in idem*, que não são de ser investigadas e, se confirmadas, rechaçadas.

A Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, veio para conferir exequibilidade à previsão constitucional e ainda expandiu o domínio material do direito administrativo sancionador, que passou a comportar também as sanções proferidas pelo Poder Judiciário, ao lado das clássicas “sanções administrativas”⁸⁹².

A Exposição de Motivos que acompanhou seu anteprojeto, redigida pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho ao então presidente Fernando Collor de Mello, sintetiza o espírito da proposta legislativa, que é descrita, de um lado, como um marco no processo de modernização do Brasil e, de outro, como o cumprimento de uma promessa de campanha de Fernando Collor para impedir a impunidade em matéria de corrupção⁸⁹³:

A medida, a todos os títulos da maior relevância política e administrativa, insere-se no marco do processo de modernização do País, que Vossa Excelência vem perseguindo com [obstinação] e sem desfalecimentos, em ordem a resgatar, perante a sociedade, os mais gratos compromissos de campanha que, por decisão majoritária do povo brasileiro, [transformaram-se] em plano de governo.

Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – o devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito.⁸⁹⁴

⁸⁹¹ A indisponibilidade de bens não pode ser classificada como uma sanção propriamente dita, mas como uma forma para assegurar os efeitos de uma eventual sentença condenatória. A medida é estipulada pelo artigo 16 e respectivos parágrafos da Lei de Improbidade.

⁸⁹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador..., cit., p. 93.

⁸⁹³ Não deixa de ser sintomático que o mesmo presidente que veio a aprovar a Lei de Improbidade Administrativa, que gozava da alcunha “caçador de marajás”, tenha sido alvo de denúncias por corrupção ao longo do mandato, que findou com seu afastamento por um processo de *impeachment*. Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 230 e nr. 19.

⁸⁹⁴ Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>>. Acesso em 4 dez. 2021. Os termos em colchete indicados foram objeto de correção ortográfica.

O objetivo da norma é *punir* os responsáveis por atos de improbidade administrativa, muito mais do que assegurar o patrimônio público ou restabelecer o *status quo* anterior à infração. Esse caráter repressivo da Lei nº 8.429/1992⁸⁹⁵ já era notório em sua redação original⁸⁹⁶ e, hoje, é previsto expressamente no artigo 17-D, inserido pela Lei nº 14.230/2021⁸⁹⁷. Para não deixar dúvidas, o também novidadeiro parágrafo 4º do artigo 1º sujeita o sistema da improbidade aos princípios constitucionais do direito administrativo *sancionador*⁸⁹⁸.

A lei dirige-se aos agentes que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função pública, bem como aos particulares – pessoa natural ou jurídica – que celebram com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente⁸⁹⁹.

A respeito das sanções por ela previstas, algumas considerações merecem ser feitas.

Primeiramente, impende assinalar novamente que a reforma legislativa de 2021 fez com que a Lei de Improbidade Administrativa perdesse muito espaço para a Lei

⁸⁹⁵ Caráter repressivo esse que, aliás, diferencia a Lei de Improbidade das disciplinas da ação civil pública e da ação popular.

⁸⁹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador..., p. 72; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela...*, cit., pp. 91-92, 96; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador..., cit., p. 94.

⁸⁹⁷ “Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

⁸⁹⁸ É verdade, aqui, que não houve uma melhor definição de quais seriam esses princípios e em qual medida eles coincidiriam com princípios próprios do direito penal, tendo em vista a unidade do poder punitivo estatal. Marcos Perez, observando que a lei ora se reporta a regras do processo civil, ora do processo penal, defende que ela poderia ter instituído a aplicação supletiva dos princípios e das regras do direito penal e processual penal, de modo a promover maior segurança jurídica em sua interpretação e aplicação. PEREZ, Marcos Augusto. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate [seminário online]. In: GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria (coord). *A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate* [seminário online]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 6 dez. 2021 Disponível em: <https://youtu.be/tv2Stc_cPyI>. Acesso em 6 dez. 2021.

⁸⁹⁹ “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente”.

Anticorrupção em matéria de responsabilização de pessoas jurídicas. Hoje, consta de seu artigo 3º, parágrafo 2º, que “*as sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*”. Seguindo pelo mesmo rumo, o artigo 12, parágrafo 7º, diz que “*as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem*”. Como se explicou no tópico 4.3.1.3, esse dispositivo logrou sistematizar a relação entre essas duas normas do direito administrativo sancionador, o que antes se limitava a uma proposta interpretativa da doutrina⁹⁰⁰. O sancionamento de pessoas jurídicas por atos de improbidade, nessa medida, não será objeto de análise pormenorizada.

Já em relação às pessoas naturais, a *identidade de sujeitos* com a esfera penal é incontestável; seja agente público, seja particular, a própria legislação constitucional autoriza que o mesmo indivíduo responda por infringir a Lei de Improbidade e a lei penal concomitantemente.

Também não há dúvidas acerca da *identidade de fundamentos* entre as duas disciplinas. É verdade que a doutrina não reconhece o regime sancionatório da Lei de Improbidade Administrativa como sendo penal, seja em razão do comando constitucional que a originou, seja porque não comina sanção privativa de liberdade⁹⁰¹. De toda forma, sua aproximação com a seara penal é nítida, tanto por sua função eminentemente punitiva, quanto por seu conteúdo⁹⁰².

As sanções por atos de improbidade constam do artigo 12⁹⁰³ da Lei nº 8.429/1992, distinguindo-se apenas em alguns pontos do artigo 37, parágrafo 4º, da

⁹⁰⁰ Mais especificamente, TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo...*, cit., pp. 2-3.

⁹⁰¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 230-231.

⁹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela...*, cit., p. 96. Essa aproximação, inclusive, já é reconhecida de certa forma pela jurisprudência, como se explica em SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 234.

⁹⁰³ “Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I – na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

Constituição Federal. São elas: (i) a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) a perda da função pública; (iii) a suspensão dos direitos políticos por tempo determinado; e (iv) o pagamento de multa civil; (v) a proibição temporária de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. De acordo com o *caput* do artigo 12, elas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e “*independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica*”⁹⁰⁴.

Apesar de somente o direito penal prever a privação de liberdade, todas as consequências jurídicas veiculadas na Lei de Improbidade Administrativa possuem um correspondente no direito penal, à exceção da sanção de proibição temporária de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos⁹⁰⁵.

A indenização do dano causado, a perda dos instrumentos, produto e proveito do crime e a perda de função pública são efeitos da condenação penal constantes do artigo 91, incisos I e II, e do artigo 92, inciso I, do Código Penal. Por sua vez, a Constituição Federal faz da perda de direitos políticos um efeito da condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (artigo 15, inciso III), e institui a pena de multa (artigo 5º, inciso XLVI, alínea “c”).

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; II – na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; III – na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos”.

⁹⁰⁴ Antes da reforma empreendida pela Lei 14.230/2021, o ressarcimento do dano era uma das sanções previstas nos incisos do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Tratava-se, como pondera Teori Zavascki, de uma sanção em sentido genérico, disciplinada pelo regime de responsabilidade civil. O jurista questionava o porquê de sua inclusão entre as sanções por atos de improbidade, pois, “*para aplicar a sanção de reparar danos, não havia necessidade de criação de novo procedimento judicial*” e não havia sido essa “*a causa determinante da edição da Lei de Improbidade e nem a finalidade específica das regras de natureza processual nela constantes*”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela...*, cit., pp. 95-96. Hoje, o ressarcimento é regulado pelo artigo 18 da lei: “*A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 desta Lei condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito*”.

⁹⁰⁵ MACHADO, Máira Rocha. *Crime e/ou improbidade...*, cit., p. 204.

Para Teori Zavascki, essa identidade substancial entre as punições daria suporte à doutrina da unidade do *ius puniendi* estatal e, conseqüentemente, à existência de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, com destaque à proteção das garantias individuais⁹⁰⁶. O que este trabalho defende, sem embargo, vai além: o princípio de *ne bis in idem*, mais do que aplicável a ambas as esferas, lhes é aplicável de modo *transversal*, fazendo prevalecer apenas uma resposta sancionatória em caso de uma sobreposição indevida entre normas penais e administrativas sancionadoras.

Adiante nessa investigação, também se mostra plenamente possível a *identidade de fatos* entre a lei penal e a Lei nº 8.429/1992, tanto que esta última assegura que a reparação do dano, em caso de lesão ao patrimônio público, “*deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos*” (artigo 12, parágrafo 6º). Atualmente, a lei possui três conjuntos de infrações, todas dolosas⁹⁰⁷: (i) as que importam enriquecimento ilícito ao agente (artigo 9); (ii) as que causam prejuízo ao erário (artigo 10); e (iii) as que atentam contra os princípios da administração pública, a partir de um rol exaustivo de condutas (artigo 11)⁹⁰⁸. Há, nelas, nítidos pontos de intersecção com tipificações penais, a exemplo dos crimes de corrupção passiva (na modalidade “receber” vantagem indevida), peculato, emprego irregular de rendas públicas, violação de sigilo funcional, frustração do caráter competitivo de licitação e ordenação de despesa não autorizada por lei⁹⁰⁹.

Constatada a possibilidade teórica de *bis in idem*, são de grande valia a pesquisa desenvolvida por Maíra Rocha Machado sobre a performance do sistema de justiça brasileiro em casos de corrupção, apresentados no trabalho intitulado *Crime e/ou improbidade*. A partir de dados estatísticos, entrevistas e estudo de caso, a autora examinou a interação entre as

⁹⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela...*, cit., p. 97.

⁹⁰⁷ A Lei nº 14.230/2021 revogou o artigo 10-A, que dizia respeito aos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. Antes da reforma de 2021, ainda, o artigo 10 previa também a modalidade culposa. Nesses casos, o agente seria punido por lesar o erário ao conduzir o trato da coisa pública com imperícia, imprudência ou negligência.

⁹⁰⁸ O fato de esse rol ser exaustivo é outra novidade trazida pela Lei nº 14.230/2021, que buscou superar o alargamento conceitual de outrora, bem como o excessivo ônus interpretativo antes imposto ao aplicador da lei. O problema já havia sido identificado, por exemplo, por SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., pp. 233-234. Para Teori Albino Zavascki, ao contrário, essa amplitude não seria incompatível com o princípio da tipicidade. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela...*, cit., pp. 99-100.

