

**LUÍS FERNANDO DE MORAES MANZANO**

**Racionalização do Sistema Punitivo Brasileiro no Enfrentamento à  
Corrupção e Mitigação da Independência das Esferas Punitivas pela  
Garantia Processual do *Ne Bis In Idem***

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Doutor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022



**LUÍS FERNANDO DE MORAES MANZANO**

**Racionalização do Sistema Punitivo Brasileiro no Enfrentamento à  
Corrupção e Mitigação da Independência das Esferas Punitivas pela  
Garantia Processual do *Ne Bis In Idem***

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Doutor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

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

---

Manzano, Luís Fernando de Moraes

Racionalização do Sistema Punitivo brasileiro no  
enfrentamento à corrupção ... ; Luís Fernando de  
Moraes Manzano ; orientador Gustavo Henrique Righi  
Ivahy Badaró -- São Paulo, 2021.

391 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação  
em Direito Processual) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2021.

1. Processo Penal. 2. Improbidade administrativa. 3.  
Tutela do patrimônio público. 4. Independência das  
esferas punitivas. 5. Garantia processual do *ne bis in*  
*idem*. I. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy ,  
orient. II. Título.

---

**Nome:** MANZANO, Luís Fernando de Moraes

**Título:** Racionalização do sistema punitivo brasileiro no enfrentamento à corrupção e mitigação da independência das esferas punitivas pela garantia processual do *ne bis in idem*.

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Direito Processual.

Aprovada em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

### **Banca Examinadora**

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



Meus agradecimentos aos professores Gustavo Badaró, Marta Saad e Fábio Bechara, pelos ensinamentos, pela orientação e disposição, imprescindíveis à consecução deste estudo.





MANZANO, L. F. M. *Racionalização do sistema punitivo brasileiro no enfrentamento à corrupção e mitigação da independência das esferas punitivas pela garantia processual do ne bis in idem*. 406 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2022.

## RESUMO

A multiplicidade de respostas estatais contrárias aos atos ilícitos praticados contra o patrimônio público transformou-se num grave problema que desafia a racionalidade do sistema punitivo brasileiro. A expansão do poder punitivo estatal apoiou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que construiu o princípio da independência das esferas punitivas com base na autonomia do processo administrativo sancionador, defendida pela doutrina administrativista dos anos 1960. O princípio da independência das esferas punitivas demanda uma releitura, à luz da interpretação dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, ao *ne bis in idem*, previsto nos principais tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte. Na busca pelo equilíbrio entre a eficiência e o garantismo, e de conferir maior racionalidade ao sistema punitivo pátrio, a primazia do princípio da independência dos Poderes e do art. 37, § 4º, da Constituição Federal – atuais alicerces do princípio da independência das esferas punitivas – não pode significar o completo aniquilamento dos direitos albergados pela regra supralegal do *ne bis in idem*. Num sistema judicial assinalado por quatro instâncias de jurisdição, a questão da efetividade da garantia processual do *ne bis in idem* também deve ser considerada. A garantia processual do *ne bis in idem* determina a suspensão da causa punitiva prejudicada até o julgamento da causa prejudicial e, uma vez julgado o mérito desta, a extinção daquela, qualquer que seja o resultado, ressalvados os casos de absolvição por atipicidade e extinção da punibilidade. De outra parte, a transposição de regras processuais para solucionar a sobreposição entre processos judiciais punitivos e processos não judiciais punitivos depende de critérios estabelecidos por lei ou pela jurisprudência.

**Palavras-chave:** processo penal; corrupção; improbidade administrativa; tutela do patrimônio público; crise do sistema punitivo brasileiro; independência das esferas punitivas; garantia processual do *ne bis in idem*; sobreposição de ações punitivas; prejudicialidade.



MANZANO, L. F. M. *Rationale of the Brazilian punitive system against corruption and mitigation of the principle of independence of the punitive spheres by the supra-legal ne bis in idem procedural clause*. 406 p. Thesis for Doctorate Degree – Faculty of Law, University of São Paulo – USP. São Paulo, 2022.

### ABSTRACT

The crisis of the Brazilian punitive system, revealed by the multiplicity of state punitive responses to the same offense, demands the revision of the independence of the punitive spheres dogma according to the *ne bis in idem* clause, which prohibits double prosecution. The constitutional principle of the independence of the punitive spheres arose from 1960s Brazilian Supreme Court jurisprudence, which found its reasoning in contemporaneous doctrines that advocated for the autonomy of the punitive administrative process. The supra-legal *ne bis in idem* rule, alternatively, arose from Ancient Greco-Roman civil law, and figures in the fundamental human rights charts that were incorporated into Brazil's internal legal system. In finding a balance between the efficiency of state punitive power and the protection of individual rights, and in conceiving a rationale for the internal punitive system, the constitutional provisions which sustain the punitive sphere's independence must not annihilate individual rights implicated by the *ne bis in idem* supra-legal clause, which corresponds to the Fifth Amendment double jeopardy prohibition clause from English common law. In a judicial system characterized by four jurisdictional degrees, the question of the effectiveness of the procedural guarantee against double prosecution must be taken into consideration. The procedural guarantee of *ne bis in idem* determines the suspension of the prejudiced punitive case until the judgment of the harmful case and, once the merits of this case have been judged, the extinction of the former, whatever the result, except for cases of acquittal due to atypicality and extinction of punishment. On the other hand, the transposition of procedural rules to resolve the overlap between punitive judicial and punitive non-judicial proceedings depends on criteria established by law or jurisprudence.

**Keywords:** criminal proceedings; corruption; administrative dishonesty; guardianship of public assets; punitive system crisis in Brazil; independence of punitive spheres doctrine; *ne bis in idem* procedural clause; overlap of criminal and civil boundaries; prejudicial criminal, civil and administrative punitive actions; double jeopardy.



MANZANO, L. F. M. *Razionalizzazione del sistema punitivo brasiliano nel contrasto alla corruzione ed alla mitigazione dell'indipendenza delle sfere punitive tramite la garanzia processuale del ne bis in idem*. 406 p. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Paolo. San Paolo, 2022.

## RIASSUNTO

La molteplicità di risposte statali contrarie agli atti illeciti contro il patrimonio pubblico si è trasformata in un grave problema che sfida la razionalità del sistema punitivo brasiliano. L'espansione del potere punitivo statale si è appoggiata alla giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale, che ha costruito il principio dell'indipendenza delle sfere punitive sulla base dell'autonomia del processo amministrativo sanzionatorio, difesa dalla dottrina amministrativa degli anni 60. Il principio dell'indipendenza delle sfere punitive richiede una rilettura alla luce dell'interpretazione data dalla Corte Europea dei Diritti Umani e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al principio universale del *ne bis in idem*, previsto nei principali trattati internazionali di diritti umani di cui fa parte anche il Brasile. Alla ricerca dell'equilibrio tra l'efficienza ed il garantismo di conferire una maggiore razionalità al sistema punitivo patrio, il primato del principio dell'indipendenza dei Poteri e dell'art. 37, § 4, della Costituzione Federale - attuali fundamenta del principio dell'indipendenza delle sfere punitive - non può significare il completo annientamento dei diritti custoditi dalla regola al di sopra della legge del *ne bis in idem*. In un sistema giudiziario marcato da quattro istanze di giurisdizione, la questione dell'effettività della garanzia processuale del *ne bis in idem* va anch'essa considerata. La garanzia processuale del *ne bis in idem* determina la sospensione della causa punitiva pregiudicata fino alla sentenza della causa dannosa e, una volta giudicato il merito di quest'ultima, l'estinzione della prima, qualunque ne sia l'esito, salvo i casi di proscioglimento per atipicità ed estinzione della punibilità. D'altra parte, il recepimento delle norme procedurali per risolvere la sovrapposizione tra procedimento giudiziario punitivo e procedimento extragiudiziale punitivo dipende da criteri stabiliti dalla legge o dalla giurisprudenza.

**Parole chiave:** processo penale; corruzione; improbità amministrativa; tutela del patrimonio pubblico; crisi del sistema punitivo brasiliano; indipendenza delle sfere punitive; garanzia processuale del *ne bis in idem*; sovrapposizione di azioni punitive; pregiudizialità.



## LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
AIA	Ação de Improbidade Administrativa
ANPC	Acordo de Não Persecução Cível
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
BACEN	Banco Central do Brasil
CADE	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CCR	Câmara de Coordenação e Revisão
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDFUE	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CF/88	Constituição Federal de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIAS	Convenção de Implementação do Acordo de Schengen
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DIRCOTE	<i>Dirección Nacional contra el Terrorismo</i>
FADUSP	Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FOES	Força de Operações Especiais
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
FUNDEF	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
IN	Instrução Normativa
IPC	Índice de Percepção da Corrupção
LAC	Lei Anticorrupção
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	<i>Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro</i>
LOTUCU	<i>Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MP	Ministério Público
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
MPSP	Ministério Público do Estado de São Paulo
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OC	Opinião Consultiva
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PPS	Partido Popular Socialista
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
<i>RICO Act</i>	<i>Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act</i>
RIFs	Relatórios de Inteligência Financeira
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
STC	Sentença do Tribunal Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TAG	Termo de Ajustamento de Gestão
TC	Tribunal Constitucional
TCDF	Tribunal de Contas do Distrito Federal
TCE	Tribunais de Contas Estadual
TCMs	Tribunais de Contas Municipais
TCU	Tribunal de Contas da União
TIP	Tribunal Internacional Penal
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TS	Tribunal Supremo
UIF	Unidade de Inteligência Financeira
UNASUL	União de Nações Sul-Americanas



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	19
<b>CAPÍTULO 1 – A CRISE DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO</b> .....	33
1.1 PROBLEMÁTICA.....	33
1.2 A TENDÊNCIA DE APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS .....	39
1.3 PERDA DOS PARADIGMAS E O SURGIMENTO DAS <i>AÇÕES PUNITIVAS</i> .....	44
<b>1.3.1 Direito e coerção</b> .....	44
<b>1.3.2 ato ilícito e sanção</b> .....	45
<b>1.3.3 ato ilícito penal e ato ilícito civil</b> .....	48
<b>1.3.4 responsabilidade penal e responsabilidade civil</b> .....	50
<b>1.3.5 responsabilidade civil punitiva</b> .....	55
<b>1.3.6 o significado da expressão "pretensão punitiva"</b> .....	59
<b>1.3.7 a caminho de uma definição de ação punitiva</b> .....	61
1.4 A UTILIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL PUNITIVO COMO BURLA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL: PROCESSOS HÍBRIDOS QUE DISFARÇAM A NATUREZA PUNITIVA.....	64
1.5 SOBREPOSIÇÃO DE AÇÕES PUNITIVAS: AÇÃO PENAL E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	69
1.6 SANÇÕES CIVIS COM CARÁTER PENAL (PET 3240 AGR/DF) .....	75
1.7 CRISE DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: DISFUNCIONALIDADES E TENDÊNCIAS.....	89
1.8 CONCLUSÃO PARCIAL .....	97
<b>CAPÍTULO 2 – <i>NE BIS IN IDEM</i> E A INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PUNITIVAS</b> .....	101
2.1 <i>NE BIS IN IDEM</i> : SIGNIFICADO, ORIGEM HISTÓRICA, NORMATIVA, CONTEÚDO E VERTENTES .....	101
2.2 DISTINÇÃO .....	114
<b>2.2.1 <i>Ne bis in idem</i> versus coisa julgada</b> .....	114
<b>2.2.2 <i>Double jeopardy prohibition clause</i> (V Emenda)</b> .....	119
2.3 A GARANTIA CONTRA A DUPLA IMPUTAÇÃO E A DOCTRINA DA DUPLA SOBERANIA .....	125
<b>2.3.1 A (in-)aplicabilidade da doutrina da dupla soberania na Europa e no Brasil</b> .....	127
2.4 <i>STATUS</i> HIERÁRQUICO DA GARANTIA: CONSTITUCIONAL, SUPRALEGAL OU LEGAL? .....	129
2.5 CLASSIFICAÇÃO DA NORMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO: PRINCÍPIO, REGRA OU POSTULADO? .....	133
2.6 CONFLITO APARENTE DE NORMAS: <i>NE BIS IN IDEM VERSUS</i> INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PUNITIVAS .....	142

<b>CAPÍTULO 3 – O <i>NE BIS IN IDEM</i> COMO GARANTIA CONTRA A</b>	
<b>    DUPLICIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL</b> .....	147
3.1 NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	147
3.2 NO PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL .....	156
3.3 NO PROCESSO PENAL SUPRANACIONAL.....	169
3.4 A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DADA À GARANTIA NOS SISTEMAS DA <i>CIVIL LAW</i> E DA <i>COMMON LAW</i> .....	175
<b>3.4.1 Interpretação do <i>ne bis in idem</i> e sua evolução na jurisprudência da Corte     Interamericana de Direitos Humanos</b> .....	179
<b>3.4.2 Interpretação do <i>ne bis in idem</i> e sua evolução na jurisprudência da     Corte Europeia de Direitos Humanos</b> .....	184
<b>3.4.3 Interpretação do <i>ne bis in idem</i> e sua evolução na jurisprudência do     Tribunal de Justiça da União Europeia</b> .....	189
<b>3.4.4 A garantia da proibição contra a <i>double jeopardy</i> na jurisprudência     da Suprema Corte dos Estados Unidos da América</b> .....	194
3.5 CONCLUSÃO PARCIAL.....	202
<b>CAPÍTULO 4 – PREJUDICIALIDADE NAS CAUSAS JUDICIAIS</b>	
<b>    PUNITIVAS</b> .....	207
4.1 PROIBIÇÃO DE DUPLA PERSECUÇÃO JUDICIAL .....	207
4.2 CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE NAS AÇÕES JUDICIAIS PUNITIVAS .....	209
4.2.1 AÇÕES E PROCESSOS JUDICIAIS PUNITIVOS.....	209
4.2.2 CONEXÃO DE CAUSAS.....	211
4.2.3 PREJUDICIALIDADE.....	215
4.2.4 CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE NAS CAUSAS PUNITIVAS.....	222
4.3 <i>NE BIS IN IDEM</i> E A EXTENSÃO E OS EFEITOS DA PREJUDICIALIDADE NAS CAUSAS PUNITIVAS.....	226
4.4 ENQUADRAMENTO PROCESSUAL DO <i>NE BIS IN IDEM</i> .....	234
4.5 INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS REGRAS DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E DE PREJUDICIALIDADE EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL BRASILEIRO AOS PROCESSOS PUNITIVOS .....	241
4.6 FLEXIBILIZAÇÃO DO DOGMA DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PUNITIVAS.....	250
<b>CAPÍTULO 5 – DUPLICIDADE DE PROCESSOS JUDICIAIS E NÃO</b>	
<b>    JUDICIAIS PUNITIVOS</b> .....	261
5.1 INTRODUÇÃO.....	261
5.2 PROCESSO POLÍTICO (DE <i>IMPEACHMENT</i> ).....	265
<b>5.2.1 Linhas gerais</b> .....	265
<b>5.2.2 Duplo regime sancionatório dos agentes políticos</b> .....	271