⁹⁰⁹ Nos artigos 317 (corrupção passiva), 312 (peculato), 315 (emprego irregular de rendas públicas), 325 (violação de sigilo funcional), 337-E (frustração do caráter competitivo de licitação) e 359-E (ordenação de despesa não autorizada por lei), todos do Código Penal.

esferas penal e extrapenal na apuração de atos de improbidade que também tipificassem crimes. Os resultados são absolutamente reveladores.

Entre outros temas abordados no trabalho, identificou-se que a dinâmica de trabalho dos órgãos persecutórios e o próprio ordenamento jurídico validam essa duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos, que passou a ser uma realidade no cotidiano forense brasileiro⁹¹⁰.

A atuação do Ministério Público é apontada como um primeiro ponto de atenção: o órgão, ao ser cientificado de um ato atentatório à administração pública, encontra respaldo legal para iniciar uma persecução tanto pela improbidade administrativa como pelo respectivo crime, se tipificado (e frequentemente o é)⁹¹¹. Com efeito, o artigo 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 confere à ação de improbidade independência em face da ação penal, enquanto seu artigo 22 autoriza o Ministério Público a requisitar, mesmo de ofício, a instauração de inquérito policial “*para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei*”. Na prática, a decisão por instaurar um tipo de ação ou ambos é sujeita à dinâmica interna dos representantes do Ministério Público de cada Estado ou de cada unidade da esfera federal⁹¹².

Existe, portanto, uma “*ampla margem para os atores do sistema de justiça decidirem se e como será estabelecida alguma forma de coordenação quando se estiver diante de um mesmo caso concreto*”. E o risco de duplo processamento pelos mesmos fatos foi confirmado por Máira Rocha Machado em pesquisa sobre a coordenação institucional em casos de corrupção. Com base nas entrevistas realizadas, constatou-se que, em muitas situações, os relatórios elaborados por órgãos de controle – como as controladorias, corregedorias e tribunais de contas – “*ao chegarem ao Ministério Público são duplicados internamente e distribuídos para as esferas civil e criminal*”. A autora também destaca que, quando uma esfera toma conhecimento de fatos que se enquadram tanto na lei penal como na Lei nº 8.429/1992, “*não é incomum que se solicite a extração de cópias e o encaminhamento a outra esfera*”⁹¹³.

⁹¹⁰ MACHADO, Máira Rocha. Crime e/ou improbidade?..., cit., pp. 203-210.

⁹¹¹ MACHADO, Máira Rocha. Crime e/ou improbidade?..., cit., p. 204.

⁹¹² MACHADO, Máira Rocha. Crime e/ou improbidade?..., cit., p. 205.

⁹¹³ Idem.

São muitos, portanto, os mecanismos à disposição das autoridades no enfrentamento à corrupção e que, ao fim e ao cabo, dão suporte ao duplo processamento e à dupla sanção das mesmas pessoas pelos mesmos fatos, tanto por crime como por improbidade administrativa. Kevin Davis, Guillermo Jorge e Maíra Rocha Machado, sobre o tema, dão ênfase ao “empréstimo” de provas, ao requerimento de compartilhamento de provas de uma autoridade a outra e à possibilidade de produção de prova de uma vez só para que seja usada em ambos os processos⁹¹⁴.

Inclusive, para muitas autoridades de órgãos de persecução, o compartilhamento de informações entre as diferentes instâncias, sobretudo pela integração de bases de dados eletrônicas, seria uma forma de *coordenação institucional* e um aspecto fundamental para a efetividade de seus trabalhos, capaz de otimizar os esforços na apuração simultânea dos mesmos fatos pelas searas penal e extrapenal⁹¹⁵.

O problema, no entanto, reside no fato de que essa “coordenação” se cinge ao compartilhamento de informações. Não parece estar preocupada com a racionalização dos procedimentos, que haveria de levar em conta a unidade do poder punitivo estatal. Na verdade, presta-se justamente a assegurar a reiterada reação punitiva do Estado sobre os mesmos fatos, como se fossem um mecanismo para dar ares de legitimidade a situações de *bis in idem*⁹¹⁶.

Há um contraste entre esse tipo de coordenação – limitada ao compartilhamento de informações – e o forte insulamento em que se colocam esses agentes persecutórios do Estado. Mais do que um isolamento, aliás, o que muitas vezes se verifica é uma postura de autoafirmação institucional e de rivalidade, que ocasiona uma pluralização indesejada da estrutura estatal⁹¹⁷. Esse ambiente, também marcado pela falácia da “independência de

⁹¹⁴ DAVIS, Kevin E.; JORGE, Guillermo; MACHADO, Maíra Rocha. Coordinating the enforcement..., cit., p. 34.

⁹¹⁵ DAVIS, Kevin E.; JORGE, Guillermo; MACHADO, Maíra Rocha. Coordinating the enforcement..., cit., pp. 31.

⁹¹⁶ Sobre a incompatibilidade de instauração simultânea de inquérito civil e inquérito penal, à luz do princípio de *ne bis in idem*, cf. BITTAR, Walter Barbosa. Instauração simultânea de inquérito penal e cível: *bis in idem*?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 156, p. 8, nov. 2005.

⁹¹⁷ ARANTES, Rogério Bastos; MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Democracia, instituições de..., cit., p. 100-105. O pluralismo estatal a que se faz referência compreende “tanto a pluralização no interior do Estado, com a fixação de múltiplas instituições de controle, quanto a disseminação do ativismo político entre atores estatais que impulsiona esse processo”. Idem, p. 105. Não se reporta, portanto, à ideia de pluralismo mais associada ao equilíbrio na distribuição de poderes e recursos em uma democracia. Idem, p. 129.

instâncias”, parece pretender suavizar os preocupantes contornos da redundância punitiva, que, aliás, raramente chega a ser levada em consideração nas reflexões sobre a performance do sistema de justiça no enfrentamento à corrupção, muito embora seja nitidamente contraproducente mobilizar recursos humanos e materiais do poder público para que diversas instâncias apurem o *mesmo* – com ou sem o compartilhamento de informações entre elas. O retrabalho somente não é maior do que a insegurança jurídica que recai sobre o indivíduo acusado⁹¹⁸.

Se existe uma solução para essa dificuldade – e há de existir –, ela necessariamente deve levar em consideração o amplo alcance do princípio de *ne bis in idem*, sem que se admita uma mitigação de seu conteúdo. Como se vem reiterando ao longo desse estudo, o princípio não suporta formulações do tipo “*sim, mas...*”. Essa questão será retomada oportunamente.

4.3.2.2. *A reforma à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021 solucionou o problema?*

Pode-se indagar: a reforma trazida pela Lei nº 14.230/2021 teria, enfim, incorporado a faceta transversal do *ne bis in idem* à Lei de Improbidade Administrativa? Em nome da unidade da potestade punitiva do Estado, ter-se-ia superado, por completo, a barreira entre o direito penal e o direito administrativo sancionador?

⁹¹⁸ Cf. MACHADO, Máira Rocha. Crime e/ou improbidade?... cit., pp. 206-207. Em seu trabalho, ainda, a jurista examina o “Caso TRT”, que teve como objeto o “*processo licitatório realizado em 1992 para a construção de novo fórum trabalhista em São Paulo até a suspensão do repasse de verbas para as construtoras que venceram a licitação, passando também pelos desdobramentos relacionados aos bens e valores realizados no exterior*”. Os mesmos fatos repercutiram em procedimento administrativo no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), em procedimentos judiciais por improbidade administrativa e na esfera penal, em processo de cassação de mandato junto ao Senado Federal, em procedimento de recuperação de ativos e na Suíça e nos Estados Unidos da América, em processos de falência e, enfim, em acordo celebrado pela Advocacia-Geral da União para garantir o ressarcimento de danos aos cofres públicos. A jurista observa, porém, que “*os diferentes procedimentos relacionados ao Caso TRT integraram-se apenas fisicamente – por intermédio da extração e juntada de cópias dos autos de um procedimento em outro – o que resultou em autos com dezenas de volumes e centenas de páginas. O mecanismo do ‘junte-se’, contudo, repercutiu apenas parcialmente nas sentenças proferidas: é possível que perceber que as decisões fazem referências aos demais procedimentos em curso ou concluídos, mas ignoram seus resultados para fins de determinação tanto das sanções aplicáveis quanto da imposição de outras obrigações, como o dever de reparar o dano. Reparação do dano e multas foram impostas na sentença criminal, na sentença civil e na decisão administrativa proferida pelo Tribunal de Contas da União. Nenhuma dessas decisões levou em consideração as sanções proferidas pelas demais esferas. Não se pode deixar de mencionar, ademais, que a esfera penal, com a utilização de múltiplos crimes para tipificar aquele fato, impôs penas de prisão próximas a 30 anos*”. Idem, pp. 207-208. Cf. ainda DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção..., cit., pp. 120-121.

No tópico 3.6.2.5., adiantou-se que a resposta é negativa, apesar de a lei ter passado a contemplar o princípio em maior grau.

A nova redação da Lei nº 8.429/1992 mitiga a ideia de uma suposta independência *absoluta* das instâncias, o que foi fruto de uma iniciativa legislativa realmente elogiável. No lugar, instituiu-se, por assim dizer, uma independência *relativa* entre instâncias.

E isso se deu a partir de dois grupos de alterações.

De um lado, a Lei de Improbidade Administrativa agora impõe que, na aplicação de suas sanções e de eventual reparação de dano, sejam deduzidas aquelas já aplicadas por outras esferas.

Art. 12.

(...)

§ 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos.

Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

(...)

V - considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente.

Art. 21.

(...)

§ 5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.

Esse regime compensatório é mais bem-acabado do que aquele adotado pelo artigo 22, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹¹⁹, segundo o qual as sanções de direito público aplicadas ao agente devem ser “*levadas em conta*” na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Ao contrário, a Lei de Improbidade reduz substancialmente a subjetividade do magistrado na aplicação de sanções e no cálculo de indenizações, para melhor condizer com a real gravidade da conduta e culpabilidade do agente.

⁹¹⁹ Introduzido pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública).

Promove-se um melhor diálogo entre as instâncias, de fato, mas isso não significa dizer que a norma abraçou o *ne bis in idem*. Apesar de as soluções compensatórias soarem, à primeira vista, mais “proporcionais”, o são apenas em comparação com a reiteração punitiva arbitrária ou descriteriosa. Considerando-se que o mesmo sujeito, possivelmente um funcionário público, possa ter sido sancionado na esfera penal com base nos mesmos fatos da ação de improbidade, e que a ele já teriam sido impostas as penas privativas de liberdade e de multa, além da perda de função pública, perdimento de bens e indenização dos danos causados, todo esse conjunto de consequências jurídicas já representaria a resposta sancionatória *proporcional* ao caso. Qualquer *outra* consequência sancionatória que fosse imposta ao agente seria excessiva por si só.

O desconto não se equipara ao *ne bis in idem*, destarte, já que pressupõe que pelo menos duas sanções sejam aplicadas concomitantemente ao mesmo sujeito em razão dos mesmos fatos⁹²⁰. E essa sobreposição de normas, aliás, é justamente o comando do artigo 12, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, ao declarar que a aplicação de suas sanções independe “*do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica*”.

O outro grupo de dispositivos recentemente trazidos à Lei de Improbidade Administrativa trata das hipóteses de comunicabilidade de decisões de mérito proferidas em outras esferas, desde que sejam favoráveis aos acusados:

Art. 21.

(...)

§ 3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.

§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Nota-se que o artigo 21, parágrafo 3º, não representa propriamente uma inovação. O artigo 935 do Código Civil já dispunha que “*a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo*

⁹²⁰ No ponto, retome-se o tópico 3.6.2.4.

*criminal*⁹²¹. Trata-se de uma das consequências lógicas da coisa julgada, capaz de evitar a prolação de decisões conflitantes ou muito inconsistentes entre si, mas que não chega a ser tão abrangente como a proibição de *bis in idem*⁹²².

O dispositivo ratifica o entendimento exarado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal ao julgar procedente a Reclamação Constitucional nº 41.557, cujo acórdão foi publicado em março de 2021 – e que foi objeto de maiores considerações no tópico 3.6.2.3. Nesse caso, pleiteava-se o trancamento de ação de improbidade em face de um agente político que, recentemente, havia sido excluído do polo passivo de ação penal pelos mesmos fatos, via *habeas corpus*, devido à ausência de autoria delitiva. Em seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes tratou da necessidade de mitigar a noção de “independência de instâncias”, fazendo repercutir na esfera administrativa sancionadora a decisão penal definitiva que acolheu a tese de negativa de autoria.

Sobre a decisão, merecem ser retomados os apontamentos de Aury Lopes Junior e Keity Saboya, que chamam a atenção para a distinção entre os efeitos negativos da coisa julgada e o princípio de *ne bis in idem*, identificando que o Tribunal seguiu pelo primeiro caminho⁹²³:

É que a decisão tratou muito mais dos efeitos negativos da coisa julgada, e casos amplexivos da coisa julgada, tendo em vista a escurrita afirmação de que os efeitos da decisão de trancamento do processo por negativa de autoria, nos termos do art. 935 do Código Civil, espraia-se para além das fronteiras do caso julgado. E deixou de indicar o que poderia ser considerado decisão definitiva, como um dos pressupostos de aplicabilidade do *ne bis in idem*. Observe-se que não se nega a íntima conexão que guarda o *ne bis in idem* com a coisa julgada, mas não se há de confundir esses institutos.

Enfim, o artigo 21, parágrafo 4º, da Lei de Improbidade Administrativa, inova ao prever que a absolvição criminal confirmada por decisão colegiada interromperá a ação de improbidade que versar sobre os mesmos fatos – e isso em relação a todos os fundamentos de absolvição previstos no Código de Processo Penal:

⁹²¹ Em sentido similar, confira-se o artigo 66 do Código de Processo Penal: “*Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato*”.

⁹²² MACHADO, Máira Rocha. Crime e/ou improbidade?..., cit., p. 209.

⁹²³ LOPES JUNIOR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da..., cit. Relembre-se, apenas, que os autores fazem referência à decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes que havia concedido a liminar nesse mesmo caso, antes do julgamento colegiado, portanto. Cf. também BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do..., cit.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Sobretudo em tempos de recrudescimento sancionatório, bem se vê que as intenções do legislador são positivas e que o dispositivo representa um aperfeiçoamento da redação antiga da lei. Ele chega a corroborar, também, a reflexão que a jurisprudência já ensaiava sobre o tema, ainda que de forma muito pontual, a exemplo do acórdão proferido no Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no *Habeas Corpus* nº 601.533/SP, em que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça assim entendeu⁹²⁴:

Embora não se possa negar a independência entre as esferas – segundo a qual, em tese, admite-se repercussão da absolvição penal nas demais instâncias apenas nos casos de inexistência material ou de negativa de autoria –, não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa. Precedente.

Não obstante, é de se questionar por que a comunicabilidade da decisão penal se restringe a uma situação específica do processo penal, qual seja, a absolvição confirmada por órgão colegiado. Seria mais produtivo referenciar toda e qualquer decisão de mérito terminativa, ainda que se tratasse de uma absolvição sumária (artigo 397 do Código de Processo Penal), da absolvição não recorrida pela acusação (e que, logicamente, não é examinada por órgão colegiado), do trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus*

⁹²⁴ STJ, AgRg nos EDcl no Habeas Corpus nº 601.533/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 21.09.2021. O caso foi mencionado por Sebastião Botto de Barros Tojal em seminário *online* sobre a reforma da Lei de Improbidade Administrativa. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate [seminário online]. In: GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria (coord). *A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate* [seminário online]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 6 dez. 2021 Disponível em: <https://youtu.be/tv2Stc_cPyI>. Acesso em 6 dez. 2021. Além disso, enquanto palestrante, Tojal rememorou que a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público, na Nota Técnica nº 1/2020, houve por mitigar a “independência de instâncias” quando da celebração de acordo de colaboração premiada. O órgão reconheceu que a proteção do acordo ao réu colaborador deveria ser estendida para outras instâncias, além da penal, de modo a lhe assegurar que não seria denunciado por crime, nem por ato de improbidade. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1_2020_5ccr_05-05-redacao-final-nt-al-com-adesoes-ultima-versao.pdf/view>. Acesso em 8 dez. 2021.

etc. A literalidade do texto, mais uma vez, pode ser um empecilho à aplicação ponderada da lei.

Ademais, não foram dadas soluções aos casos em que a absolvição criminal confirmada por decisão colegiada é revertida pelos Tribunais Superiores. Um desfecho nesse sentido, em tese, não geraria efeitos sobre a ação de improbidade já extinta, mas, dentro da (ainda questionável) lógica da “independência mitigada de instâncias”, poderia causar uma sensação de impunidade. E essa mesma irresignação poderia se fazer presente se a referida absolvição tivesse por fundamento o artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (“*não constituir o fato infração penal*”), pois, pela própria lógica da subsidiariedade do direito penal, aquilo que não se enquadrar como delito pode ainda, facilmente, se tratar de uma infração extrapenal, isto é, que o legislador decidiu tipificar por uma via menos gravosa.

Na realidade, essas e outras celeumas poderiam ter sido contornadas se a Lei de Improbidade Administrativa tivesse reconhecido o princípio de *ne bis in idem* por inteiro, inclusive sob uma perspectiva transversal, e investido em uma política sancionadora integrada. A comunicabilidade de decisões absolutórias não é o suficiente para impedir o reiterado processamento dos mesmos fatos, até porque, como se argumentou, essa pretensão parte da premissa que uma eventual *condenação* não basta por si só – que deve ser multiplicada.

E frise-se: a denominada “independência mitigada das instâncias” – que, na prática, é um passo importante no percurso pela racionalização do direito sancionador brasileiro – é repleta de anomalias. Afinal, essa ligeira (e insatisfatória) relativização do abismo entre as esferas do mesmo poder punitivo deveria ter sido acompanhada por critérios normativos que a delimitassem, de modo a evitar ambiguidades e promover uma melhor sistematização das normas envolvidas. Definitivamente, não foi isso que aconteceu.

Mais adiante, apresentam-se propostas já desenvolvidas pela doutrina que, diferentemente do que ocorre no Brasil, buscam reduzir os “poréns” da transversalidade do *ne bis in idem* e podem ser úteis para a formulação de um sistema sancionatório funcional, garantista e efetivo, sem que se empregue recursos públicos em redundâncias despropositadas.

4.3.3. Nova Lei de Licitações

No tópico 4.3.1.3, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) foi abordada como um instrumento de responsabilização de pessoas jurídicas, o que exigia seu cotejo com a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Agora, já que as infrações administrativas da Lei nº 14.133/2021 e respectivas sanções também se dirigem a pessoas físicas, faz-se oportuno complementar o exame de antes, ainda que brevemente.

O quadro abaixo organiza o sistema sancionatório da nova legislação. As sanções discriminadas para cada infração podem ser aplicadas cumulativamente (artigo 156, §7º) e não excluem, em hipótese alguma, a obrigação de reparar integralmente o dano causado à administração pública (artigo 156, § 9º):

Infrações previstas nos incisos do artigo 155 da Nova Lei de Licitações	Respectivas sanções, entre aquelas previstas nos incisos do <i>caput</i> do artigo 156 da Nova Lei de Licitações
I – dar causa à inexecução parcial do contrato;	– Advertência, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, isto é, o impedimento de licitar ou contratar (artigo 156, §2º). – Multa, entre 0,5% e 30% do valor do contrato (artigo 156, §3º).
II – dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;	– Multa, entre 0,5% e 30% do valor do contrato (artigo 156, §3º). – Impedimento de licitar e contratar, pelo prazo máximo de 3 anos e quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, isto é, a declaração de inidoneidade (artigo 156, §4º).
III – dar causa à inexecução total do contrato;	
IV – deixar de entregar a documentação exigida para o certame;	
V – não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;	
VI – não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;	
VII – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;	
VIII – apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;	– Multa, entre 0,5% e 30% do valor do contrato (artigo 156, §3º).

IX – fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;	<p>– Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar no âmbito da administração pública direta e indireta, por 3 a 6 anos (artigo 156, §5º).</p> <p>A reabilitação do sancionado perante a autoridade que aplicou a penalidade é condicionada, cumulativamente: (i) à reparação integral do dano; (ii) ao pagamento da multa; (iii) ao transcurso do prazo mínimo de 3 anos da aplicação da penalidade; (iv) ao cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; (v) à implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável; e (vi) à análise jurídica prévia que conclua pelo cumprimento dos requisitos anteriores (artigo 163).</p>
X – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;	
XI – praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação ⁹²⁵ ;	
XII – praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Por fazer remissão a uma lei dedicada à responsabilização de pessoas jurídicas, deduz-se que esse dispositivo não se volta a pessoas naturais.	