<b>5.2.3 O <i>impeachment</i> de governadores, secretários de Estado, prefeitos e vereadores</b> .....	272
<b>5.2.4 Perda do mandato parlamentar</b> .....	279
<b>5.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR</b> .....	299
<b>5.3.1 sobreposição das esferas punitivas judicial e administrativo-disciplinar</b> .....	299
<b>5.3.2 Origem do princípio da independência das esferas punitivas na jurisprudência do STF e sua releitura à luz do <i>ne bis in idem</i></b> .....	304
<b>5.3.3 A duplicidade de processos correicionais</b> .....	320
<b>5.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GERAL</b> .....	321
<b>5.4.1 Sobreposição do processo administrativo sancionador</b> .....	321
<b>5.4.2 Processo Judicial Punitivo e Processo Administrativo Sancionador sobre o mesmo fato</b> .....	325
<b>5.4.3 Duplicidade de Processos Administrativos Sancionadores</b> .....	331
<b>5.4.4 Conclusão parcial</b> .....	339
<b>5.5 PROCESSO DE CONTAS (TRIBUNAL DE CONTAS)</b> .....	339
<b>5.6 CONTRIBUIÇÕES DO <i>NE BIS IN IDEM</i> NOS ACORDOS</b> .....	354
<b>5.6.1 Panorama geral dos acordos</b> .....	354
<b>5.6.2 Contribuições do <i>ne bis in idem</i></b> .....	359
<b>CONCLUSÕES</b> .....	369
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	379



## INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é estabelecer parâmetros à racionalização do sistema punitivo brasileiro no âmbito do enfrentamento à corrupção<sup>1</sup>, caracterizado pela multiplicidade de respostas estatais punitivas para um mesmo fato, e apoiado na doutrina da interdependência das instâncias de responsabilização penal, civil, administrativa, política e de contas.

Esse dogma da independência das esferas punitivas demanda uma releitura a fim não somente de reconhecer a existência de relações de comunicabilidade entre elas, mas, também, de relações de prejudicialidade que auxiliem no estabelecimento de regras de contenção do poder punitivo estatal pelo manejo da garantia instrumental do *ne bis in idem*.

Não há dúvidas de que no atual estágio de desenvolvimento humano, social, político e econômico brasileiro, o enfrentamento à corrupção – uma patologia universal – se faz prioritário<sup>2</sup>.

O primeiro passo nessa tarefa, porém, deve se voltar à proteção do presumivelmente inocente, porque o Direito é, ao fim e ao cabo, o único legítimo instrumento de defesa do indivíduo em face do Estado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Inicia-se pelo conceito amplo de *corrupção* dado pela Transparência Internacional e que foi adotado por Rose-Ackerman e Palifka: “o abuso de um poder delegado, com a finalidade de obtenção de ganho privado.” (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo – causas, consequências e reforma*. Rio de Janeiro: FGV, 2020, p. 26).

<sup>2</sup> Em 2019, o Brasil ocupava, desde 1995, o 106º lugar entre 180 países e territórios, no Índice de Percepção da Corrupção (IPC), produzido pela ONG Transparência Internacional, acumulando apenas 35 pontos de 100. Na abertura, o relatório publicado no início de 2020 destaca: “Poucos avanços e retrocessos em série aconteceram no arcabouço legal e institucional anticorrupção do país. No último ano, por exemplo, uma decisão do presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) praticamente paralisou, durante metade do ano, o sistema de combate à lavagem de dinheiro no Brasil. Viu-se, ainda, um aumento das tentativas de interferência política do Palácio do Planalto nos órgãos de controle com substituições polêmicas na Polícia Federal e Receita Federal e nomeação de um Procurador-Geral da República fora da lista tríplice. No Congresso Nacional, foram aprovadas leis na contramão do combate à corrupção, como, por exemplo, a que criou mecanismos que enfraqueceram ainda mais a transparência de partidos e o controle do gasto público em campanhas eleitorais. O cenário só não foi mais desolador graças à forte reação da sociedade e das instituições brasileiras que conseguiram barrar alguns retrocessos significativos e garantir alguns avanços. No entanto, o país atravessou 2019 sem conseguir aprovar reformas que atacassem de fato as raízes do problema.” (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL Brasil. *Índice da percepção da corrupção 2020*. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** Acesso em: 10 jun. 2020).

<sup>3</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Tiago Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo recomenda que a persecução a ilícitos em geral e, em especial, àqueles contra o patrimônio público, se faça com o mínimo sacrifício a direitos individuais.

Vários direitos individuais estão implicados na possibilidade de sujeição do indivíduo a múltiplas investigações, processos e punições por um mesmo fato, especialmente no campo da improbidade e da tutela do patrimônio público: a dignidade da pessoa humana, a honra e a imagem do investigado e do réu, a presunção de inocência, a segurança jurídica e a proibição do excesso.

Para os agentes políticos, a denúncia e o processo constituem uma forma de condenação, na medida em que, por si só, afetam a legitimidade de que se reveste o mandato popular.

O patrimônio político é dilapidado pelo denunciismo desenfreado, porque “o processo sancionador, por si só, também ostenta conteúdo aflitivo tanto na publicidade deletéria ao patrimônio moral da pessoa quanto nos encargos e custos que acarreta”<sup>4</sup>.

O conhecimento dessa problemática alija o bem-intencionado de se engajar na carreira política porque as denúncias de opositores políticos nem sempre são movidas por sentimentos nobres, e a vaidade e o despreparo dos órgãos de repressão, não raro, conduzem a um *denunciismo* exagerado por ilícitos que não deveriam ultrapassar as esferas civil e administrativa<sup>5</sup>.

De outro lado, a instauração de múltiplas investigações e persecuções tem custo para o Estado e compromete o princípio constitucional da eficiência da máquina administrativa.

O vácuo da cooperação interna entre os órgãos de fiscalização, inteligência, investigação e repressão conduz a atuações “dispersivas, hiperativas, impulsivas e desorganizadas [que] têm marcado presença nos cenários do sistema punitivo nacional, ainda que impregnadas pelo idealismo individual das autoridades protagonistas”<sup>6</sup>.

E, nesse cenário, a impunidade se fortalece<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 323.

<sup>5</sup> “Quando o presidente já estava para encerrar o mandato, fizemos um levantamento na AGU, já na metade do último ano, e Fernando Henrique respondia a, pelo menos, 144 ações individuais. Eu brinquei e disse: ‘*Nem que o senhor fosse milionário, algum escritório de advocacia o aceitaria como cliente.*’ Restou à AGU.” (trecho extraído do voto do ministro Gilmar Mendes na Pet 3240 AgR/DF, relatada pelo ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10/05/2018, p. 113).

<sup>6</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador...* *Op. cit.*, p. 302.

<sup>7</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador...* *Op. cit.*, p. 321.

A ausência de uma atuação finalística, proativa, estratégica, conjunta ou cooperada, e de medidores de eficiência e efetividade, leva a resultados insatisfatórios que, ademais, sequer podem ser mensurados.

Não há dados estatísticos que permitam afirmar que a independência das esferas punitivas tem contribuído para reduzir a impunidade<sup>8</sup>.

A instauração de inúmeros processos aflitivos desencadeados simultaneamente pelo mesmo fato, sem preocupação com valores inerentes à justiça, à segurança jurídica, à racionalidade, à eficiência, à coerência, à proibição do excesso, à economicidade e à presunção de inocência não tem sido freada pelo *ne bis in idem*, cujas “potencialidades são, em sua maioria, inexploradas e ainda incipientes no ordenamento jurídico nacional.” Seus efeitos, ademais, “são tímidos, não resolvem os problemas perversos de sancionamento desordenado, incoerente, contraditório ou abusivo de parte do Estado”<sup>9</sup>.

Fábio Medina Osório bem pontuou a dificuldade da tarefa de racionalização do sistema punitivo brasileiro à luz do *ne bis in idem*:

[...] adentrar o terreno das dimensões e potencialidades do princípio jurídico que proíbe o *bis in idem*, sua fundamentação constitucional, seu alcance, seus limites, sua aplicabilidade prática, constitui desafio permanente e ato de ousadia, seja doutrinária, seja jurisprudencial, porque não há dúvida de que se trata de terreno pantanoso, rodeado de areia movediça, onde os atores devem mover-se cuidadosamente, prestando atenção aos detalhes e às consequências de cada passo tomado<sup>10</sup>.

Um mesmo fato, definido em lei como ato ilícito, pode acarretar, para o autor supracitado, a obrigação de se sujeitar a consequências jurídicas diversas. Dito de outro modo, uma conduta pode ser considerada, concomitantemente, ato ilícito penal, civil e administrativo ou político.

A apuração da responsabilidade penal, civil e administrativa ou política e, também, das contas públicas, é afetada por lei a vários órgãos dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios): Corregedorias, Controladorias, Conselhos Nacionais, Tribunal de Contas, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmara de Vereadores, Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual – tanto na competência originária (relativa à infração penal) quanto nas Subprocuradorias da República e Promotorias de Justiça (com relação ao ilícito civil) –, Polícia Federal, Polícias Civis,

<sup>8</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador... Op. cit.*, p. 302.

<sup>9</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador... Op. cit.*, p. 300.

<sup>10</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador... Op. Cit.*, p. 334.

Secretarias e Delegacias da Receita Federal e Estaduais, Banco Central, Secretaria de Recuperação de Ativos, entre outros órgãos encarregados da fiscalização, investigação, repressão e prevenção. Essa pulverização de atribuições se acentuou com o sepultamento da PEC 37 e a investigação criminal pelo Ministério Público.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu a investigação de ilícitos contra o patrimônio público a diversos órgãos, sem exclusividade de qualquer um. Não houve descuido, vacilo ou relutância do Constituinte, mas, sim, clara opção política, evidenciada por diversos dispositivos constitucionais que tratam da matéria (CF/88, arts. 58, § 3º, 70 a 72, 103-B, § 5º, 129, III e VIII, 130-A, § 2º, III e 144), certamente norteada pelo princípio da máxima proteção aos bens jurídicos difusos. Tal decisão política fundamental, a princípio, se mostrou acertada, notadamente no que diz respeito aos bens jurídicos difusos, como é o caso do patrimônio público, em razão de sua relevância social.

As investigações se materializam em diversas formas, regidas por atos normativos de múltiplas espécies: inquéritos, protocolados, procedimentos preparatórios, procedimentos investigativos criminais, sindicâncias e até processos (de natureza investigativa), regidos pelo Código de Processo Penal (CPP), por leis federais e estaduais, por resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, por atos normativos, e até mesmo portarias.

A *cooperação interna* entre os órgãos imbuídos da fiscalização, da investigação e da repressão, quando existente, é ainda mais assistemática que a materialização das investigações, às vezes bilateral, outras vezes sob a forma de forças-tarefa constituídas para o enfrentamento de determinado caso, ou sob a forma de grupos especializados, mediante acordos, termos de cooperação, atos normativos e outros instrumentos firmados entre os chefes das instituições envolvidas ou entre coordenadores de cada órgão<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Até 25 de abril de 2016, somente entre o Ministério Público e o Tribunal de Contas, vigoravam os seguintes termos de cooperação:

- TCE X MPE-RS X SEFAZ-RS (NF-e)
- TCE-SC X MP-SC (Convênio nº 001/2007)
- TCM-SP X MPE-SP (2014)
- TCE-SP X MPE-SP (18/12/2012)
- CMERS X TCE X MPERS (Conselhos Municipais)
- MP-PR X TCE
- TCE-AC X MPE-AC ( nº 004/2012)
- TCU X ESMPU (14/08/2013, acordo de cooperação técnica)
- TCE-PI X MPE-PI (29/02/2011)
- CNMP X TCE-RS (15/09/2009, acordo de cooperação técnica)
- MP-RS X TCE X FAMURS (2012, Federação das Associações de Municípios)
- MP-AP X TCE (18/07/2012, termo de cooperação técnica)
- MPF X TCU (09/08/2012, cooperação técnica)
- TCM-PA X MPE-PR
- TCM-GO X MPE-GO (23/11/2007)



O fluxo de informações entre as instituições e os órgãos de fiscalização, investigação e repressão opera, muitas vezes, de forma assistemática e até mesmo casuística, como no caso das forças-tarefa. Outras vezes, não opera por falta de vontade política dos chefes das instituições em compartilhar a informação e prestar colaboração aos demais entes estatais, que é substituída por um monopólio da informação, seja em razão de disputa pela exclusividade de um poder, movida por mera vaidade, interesse autopromocional, por bons propósitos ou por propósitos inconfessáveis; seja por falta de regulamentação do fluxo de informação ou, ainda, a despeito da regulamentação, pelo ranço que obstaculiza o avanço de rotinas funcionais.

Uma evidência de que até mesmo o fluxo de informação *interna corporis* padece de regulamentação é que só recentemente o Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou, no âmbito do Ministério Público, a tramitação da *notícia do fato* (Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017)<sup>12</sup>, tarefa que se fazia crucial, inclusive, à democratização do acesso ao *Parquet*.

A primeira consequência desse fluxo caótico de informações e da falta ou insuficiência de cooperação interna entre os órgãos de fiscalização, investigação e repressão é o comprometimento da eficiência e da efetividade de suas atribuições, tanto na repressão aos atos ilícitos em geral, quanto, especificamente, no enfrentamento aos atos ilícitos lesivos ao patrimônio público, praticados por agentes públicos, servidores ou não, e por agentes políticos, com evidente prejuízo a bens jurídicos difusos.