A Nova Lei de Licitações não se limita a estabelecer indenizações pelo eventual dano causado ao erário por parte do licitante ou contratante. De natureza eminentemente punitiva⁹²⁶, a norma propõe-se a *castigar* esses agentes por condutas de distintas gravidades: desde as simples irregularidades contratuais (incisos I a VII) até os comportamentos mais reprováveis, com destaques àqueles que se valem de expedientes fraudulentos ou ilícitos (incisos VIII a XI, no caso das pessoas físicas).

Outrossim, há uma grande proximidade entre as infrações administrativas e penais. Por exemplo, o indivíduo que praticar superfaturamento na execução de contrato público (compreendido pelo artigo 312 do Código Penal⁹²⁷) ou frustrar o caráter competitivo da licitação (artigo 337-F do Código Penal⁹²⁸) necessariamente terá atentado também contra o artigo 155, inciso XI, da Nova Lei de Licitações, que tipifica os “*atos ilícitos com vistas a*

⁹²⁵ Que, nos termos do artigo 11, são os seguintes: “I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”.

⁹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.594.

⁹²⁷ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa”. O agente licitante ou contratado pela administração pública pode figurar como sujeito ativo desse crime na condição de funcionário público por equiparação, nos termos do artigo 327, §1º, do Código Penal: “[e]quipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

⁹²⁸ “Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa”.

frustrar os objetivos da licitação”. Nesses dois casos, constata-se que o ilícito administrativo e o penal se encontram em uma relação de progressão, já que o primeiro não exige a constatação do resultado naturalístico (é *formal*), enquanto o segundo o exige (sendo, portanto, crime material).

O crime de fraude em licitação ou contrato⁹²⁹, por sua vez, possui uma correspondência direta com ilícitos administrativos do artigo 155, incisos IX a X, que envolvem expedientes fraudulentos. Já a violação do inciso VIII do mesmo dispositivo (“*apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato*”) corresponderá a um crime de falso, a ser delimitado com base no caso concreto.

A despeito de esse ser mais um terreno fértil para a sobreposição sancionatória, a Nova Lei de Licitações não trouxe uma palavra para compatibilizar as diferentes facetas do poder punitivo do Estado. Ficou mantido, portanto, o alheamento de uma “instância” em relação à outra⁹³⁰.

4.4. Afinal, como solucionar hipóteses de *bis in idem* envolvendo a norma do direito administrativo sancionador e lei penal?

A superação das inconsistências decorrentes da “independência de instâncias” (mitigada ou não) ocorrerá obrigatoriamente pela observância do princípio de *ne bis in idem*, que obriga a aplicação de apenas uma das respostas sancionadoras possíveis. Para tanto, é imperativo, desde logo, desemaranhar e reordenar a relação entre os órgãos pelos quais a capacidade sancionadora do Estado se manifesta, sempre de maneira a promover a segurança jurídica dos cidadãos⁹³¹.

⁹²⁹ “Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III – entrega de uma mercadoria por outra; IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa”.

⁹³⁰ Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a...*, cit., p. 373.

⁹³¹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Sobre el sentido...*, cit., pp. 24-25.

As reflexões doutrinárias e as experiências jurídicas de outros países podem contribuir em grande medida para o desenvolvimento de uma política sancionadora integrada no Brasil. Os subcapítulos 3.3. e 3.4 discriminaram os critérios de identificação de uma hipótese de *bis in idem* e as ferramentas hermenêuticas disponíveis para resolver um concurso de normas.

Mas como eleger a norma aplicável quando a concorrência normativa se dá entre o direito penal e o direito administrativo sancionador⁹³²?

A princípio, há alguns pressupostos a serem observados ainda em fase de *lege ferenda*, quais sejam, (i) a descriminalização; (ii) a consideração da subsidiariedade do direito penal; e (iii) de sua fragmentariedade. Ao eleger o ilícito penal e o ilícito administrativo, incumbiria ao legislador seguir uma pauta meticulosa, concebida a partir de regras mais específicas, que reduzissem o risco de tornar a política sancionadora uma atividade apaixonada e descriteriosa⁹³³. A Lei de Improbidade Administrativa, a Nova Lei de Licitações e tantas outras seriam mais bem aproveitadas se protegessem o bem jurídico “administração pública” de ofensas *diversas* das já abarcadas pela lei penal, a exemplo daquelas que, por serem menos gravosas, são suficientemente disciplinadas pela via extrapenal. Aqui, note-se, haveria de se pensar em eventuais readequações das sanções previstas pela Lei nº 8.429/1992, em respeito ao critério da proporcionalidade.

Assim, pode-se cogitar a seguinte situação: se um funcionário público aceitasse algum tipo de presente acima do valor permitido em lei, de um particular que desejasse lhe agradecer pelos bons serviços prestados ao público durante o ano e sem que houvesse qualquer pretensão espúria de contrapartida, o caso poderia melhor se enquadrar em um ato de improbidade do que em crime de corrupção passiva. Talvez, nessa hipótese, o direito administrativo sancionador proporcionasse uma tutela ao bem jurídico mais adequada e efetiva do que o direito penal, o que motivaria a tipificação por aquele primeiro, não por este último.

⁹³² Essa é uma das principais indagações sobre as quais Lucía Alarcón Sotomayor se debruça em sua obra. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 83. Cf. também, as considerações que Kevin Davis, Guillermo Jorge e Maíra Rocha Machado traçam sobre o fardo (*burden*) que o processo pode significar ao acusado. DAVIS, Kevin E.; JORGE, Guillermo; MACHADO, Maíra Rocha. *Coordinating the enforcement...*, cit., pp. 6-7.

⁹³³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 123-130.

É certo, de todo modo, que não se pode prevenir por completo o ordenamento jurídico de concursos aparentes de normas. A sobreposição normativa, no plano abstrato, não necessariamente se traduz em uma irracionalidade da atividade legislativa, sobretudo quando se está diante de bens jurídicos supraindividuais, de assaz complexidade⁹³⁴. Para essas situações, deve-se atentar para outras questões.

Em termos de *lege lata*, isto é, quando se constata efetivamente o concurso normativo intraesferas, há uma importante variante a ser levada em consideração, de cunho *procedimental*. Trata-se de saber qual jurisdição há de prevalecer para aplicar a lei e sob qual rito.

A discussão não se confunde com nenhuma das facetas do *ne bis in idem*, processual ou material, e seu fundamento não reside exatamente na proibição de um duplo castigo. O que se procura é o melhor *meio* para assegurar que uma mesma infração não seja sancionada mais de uma vez, coibindo, ao mesmo tempo, pronunciamentos punitivos contraditórios⁹³⁵.

Dá-se ênfase às fórmulas adotadas por três países e que podem ser de grande valor ao legislador brasileiro: Espanha, Peru e Alemanha⁹³⁶.

Na experiência espanhola, a já revogada Ley 30/1992 (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*), em seu artigo 133, impedia a punição dos fatos que já o tivessem sido *penal ou administrativamente*, caso houvesse identidade de sujeito, fato e fundamento⁹³⁷. Hoje, essa regra consta do artigo 31 da Ley 40/2015 (*de régimen jurídico del sector público*), que ainda determina que, se um órgão da União Europeia tiver imposto uma sanção pelos mesmos fatos, *não havendo* identidade de sujeitos e fundamentos, a autoridade espanhola deverá levá-la em conta para graduar

⁹³⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 261.

⁹³⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 103-104 e 111-113; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non...*, cit., pp. 55-56.

⁹³⁶ Helena Regina Lobo da Costa ainda apresenta as soluções adotadas pelos ordenamentos italiano, francês, belga e estadunidense. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 194-209. Cf. também SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 270-272.

⁹³⁷ O texto original, já revogado, previa o seguinte: “*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>>. Acesso em 9 dez. 2021.

aquela que lhe cabe aplicar, “*podendo minorá-la, sem prejuízo de declarar o cometimento da infração*”⁹³⁸.

Diante desse mandamento, no direito espanhol, tem-se aplicado a preferência cronológica da jurisdição penal sobre a esfera administrativa⁹³⁹. Assim, tão logo a administração se aperceba de um possível crime, deve suspender o procedimento sancionador⁹⁴⁰, remeter os autos ao Ministério Público e, sendo o caso, aguardar até que se dê uma solução definitiva ao processo penal. Se a acusação penal for julgada improcedente em razão de os fatos não constituírem crime, a esfera administrativa poderá dar continuidade ao procedimento que estava suspenso. Havendo uma condenação criminal ou uma absolvição por fundamentos que comprometam a apreciação do caso pela seara administrativa – como inexistência dos fatos –, esta se vê impossibilitada de atuar⁹⁴¹.

A matéria era regulada pelo artigo 7 do Real Decreto 1.398/1993 (*Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora*)⁹⁴² até a revogação da norma pela Ley 39/2015 (*Ley del procedimiento administrativo común de las*

⁹³⁸ Assim dispõe o artigo 31 da Ley 40/2015: “*Artículo 31. Concurrencia de sanciones. 1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. 2. Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción*”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>>. Acesso em 9 dez. 2021. Em relação a esse item 2, percebe-se que não se trata de uma estratégia compensatória aos moldes da Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; a previsão espanhola refere-se a hipóteses em que não há *bis in idem*, porque não preenchidos todos os seus pressupostos.

⁹³⁹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 101.

⁹⁴⁰ Com a consequente suspensão do prazo prescricional administrativo e de caducidade do procedimento sancionador. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 132.

⁹⁴¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., pp. 194-197; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 272.

⁹⁴² Cujá íntegra era: “*Artículo 7. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal. 1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial. 3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien*”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1993-20748>>. Acesso em 9 dez. 2021.

administraciones públicas)⁹⁴³. Hoje, o artigo 77.4 da lei posterior limita-se a determinar que os fatos declarados provados por decisões penais definitivas vincularão a administração pública nos procedimentos sancionadores subsistentes⁹⁴⁴, o que não chega a colocar em dúvida a diretiva expressa pela norma anterior, em razão da preferência dada à jurisdição penal⁹⁴⁵.

Se, porventura, o procedimento administrativo se encerrar antes do penal, com a aplicação ou até mesmo execução de sanções, existe um debate jurisprudencial e doutrinário sobre o melhor caminho a ser tomado.

Na paradigmática Sentença nº 177/1999⁹⁴⁶, o Tribunal Constitucional decidiu que deveria prevalecer o critério cronológico, de modo que a primeira sanção imposta impediria uma posterior, ainda que penal, ao mesmo sujeito, por idênticos fatos e fundamentos. Entendeu-se que essa segunda reprimenda vulneraria o direito de não ser sancionado reiteradamente e, por isso, procedeu-se à sua anulação. O erro exclusivo da administração não poderia recair sobre o acusado, sobretudo naquele caso, em que ele havia até mesmo alertado nos autos a existência de processos concomitantes⁹⁴⁷.

Como aponta Lucía Alarcón Sotomayor, nessa sentença, a primazia da esfera penal foi reputada complementária ao *ne bis in idem*, enquanto um mero instrumento formal para garantir seu cumprimento⁹⁴⁸. Assim, não se poderia tolerar que a administração violasse os deveres de paralisar sua intervenção e de submeter o caso à jurisdição penal⁹⁴⁹. O argumento, porém, não impediu que a decisão fosse alvo de críticas, à época, pela doutrina espanhola⁹⁵⁰.

⁹⁴³ Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565#ddunica>>. Acesso em 9 dez. 2021.

⁹⁴⁴ Nos seguintes termos: “*En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien*”.

⁹⁴⁵ MARTÍN MORENO, José Luis. *La potestad sancionadora de la Administración Pública*: Módulo III: Principios del procedimiento sancionador y fases del procedimiento ordinario. Instituto Nacional de Administración Pública, p. 20. Disponível em: <https://espaciocompartir.inap.es/v3/pluginfile.php/1546/mod_resource/content/4/M%C3%B3dulo%20III_m anual_maquetado.pdf>. Acesso em 9 dez. 2021.

⁹⁴⁶ Assim como na de n.º 152/2001. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 145.

⁹⁴⁷ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de...*, cit., pp. 318-319.

⁹⁴⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 147.

⁹⁴⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 211.

⁹⁵⁰ NAVARRO CARDOSO, Fernando. *El principio ne...*, cit.

Em sentenças posteriores, de nº 2/2003 e 334/2005, a mesma corte posicionou-se de maneira diversa. Determinou que a sanção administrativa indevida, aplicada em antecipação, haveria de ser descontada da sanção penal posterior, em detrimento do direito de não sofrer julgamentos sucessivos⁹⁵¹. A compensação, como se expôs anteriormente, também é adotada pela Lei de Improbidade, mas com uma diferença fundamental: nela, é a *regra*, enquanto, na Espanha, é o meio encontrado para a superação dos episódios *excepcionais* em que a administração descumpra a regra (paralisar o procedimento administrativo de apuração de fatos que podem constituir crimes).

O ordenamento jurídico peruano também merece destaque, porque não apenas acolhe abertamente o *ne bis in idem*, como também recepciona sua faceta transversal⁹⁵². A garantia integra os princípios elencados no artigo 248 da Ley 27.444 (*Ley del Procedimiento Administrativo General*, de 2001⁹⁵³):

Artigo 248 – Princípios do poder sancionador administrativo.

O poder sancionador de todas as entidades rege-se adicionalmente pelos seguintes princípios especiais:

(...)

11. *Non bis in idem* – A pena e a sanção administrativa não podem ser aplicadas sucessiva ou simultaneamente pelo mesmo facto, nos casos em que se constate a identidade de sujeito, fato e fundamento.

A referida proibição também se estende às sanções administrativas, salvo quanto à hipótese de continuidade de infrações a que se refere o inciso 7.⁹⁵⁴

O Código de Processo Penal peruano de 2004, por sua vez, estabelece⁹⁵⁵:

Artigo III. – Proibição da persecução penal múltipla

Ninguém poderá ser processado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato, sempre que se trate do mesmo sujeito e fundamento. Este princípio se aplica às sanções penais e administrativas. O direito penal tem proeminência sobre o direito administrativo.

A exceção a essa regra é a revisão, pela Suprema Corte, da sentença condenatória proferida em qualquer dos casos em que a ação esteja indicada taxativamente como procedente neste Código⁹⁵⁶.

⁹⁵¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 211; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 149-155.

⁹⁵² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 205-207.

⁹⁵³ O texto passou por diversas modificações. Até 2016, esses princípios eram disciplinados no artigo 230 da lei. Disponível em: <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2040151/TUO%2027444-PROCED%20ADMINISTRA-21%20jul%202021.pdf>>. Acesso em 9 dez. 2021.

⁹⁵⁴ Tradução livre.

⁹⁵⁵ Tradução livre.

⁹⁵⁶ Os casos em que a ação de revisão criminal devem ser julgadas procedentes estão dispostos no artigo 439 do Código de Processo Penal peruano, cuja íntegra é esta: “*La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos: 1. Cuando después de*

A regra é similar à do ordenamento espanhol, relativa à competência exclusiva da jurisdição penal. A administração não pode arrogar para si o poder de conhecer um fato de possível conteúdo penal⁹⁵⁷.

Em relação aos casos em que a sanção administrativa é aplicada antes da penal, a legislação peruana ainda não oferece respostas, mas as discussões se aproximam daquelas travadas na Espanha. Dino Carlos Caro Coria critica o entendimento consolidado pela jurisprudência espanhola nas sentenças nº 2/2003 e 334/2005. Para ele, o *ne bis in idem* haveria de prevalecer ainda que um dos poderes públicos impusesse uma sanção fora do marco legal⁹⁵⁸.

Na legislação alemã, o tema da transversalidade do *ne bis in idem* não chega a ser particularmente complexo, porque os ilícitos administrativos, denominados contra-ordenacionais (*Ordnungswidrigkeiten*), integram o conceito de direito penal *latu sensu*. Assim, a necessidade de coordenação dessas normas é flagrante e reconhecida⁹⁵⁹ – a falaciosa “independência de instâncias” não encontra lugar nessa conformação.

A lei que disciplina a matéria (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, de 1968⁹⁶⁰) erigiu uma autêntica parte geral das infrações administrativas, tanto do ponto de vista material como processual. Como assinala Francisco Javier de León Villalba, criaram-se meios para que a resposta sancionatória – dada por um juiz penal – possa abarcar todo o

una sentencia se dictará otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados. 2. Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada. 3. Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación. 4. Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado. 5. Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado. 6. Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema”.

⁹⁵⁷ CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de..., cit., p. 14. Nada obstante, o autor aponta casos em que a regra é violada. Idem. p. 27 e ss.

⁹⁵⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de..., cit., p. 46. Interessante notar que o artigo 131 da Ley 27.809 (*Ley General del Sistema Concursal*), mencionada pelo autor, foi revogado em 2008. Ele dispunha que, em caso de quaisquer das infrações previstas na Ley 27.809, após a imposição de uma sanção administrativa, não caberia o início de ação penal pelos mesmos fatos. Idem, p. 40.

⁹⁵⁹ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 203-204.

⁹⁶⁰ Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/OWiG.pdf>. Acesso em 10 dez. 2021.

conteúdo de injusto do fato, de modo que a valoração global substitua uma eventual dupla valoração injustificada⁹⁶¹.

De acordo com a sua seção 21.1 da lei, se um mesmo fato constituir crime e infração contra-ordenacional, apenas a lei penal é aplicada, ainda que as consequências acessórias da outra norma possam ser também reconhecidas⁹⁶². Do ponto de vista procedimental, as seções 41, 44, 45, 84 e 86 da lei⁹⁶³ determinam, resumidamente, que: (i) havendo indício de se estar diante de crime, a autoridade administrativa deverá remeter os autos ao Ministério Público, para que decida se instaurará ação penal ou não⁹⁶⁴; (ii) a resolução dada pelo Ministério Público vinculará a autoridade administrativa⁹⁶⁵; (iii) se a atividade persecutória do Ministério Público recair sobre um ilícito contra-ordenacional e um crime a ele relacionado, o tribunal competente para julgar o caso será o penal⁹⁶⁶; (iv) uma vez que houver decisão definitiva que qualifique uma conduta como infração contra-ordenacional ou crime, os mesmos fatos não poderão ser processados novamente com título diverso⁹⁶⁷; (v) o aviso de multa (*Bußgeldbescheides*) será anulado se o mesmo indivíduo for condenado pelos mesmos fatos na seara penal ou se for absolvido sob fundamentos que impeçam a imposição de multa. Porém, se a multa já tiver sido executada, ela será descontada

⁹⁶¹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., p. 30.

⁹⁶² No original: “§ 21 *Zusammentreffen von Straftat und Ordnungswidrigkeit* (1) *Ist eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit, so wird nur das Strafgesetz angewendet. Auf die in dem anderen Gesetz angedrohten Nebenfolgen kann erkannt werden (...)*”.

⁹⁶³ São esses os dispositivos – verdadeiramente pertinentes – destacados por Keity Saboya ao tratar do tema. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 270-271.

⁹⁶⁴ “§ 41 *Abgabe an die Staatsanwaltschaft – (1) Die Verwaltungsbehörde gibt die Sache an die Staatsanwaltschaft ab, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß die Tat eine Straftat ist. (2) Sieht die Staatsanwaltschaft davon ab, ein Strafverfahren einzuleiten, so gibt sie die Sache an die Verwaltungsbehörde zurück*”.

⁹⁶⁵ “§ 44 *Bindung der Verwaltungsbehörde – Die Verwaltungsbehörde ist an die Entschließung der Staatsanwaltschaft gebunden, ob eine Tat als Straftat verfolgt wird oder nicht*”.

⁹⁶⁶ “§ 45 *Zuständigkeit des Gerichts – Verfolgt die Staatsanwaltschaft die Ordnungswidrigkeit mit einer zusammenhängenden Straftat, so ist für die Ahndung der Ordnungswidrigkeit das Gericht zuständig, das für die Strafsache zuständig ist*”.