A segunda consequência é que a falta de cooperação interna acarreta, ao investigado, dispêndio de tempo e dinheiro, além do constrangimento de se submeter a múltiplas investigações contra ele instauradas, como ter de prestar informações em prazo legal sob pena de incorrer na prática de crime, de ser obrigado a apresentar documentos, de comparecer e ser ouvido, não raro perante várias autoridades, de sujeitar seu nome a cadastros diversos e, o que é pior, sem que possa se valer dos procuradores públicos para o exercício de sua defesa.

---

– MPE-MT X TCE-MT (08/05/2009, Convênio de Cooperação Técnica nº 17/2006)

– MP-SE + TCE (2012, convênio de cooperação)

– TCE-MG X MPE-MG (30/09/2014)

<sup>12</sup> “Art.1º. A Notícia do Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações. (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017*).

Fábio Ramazzini Bechara e Thamara Duarte Cunha Medeiros destacam a importância da mudança de cultura, de uma liderança forte e proativa e da cooperação interna entre os agentes públicos encarregados do enfrentamento à corrupção:

*Entre todos los elementos apuntados en la literatura, en un proceso de cambio efectivo como el que Brasil está comenzando a realizar en este momento, el liderazgo facilitador, fuerte y activo, tiene particular importancia para inducir a la construcción de la deseada cultura del compromiso. Más allá de la voluntad de cambio, la competencia técnico, los acuerdos de cooperación y las normas, aparece como esencial el establecimiento de un liderazgo que consiga, con respecto a los actores involucrados: (i) generar el temor a la pérdida de poder; (ii) fomentar el desarrollo de oportunidades de fortalecimiento y crecimiento; (iii) reafirmar la comunión de propósitos y la confianza mutua; (iv) disuadir las resistencias corporativas; v) construir la sinergia, el consenso y la alineación adecuada en la toma de decisiones; y (vi) generar el impulso para perseguir una visión conjunta<sup>13</sup>.*

E, ao discorrer sobre os avanços contemporâneos no Brasil, ressaltam:

*Además, se ha fortalecido la interoperabilidad tecnológica entre bases de datos que contribuye a consolidar el acceso conjunto a la información, el desarrollo del conocimiento, y la dirección en la toma de decisiones (por ejemplo, el Lab Contas del TCU y el Cerebro del Consejo de Administración de Defensa Económica<sup>14</sup>.*

Em síntese, se de um lado a pulverização da atribuição para investigar é desejável à máxima proteção de bens jurídicos, de outro é fácil compreender os malefícios advindos da falta de cooperação interna entre as instituições e os órgãos encarregados.

Superada a fase da investigação, a mesma problemática exsurge no estágio processual.

A *legitimidade* [extraordinária] para propositura de ações em defesa do patrimônio público está assim distribuída, por lei e pela Constituição Federal:

i) o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública e colegitimado para a propositura da ação civil pública, ao lado da Defensoria Pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das autarquias, das empresas públicas, fundações e

<sup>13</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini; MEDEIROS, Thamara Duarte Cunha. Capítulo V – Brasil. In: OLASOLO, Héctor; BUITRAGO DÍAZ, Esperanza; GRANADOS, Carmen Suleika Mané; SARMIENTO, Andrés Sánchez (Coords.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción* – particular atención al ámbito iberoamericano. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 175-193.

<sup>14</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini; MEDEIROS, Thamara Duarte Cunha. Capítulo V – Brasil... *Op. cit.*, pp. 175-193.

sociedades de economia mista, e das associações que, concomitantemente, estiverem constituídas há pelos menos um ano nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O Ministério Público também é colegitimado à propositura da Ação de Improbidade Administrativa (AIA), ao lado da pessoa jurídica interessada;

ii) qualquer cidadão tem legitimidade para a propositura da ação popular para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público e para denunciar o presidente da República ou ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados;

iii) a denúncia escrita contra o prefeito por crime de responsabilidade poderá ser dirigida por qualquer eleitor ao presidente da Câmara dos Vereadores;

iv) o inquérito e o processo administrativo contra o servidor público da União são instaurados de ofício pela autoridade administrativa e conduzidos por uma Comissão composta por três servidores públicos federais por ela designados;

v) o processo perante o Tribunal de Contas também é instaurado de ofício por qualquer de seus Conselheiros, ou mediante provocação do Ministério Público de Contas, que intervirá em todas as suas fases.

A *competência* para o processo e julgamento de determinada ação é afetada a um único órgão, monocrático ou colegiado, prévia e legalmente investido na função jurisdicional, escolhido entre as diversas Justiças, foros, Varas e instâncias, criadas por lei e pela Constituição Federal.

Se, de um lado, a distribuição, legal e constitucional, da titularidade de ações punitivas e da competência para os respectivos processos e julgamentos, atende a máxima proteção a bens jurídicos fundamentais, de outro gera risco à segurança jurídica e constrangimento ao agente público, porque possibilita, por um mesmo fato, sejam promovidas ações distintas e instaurados processos diversos perante Poderes, Justiças, instâncias, foros e diferentes Varas.

Por exemplo, pelo mesmo fato, um prefeito pode ser processado por crime de responsabilidade perante a Câmara Municipal, por crime comum no Tribunal de Justiça e por improbidade administrativa em primeira instância na Justiça Estadual e, concomitantemente, na Justiça Federal. Pode, ainda, responder a outro processo perante o Tribunal de Contas do Estado, por desvio de verbas públicas da Saúde ou da Educação,

depois de se defender e ser obrigado a prestar informações a diversos órgãos de investigação: Controladorias, Polícia Federal, Polícia Civil, Câmara dos Vereadores, Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal e Tribunais de Contas. Em sua defesa, contudo, não pode se valer da assistência dos procuradores do município sob pena de incorrer em improbidade administrativa.

A perda do cargo de um agente político pode ser decretada no processo político, nos processos civis por improbidade administrativa ou no processo penal instaurado na competência originária perante a Justiça Eleitoral, a Justiça Comum, Federal e Estadual. Da mesma forma, pode, ainda, ocorrer mediante ação civil para perda do cargo, movida na competência originária em razão da condenação penal, sem que as leis processuais estabeleçam, com desejável suficiência, regras de prejudicialidade entre as esferas de competência.

Além disso, em tempos de justiça penal consensual por meio de transações penais e suspensões condicionais do processo<sup>15</sup>, colaborações premiadas<sup>16</sup>, acordos de leniência<sup>17</sup> e acordos de não persecução civil<sup>18</sup> e penal<sup>19</sup>, dois pontos relevantes a serem analisados dizem respeito à abrangência do acordo nas diversas esferas de resposta estatal ao ato ilícito praticado e à *legitimidade* para negociar e transigir sobre os direitos indisponíveis implicados<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> A transação penal e a suspensão condicional do processo são medidas despenalizadoras previstas nos arts. 76 e 89 da Lei n.º 9.099/95.

<sup>16</sup> “[...] a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 127483/PR*. Plenário, relator ministro Dias Tóffoli, j. em 27.08.2015, pp. 23-24). A *delação (ou colaboração) premiada* é meio de obtenção de prova que foi introduzido no Ordenamento Jurídico brasileiro nos anos 1990, e ganhou relevo com a entrada em vigor da Lei n.º 12.850/13, que define crimes de organizações criminosas. A proposta do benefício é oferecida pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, e está sujeita à homologação judicial.

<sup>17</sup> O acordo de leniência, medida semelhante à delação (ou colaboração) premiada, está previsto na Lei n.º 12.529/11, e consiste em benefício concedido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) com consequência idêntica à da delação premiada, qual seja, a extinção da punibilidade ao agente público que colaborar com as investigações e com o processo [administrativo] no âmbito dos delitos contra a ordem econômica – entre eles o de cartel de empresas –, bem como dos crimes de licitação e de corrupção, estes últimos introduzidos pela Lei n.º 12.846/13. Nesses últimos crimes, a concessão é feita pela Controladoria Geral da União e o acordo, celebrado por órgão administrativo do Poder Executivo, não se sujeita à homologação judicial.

<sup>18</sup> O art. 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/92 que o prevê, foi acrescido pela Lei n.º 13.964/19 (“pacote anticrime”).

<sup>19</sup> Previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal, também acrescido pelo “pacote anticrime”.

<sup>20</sup> O acordo de delação premiada celebrado entre o Ministério Público Federal e executivos do grupo J&F, entre eles os donos da JBS, Joesley e Wesley Batista, pelo qual o primeiro obteve o perdão judicial mediante pagamento de multa de cerca de R\$ 250 milhões, por sua patente lesividade a bens jurídicos penalmente tutelados, não apenas acalorou o debate sobre a legitimidade para tais acordos de delação premiada, como, também, sobre *possibilidade e hipóteses de anulação judicial*. A lesividade do aludido acordo, de delação “ultrapremiada”, ficou evidente porque, meses antes, o Supremo Tribunal Federal havia homologado outro

A respeito da colaboração premiada, Andrey Borges de Mendonça escreveu que

é necessário repensar o sistema para que haja repercussões em outras searas do acordo firmado. O desafio é a forma de obter tal coerência para conferir maior atratividade sistêmica ao instituto. [Isto porque] o acordo de colaboração premiada firmado com o Ministério Público não prevê benefícios referentes a aspectos tributários ou administrativos disciplinares, seja por falta de previsão legal, seja pela falta de legitimidade de o Ministério Público negociar esse tipo de benefício. Assim, o colaborador fica desguarnecido em outras áreas, como na área fiscal e na área de improbidade administrativa, podendo sofrer fiscalização e ser autuado pela Receita com base nos elementos que o próprio colaborador apresentou. Ou seja, o colaborador acaba fazendo um acordo na área penal, que não é respeitado em outras áreas<sup>21</sup>.

Sobre o mesmo tema, Vinicius Gomes de Vasconcelos, citado por Marcos Paulo Dutra Santos<sup>22</sup>, acentua que

diante do cenário jurídico atual de expansão e diversificação das formas de resposta estatal às condutas incompatíveis com as disposições legais, *a realização de acordos entre a acusação e a defesa inevitavelmente deverá tratar sobre as diversas possibilidades de sanção ao acusado, sob pena de esvaziamento de seus objetivos*. Por certo, trata-se de problemática de extrema complexidade, que deverá ser objeto de futuras análises e discussões doutrinárias e jurisprudenciais<sup>23</sup>.

No campo da atribuição para negociação e formulação da proposta e consecução do acordo de colaboração premiada, firmado em 20 de junho de 2018, o STF julgou improcedente – por maioria de votos – a ADI 5.508, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com vistas à declaração da inconstitucionalidade do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n.º 12.850/13, que confere à Polícia Judiciária, atribuição para a celebração dos acordos de delação premiada. Tal decisão, contudo, não eliminou por completo a problemática da vinculação ao acordo do titular da ação penal pública (CF/88, art. 129, I e § 7º).

Eduardo Araújo Silva anotou que na sistemática estadunidense, a legitimidade para a concessão do *immunity* é exclusiva do órgão responsável pela acusação, cujo representante tem ampla discricionariedade para negociar com o acusado colaborador (*plea bargaining*),

---

acordo de delação premiada em favor de Marcelo Odebrecht, ex-presidente da empreiteira e, por fatos conexos, impôs-lhe a pena de 10 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, e pagamento de R\$ 500 milhões.

<sup>21</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

<sup>22</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodium, 2016, pp. 168-170.

<sup>23</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 173.

podendo, inclusive, dispor da ação penal, reservando-se o juiz à homologação desse acordo<sup>24</sup>. Ao mesmo tempo, contudo, discute-se se o Ministério Público pode transigir sobre direitos de terceiros, como o da Petrobrás, do Cade, da União (via AGU), dos Estados (via PGEs) etc, e se a Advocacia-Geral da União (AGU) pode instaurar processos administrativos e promover ações judiciais para responsabilizar agentes públicos e políticos por desvio de dinheiro de empresas em que a União figura como controladora, acionista ou credora, a despeito de acordos de leniência firmados pelo Ministério Público Federal e judicialmente homologados.

De outra parte, é certo que a separação dos Poderes é cláusula pétrea (CF/88, art. 60, § 4º) e a independência entre eles, prevista no art. 2º da Carta Magna, impõe o reconhecimento da correspondente independência dos processos instaurados no âmbito de cada Poder, o que, numa análise preliminar, parece afastar a possibilidade de *comunicabilidade* entre as esferas punitivas<sup>25</sup>.

No que se refere aos processos penal e civil instaurados no âmbito do Poder Judiciário por um mesmo fato, constata-se que a independência entre as esferas não é absoluta. Ou seja, as ações penal e civil, sujeitas a prazos prescricionais próprios, são propostas perante órgãos jurisdicionais diversos, e instauram processos com nuances próprias, sobretudo no campo da prova, das presunções e das tutelas de urgência. No âmbito do enfrentamento à corrupção – como são geralmente chamadas as condutas lesivas ao patrimônio público –, comumente a ação penal e a ação de improbidade administrativa se fundam na mesma causa de pedir remota e veiculam, em continência, pedidos idênticos.

É preciso reconhecer, inicialmente, que a superfetação de responsabilidades tem levado à perda dos paradigmas das esferas penal, civil e administrativa para que se possa analisar a suficiência e a adequação das regras de prejudicialidade estabelecidas no ordenamento jurídico processual pátrio, e avançar, de forma propositiva, em busca de um novo regramento – mais consentâneo com a superfetação de responsabilidades – de *prejudicialidade [externa]* entre as esferas punitivas. Evita-se, com isso, a tramitação

---

<sup>24</sup> SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas – aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

<sup>25</sup> Nesse ponto é importante lembrar que, no âmbito da sonegação fiscal, a Súmula Vinculante 24, ao dirimir grande controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica do lançamento definitivo do tributo na esfera administrativa para a abertura da esfera penal, não estabeleceu propriamente uma relação de prejudicialidade entre tais esferas, eis que disciplinou a questão sob a ótica do direito material, ao prescrever que “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 24*. DJe nº 232/2009, em 11/12/2009. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe16/2328/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe16/2328/Sumulas_e_enunciados)).

simultânea ou subsequente de ações punitivas por um mesmo fato, movidas contra o mesmo agente público ou político, notadamente no âmbito da tutela do patrimônio público.

Este estudo é interdisciplinar porque avança por searas do Direito que não se restringem à do processo penal.