⁹⁶⁷ “§ 84 *Wirkung der Rechtskraft – (1) Ist der Bußgeldbescheid rechtskräftig geworden oder hat das Gericht über die Tat als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat rechtskräftig entschieden, so kann dieselbe Tat nicht mehr als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden. (2) Das rechtskräftige Urteil über die Tat als Ordnungswidrigkeit steht auch ihrer Verfolgung als Straftat entgegen. Dem rechtskräftigen Urteil stehen der Beschluß nach § 72 und der Beschluß des Beschwerdegerichts über die Tat als Ordnungswidrigkeit gleich*”. Literalmente, o item 1 do dispositivo prevê que, se um aviso de multa transitar em julgado ou se o tribunal, por decisão definitiva, reputar um fato como ilícito contra-ordenacional ou crime, então o mesmo fato não mais poderá ser processado como ilícito contra-ordenacional. A primeira parte do item 2, por sua vez, determina que o julgamento definitivo que tenha qualificado um ato como infração contra-ordenacional também impede a sua persecução como crime.

da pena de multa criminal, dos efeitos da condenação ou das custas processuais, nessa ordem⁹⁶⁸.

Feita essa breve exposição sobre a experiência estrangeira, percebe-se que há muitas possibilidades para melhor equacionar a questão da transversalidade do *ne bis in idem* no Brasil.

Sob o influxo do ordenamento jurídico alemão, Francisco Javier de León Villalba sublinha a importância de integrar a potestade sancionadora do Estado a partir de um sistema comum de garantias e de uma estrutura básica escorada no Estado de Direito, que não deixe de respeitar as particularidades de cada sistema⁹⁶⁹.

Na interface entre direito penal e direito administrativo sancionador, ele entende que a efetividade do princípio de *ne bis in idem* é condicionada à perfeita comunicação entre as esferas, que permita a valoração global dos fatos por uma delas. A base para esse diálogo reside na paralisação do procedimento pelo órgão administrativo e a imediata comunicação ao órgão penal competente sobre a possível existência de infração penal concorrente. Essa forma de proceder permitiria a vinculação administrativa ao resultado obtido na via penal. Sendo a sentença penal condenatória, pereceria a possibilidade de imposição de sanção administrativa à mesma conduta. Procedendo-se à absolvição do acusado, se sob o fundamento de o fato não constituir crime, a autoridade administrativa estaria autorizada a continuar seu procedimento, mantida sua deferência ao quadro fático-probatório decidido pela esfera penal⁹⁷⁰.

Keity Saboya⁹⁷¹, com a mesma premissa de que a atividade sancionadora deve ser una, também defende que a melhor forma para dar concretude ao princípio aproxima-se

⁹⁶⁸ “§ 86 Aufhebung des Bußgeldbescheides im Strafverfahren – (1) Ist gegen den Betroffenen ein Bußgeldbescheid ergangen und wird er später wegen derselben Handlung in einem Strafverfahren verurteilt, so wird der Bußgeldbescheid insoweit aufgehoben. Dasselbe gilt, wenn es im Strafverfahren nicht zu einer Verurteilung kommt, jedoch die Feststellungen, die das Gericht in der abschließenden Entscheidung trifft, dem Bußgeldbescheid entgegenstehen. (2) Geldbeträge, die auf Grund des aufgehobenen Bußgeldbescheides gezahlt oder beigetrieben worden sind, werden zunächst auf eine erkannte Geldstrafe, dann auf angeordnete Nebenfolgen, die zu einer Geldzahlung verpflichten, und zuletzt auf die Kosten des Strafverfahrens angerechnet. (3) Die Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 werden in dem Urteil oder in der sonstigen abschließenden Entscheidung getroffen”.

⁹⁶⁹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., p. 32.

⁹⁷⁰ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido..., cit., pp. 30-33.

⁹⁷¹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria..., cit., p. 273-275.

da solução alemã: diante da potencial concorrência entre normas administrativas e penais, caberia ao detentor do poder sancionador administrativo, *ex officio*, remeter os autos que estavam sob seus cuidados à autoridade jurisdicional ou ao Ministério Público com atribuições respectivas.

Ainda segundo a jurista, a primazia da jurisdição penal não deveria ser entendida como uma circunstância limitativa da garantia, o que significa dizer que o cidadão não poderia ser prejudicado diante da inobservância da ordem de preferência pela administração. E, até que houvesse regulação específica sobre o tema no Brasil, “*a autoridade jurisdicional deveria absorver o poder sancionador administrativo*”⁹⁷².

A título suplementar, na eventualidade de erro procedimental atribuível às autoridades persecutórias, nada obstante implique a violação às dimensões processual e material do *ne bis in idem*, a autora propõe que, “*pelo menos para fazer valer o princípio da proporcionalidade frente à valoração integral do fato, seja aplicado o princípio do desconto*”. Assim, nessa situação excepcional, proceder-se-ia à dedução da sanção penal o montante da sanção administrativa aplicada anteriormente, se possível, ou à atenuação dos marcos da sanção penal cominada, se não tivesse um equivalente pecuniário.

Já sobre a norma prevalecente, Keity Saboya pondera que haveria de ser a lei penal, em regra, o que se faz compatível com o princípio da inafastabilidade de jurisdição, bem como com a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal – que deve servir como norte à atividade legislativa. Aqui, realmente, como ela afirma, não apenas o princípio da especialidade da norma penal é visível, como também os princípios da subsidiariedade e da consunção. A prevalência da norma administrativa seria indicada apenas em casos mais raros, em que o direito penal tenha sido (indevidamente) convocado para reforçar a atividade administrativa sancionatória⁹⁷³.

Enfim, a proposta de Keity Saboya é no sentido do desenvolvimento de uma concepção “*que permita confrontar essa matéria com critérios teleológicos e não exclusivamente formais, compatível com uma visão globalizante do ordenamento jurídico*

⁹⁷² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., p. 275.

⁹⁷³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 276-277.

como um ‘sistema aberto’”, que canalize as questões jurídicas para que sejam deslindadas em um contexto adequado⁹⁷⁴.

Lúcia Alarcón Sotomayor, ao tratar do ordenamento jurídico espanhol, segue por uma linha similar, de que a autoridade administrativa tem o dever de paralisar o procedimento se identificada aparente prática de infrações penais⁹⁷⁵. Para ela, o descumprimento da regra de preferência da jurisdição penal deve ser interpretado como uma violação de direito fundamental, com a consequente nulidade da decisão administrativa e de todo o procedimento desde o dever de paralisá-lo⁹⁷⁶. A solução compensatória dada pela Sentença nº 2/2003 do Tribunal Constitucional espanhol, por isso, não daria respostas a tudo, além de contrariar o direito dos acusados de não sofrer julgamentos sucessivos.

Sobre esse tema, Helena Regina Lobo da Costa e Dino Carlos Caro Coria argumentam que não deveria recair sobre o acusado o fardo de um erro cometido pela administração. Nessa hipótese, que seria excepcional, soa-lhes mais arrazoado obstar o processo penal do que proceder ao desconto da sanção previamente aplicada⁹⁷⁷. De fato, essa parece ser a proposta mais próxima à concretização da garantia de *ne bis in idem* sem ressalvas.

Todas essas considerações indicam como todo o sistema administrativo sancionador brasileiro poderia ser mais coerente com a unidade do *ius puniendi* do Estado. Escancara-se, agora sob o ponto de vista procedimental, o quão inócuo é o entendimento da “independência de instâncias”, que nega ao princípio de *ne bis in idem* sua faceta transversal, a despeito de ela ser de todo latente, principalmente no atual contexto de expansão punitiva. A legislação estrangeira, seja europeia, seja na América Latina, mostra que existem, sim, propostas possíveis de serem discutidas e integradas ao ordenamento jurídico brasileiro, demonstradamente mais adequadas que o desconto previsto na Lei de Improbidade – que já figura como um avanço em comparação com o quadro anterior, mas cuja singeleza vem à tona quando se avista o caminho que ainda pode ser percorrido.

⁹⁷⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria...*, cit., pp. 278.

⁹⁷⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., p. 130.

⁹⁷⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non...*, cit., pp. 137-138.

⁹⁷⁷ Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico...*, cit., p. 213; CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de..., cit., p. 46

CONCLUSÕES

A pesquisa realizada no âmbito desta dissertação permite concluir que a inobservância de garantias fundamentais não é algo fortuito, mas o resultado da instrumentalização do direito sancionatório para fins que não lhe dizem respeito.

A demanda por uma reação punitiva a práticas corruptas, como visto, relaciona-se à maior densidade adquirida pelo tema a partir do fim do século XX. Tem-se um cenário complexo, que traz preocupações genuínas aos mais diversos atores sociais, mas que é facilmente apropriado por um discurso enviesado e demagógico.

Considerar a corrupção um *problema* a ser *enfrentado* pelas instâncias de controle é uma conclusão lógica e legítima diante de seus impactos deletérios sobre tantos valores caros à vida em sociedade. A *forma* com que esse enfrentamento é levado a cabo, porém, revela a imaturidade do sistema sancionatório brasileiro.

A expressão *combate à corrupção* faz jus ao seu espírito bélico e revanchista. O exacerbamento punitivo, disposto a sacrificar as regras do jogo, é frequentemente movido pela irracionalidade, o que faz dos meios empregados incapazes de tornar exequíveis os fins pretendidos. Muito mais do que uma lógica utilitarista, apropriadamente voltada à efetividade, a reação punitiva à corrupção revela-se ser um fim em si mesma⁹⁷⁸.

De um lado, constata-se um projeto específico de governança transnacional, para o qual a pauta anticorrupção tem um caráter precipuamente socioeconômico. Seu objetivo é uniformizar o modo com que os Estados lidam com a corrupção, em um movimento que renega a um segundo plano tanto a organicidade dos ordenamentos jurídicos nacionais como os institutos penais que possam fazer sombra aos ideais de pragmatismo perseguidos. De outro, além de ceder à pressão exógena, o Estado brasileiro faz desse *combate* um recurso cenográfico para assegurar a própria legitimidade perante o senso comum. Ao mesmo tempo que a sociedade brasileira se insurge por ver sua já fragilizada democracia – ao menos do ponto de vista institucional – ainda mais esmaecida pela corrupção, a batalha que as

⁹⁷⁸ Em igual sentido, TOJAL, Tarsila Fonseca. *A faceta revanchista...*, cit., p. 214.

instituições de controle e justiça se propõem a travar nega premissas próprias do Estado Democrático de Direito. Uma contradição em termos.

O Brasil não soube desenvolver um projeto coeso de enfrentamento da corrupção, tendo privilegiado iniciativas esparsas, erráticas e contingenciais. Em meio à impulsividade da reação institucional, pretensamente justificada na urgência da pauta de *fim à impunidade*, acumulam-se respostas penais e não penais, legislativas e jurisprudenciais, que estabelecem pouco diálogo entre si.