O Capítulo 1 aponta a crise do sistema punitivo brasileiro, insuflada pelos movimentos anticorrupção no Brasil. Demonstra a aproximação dos sistemas processuais, tanto entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, quanto, paralelamente, entre o processo penal e o processo civil, que passaram a servir, ambos, a fins sancionatórios e reparatórios cumulativamente. Externa preocupação com o denunciamento exacerbado, com a supercriminalização de condutas, mas destaca como mal maior a utilização do processo civil punitivo como forma de burla às garantias do processo penal. Demonstra que a perda dos paradigmas entre o processo penal e o processo civil se refletiu no florescimento de ações punitivas, no surgimento de processos híbridos, na sobreposição de sistemas punitivos e em sanções civis com caráter penal (e vice-versa). Ao final, aponta as disfuncionalidades do atual sistema punitivo brasileiro, realça as principais tendências universais, dentre as quais a do tratamento dado pela CEDH e pelo TJUE aos processos punitivos em geral, a partir da leitura da cláusula do *ne bis in idem*, prevista em tratados internacionais de direitos humanos.

O Capítulo 2 analisa o significado, a origem histórica, a normativa, o conteúdo e as vertentes material e processual do *ne bis in idem*, garantia universal que se firmou no sistema da *civil law*, e de sua correspondente cláusula proibitiva contra a *double jeopardy* originada na tradição inglesa, no sistema da *common law*. Reforça a importância do *Erledigungsprinzip*, mas ressalva a aplicabilidade da vertente material assegurada pelo *Anrechnungsprinzip*. Propõe a distinção entre *ne bis in idem* e coisa julgada, fundamental para o estudo da prejudicialidade das causas punitivas. Estabelece o *status* hierárquico e a classificação da norma jurídica do *ne bis in idem*, determinantes na análise da sobreposição de processos punitivos à luz do princípio da separação de Poderes, do princípio da independência das esferas punitivas, do princípio federativo e do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Enuncia as concepções de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Humberto Ávila para, ao final, acolher a que prega a eficácia circular das normas jurídicas – e não apenas a eficácia vertical – sobretudo entre normas constitucionais e infraconstitucionais, e dá prevalência às regras em detrimento dos princípios, para analisar a possibilidade de uma regra supralegal restringir o alcance de um princípio constitucional. Por fim, pontua o conflito aparente das normas que preveem, de um lado, o *ne bis in idem* e, de outro, a independência das esferas punitivas, que

constitui o principal objeto do estudo, ponto fundamental da matéria a ser tratada nos capítulos subsequentes.

O Capítulo 3 trata do processo penal à luz da proposta conceitual do *ne bis in idem*. Adota como referencial doutrinário a tese de Doutorado de Rogério Schietti Machado Cruz, intitulada “*A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*”, defendida em 2007 e aprovada pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo (Fadusp). Examina a eficácia horizontal e vertical do *ne bis in idem* nos planos interno, transnacional e supranacional, entre processos penais dentro da jurisdição do Estado brasileiro, entre Estados interamericanos e, também, entre o processo penal brasileiro e o processo penal instaurado perante o Tribunal Penal Internacional. No plano interno, ressuscita a questão da coisa julgada em processo inexistente, à luz da proposta conceitual da garantia processual do *ne bis in idem*, decorrente da interpretação dada pela jurisprudência da CEDH e do TJUE. No plano transnacional, a partir das regras de aplicação da lei penal no espaço e das regras de competência processual penal internacional, analisa a existência do *ne bis in idem* no sistema de justiça transnacional interamericano, isto é, a existência do que aqui se denomina – por analogia à coisa julgada internacional de que trata o processo civil – de *ne bis in idem* internacional, ressaltando a importância residual da vertente material do *ne bis in idem*, cujas hipóteses de aplicabilidade foram elencadas no mesmo capítulo e estudadas com profundidade por Helena Regina Lobo da Costa, em sua tese de Livre-Docência intitulada “*Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*”, defendida em 2013, e aprovada pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Fadusp. Por fim, no plano supranacional, avalia as consequências do emprego da fórmula demasiadamente ampla do art. 20 do Estatuto de Roma, que abre ensanchas ao afastamento da coisa julgada e à reabertura de processos penais pelo Tribunal Penal Internacional.

O capítulo analisa a interpretação do *ne bis in idem* e sua evolução na jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com destaque para os três critérios de *Engel*, adotados pela CEDH e pelo TJUE (1976-2016), e para os fatores de *Kennedy*, *Ward*, *Halper* e *Hudson*, recomendados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América aos juízes de primeira instância (1938-1997) para o reconhecimento do caráter penal de uma determinada



sanção e, conseqüentemente, a incidência da garantia processual do *ne bis in idem* e da proibição contra a *double jeopardy*.

O Capítulo 4 analisa, à luz da garantia processual do *ne bis in idem*, a sobreposição de processos judiciais punitivos, com ênfase no processo penal e no processo civil instaurado pela ação de improbidade administrativa. Constitui ponto central da pesquisa, e foi construído a partir do substrato doutrinário, convencional, legislativo e jurisprudencial edificado nos capítulos anteriores, tendo como referencial didático-pedagógico a obra de Antonio Scarance Fernandes sobre o tema “*Prejudicialidade*”, publicada em 1988 pela Revista dos Tribunais, fruto de seu trabalho de pesquisa de Mestrado, defendido no Departamento de Direito Processual da Fadusp. A noção de *prejudicialidade* é aplicada às causas punitivas em geral para extrair possíveis efeitos advindos da proibição contra a dupla persecução. Nesse ponto, analisa-se a eficácia da garantia universal no âmbito do sistema jurídico-processual brasileiro, composto por quatro graus de jurisdição e que não conhece a execução provisória da pena. O capítulo se debruça, também, sobre o enquadramento dogmático da prejudicialidade/conexão nas ações punitivas, bem como sobre a inaplicabilidade, a inadequação, a insuficiência e o anacronismo das regras de prejudicialidade existentes no ordenamento jurídico-processual brasileiro em relação aos processos punitivos em geral.

Ao final, o capítulo analisa a possibilidade de mitigação do dogma da independência das esferas punitivas e de uma leitura restritiva do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que os harmonizem à regra supralegal do *ne bis in idem*, pelo manejo dos postulados da coerência, da proibição do excesso e da proporcionalidade.

Por fim, o Capítulo 5 analisa, à luz da garantia processual do *ne bis in idem*, do princípio da separação de Poderes, do princípio da independência das esferas punitivas, da previsão de competências constitucionais e do princípio federativo, a sobreposição de processos judiciais e não judiciais punitivos, e de processos não judiciais punitivos entre si, inclusive do processo de *impeachment*, dos processos administrativo-sancionadores gerais e disciplinares e do processo de contas. Busca-se, assim, suprir a deficiência de conhecimento em áreas alheias ao domínio, como a do Direito Administrativo Sancionador, por meio de minucioso trabalho de pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, levantado a partir do precedente de 1954, que deu origem ao princípio da independência das esferas punitivas, baseado na doutrina administrativista da época, que defendia a autonomia do processo administrativo-disciplinar em relação ao processo penal. A observação extraída do estudo dos precedentes de que o Supremo Tribunal Federal mais se ocupou em identificar as

hipóteses de *comunicabilidade* entre as instâncias punitivas do que em apontar os fundamentos do princípio da independência das esferas punitivas, reverberado de forma acrítica e, posteriormente, transladado para o processo civil punitivo com baixa carga de modificação da densidade argumentativa, sem uma necessária reestruturação e revisão de seus fundamentos após a edição da Lei n.º 8.429/92, possibilita a contestação de suas premissas à luz da garantia processual e supra legal do *ne bis in idem*, a caminho da mitigação do princípio da independência das esferas punitivas.

O capítulo expõe diversos temas relevantes, desde as discussões dos constituintes norte-americanos, preocupados com a proliferação de processos punitivos à época, sobretudo em razão da doutrina da dupla soberania, que culminou na ressalva do processo de *impeachment* prevista na cláusula de proibição contra a *double jeopardy* da V Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, até a questão da perda do mandato parlamentar por decisão judicial e parlamentar, que envolve interpretação teleológica e sistemática de dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil à luz do *ne bis in idem*, culminando na análise da sobreposição de processos administrativos sancionadores sobre um mesmo fato entre os diversos entes federativos, sob o enfoque da doutrina da preponderância dos interesses.

Como se vê, o objeto da pesquisa é complexo e seu objetivo audacioso e ambicioso. Formar uma visão geral do panorama atual do sistema punitivo brasileiro, contudo, permitirá repensar o dogma da independência das esferas punitivas que se formou na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, a fim de harmonizá-lo à garantia processual do *ne bis in idem*.

## CAPÍTULO 1 – A CRISE DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

### 1.1 PROBLEMÁTICA

Nos últimos anos tem-se verificado, no Brasil, um nítido movimento de enfrentamento à corrupção sistêmica<sup>26</sup>, insuflado por manifestações populares e casos paradigmáticos, como os do “Mensalão”, que investigou a compra de apoio parlamentar pelo Poder Executivo federal; da “Operação Lava-Jato”, que investigou o desvio de verbas públicas da Petrobrás; e das “pedaladas fiscais”, em que se discutiu, entre outras coisas, o valor probatório dos relatórios técnicos produzidos pelos Tribunais de Contas<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> O Banco Mundial definiu corrupção como “abuso do cargo público para obtenção de ganhos privados” (ZIMMER JÚNIOR, Aloisio. *Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33). A Transparência Internacional adota conceito ainda mais amplo, que inclui diversos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, tais como lavagem de dinheiro, fraude, extorsão, improbidade administrativa, entre outros (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *What is corruption*. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**). Paradoxalmente, os primeiros diplomas legislativos (*Foreign Corrupt Practices Act*, promulgado em 19 de dezembro de 1977, e o *Public Bodies Corrupt Practices Act*, de 1889, em que se inspirou o *UK Bribery Act*, de 2010) foram editados para combater não propriamente a corrupção no meio público, mas, sim, a corrupção internacional no setor privado, como desdobramento do caso paradigmático envolvendo a *Lockheed Aircraft Corporation*, que subornava agentes públicos latino-americanos para obter vultosos contratos de venda de seus aviões, fabricados na Califórnia, o que gerou uma concorrência desleal com outras empresas nacionais e estrangeiras e levou o Congresso dos Estados Unidos da América a aprovar por unanimidade o FCPA, impondo sanções penais, civis e administrativas a pessoas físicas e jurídicas por corrupção. De outra parte, o conceito de “corrupção sistêmica” foi sugerido por Pavol Fric: “*Systemic corruption may be characterized as “a situation in which major institutions and processes of the state are routinely dominated and used by corrupt individuals and groups, and in which most people have no alternatives to dealing with corrupt officials.”*”<sup>26</sup> *In this sense, systemic corruption should be viewed as involving practices which are permanent, centralized, and widespread in government activities. A network of corrupt persons acting together and performing different roles follows a common set of norms and rules, normally in an informal scheme. As far as these norms and rules are followed, the perpetrators are rewarded; conversely, the perpetrators are penalized if they fail to follow the norms and rules. In this sense, systemic corruption is much more than individual behavior. This “complex social phenomenon involves shared expectations, internalized beliefs, rules, norms, social bonds and networks, procedures and rituals, as well as mechanisms of generating common strategies, planning, management, logistic control of corrupt transactions, and protection from exposure. Differently from an individual corruption which is normally understood as a deviant or pathological behavior of an individual aimed at abusing powers entrusted to him/her for personal gain, the phenomenon of systemic corruption is an informal pathological institution with parasitical attachment to formal institutions of politics and public administration.”* (FRIC, Pavol. *What is systemic corruption and can it be analyzed by system dynamics modelling?* Sept. 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/post/what-is-systemic-corruption-and-can-it-be-analyzed-by-system-dynamics-modelling/57ee51e396b7e43dc11127a1/citation/download>).

<sup>27</sup> “*Brazilians could barely believe their eyes when they saw the country’s Supreme Court announce on television, in October 2012, guilty verdicts against 25 politicians, business executives, and operatives involved in a Congressional vote-buying scheme. Twelve of the 25 individuals convicted received lengthy prison sentences, unprecedented in a nation where the powerful had benefited from a culture of impunity since its formative years as a Portuguese colony. Less than two years later, in 2014, the federal public prosecutor’s office launched an investigation into alleged corruption at the state-owned energy giant Petrobras, exposing a cartel – formed at the highest levels between Petrobras officials and senior executives of Brazil’s largest*

O legislador tem autonomia em relação ao Estado de Direito e à Constituição Federal, e independência em relação aos demais Poderes para aprovar leis que definam ilícitos e suas respectivas penas, sendo inerente ao próprio poder de representação dos senadores e deputados federais que o Congresso Nacional legisle na confluência dos fatos que causam comoção social.

Não é difícil compreender que a tendência legislativa caminha no sentido da crescente criminalização de atos ilícitos civis e administrativos, contrariando a orientação doutrinária que defende a minimização do direito penal.

A *supercriminalização* de condutas e o *denuncismo* exacerbado por ilícitos que não deveriam ultrapassar as esferas meramente civil e administrativa são problemas universais. A frequência com que isso ocorre nos Estados Unidos da América constou de relatório oficial do Ministério Público Federal estadunidense<sup>28</sup>, e a razão foi destacada por John C. Coffee Jr, professor de *Yale Law School*:

Bons promotores resistem ao apelo de acusarem a qualquer custo, mas não todos os promotores atuam desta forma. Em resumo, ilícitos administrativos se transformam em ações penais porque as denúncias fornecem um meio de salvaguarda racional do insucesso. Qualquer que seja a razão, a conclusão é que motivações burocráticas e carreiristas existem para que os promotores se utilizem de ilícitos administrativos como base para a instauração de processos penais. Nenhuma dúvida de que a ferramenta escolhida os serve bem, mas o custo para a sociedade envolve tolerar um elevado potencial de acusações seletivas<sup>29</sup>.