A diversidade de instrumentos sancionatórios reivindicada por esse *combate à corrupção* levantou dúvidas acerca de seu acatamento ao *ne bis in idem*, e a presente dissertação fez dessa desconfiança seu fio condutor.

Como se viu, essa garantia é uma conquista e elemento conformador do Estado Democrático de Direito; impedir o poder punitivo estatal de repetir o que já foi feito assegura ao cidadão proteção contra arroubos arbitrários. Por isso que a forma com que cada sistema jurídico percebe o princípio diz muito sobre seu grau de maturidade.

No caso brasileiro, o que se constata é uma animosidade generalizada em relação à proibição de dupla persecução e dupla sanção, tanto na produção legislativa como na atividade jurisprudencial. O caráter materialmente constitucional do *ne bis in idem* e suas parcas menções no ordenamento infraconstitucional não lograram enraizar seu conteúdo em terras brasileiras.

Por mais descomplicada que seja a ideia por trás da garantia, tanto que muitos a entendem como um axioma, há incontáveis “*sim, mas...*” colocados no caminho de sua plena concretização. O sistema punitivo brasileiro pouco se aproveita das discussões travadas pela comunidade internacional sobre o tema e não chega a alinhar as premissas teóricas para orientar o bom manuseio do princípio – resta à doutrina denunciar essa falta de sistematização e demonstrar que há, sim, um modo de proceder mais racional ao alcance dos operadores do direito.

Aliás, não é uma coincidência que, no Brasil, tanto o *combate à corrupção* como a recepção do *ne bis in idem* sejam marcados por disfunções. E muito menos se revela uma surpresa que o princípio seja muitas vezes malquisto *pelo* movimento anticorrupção, seja intrinsecamente ao direito penal, seja na interface do direito penal com o direito

administrativo sancionador – esta última marcada pelo “mantra” da *independência das instâncias*, absolutamente vazio em dogmática, mas que é repetido até se instalar no imaginário jurídico com ares de autoridade.

Esses são todos sintomas de uma cultura jurídica que tenta retirar sua legitimidade da deslegitimação dos fundamentos do direito penal liberal. Se, enfim, o atendimento a garantias individuais para conter o poder punitivo estatal é uma conquista de toda a civilização moderna, o Brasil tem ainda um longo percurso civilizatório pela frente.

BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita. Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA e ENAP, 2018, pp. 23-58.

ABOSO, Gustavo Eduardo. *Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública: Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y transnacional*. Montevideo: B de F, 2018.

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

ALTENHAIN, Karsten. § 261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (orgs.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005, v. 2, pp. 4.501-4.553.

ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe: criminalization and crime control in international relations*. New York: Oxford University Press, 2008.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Decima edizione aggiornata e integrata. Milano: Giuffrè, 1985.

ARANTES, Rogério Bastos; MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 25, n. 1, pp. 97-135, jan./abr. 2019.

ARÊDES, Sirlene Nunes. O dever constitucional de não incorrer em *bis in idem*: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, pp. 175-212, mai. 2019.

ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: idéias e processos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, p. 49-76, mai./jun. 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.137/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BASCHET, Jérôme. *A civilização feudal: do ano mil à colonização da América*. Prefácio de Jacques Le Goff. Tradução de Marcelo Rede. São Paulo: Globo, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATTINI, Lucas Andrey; SOARES, Rafael Junior. Autolavagem de dinheiro: estudo crítico sob uma ótica de proteção da dogmática penal. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 6. ano 2, pp. 145-164, abr./ jun. 2021.

BAZO, Andressa Loli; TOJAL, Tarsila Fonseca. Lei Anticorrupção: Direito Administrativo Sancionador e sua interface com o Direito Penal. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 1, ano 1, pp. 165-183, jan./mar. 2020.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direito penal e economia: tutela penal da ordem econômica. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, ano 12, n. 14, pp. 63-75, 2008.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O Ato de Ofício como Elemento para Caracterizar o Crime de Corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Melo Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 225-226.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo do direito penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 303-319.

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Los Angeles: Sage, 2011.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Apresentação. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 9-12.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 7-35, nov./dez. 2009.

BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens: Ihr Maß und ihre Form*, Leipzig, 1920.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016, v.2.

BITTAR, Walter Barbosa. Instauração simultânea de inquérito penal e cível: *bis in idem?*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 156, p. 8, nov. 2005.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. *Conjur*, 08/07/2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>>. Acesso em 24 out. 2021.

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

BUKOVANSKY, Mlada. *Corruption Is Bad: Normative Dimensions of the Anti-Corruption Movement* (Department of International Relations Working Paper 2002/05). Canberra: Australian National University, set. 2002.

BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 340, pp. 4-5, mar. 2021.

BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; STANDISH, Meacham. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais*. Tradução Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 2005, v.2.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do direito penal brasileiro: considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 321-351.

CAMPOS SALES, Manuel Ferraz de. *Da Propaganda à Presidência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília - Coleção Temas Brasileiros, 1983.

CARLETTI, Amilcare. Demóstenes: As Olíntias: As Felípicas. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1995.

CARREÑO AGUADO, Julen A. Caso Enron. In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.). *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 969-987.

CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de “ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, pp. 9-52, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: tipos e percursos. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: Uma Prática Inquisitiva. In: BONATO, Gilson (org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, pp. 203-222.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; PASCHOAL, Janaína Conceição (Coord.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, pp. 207-218.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, versão digital, jan./jun. 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 340, pp. 6-7, mar. 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O avanço do populismo também no Direito Penal. *O Estado de São Paulo*, São Paulo 2 jan. 2021. Opinião. Disponível em: <<https://opinio.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-avanco-do-populismo-tambem-no-direito-penal,70003568056>>. Acesso em 10 jan. 2021.

COSTA, Silvia Chavez Lima. A nova face da corrupção frente à tutela da ordem econômica. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 93-114.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CUBERO MARCOS, José Ignacio. *El principio non bis in idem en la ley vasca de la potestad sancionadora*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Ardulararitzaren Euskal Erakundea, 2010.

D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. Novos e velhos problemas da lavagem de dinheiro. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord.). *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 756-776.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. Atos de corrupção no Brasil: análise sobre a multiplicidade de sanções e a possibilidade da incidência de *bis in idem* de acordo com o precedente europeu. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 3. ano 1, pp. 105-134, jul./ set. 2020.

DAVIS, Kevin E.; JORGE, Guillermo; MACHADO, Máira Rocha. Coordinating the enforcement of anti-corruption law: south american experiences. *IILJ Working Paper 2020/3*, New York, 2020. Disponível em: <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2020/11/Davis-et-al-IILJ_2020_3.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2021.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro. Delincuencia Económica. In: BOIX REIG, Javier (dir.); LLORIA GARCÍA, Paz (coord.). *Diccionario de Derecho Penal Económico*. Madrid: Iustel, 2017, pp. 294-300.

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ, Carmen. Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo de capitales. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 291-319.

DIAS, Augusto Silva. *Direito das contra-ordenações*. Coimbra: Almedina, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.1, pp. 319-346.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v.1, pp. 255-299.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Menos Direito Penal e Mais Direito Administrativo Sancionador: A Proibição da Acumulação de Sanções. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 203-210.

DUYNE, Petrus C. van. Organized Crime, Corruption and Power. Crime, Law and Social Change, v. 26, issue 3, 1996/1997, pp. 201-238. In: WILLIAMS, Robert; MORAN, Jonathan; FLANARY, Rachel (org.). *Corruption in the Developed World*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp. 32-65.

ESTELLITA, Heloísa. Contrabando e descaminho. In: REALE JUNIOR, Miguel (coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate: crimes contra a administração pública e crimes contra a administração da justiça*. Rio de Janeiro: GZ, 2013, v. 4, pp. 159-171.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coord). *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 323-352.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, pp. 231-240, abr./jun. 1998.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, v. 2.

FERRARI, Giovanna. Início do delito de lavagem de dinheiro ou exaurimento do crime antecedente: qual o limite?. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 3, ano 1, pp. 151-167, jul./set. 2020.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *FATF Report: Professional Money Laundering*. Documento eletrônico. jul. 2018, pp. 17-19. Disponível em <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Professional-Money-Laundering.pdf>>. Acesso em 12 set. 2021.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Presentación. In: KAPLAN, Marcos (coord.). *Estudios de derecho económico*. Ciudad de México, Distrito Federal: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, v. 1, pp. 5-9.

FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. *Revista brasileira da advocacia*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 235-261, jan./mar. 2017.

GABRIEL, Yasser Reis. *Harmonização dos efeitos das sanções de direito administrativo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*. Madrid: Iustel, 2008.

GAMBETTA, Diego. Corruption: An analytical Map. In: KOTKIN, Stephen; SAJÓ, Andras (Ed.). *Political Corruption in Transition: A Skeptics Handbook*. Londres: CEU Press, 2002, pp. 33-56.

GARCIA MENDEZ, Emílio. De como considerar seriamente os direitos e garantias do cidadão. In: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 11-13.

GARCÍA PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio *non bis in idem* en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 42, n. 1, pp. 109-123, jan./abr. 1989.

GISBERT, Rafael Bustos. Corrupción política y derecho. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la*

corrupción: una reflexión hispano brasileña. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 57-72.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen Jay; NAÍM, Moisés. Globalization of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1996, pp. 7-27.

GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. *Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora- UFJF*, Juiz de Fora, v. 5, n.1 e 2, jan./dez. 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GOMÉZ TOMILLO, Manuel. Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH. *InDret*, v.2, 2020. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/Publico-1.pdf>>. Acesso em 5 ago. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002.

GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (org., coord.); GRECO, Luís (coord.). *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: Seminário Brasil-Alemanha*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, v.1, pp. 69-76.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa em transação comercial internacional – lavagem de dinheiro – concurso de leis e de crimes. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BORGES, Ademar (coord). *Lavagem de dinheiro: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 29-61.

GRECO FILHO, Vicente. O combate à corrupção e lei de responsabilidade de pessoas jurídicas. *Revista Jurídica da ESMP*, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 9, n. 1, pp. 15-30, 2016.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Reflexões sobre Confiança, Desconfiança, Corrupção e Democracia no Brasil. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord). *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em*

homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 208-245.

HABBIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção: Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (org.), *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of Classical Canon Law*. Atenas, Georgia: University of Georgia Press, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio*. Coimbra: Grupo Almedina, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1976.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.