---

*construction companies – designed to skim millions of dollars off of contracts to develop rich offshore oil fields. It was simultaneously a confirmation of the sheer scale of systemic corruption in Brazil and evidence that impunity was no longer guaranteed. The Petrobras corruption scandal – the largest in Brazilian history – as the genesis of Operação Lava Jato, named after a car wash in Brasília used initially to launder illicit money obtained by the scheme. But it the operation soon expanded far beyond Petrobras. Hundreds of politicians, government officials, and private sector executives were arrested, tried, sentenced, and sent to jail. Among them were former Speaker of Chamber of Deputies Eduardo Cunha, who had launched a successful impeachment against President Dilma Rousseff, and former President of Brazil Luiz Inácio Lula da Silva. Federal Judge Sérgio Moro, who had worked in the earlier investigation of the vote-buying scheme in Congress, emerged as an early champion of Operation Car Wash, which he turned into a crusade to expose and punish ‘systemic corruption’ in Brazil – with enormous popular support. On Sunday, March 13, 2016, some 3.4 million Brazilians (according to police estimates) took to the streets in 262 cities to protest against the Petrobras corruption scheme. José Arthur Giannotti, a retired professor of philosophy at the University of São Paulo, noted at the time ‘People asked for the moralization of Brazilian politics’.” (SOTERO, Paulo; PRUSA, Anya. Prefácio. In: BECHARA, Fabio Ramazzini; GOLDSCHMIDT, Paulo C. (Orgs.). *Lessons of operation Car Wash – A legal, institutional and economic analysis*. Washington, DC: Woodrow Wilson Center, nov. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kChVKj>. Acesso em: 24 nov. 2020).*

<sup>28</sup> HURSON, Daniel J. Limiting the Federal Mail Fraud Statute – A legislative approach. *American Criminal Law Review*, v. 20, 1983, pp. 423-433.

<sup>29</sup> “Good prosecutors resist this urge to produce an indictment at all costs, but not all prosecutors live up to this standard. In short, technical violations may be criminally prosecuted because they provide a face-saving way of rationalizing failure. [...] Whatever the reason, the bottom line is that bureaucratic and careerist incentives exist for prosecutors to use technical violations as a basis for criminal prosecutions. No doubt their chosen tool serves them well, but the cost to society involves tolerating a heightened potential for selective

Ressalvadas as diferenças de investidora, é justo reconhecer que, no Brasil, também existe idêntico problema. A falta de intercâmbio de informações entre os órgãos de fiscalização, investigação, repressão e prevenção, o desconhecimento generalizado das fraudes e dos meios de investigação, a ineficiente normatização do intercâmbio de informações e da atuação cooperada, a preocupação com a impunidade diante do apelo social pelo combate à corrupção contribuem para esse inconsequente *denuncismo criminal* por infrações que não passam de meros ilícitos administrativos<sup>30</sup> e, paradoxalmente, para a impunidade de condutas graves, de apuração complexa.

O estudo “*A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de Justiça Federal*”, realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União e coordenada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública revelou que somente 27,7% dos inquéritos policiais sobre corrupção concluídos em todo o País resultam em denúncias à Justiça Federal, e que em São Paulo e no Rio de Janeiro, o índice de arquivamento de inquéritos por corrupção e crimes financeiros é ainda maior: apenas 8,13% e 10,78% das investigações iniciadas nesses dois Estados, respectivamente, serviram de base para a instauração de processos judiciais. Em 2012, dos 108 inquéritos encerrados em São Paulo para apurar corrupção ativa e passiva, apenas cinco (4,62%) terminaram em denúncia. A proporção foi ainda menor para peculato e sonegação de contribuição previdenciária.

A pesquisa baseou-se nos dados de 2012 do Sistema Único do Ministério Público Federal (MPF), e selecionou para uma análise mais detalhada quatro Unidades da Federação: Distrito Federal, Paraná, Pernambuco e São Paulo. Além da corrupção e dos crimes de “colarinho branco”, outros nove crimes foram considerados no recorte da pesquisa: inserção de dados falsos para obter vantagem indevida, extravio ou sonegação de documento, concussão, corrupção ativa em transação internacional, tráfico de influência internacional, crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro e crimes contra a lei de licitações.

---

*prosecutions.*” (COFFEE JR, John C. Paradigms lost: the blurring of the criminal and civil law models – and what can be done about it. *The Yale Law Journal*. Symposium: Punishment, v. 101, n. 8, jun./1992, p. 1889).

<sup>30</sup> Exemplos são as denúncias por: i) desrespeito a preceitos da LRF; ii) desobediência em prestar informações (art. 10 da LACP); iii) inobservância da LL sem dano ao erário; iv) aplicação de recurso para finalidade diversa; v) não aplicação do mínimo constitucional; vi) falta de prestação de contas, etc. “O desrespeito aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal caracteriza improbidade administrativa” (Apelação nº 392727-5/1, v.u., j. em 01.10.2007, rel. des. Moreira de Carvalho; Apelação nº 395200-5/9, v.u., j. em 26.03.2008, rel. des. Celso Bonilha; Apelação nº 831084-5/5, v.u., j. em 09.11.2009, rel. des. Evaristo dos Santos; Apelação nº 0007528-27.2009.8.26.0081, v.u., j. em 13.11.2013, rel. des. Rebouças de Carvalho; Apelação nº 0000857-53.2011.8.26.0053, v.u., j. em 14.11.2014, rel. Des. Luis Ganzerla).

A pesquisa concluiu que os resultados das investigações são pífios. As causas da ineficiência apontadas pela pesquisa são o “mau desempenho da investigação”, a “falta de integração entre policiais federais e procuradores da República” e a “ausência de articulação com organizações de fiscalização e controle”.

Os Tribunais de Contas não aceitam demandas, tampouco “pedido de novas diligências”. Não obstante, somente o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo produz cerca de 10.000 relatórios técnicos por ano e, em 2012, reprovou as contas públicas de aproximadamente um terço (1/3) das 645 prefeituras paulistas, tendo apontado várias irregularidades em cada uma delas. Tais irregularidades e relatórios, contudo, são raramente comunicados ao Ministério Público Estadual e Federal<sup>31</sup>.

O fluxo de informações entre o Ministério Público Estadual (MPE) e o Ministério Público Federal (MPF) padece dos mesmos vícios. Não raro se descobre, aleatoriamente, a existência de investigações instauradas nesses Ministérios, sem que as informações tenham sido compartilhadas e sem que cada Instituição saiba da existência do outro procedimento. Tal fato resulta na realização de diligências em duplicidade, expedição de ofícios para cobrança de documentos em duplicidade e – o que é pior – no constrangimento de intimações ao investigado para apresentação de informações – com natureza jurídica de defesa – em multiplicidade, prática que evidencia a ineficiência do Estado, representado pela Instituição encarregada pela persecução criminal e cível.

A cooperação interna entre os órgãos de fiscalização, investigação e repressão é, de um lado, desejável ao aumento da eficiência da máquina estatal no combate à corrupção e, de outro, ao abrandamento do constrangimento imposto ao investigado, presumidamente inocente.

De outra parte, o risco de confiar aos órgãos de investigação e repressão a escolha dos ilícitos que irão combater é abrir ensanchas ao arbítrio e a perseguições políticas. É necessário reconhecer, porém, que a eficiência no enfrentamento à corrupção impõe que se

---

<sup>31</sup> “Conforme já asseverado, no caso em apreço, o membro do ‘Parquet’ do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, quando desempenhava o seu ofício, entendeu por bem encaminhar ofício do representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, diante de indícios de crimes e de atos de improbidade administrativa praticados contra o erário municipal de Boa Esperança do Sul. Neste cenário, o Conselheiro Robson Marinho obstou a iniciativa e se insurgiu contra ela, sob o argumento de que tal incumbência caberia apenas ao Conselheiro Instrutor do feito no Tribunal e não ao ‘Parquet’ (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 0014743-02.2013.8.26.0053*. 3ª Câmara de Direito Público, trecho do voto do relator, des. Marrey Unt, j. 29/11/2016).

faça escolhas, à guisa do modelo norte-americano, denominado *headhunting strategy*, já utilizado pela Polícia Federal<sup>32</sup>.

A atuação seletiva se mostra imperiosa, e remete à discussão sobre a possibilidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade, ao menos no âmbito do enfrentamento à corrupção.

O agente político dispende tempo e dinheiro se defendendo de seus opositores, contra denúncias vazias, movidas por mero revanchismo e interesses políticos escusos, e respondendo a ofícios dos órgãos de investigação que lhe requisitam informações, a fim de instruir as representações que lhes são endereçadas. Mais adiante, quando ouvido perante esses órgãos, ele sofre o constrangimento de ser tratado não como presumidamente inocente mandatário popular, mas quase como provável criminoso.

No exercício da função acusatória contra agentes políticos, defende-se que a justa causa, isto é, os *standards* probatórios<sup>33</sup> da autoria e materialidade para a admissibilidade da acusação devam ser mais elevados que o da justa causa em geral, exatamente porque o denunciado é detentor de um mandato popular, e o recebimento da denúncia pode acarretar o afastamento de suas funções. Dizemos “pode” acarretar, porque a imposição da medida cautelar não deve ser concebida como uma decorrência automática do recebimento da denúncia, a despeito dos elevados padrões probatórios exigidos, mas requer também a demonstração do *periculum in mora*.

Nesse âmbito, uma mudança de paradigma é necessária: que o agir institucional seja pautado pelos princípios da boa-fé e da presunção de inocência<sup>34</sup>, a fim de que o estado de inocência opere como *regra de tratamento*<sup>35</sup> do agente público durante a investigação e o processo, sob pena de se perder gradativa e inevitavelmente a sustentação política das prerrogativas institucionais, conquistas sociais históricas alcançadas a duras penas. Se isso ocorrer, não terão valido a pena os avanços institucionais no combate à corrupção.

---

<sup>32</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 166-167.

<sup>33</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

<sup>34</sup> Ao discorrer sobre a presunção de inocência como *regra de tratamento*, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que “os sistemas jurídicos frequentemente se utilizam da humilhação do acusado como uma sanção pouco custosa e, ao mesmo tempo, de grande força nos mecanismos simbólicos da repressão”, postura contra a qual objeta, ao considerar “intolerável qualquer punição antecipada.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 42, 1994, pp. 30-34).

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

Na fase processual, a multiplicidade de ações civis e penal por um mesmo fato não é apenas uma possibilidade, mas, sim, uma realidade latente.

Exemplificativamente, no âmbito da proteção do patrimônio público, o desvio de verbas públicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) (antigo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF) e do Sistema Único de Saúde (SUS) tem ensejado a instauração de processos civis e penais perante as Justiças Federal e Estadual, cujos conflitos de competência o Superior Tribunal de Justiça buscou dirimir pela enunciação das Súmulas 122, 208 e 209.

Especificamente no que diz respeito à tutela ao patrimônio público, a possibilidade de ajuizamento concomitante de ações penal e civil por um mesmo fato (i.e., mesma causa de pedir remota), põe à discussão as seguintes questões: i) a unidade fática com pluri-incidência normativa deve ensejar a suspensão do processo civil?; ii) qual deve ser o prazo máximo de suspensão (um ano ou até o julgamento definitivo da ação penal)?; e iii) a duplicidade de processos punitivos vedada pelo *ne bis in idem* pressupõe a existência de trânsito em julgado no primeiro?

Talvez seja razoável que o recebimento da denúncia suspenda o processo civil por improbidade administrativa até o julgamento definitivo da ação penal, máxime quando esta for movida contra agentes políticos, porque o processo tramita perante órgão colegiado e de maior hierarquia que o do processo civil. Dir-se-á que se cuida de mera divisão de tarefas. De se ver, contudo, que as regras de competência por prerrogativa de função estão previstas na Constituição Federal, de modo que não se cuida apenas de hierarquia dos Tribunais sobre seus órgãos de primeira instância, mas, também, de hierarquia de leis.

Primeiramente, é imperioso que se reflita sobre um modelo de *cooperação interna* entre os órgãos de fiscalização, investigação e repressão mediante intercâmbio de informações. Em segundo lugar, impende encontrar mecanismos (como o *ne bis in idem* e a proporcionalidade) aptos a solucionar o problema da sobreposição de processos judiciais punitivos de diferentes matizes, explicar como se comunicam essas esferas punitivas, e identificar relações de preponderância entre elas. Em terceiro, é necessário que se estabeleça critérios para a aplicação da garantia processual do *ne bis in idem* entre o processo judicial punitivo e o processo não-judicial punitivo. Por fim, nesta temática também se insere a questão da legitimidade e da abrangência dos acordos celebrados no âmbito da Justiça civil e penal consensual.



Os quatro desafios se prendem à mesma problemática: evitar que a multiplicidade de investigações e processos, pelo mesmo fato, atente contra vários direitos individuais implicados, sem prejuízo da eficiência da persecução aos atos ilícitos contra o patrimônio público.

É preciso, enfim, encontrar um balanço entre a repressão à corrupção e a preservação de direitos individuais implicados na multiplicidade de esferas e instâncias punitivas, sem atropelamento da independência dos Poderes e da autonomia entre os entes federativos.

## 1.2 A TENDÊNCIA DE APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

O processo penal foi palco da disputa entre o *jus libertatis* do indivíduo e o *jus puniendi* do Estado. As penas são mais severas, podendo chegar à privação da liberdade, pelo que somente devem ser aplicadas contra aquele que realmente praticou a infração penal. Isto recomendava uma busca mais aprofundada da verdade. O Direito Penal moderno não compactua com presunções, salvo a de inocência. Por conta disso, o juiz tem poderes instrutórios, podendo, inclusive, ordenar, de ofício, a realização de diligência considerada imprescindível ao esclarecimento dos fatos (CPP, art. 404, *caput*). A revelia não gera confissão ficta, pois o silêncio do réu é amparado pela garantia constitucional de permanecer calado (art. 5º, inc. LXIII, CF/88). A confissão não desobriga o juiz da colheita da prova<sup>36</sup>, que é mais ampla<sup>37</sup>.

Já o processo civil buscava a satisfação de interesses patrimoniais, disponíveis, o que justificaria o seu menor grau de segurança, compensada pela maior celeridade. Em regra, a revelia induz confissão ficta, assim como a falta de impugnação especificada dos fatos (com as ressalvas previstas nos arts. 341 e 345 do Código de Processo Civil – CPC) e, autoriza o juiz a proferir o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, inc. II, do mesmo Estatuto. Além disso, vigoram as presunções, inclusive a de veracidade dos fatos afirmados pelo autor (CPC, art. 344); se a parte, intimada a prestar depoimento pessoal não comparece ou se recusa a depor, de igual modo se opera a confissão ficta (CPC, art. 385, § 1º); se a parte não impugna a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto do documento

---

<sup>36</sup> Almeida Júnior cita pelos menos dez motivos que podem levar o réu a imputar-se falsamente a prática de um crime que não cometeu (ALMEIDA JÚNIOR, Antonio. *Lições de Medicina Legal*. 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1962).

<sup>37</sup> Admite-se a interceptação telefônica (art. 5º, inc. XII, da CF/88, c.c. a Lei n.º 9.296, de 24/07/1996), a ação controlada, a quebra de sigilos, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e a infiltração policial (art. 2º da Lei n.º 9.034, de 03/05/1995).

produzido pela parte adversa, presumir-se-á, com o silêncio, que o tem por verdadeiro (CPC, art. 411); o juiz pode proferir julgamento antecipado do mérito (CPC, arts. 355 e 356); cabem tutelas provisórias em qualquer fase do processo de conhecimento, desde que satisfeitos os requisitos insculpidos nos arts. 300 (tutela de urgência) e 311 (tutela de evidência) do CPC. Vale dizer que o juiz pode julgar, com força executiva, com base na verossimilhança<sup>38</sup> dos fatos alegados pelo autor, mediante uma cognição não exauriente, efêmera, provisória, satisfativa, incidental, e antecipada, baseada em convencimento sobre a mera plausibilidade da alegação e do direito invocado; o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu ensancha a extinção do processo com resolução de mérito (CPC, art. 487, inc. II); por fim, vigora o princípio da liberdade dos meios de prova (CPC, art. 369), as presunções legais (art. 374, inc. IV) e relativas, estas últimas decorrentes da aplicabilidade das regras de experiência comum (art. 375), o dever de colaboração para o descobrimento da verdade (art. 378 – com a ressalva do direito de não produzir prova contra si, prevista no art. 379) e, em regra, o princípio dispositivo, excepcionado pelos arts. 370, *caput*<sup>39</sup>, 396 (exibição de documento ou coisa por ordem do juiz) e 421 (exibição parcial dos livros e dos documentos em poder da parte, por ordem do juiz). Isto significa que, no processo civil, seria suficiente a apuração da “verdade formal”, entendida como verdade resultante das provas trazidas aos autos<sup>40</sup>.

Um plexo de nuances que as expressões “verdade real” e “verdade formal” buscavam traduzir. A caducidade da dicotomia fez perder-se o que as expressões “verdade real” e “verdade formal” buscavam exprimir.

---

<sup>38</sup> Verossimilhança não deve ser confundida com probabilidade. Sabatini (SABATINI, Guglielmo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*. Catanzaro: Gaetano Silipo, v. 2, 1911, p. 30) já destacava que o conceito de verossimilhança foi empregado equivocadamente como grau de probabilidade na obra de Malatesta (MALATESTA, Nicola Framarino de. *Lógica delle prove in criminale*. Torino: Utet, v. 1, 1895, p. 55). Taruffo (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: A. Giuffrè, 1992, p. 162) sustenta, a propósito, que a ideia de verossimilhança foi confundida com a de probabilidade. Ressalta que se definiu verossimilhança como aparência da verdade, plausibilidade de uma afirmação. Arremata que os três conceitos (verossimilhança, probabilidade e verdade) são distintos. Ubertis (UBERTIS, Giulio. *La ricerca della verità giudiziale*. In: UBERTIS, Giulio. *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano, Italy: Giuffrè Editore, 1992, pp. 1-17, p. 17) explica que o conceito de verossimilhança é anterior à colheita das provas; já o de probabilidade refere-se à existência de elementos probatórios que motivam o convencimento acerca da verdade. Gomes Filho (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 47) também faz menção à confusão estabelecida entre os conceitos de verossimilhança e probabilidade. Salienta que o conceito de verossimilhança não pode ser empregado no processo penal por ser “inimaginável a justificação de uma decisão penal resultante de um convencimento superficial, fundado na simples aparência da verdade”.

<sup>39</sup> “Art. 370. Caberá ao juiz, **de ofício** ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito.” (BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*) [g.n.]. O princípio dispositivo, em sua moderna configuração, significa apenas que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes e não ao juiz; a iniciativa das provas não é privativa das partes, podendo o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos.

<sup>40</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 64-65.

Mais pareciam figuras de linguagem, expressões idiomáticas: os adjetivos “real” e “formal” qualificavam não propriamente a *verdade*, mas o grau de convencimento desejável e possível de ser atingido para a decisão da causa, o que variava em cada sistema processual, em função das nuances de um processo e outro, ditadas, em sua origem, pela natureza dos interesses em jogo, ao seu turno estabelecida pela relevância dos bens jurídicos tutelados pelas leis penais e civis.

Ao mesmo tempo em que a doutrina abortou o emprego das expressões “verdade real” e “verdade formal”, as diferenças entre o processo penal e o processo civil foram se atenuando. Houve, por assim dizer, uma aproximação dos dois sistemas processuais ou, dito de outro modo, perderam-se os paradigmas que distinguiam um processo de outro.

Evidentemente que o reconhecimento de novos direitos e interesses indisponíveis, de segunda e terceira geração, favoreceu a sobreposição dos sistemas processuais, não apenas promovendo a aproximação do processo penal e do processo civil, mas, também, a aproximação dos processos nos sistemas da *civil law* e da *common law*, na medida em que modificaram, por exemplo, o papel do juiz, sobremaneira, no sentido de lhe conferir maiores poderes de busca da verdade. Mas também, possivelmente, tenha contribuído para tal aproximação o surgimento das chamadas *ações civis punitivas*, de que adiante se tratará, e de que é exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, a ação de improbidade administrativa.

Concomitantemente ao desuso das expressões “verdade real” e “verdade formal”, nesses tempos substituídas pela “verdade processual”, tem-se assistido à aproximação dos sistemas processuais penal e civil.

A evolução mais recente denota o colapso dos paradigmas que distinguiam o processo penal do processo civil: os bens jurídicos tutelados, a indisponibilidade (ou disponibilidade) dos interesses em jogo, o pedido e a sentença, a adoção de mecanismos alternativos (ao processo) de resolução de conflitos e a tergiversação com a verdade; o poder geral de concessão de medidas cautelares inominadas, reais e pessoais diversas da prisão; as consequências da revelia, a extensão da pesquisa probatória e os poderes instrutórios do juiz e o grau de certeza para os diversos juízos em estágios sucessivos de cognição; a natureza das penas e a possibilidade de sua execução provisória.

Nem sempre, porém, os valores tutelados pelo processo penal são mais valiosos ou nobres do que aqueles versados no processo civil, como ocorre, *v.g.*, nas contravenções penais e em outras infrações penais de menor potencial ofensivo. Já o processo civil comumente instrumentaliza a tutela de direitos e interesses sociais indisponíveis,

notadamente nas causas que versam sobre patrimônio público, família, infância e juventude, suspensão e perda do poder familiar, consumidor, meio ambiente etc.

A tergiversação com a verdade iniciou com a adoção de medidas despenalizadoras, introduzidas no processo penal pela Lei nº 9.099/95, com amparo no art. 98, inc. I, da Constituição Federal. Seguiram-se a colaboração premiada e o acordo de leniência, que se tornaram os principais instrumentos de enfrentamento à corrupção no setor público e privado, respectivamente; e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal e civil, previstos no art. 28-A do CPP e no art. 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/92, acrescidos pelo “pacote anticrime”. Além disso, não se admite a revisão criminal *pro societate*, ainda que surjam provas cabais da culpabilidade do absolvido após o trânsito em julgado.

Os poderes instrutórios do juiz, no processo civil, foram sensivelmente alargados: (a) cabe ao juiz, de ofício (ou a requerimento da parte), determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 370); (b) o juiz pode ordenar de ofício o comparecimento pessoal da parte, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 385); (c) o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se encontre em seu poder (CPC, art. 396); (d) o juiz, de ofício (ou a requerimento da parte), pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (CPC, art. 481); (e) ao despachar a inicial da ação popular, ao juiz é dado requisitar as entidades indicadas na petição inicial os documentos que tiverem sido referidos pelo autor, bem como outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos (Lei n.º 4.717/65, art. 7º, inc. I, *b*); (f) caberá ao juiz requisitar certidão ou informação sigilosa (Lei n.º 7.542/86, art. 8º, § 2º); (g) aplica-se aos depoimentos ou às inquirições realizadas nos processos regidos pela Lei n.º 8.437/92 o disposto no art. 221, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal (art. 17, § 12 da referida lei).

A aproximação dos dois sistemas estendeu-se sobre o objeto da ação e da sentença. Na ação penal, além do pedido de condenação às sanções penais previstas em lei, passou a se admitir o pedido de ressarcimento do prejuízo e de reparação do dano *ex delicto*, material e moral<sup>41</sup>, inclusive do dano moral coletivo – como tem ocorrido, exemplificativamente, nas ações penais originárias por crimes de prefeitos –, caso em que, ao proferir a sentença

---

<sup>41</sup> “Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória” (Tema 983) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.643.051/MS*. Terceira Seção, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia (Tema 983), j. em 08/03/2018).

condenatória, o juiz “fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo condenado” (CPP, art. 387, inc. IV, com a redação determinada pela Lei n.º 11.719, de 20/06/2008).

Entende-se, tanto no processo penal quanto no processo civil, que a justa causa para a ação que autoriza o deferimento da inicial, confunde-se com o mérito da causa, a reclamar um juízo antecipado de plausibilidade da imputação, com razoável grau de certeza sobre a ocorrência do fato e sua autoria, conducente à plausibilidade da acusação e probabilidade da procedência da pretensão, caso os elementos de informação que instruem a inicial sejam confirmados em juízo, sob o crivo do contraditório. Admite-se a improcedência liminar da pretensão, nas hipóteses previstas em lei (art. 332, *caput*, incs. I, II, III e IV, e § 1º do CPC, art. 17, § 8º, da Lei n.º 8.437/1992 e art. 397, incs. I, II, III e IV, do CPP). A disciplina das tutelas provisórias, transposta ao processo penal, conduz à imprescindibilidade da concessão da liberdade provisória ao término da instrução criminal, antes mesmo da prolação da sentença, se desde já se formar, no espírito do juiz, o convencimento acerca da inocência do réu, sem que se cogite de parcialidade do julgador ou julgamento antecipado da lide.

No campo das sanções, muitas vezes, a pena suportada pelo réu no processo penal tem cunho meramente patrimonial; aliás, em sede penal, a tendência é a adoção de penas alternativas à privativa de liberdade. Inversamente, o art. 12, incs. I a IV, da Lei n.º 8.429/1992, prevê sanções civis tão severas quanto as sanções penais, ressalvada apenas a pena privativa de liberdade, a saber: i) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ii) ressarcimento integral do dano; iii) perda da função pública; iv) suspensão dos direitos políticos; v) multa; vi) proibição de contratar com o Poder Público; e vii) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

O Supremo Tribunal Federal não admite a execução provisória da pena após a condenação penal ou sua confirmação em segunda instância. Já o art. 20 da Lei n.º 8.429/1992 exige que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivem com o trânsito em julgado da decisão condenatória, “em consideração à relevância desses direitos, ao princípio da presunção de inocência e a irreversibilidade dos danos que podem causar tais sanções”<sup>42</sup>.

Admite-se a decretação da extinção da pena (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) independentemente do adimplemento da multa imposta na sentença penal

---

<sup>42</sup> SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Proibidade administrativa. In: NUNES JR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de Direitos Difusos*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, pp. 653-710.

condenatória por ser considerada dívida de valor, desde a redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/1996<sup>43</sup>.

Na mesma linha da tendência moderna universal de aproximação dos sistemas jurídicos processuais, no sentido de conferir maiores poderes instrutórios ao juiz no sistema da *commom law* e de reconhecer que a pesquisa da verdade visa à apuração de uma verdade aproximativa, probabilística, relativa, humana e eticamente possível de ser atingida no sistema da *civil law*, coincidentemente dentro do sistema jurídico brasileiro também se verificou uma aproximação entre o processo penal e o processo civil, que passaram a servir tanto à reparação do dano *ex delicto* quanto a fins punitivos.

### 1.3 PERDA DOS PARADIGMAS E O SURGIMENTO DAS AÇÕES PUNITIVAS

A fim de se alcançar uma definição de *ação punitiva* e de se demonstrar o surgimento contemporâneo de processos híbridos – duas premissas essenciais para o desenvolvimento do presente estudo - é necessário aclarar alguns aspectos conceituais e filosóficos do Direito.

#### 1.3.1 Direito e coerção

Kelsen concebe o Direito como uma ordem de coação.

Para Kelsen, as normas jurídicas, que representam uma das dimensões do Direito, impõem condutas humanas com força coercitiva, em razão da sanção nelas prevista. Segundo Kelsen, não há norma jurídica desprovida de sanção. Esta constitui parte indissociável da norma jurídica, que a qualifica como tal.<sup>44</sup>

Sem embargo, duas correntes se formaram a respeito da questão de saber se a coerção realmente integra o Direito e, pois, se toda norma jurídica contém uma sanção: para Jhering, partidário da corrente coercitivista, “A coação ou coerção exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do Direito; uma regra de Direito desprovida de coação jurídica não tem sentido, é fogo que não queima, chama que não ilumina.”<sup>45</sup>; de outro lado, para Victor

---

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.519.777/SP*. Terceira Seção, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia (Tema 931), j. em 10/09/2015.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 34-54.

<sup>44</sup> Idem, p. 128.

<sup>45</sup> JHERING, Rudolf von. *Der Zureck in Rechet* (L’evolution du Droit), trad. de Meulerrasse. Paris, 1901, p. 216. No mesmo sentido, de considerar definir o Direito como uma ordem de coação, considerada como elemento constitutivo, essencial ao Direito: KANT, Immanuel. *Introducion a la Teoria Del Derecho*. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1954, p. 85); KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 36.

Cathrein, partidário da corrente anticoercitivista, “uma lei jurídica não encerra a coação como elemento essencial, apenas autoriza e condiciona.”<sup>46</sup>

A corrente coercitiva é criticada por não explicar a existência de normas que não trazem em si sanções, como é o caso das normas autorizativas.

De qualquer modo, coerção não é o mesmo que sanção.