HUNTINGTON, Samuel Phillips. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. Trad. Pinheiro de Lemos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, pp. 91-122, 2003-2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LAGO, Natasha do. *Corrupção internacional: aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFF, Nathaniel Hyman. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. The American Behavioral Scientist, v. 8, issue 3, nov. 1964, pp. 8-14. In: WILLIAMS, Robert (org.). *Explaining corruption*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp. 22-28.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El principio de 'ne bis in*

idem en el derecho penal europeo e internacional. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 17-36.

LIPPEL, Manuella Cristina Navarro. A multa prevista pelo artigo 6º, I, da Lei Anticorrupção (12.846/2013), e a possibilidade de aplicação dos *Engel criteria*. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v.3, ano 1, pp. 13-32, jul./set. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jul. 2020.

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

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Da expansão do direito penal para a expansão para além do direito penal: uma análise a partir dos mecanismos de controle social instituídos pela lei anticorrupção (lei n. 12.846/2013). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Florianópolis, n. 1, p. 189-210, 2017.

MACHADO, Maíra Rocha. Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 189-212, jan./fev. 2015.

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

MANES, Vittorio, Bene giuridico e riforma dei delitti contro la P.A. in Europa. *L'indice penale*, Padova, v. 3, n. 3, pp. 1361-1375, set./dez. 2000.

MANES, Vittorio. Le qualifiche soggettive degli effetti penali. L’impatto dei processi di privatizzazione e liberalizzazione. In: GIORDANO, Luigi; PICCIRILLO, Raffaele. *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione: evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma*. Roma: Aracne, 2012, pp. 9-19.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTÍN MORENO, José Luis. *La potestad sancionadora de la Administración Pública: Módulo III: Principios del procedimiento sancionador y fases del procedimiento ordinario*. Instituto Nacional de Administración Pública. Disponível em <https://espaciocompartir.inap.es/v3/pluginfile.php/1546/mod_resource/content/4/M%C3%B3dulo%20III_manual_maquetado.pdf>. Acesso em 9 dez. 2021.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *La doctrina jurídica del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*. Barcelona: Bosch, 2012.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Bosch, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coord). *Estudios penales en recuerdo del Professor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 741-763.

MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale: effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. El principio ne bis in idem a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y crítica. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001, v. 1, pp. 1217-1230.

NASSER, Maria Virginia N. do A Mesquita. *Lava a Jato: o interesse público entre punitivismo e desgovernança*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do Direito Penal. Tradução de Antônio Martins. In: GRECO, Luís, MARTINS, Antônio (org.) *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 520-532.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos Editorial S.A., 2012.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción: El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El principio de ‘ne bis in idem’ en el derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 9-16.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal*, p. 7. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/es/document/view/15825704/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-adan-nieto-martin>>. Acesso em 20 ago. 2021.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e sanções do direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 291, pp. 127-151, jan./mar. 2000.

NYE, Joseph Samuel. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. *American Political Science Review*, LXI, 1967, pp. 417-427. In: WILLIAMS, Robert (org.). *Explaining corruption*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, pp. 45-55.

OLIVEIRA, Alexandre Espina. *Consultatio ueteris cuiusdam iurisconsulti*: tradução e identificação de aspectos retóricos. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Estudos Literários, na linha de pesquisa em Estudos Clássicos. Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais. 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/ECAP7GBL7C/1/consultatio_ueteris_cuiusdam_iurisconsulti.pdf>. Acesso em 2 abr. 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, pp 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Marlus Arns de. Da impossibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas frente à Lei Anticorrupção - Lei n. 12.846/13. In: DE BEM, Leonardo Schmitt (org). *Estudos de Direito Público: aspectos penais e processuais*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, v. 1, pp. 487-489.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador e direito penal: quais os limites do *ius puniendi* estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa?. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-89, set./dez. 2000.

ONU. *Draft: United Nations Manual on Anti-Corruption Policy*. Vienna, 2001. Disponível em: <<https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>>

PEREZ, Marcos Augusto. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate [seminário online]. In: GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria (coord). *A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate* [seminário online]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 6 dez. 2021 Disponível em: <https://youtu.be/tv2Stc_cPyI>. Acesso em 6 dez. 2021.

PEREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 13-55.

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

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Corrupção e Administração Pública no Brasil: Combate administrativo e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)*. São Paulo: Almedina, 2020.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Desconsideração administrativa da personalidade societária – compatibilidades e possibilidades da Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 2, n.1, pp. 381-340, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 169-191.

RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás. Corrupción, Estado de Derecho y Poder Judicial: retos y límites de las iniciativas supranacionales e internacionales de asistencia y cooperación judicial penal. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 135-240.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Political Economy of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1996, pp. 31-60.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. A campanha “Dez medidas contra a corrupção” e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 147, pp. 685-743, set. 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Corrupção no Brasil: dos Delitos Tradicionais à Corrupção Empresarial. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord). *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 689-707.

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

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

SABOYA, Keity. Painel 1: Crimes contra Administração Pública [seminário online]. In: OLIVEIRA, Marlus Arns (coord). *Aspectos criminais da nova lei de Licitações* [seminário online]. Migalhas, 1º jun. 2021.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Ação Penal nº 470 e os Debates sobre o Crime de Corrupção. In: SILVEIRA, Renato de Melo Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão*: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 235-237.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Norma penal e hermenêutica jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; RASSI, João Daniel (org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, pp. 11-21.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. O Crime de Corrupção no Direito Penal Brasileiro. In: SILVEIRA, Renato de Melo Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão*: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 107-108.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, versão digital, jul. 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Cláudio; MELO, Débora Tháís de. *A corrupção*: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal *em expansão* no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 7-40.

SARAIVA, Francisco Rodrigues dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*: etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico etc. Rio de Janeiro - Belo Horizonte: Livraria Garnier. 1993.

SARMIENTO, Daniel. El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN,

Adán (Coord.). *El principio de 'ne bis in idem' en el derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 37-64.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. *Conjur*, 05/02/2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>>. Acesso em 24 out. 2021.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Difel Difusão Editorial S.A., 1978.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?: comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas. In: BERNAL CUÉLLAR, Jaime (coord). *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal: homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 269-306.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces em Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 13-18.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A atual percepção sobre o fenômeno da corrupção: questão penal, econômica ou de direitos humanos?. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 125, pp. 131-136, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (coord). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013, pp. 73- 91.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A recorrente busca da despenalização no direito penal econômico: a atual leitura sobre a possível terceira via entre o crime e a infração administrativa. In: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017, pp. 265-279.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís, MARTINS, António Carvalho (org.). *Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 649-659.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Introdução. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 15-17.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e a Questão do *Ne Bis In Idem*: O Parâmetro da Jurisprudência Internacional. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 287-306.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Sarbanes-Oxley-act e os vícios do direito penal globalizado. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 0, pp. 193-210, 2006.

SOUZA, Luciano Anderson de. Alterações no Código Penal. In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 21-62.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; PASCHOAL, Janaína Conceição (Coord.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, pp. 341-360.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v.1.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 155 a 234-B do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v.3.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial: Arts. 312 a 359-H do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v.5.

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

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticrime: Recrudescimento Penal (Art. 1). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 15-20.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, nº 256, pp. 4-5, mar. 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, nº 260, pp. 11-12, jul. 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. Origem do Direito Penal Econômico. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v.1, pp. 15-35.

SOUZA, Luciano Anderson de. Os crimes econômicos na APn 470: dificuldades e desafios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, pp. 317-332, jul. 2013.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 94, pp. 363-382, jan./fev. 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. Os desafios na interpretação e aplicação do direito penal brasileiro atual, no prelo.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, pp. 79-90, mai./ago., 2009.

SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes “ne bis in idem”*. Berlin et al: Springer, 1999.

TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. Curitiba: Appris, 2021.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 5ª ed. rev. e ampl. Prefácio de Claus Roxin. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas: Um ‘Estado Hidra de Lerna?’*. Jota, São Paulo, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinia-o

e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Acesso em 11 abr. 2020.

TEIXEIRA, Adriano; HORTA, Adriano. Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales. *InDret*, v.1, 2021. Disponível em: <<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/383804/476798/>>. Acesso em 22 set. 2021.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 3, n. 11, 1995.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate [seminário online]. In: GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria (coord). *A reforma da Lei de Improbidade Administrativa em debate* [seminário online]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 6 dez. 2021 Disponível em: <https://youtu.be/tv2Stc_cPyI>. Acesso em 6 dez. 2021.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Da inconstitucionalidade da pena prevista no inciso II do art. 19 da Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, n. 125, pp. 138-146., dez. 2014.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947, versão digital, set. 2014.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Prefácio. In: TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. Curitiba: Appris, 2021.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; BISSOLI, Leonardo. Comentário geral ao Título IV, Capítulo I da Lei nº 14.133/2021: a necessária integração sistêmica das sanções administrativas previstas na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei nº 12.846/2013 sob a égide do preceito da vedação ao *bis in idem*, no prelo.

TOJAL, Tarsila Fonseca. A faceta revanchista do Estado no “combate à corrupção”. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). *Intolerância e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 211-235.

TOJAL, Tarsila Fonseca. Corrupção ativa. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1141-1150.

TOJAL, Tarsila Fonseca. Paradoxos do tratamento penal à corrupção no Brasil, no prelo.

TÓRTIMA, Fernanda Lara. Imputação do Crime de Lavagem de Capitais ao Autor do Crime Antecedente. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord). *Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof, Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 307-396.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, pp. 441-464, jul./dez. 2008.

WILLIAMS, Robert. Introduction. In: WILLIAMS, Robert (org.). *Explaining corruption*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., pp. ix-xvi, 2000.

WUNDERLICH, Alexandre. Capítulo I: Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 1.039-1.086.

WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de Consumo e Globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, pp.1-54.

WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo de Moraes de. Resistência, Prática de Transformação Social e Limitação do Poder Punitivo a Partir do Sistema de Garantias: pela (Re)Afirmação do Garantismo Penal na Contemporaneidade. In: FÖPPEL, Gamil (coord). *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 225-234.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, pp. 13-23, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017, v.2, t.2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil-Revista dos Tribunais, 2019.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Las penas previstas en el artículo 129 del código penal para las personas jurídicas. *Revista del poder judicial*, Madrid, n. 46, p. 327-342, 2º trim. 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador? Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador? In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al*

Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2007, v. 1, pp. 1417-1444.