A sanção reveste-se do caráter de coercitividade, na medida em que sua aplicação não está sujeita à concordância de quem quer que seja, nem mesmo da pessoa a quem se dirige, podendo ser imposta até mesmo por meio do uso de força. Mas existe sanção sem coerção, como ocorre quando o indivíduo acorda submeter-se voluntariamente à imposição de uma sanção, sem que seja necessário o uso de força.<sup>47</sup>

### 1.3.2 ato ilícito e sanção

Toda norma jurídica estabelece um dever jurídico, cujo descumprimento configura ato ilícito ou antijurídico, viola um direito subjetivo e sujeita o indivíduo – ou o indivíduo e/ou terceiro - à sanção que, segundo Kelsen, está prevista na mesma norma jurídica ou, para os autores anticoercitivistas, em outra norma jurídica.

“Com isto – afirma Kelsen - fica determinado o conceito de dever jurídico. Este encontra-se numa relação essencial com a sanção. Juridicamente obrigado está o indivíduo que, através da sua conduta, comete o ilícito, isto é, o delito, e, assim, pode provocar a sanção, como consequência do ilícito (...); ou o que pode evitar a sanção pela conduta oposta. No primeiro caso, fala-se da violação do dever, no segundo, em cumprimento do dever. O indivíduo que cumpre o dever que lhe é imposto por uma norma jurídica, observa a norma

---

<sup>46</sup> CATHREIN, Victor. *Filosofia del Derecho*. Madri: Instituto Editorial Reus, 1945, p. 86. A corrente anticoercitivista integrada por Hart (HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, 1968), Miguel Reale (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 672-680) e Álvaro Melo Filho (MELO FILHO, Álvaro. *Teoria e prática dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976, p. 108-109), para quem: “Os que asseveram que a coerção é da essência do conceito de Direito cometem primário e grosseiro erro de natureza filosófica, pois a coerção é potência, é a possibilidade jurídica da coação, configurando-se assim como coação virtual ou latente. E, se a coação no mundo jurídico é potencialidade, ou seja, se ela pode aparecer ou deixar de aparecer, o que é possibilidade jamais poderá ser, filosoficamente considerada como parte essencial do Direito. Assim facilmente compreende-se que a coerção é um elemento acidental e contingente do Direito, pondo-se por terra opiniões e argumentos expostos por muitos juristas. [...] Para eliminar a validade das teses coativistas e demonstrar que a coação é um elemento eventual do Direito, basta apontar-se o seguinte silogismo: a coação só ocorre quando a norma jurídica é desatendida. [...] Ora, o desatendimento ao preceito normativo pressupõe sua existência. Logo, a norma jurídica existe anterior e independentemente à coação, que, como tal, não lhe é essencial.”

<sup>47</sup> Os acordos são negócios jurídicos processuais, regidos pelo princípio da autonomia da vontade, que podem ser celebrados tanto no âmbito cível quanto na esfera penal, dentro dos espaços de consenso delimitados pelo legislador. Tanto o acordo civil quanto o acordo penal são possíveis, como forma de justiça reparatória e punitiva, alternativa ao processo.

jurídica; o indivíduo que, em caso de violação do Direito, efetiva a sanção estatuída na norma jurídica, aplica a norma. Tanto a observância da norma jurídica como a sua aplicação representa uma conduta conforme a norma.”.<sup>48</sup>

O dever jurídico e o ato ilícito são, por assim dizer, faces de uma mesma moeda, de tal modo que aquele que observa a conduta descrita pela norma jurídica, cumpre o dever jurídico subjacente e, ao contrário, aquele que age em desconformidade com a norma jurídica, incorre na prática do ato ilícito que, sobre violar um direito subjetivo, sujeita o agente à sanção prevista pela norma jurídica.

O termo *sanção* provém do latim *sanctio* e, etimologicamente, possui dois significados: o primeiro, ligado ao processo legislativo, é ato de competência exclusiva do presidente da república, de aprovação do projeto de lei votado pelo Poder Legislativo, e de encaminhamento para promulgação e publicação.<sup>49</sup> Na segunda acepção, sanção é a consequência, positiva ou negativa, prevista em lei, pelo descumprimento de um dever jurídico estatuído pela norma jurídica.

No contexto histórico do Estado liberal (Estado neutro), surgido após o absolutismo, como reação ao antigo regime, sem formular definições precisas, Kelsen analisou os conceitos de norma jurídica, ato ilícito, dever jurídico, direito subjetivo, responsabilidade, e designava por sanção somente a pena, isto é, o mal - a privação de certos bens, como a vida, a liberdade e o patrimônio - a ser aplicada como consequência de uma conduta antijurídica.<sup>50</sup>

Segundo Kelsen, a ilicitude ou antijuridicidade do ato não decorre do fato de se constituir um mal em si mesmo, mas sim da previsão de uma sanção, de tal modo que o ato só é ilícito porque a norma jurídica lhe prescreve uma sanção. Dito de outro modo, o ato ilícito é que se prende à sanção, e não o oposto. Segundo o autor, a ideia de sanção como consequência do ato ilícito deve-se ao *jusnaturalismo*. Em suma, a sanção é que é o mal, e não o ato ilícito em si mesmo.

Kelsen opõe-se à concepção jusnaturalista de que a sanção seja a consequência do ato ilícito. Para Kelsen, a conduta só é considerada ilícita ou antijurídica, em virtude da sanção que lhe é imputada: “Certa conduta humana é um delito porque a ordem jurídica vincula a essa conduta como condição, como consequência, uma sanção.”<sup>51</sup> Em outras palavras, “uma ação ou omissão é considerada antijurídica somente por ter-lhe vinculada uma sanção como resultado. A valoração social de uma conduta é irrelevante para o conceito

---

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 129.

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 461.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 54.

<sup>51</sup> Idem, p. 128.



kelseniano de ilícito”.<sup>52</sup> Para a Teoria Pura do Direito, “[uma] conduta é classificada de ilícita apenas e tão-somente quando constitui pressuposto para aplicação de uma sanção.”<sup>53</sup>

Bobbio, discípulo de Kelsen, ao analisar o direito no contexto histórico do Estado Social (Estado intervencionista), desenvolveu uma nova teoria das sanções - mais adequada à função promocional do Estado -, concebendo-as sob um duplo aspecto: negativo (sanção é castigo, um mal) e positivo (sanção é um prêmio, um incentivo àquele que pratica a conduta prevista pela norma jurídica, de forma a promover o bem-estar social).<sup>54</sup>

*Sanção* – em seu sentido negativo – é, pois, um ato de coação estipulado por uma ordem jurídica como consequência de determinadas condutas voluntárias, com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável e de censurar a conduta oposta, considerada indesejável.<sup>55</sup>

O termo *punição* corresponde ao significado negativo de sanção, como um mal ou castigo decorrente do descumprimento de uma norma jurídica. Remarque-se: a ilicitude ou antijuridicidade do ato depende da previsão, pela norma jurídica, de uma sanção. Portanto, desde logo é possível adiantar a conclusão de que a ilicitude do ato (penal, civil ou administrativa) depende da previsão, ou não, de uma sanção e, particularmente, de sua finalidade ou função (que denuncia sua natureza penal ou extrapenal).

Modernamente, o descumprimento de um dever jurídico decorrente de lei ou contrato, assim como a prática de um ato ilícito penal, civil ou administrativo, sujeita o agente a uma sanção (em seu sentido negativo), isto é, a uma punição. Na esfera penal, a punição é a pena e, para alguns, a medida de segurança, que são espécies de sanções penais. O que distingue a pena de outras espécies de sanções extrapenais é a sua finalidade punitiva, aflitiva, retributiva e preventiva, geral e específica. Assim, a reparação do dano é sanção, mas não é pena, em virtude de seu caráter compensatório, e não retributivo. É possível a imposição coercitiva de punição sem pena, como ocorre, por exemplo, quando o indivíduo é condenado à reparação do dano decorrente da prática do ato ilícito.

Na justiça consensual, o indivíduo pode aceitar se submeter voluntariamente a uma pena, sem coerção. Portanto, concebe-se a existência de pena sem coerção.

<sup>52</sup> BENEVIDES FILHO, Maurício. *O que é sanção?* In: Revista da Faculdade de Direito, v. 34, n. 1. Fortaleza, jan./jun., 2013, p. 355-373.

<sup>53</sup> *Idem.*

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*. Valência: Fernando Torres Editor, 1980, p. 387.

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 45.

### 1.3.3 ato ilícito penal e ato ilícito civil

Muitas foram as tentativas de desenvolvimento de critérios de distinção entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal que, atualmente, são considerados insatisfatórios pela doutrina<sup>56</sup>.

Carlos Eduardo de Moraes Domingos dissertou, com percuciência, sobre os aspectos históricos da separação progressiva entre ato ilícito civil e ato ilícito penal.<sup>57</sup> Segundo o autor, na origem histórica do Direito na Roma antiga, não havia distinção entre ato ilícito penal e ato ilícito civil, e a reparação do dano era vista como pena, com cariz sancionatório<sup>58</sup>.

A noção de ato ilícito já estava presente nas *Institutas* de Justiniano - contida na expressão *neminem laedere* -, de onde foi transplantada para o art. 159 do CC de 1916 e daí para o art. 186 do CC de 2002.

Modernamente o legislador destacou as condutas atentatórias contra os bens jurídicos mais importantes do homem na vida em sociedade, codificou-as e prescreveu-lhes sanções severas, que podem chegar inclusive à pena de morte e de privação da liberdade. Nesse contexto, a reparação privada da vítima ficou definitivamente relegada ao plano do direito civil.<sup>59</sup>

Ontologicamente há uma ordem de severidade entre a sanção penal e a sanção civil e, conseqüentemente, de gravidade entre o ato ilícito penal e o ato ilícito civil, mas

---

<sup>56</sup> FERNANDES, Alceu Cordeiro. *Da influência do julgado criminal sobre a ação civil*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, pp. 481-494.

<sup>57</sup> DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. *A fixação do valor indenizatório na sentença condenatória penal à luz do devido processo*. Dissertação (Mestrado em Direito, sob a orientação do prof. dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli) – Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2019, pp. 28-43.

<sup>58</sup> “Entre os ramos antigos jamais se conseguiu diferenciar complementemente a pena expiatória da reparação pelos danos causados em por consequência, nem a responsabilidade civil da responsabilidade penal. As distinções que lhes eram peculiares separavam, entretanto, delitos privados e delitos públicos. Desta forma, as espécies delituosas compreendiam-se na esfera do direito público e do direito privado” (DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. *A fixação do valor indenizatório... Op. cit.*, p. 32).

<sup>59</sup> KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. MICHAEL, Marylene P. (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 386.

substancialmente não existe distinção entre eles.<sup>60</sup> Trata-se de uma escolha política do legislador<sup>61</sup>, e o reconhecimento disso é importante para o presente estudo.

A sanção é o elemento relevante para a qualificação do ato como ilícito. O ato não é ilícito em si mesmo, mas somente porque a norma jurídica lhe prescreve uma sanção. Não há se falar em comportamentos *mala in se*, mas somente em comportamentos *mala prohibita*. Em síntese: o ilícito é um conceito dependente da sanção.

Sob essa ótica torna-se irrelevante qualificar o ato jurídico como lícito ou ilícito, ou mesmo, como ilícito civil ou ilícito penal, pois o que importa para discerni-lo como tal é a previsão ou não de uma sanção, e sua finalidade ou função.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> A propósito: “Na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço” (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, 1945). No mesmo sentido: “Não há diferença em substância entre ilícito penal e ilícito civil, que os distingue é antes questão de grau que de essência. Todo ilícito é uma contradição à lei, uma rebelião contra a norma, expressa na ofensa ou ameaça a um bem ou interesse por esta tutelado. A importância social atribuída a esse bem ou interesse jurídico é, em grande parte, o que determina uma questão de hierarquia de valores.” (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1). “Basta lembrar que o ilícito penal não difere em substância do ilícito civil, sendo diferente apenas a sanção que os caracteriza (...)” (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 141).

<sup>61</sup> MEIRA, José de Castro. *O ilícito civil e o ilícito penal*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 18, n. 70, abr./jun. 1981, p. 160.

<sup>62</sup> Discorrendo sobre a pena e, mais especificamente, sobre as concepções formalistas e substancialistas do princípio retributivo, Ferrajoli afirma: “A questão, tanto externa quanto interna, do “quando punir” desemboca consequentemente na da definição de “delito” (...). O contraste entre concepções formalistas e concepções substancialistas do delito encontra-se expressado de maneira mais incisiva no *Dialogue between a Philosopher and a Student*, de Hobbes. Hobbes define delito “como qualquer ofensa para a qual a lei do país estabelece uma pena”. [...] Entendida nestes termos, **a oposição entre formalismo e substancialismo equivale à existente entre concepção juspositivista do delito, baseada no princípio da legalidade e na correspondente predeterminação e certeza legal dos fatos puníveis (*ius quia iussum*), e a concepção jusnaturalista, baseada em princípios ou valores extralegais ou de direito natural (*ius quia iustum*)**. Está claro, por conseguinte, que após o processo de codificação do direito penal e da incorporação do princípio da legalidade aos ordenamentos evoluídos como critério fundamental de legitimação (ou deslegitimação) jurídica interna do poder punitivo, as condições formais indicadas por Hobbes passam a ser consideradas necessárias e as substanciais indicadas por Coke insuficientes para integrar a definição de “delito”. Para a existência de um delito e para a aplicabilidade de uma pena é certamente necessária a previsão de um e de outro por parte da lei penal, e, mais precisamente, a proibição do primeiro e a prescrição da segunda, de acordo com três princípios clássicos *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege* (...). **Em coerência com tais pressupostos, as orientações formalistas distinguem os ilícitos penais dos demais ilícitos jurídicos – cíveis e administrativos – com base na única circunstância extrínseca de que para eles a lei dispõe de uma pena ao invés da sanção de ressarcimento do dano ou de uma sanção administrativa;** e classificamos em *delitos* e contravenções ou outros tipos de ilícitos penas, unicamente em razão do tipo da pena (reclusão ou detenção, multa de quantia maior ou menor) estabelecida para eles pela lei. [...] Pelo contrário, situam-se na linha substancialista todas as orientações teóricas que atribuem à “juridicidade” e, correlativamente, à “antijuridicidade”, algum fundamento ontológico de tipo meta ou pré-jurídico, sobre o qual se baseia uma definição real de “delito”, dirigida a completar ou acompanhar sua definição nominal ou legal. Dentro dessa linha distinguem-se múltiplas variantes, segundo o caráter ético, sociológico, político ou antropológico do fundamento metajurídico eleito: das teorias moralistas de autores como Pellegrino Rossi, Maggiore, Bettiol, Stephen e Denning, que definem o delito como ofensa à “ordem ético-jurídica”, ou ao “mínimo ético”, ou ao “equilíbrio moral”, ou diretamente como “vício” ou “pecado”, às concepções teleológicas de Jhering, Liszt, Jelliner, Florian e Arturo Rocco, que fundamentam a noção de delito na de “perigo” para a sociedade, das

Afirma Kelsen que a *natureza das sanções* não as distingue, porque tanto a sanção penal quanto a sanção civil desejam alcançar determinadas condutas e, para tanto, estipulam atos de coação como consequência de seu descumprimento. De acordo com Kelsen: “O Direito civil, o Direito que regula a vida econômica, garante a conduta desejada dos homens em seu campo de uma maneira que não difere essencialmente daquela com que o Direito criminal consegue em seu domínio, a saber, estabelecendo, para o caso de conduta contrária, uma medida coercitiva, sua própria medida coercitiva específica, a sanção civil”.<sup>63</sup> O que difere cada tipo de sanção é a sua finalidade ou função, pois enquanto as penas visam à retribuição e a prevenção (geral e específica), as sanções civis pretendem ocasionar a reparação do dano causado.<sup>64</sup>

Sem embargo, como adiante se verá (3.4.2 e 3.4.3), para evitar a burla de etiquetas por parte dos Estados-membros, e atrair a incidência da garantia que proíbe a dupla imputação sobre um mesmo fato, os critérios utilizados pela CEDH e pelo TJUE para distinguir o ato ilícito penal do ato ilícito civil – além do rótulo apostado pelo legislador (*i.e.* da classificação legal) – são a “natureza associada à severidade” e/ou a função ou finalidade da *sanção*.

#### 1.3.4 responsabilidade penal e responsabilidade civil

*Responsabilidade*, em sentido jurídico, é o dever jurídico secundário ou sucessivo decorrente do descumprimento de um dever jurídico primário ou originário. Define-se como o vínculo jurídico de sujeição à consequência do ato ilícito praticado, qual seja, a sanção.

---

doutrinas criminológicas positivistas do “delito natural” como “ação anti-social” ou contrária à “moralidade média”, sustentadas por Garófalo, Ferri, Berenini e Grispigni, à teoria das *Kulturnormen* de Marx Ernst Mayer, e às da “antijuridicidade material” junto e acima da “antijuridicidade formal” elaboradas por Liszt, Ze Dohna, De Marsico e Messina. Nesta ordem de ideias, também a diferenciação entre delito e ilícitos civis depende de critérios substanciais, como a irreparabilidade frente à reparabilidade do dano causado, ou o alarme ou o dano social produzido pelos delitos em relação ao simples dano ou perturbação individual provocados pelos ilícitos civis, ou a periculosidade social expressada pelos primeiros comparada com a simples lesividade dos segundos; do mesmo modo que se fundamenta sobre bases substanciais a distinção entre delitos e faltas, que muitos ultimam assinalando somente aos primeiros a qualificação de *mala in se* ou *quia peccat* e reservando às segundas a de *mala só que quia prohibita*.” E mais adiante conclui o autor: “**Está claro que somente as definições formalistas podem servir como definições jurídicas do delito e como respostas pertinentes, ainda que seja somente desde o ponto de vista interno, à questão “quando punir”. As segundas, pelo contrário, além de inúteis como definições jurídicas do delito, são respostas bastante frágeis.**” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2 ed. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; e GOMES, Luiz Flávio (trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 341-343).

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. *Idem*.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. *Ibidem*.

Existem um *dever originário* ou *principal* e um *dever sucessivo* ou *secundário*. Aquele que descumpra o dever jurídico originário, deve responder pelas consequências do ato ilícito, sujeitando-se ao dever jurídico secundário, que é a sanção.

O dever jurídico secundário ou sucessivo é a obrigação (em sentido lato) de se submeter à sanção; o dever jurídico primário ou originário é a norma jurídica que descreve o comportamento desejado pelo Direito.

Kelsen também tratou da responsabilidade, sem, contudo, apresentar uma definição precisa. O que merece destaque na Teoria Pura do Direito é que a responsabilidade pode recair sobre o autor do ato ilícito ou terceiro que, mesmo não sendo o autor, fica sujeito, pela norma jurídica, às consequências do ato ilícito praticado: “Um conceito ligado com o conceito de dever jurídico, mas que dele deve ser distinguido, é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma conduta oposta sua é tornada pressuposta de um ato coercitivo (como sanção). Mas este ato coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida – como já se fez notar – contra o indivíduo obrigado (...), mas pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito *responde* pelo ilícito, é juridicamente *responsável* por ele.”<sup>65</sup>.

Afirma Kelsen que as primeiras ordens jurídicas previam, tão somente, a sanção penal, como mal ou castigo, consistente na privação de direitos fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade. A reparação do dano era entendida como pena - já que implicava a privação forçada da propriedade -,<sup>66</sup>sem cariz indenizatório.<sup>67</sup>

Naquele tempo, a responsabilidade, desprovida da noção de culpa, era medida pela extensão do dano, e a sanção penal transbordava seu caráter retributivo para verdadeira vingança privada. A respeito disso, escreveu Antonio Scarance Fernandes: “A vingança compreendia geralmente a imposição ao antagonista de males físicos, ou até da morte, para evitar outro atentado, e também a tomada de seus bens materiais. O problema, contudo, não ficava, normalmente, adstrito aos indivíduos envolvidos na ação criminosa, alcançando suas

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 132-133.

<sup>66</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. *Ibidem*.

<sup>67</sup> “Aos romanos é estranho tanto o conceito geral da indenização de prejuízos como o dever geral de indenizar. Conhecem apenas casos particulares de danos, diversamente apreciados.” (KASER, Max. *Direito privado romano*. RODRIGUES, Samuel; HAMMERLE, Ferdinand (trads.), 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 209). A natureza era muito mais punitiva do que propriamente reparatória, tanto assim que a sanção aplicável por um delito de furto era muito superior ao valor da coisa furtada. (SCHULZ, Fritz. *Derecho romano classico*. TEIGEIRO, José Santa Cruz (trad.). Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960, p. 40).

famílias, pois a ofensa a um mesmo da tribo repercutia em todos, o que gerava lutas sangrentas e indefinidas, responsáveis por eliminações de grupos inteiros”.<sup>68</sup>

Embora a Lei das XII Tábuas já distinguisse delitos privados de delitos públicos<sup>69</sup> e a *Lex Aquilia*, promulgada em meados do século III a.C., no período do direito romano arcaico, contivesse a concepção moderna da culpa aquiliana,<sup>70</sup> ambas não diferenciavam “pena” e “reparação”.<sup>71</sup>

Nas sociedades primitivas e no direito romano, a responsabilidade civil e penal eram dois aspectos de um conceito unitário. A distinção entre ambas era desconhecida ou permaneceu obscura por séculos.<sup>72</sup>

Na Idade Moderna, a tendência de unificação do Direito foi uma consequência da formação dos Estados absolutistas.<sup>73</sup> Nesse sentido, vigoraram em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil, as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), épocas em que o poder punitivo foi exercido desregulada e privadamente, em especial pelos senhores contra seus escravos.<sup>74</sup>

Na Idade Contemporânea, nos séculos XVII e XVIII, pensadores iluministas deflagraram um movimento de codificação das leis, que atendia à ideia de sistematização do

<sup>68</sup> SCARANDE FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 13.

<sup>69</sup> MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. DORADO, p. (trad.). Bogotá: Editorail Tennis, 1991, p. 42. Essa distinção entre delitos privados e delitos públicos consolidou-se no período republicano do direito romano. Nos delitos privados (*delictum*), a pena econômica era destinada à vítima, ao passo que nos delitos públicos (*crimen*), relativos a ofensas mais graves, a pena econômica deveria ser recolhida aos cofres públicos (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 579).

<sup>70</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34. Aliás, como observa Flávio Tartuce, “(...) referida lei [que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual] surgiu no Direito Romano justamente no momento em que a responsabilidade sem culpa constituía a regra, sendo o causados do dano punido de acordo com a *pena de Talião*, prevista na Lei das XII Tábuas (*olho por olho, dente por dente*).” (TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil*, vol. ún. 11. ed. São Paulo: Método, 2021, p. 449).

<sup>71</sup> Sobre o direito antigo: “No direito antigo, por muito tempo, a pena e a reparação, quando previstas para um só fato ilícito, eram confundidos e davam margem a uma única ação em favor do ofendido (dirigida conjuntamente ao ressarcimento e à pena), que podia ser exercida unicamente sob forma de acusação perante o juiz penal.” (LIEBMAN, Enrico Tullio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A eficácia da sentença penal no processo civil*. In: Revista dos Tribunais, v. 772, fev./2000, p. 753). A respeito do direito romano: “Houve grande evolução no direito romano, mas era imprecisa a teoria da culpa e confundiam-se ainda pena e reparação, não se chegando a distinguir entre uma ação pública tendente a punir o infrator e outra, civil, destinava à reparação do dano.” (SCARANDE FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo criminal*. Op. Cit., p. 156). E ainda: “Il est certain, d’abord, que le droit romain n’a jamais complètement distingue la peine de la réparation (et par consé quente la responsabilité civile de la responsabilité pénale)” (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: la responsabilité: conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982, t. 4, p. 5).

<sup>72</sup> TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2 ed. Paris: Economica, 1999, p. 47.

<sup>73</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, 5. ed. HESPANHA, A. M.; MACAÍSTA MALHEIROS, L. M. (trads.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 750.

<sup>74</sup> BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 15-18.

Direito, e de edificação de um conjunto ordenado e coerente de normas jurídicas, formado a partir de fundamentos gerais claramente estabelecidos.<sup>75</sup>

O estágio de cientificidade necessário para a consecução dessa tarefa de codificação das leis somente foi alcançado no final do século XVIII, e teve como marco inicial o Código Civil francês de 1804.<sup>76</sup>

A responsabilidade civil fundada na culpa contratual e delitual foi inserida no Código de Napoleão (arts. 1.382 e 1.383) e influenciou a legislação de todo o mundo.<sup>77</sup>

Enquanto o Código Civil francês de 1804 passou a tratar da responsabilidade civil também em matéria extracontratual, distinguindo-a da responsabilidade contratual,<sup>78</sup> a responsabilidade penal e as infrações penais e respectivas sanções passaram a ser objeto do Código de Processo Penal de 1806 e do Código Penal de 1810.

Portanto, a consolidação dessa separação entre as responsabilidades jurídicas foi o resultado de um processo histórico do desenvolvimento científico iniciado pelos iluministas no século XVIII e concluído no século XIX.

Rigorosamente, a separação entre responsabilidade penal e responsabilidade civil, e das funções de punir e de reparar os danos, foi o resultado do desenvolvimento e da autonomia da ciência do direito penal.<sup>79</sup>

A pena e a satisfação do dano, como consequências distintas de atos ilícitos distintos, foram concebidas, respectivamente, para o fim de prevenir e de remediar violações ao ordenamento jurídico.<sup>80</sup> Desde que historicamente se separou a responsabilidade penal da responsabilidade civil, entende-se que a principal finalidade da sanção civil é a reparação dos danos,<sup>81</sup> não se prestando a fins preventivos.<sup>82</sup>

<sup>75</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. 2 ed. BERLINER, Claudia (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 114.

<sup>76</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 4 ed. CORDEIRO, Antônio Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. LXXXV.

<sup>77</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37, n. 11.

<sup>78</sup> VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: la responsabilité: conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982, t. 4, p. 13.

<sup>79</sup> MACHADO, Máira Rocha. *A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 65, mar./abr., 2007, p. 320.

<sup>80</sup> COSTA, José da Silva. *Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado delo delicto*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1867. Disponível em <<https://biblioteca.digital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/592>>. Acessado em 27/01/2022.

<sup>81</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único, do Código Civil*. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, mai., 2005, p. 26.

<sup>82</sup> Analogamente, usando o termo “responsabilidade”: “Quanto ao fim, a reparação penal persegue fins preventivos, isto é, tende a evitar delitos futuros. Ao contrário, a responsabilidade civil busca unicamente reparar o dano causado aos prejudicados. Trata-se de fins essencialmente distintos.” (AMARAL, Claudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005, p. 215).

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil se assenta em três pressupostos: dano, culpa e nexo de causalidade.<sup>83</sup>

A divisão dual ou binária da responsabilidade civil (contratual ou negocial e extracontratual ou aquiliana), prevista no Código Civil francês de 1804, foi transplantada para o Código Civil brasileiro de 1916, e mantida no Código Civil brasileiro de 2002, mas a tendência atual é de reunificação da responsabilidade civil, como revela o Código de Defesa do Consumidor, porque os princípios e as regras que as regem são os mesmos.<sup>84</sup>

A responsabilidade civil extracontratual no Código Civil de 1916 era alicerçada em um único conceito: o de ato ilícito (art. 159). A grande inovação trazida pelo Código Civil de 2002 consistiu em baseá-la em dois conceitos: o de ato ilícito (art. 186) e o de abuso de direito (art. 187).

Com isso, sem substituir a teoria da culpa, o Código Civil de 2002 acolheu a chamada teoria do risco, que subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil.

Em consequência, ampliaram-se as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no Código Civil de 1916, que agora se apresenta sob duas faces, como explica Carlos Roberto Gonçalves: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Uma e outra consagram, em última análise, a responsabilidade sem culpa, cujo fundamento repousa, segundo o autor, “num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem aufere os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos).”<sup>85</sup>

Já a responsabilidade penal é sempre fundada na culpa, pessoal, subjetiva, intranscendente, decorre de lei, e consiste no vínculo jurídico que se estabelece entre o autor do ato ilícito e a pena (ou medida de segurança).<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> GONÇÁLVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 45.

<sup>84</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 432-433.

<sup>85</sup> GONÇÁLVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 47.

<sup>86</sup> Tourinho Filho define responsabilidade penal nos seguintes termos: “Se, no sentido técnico-jurídico, responsabilidade é a obrigação de se sujeitar às consequências do ato praticado, a responsabilidade penal nada mais é senão a obrigação de se sujeitar às consequências jurídicas que decorrem da prática de um fato punível. É obrigação que incumbe apenas ao imputável. Já a responsabilidade civil é a obrigação de se sujeitar às consequências impostas pelo Direito Privado (...)” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29). Evidentemente que, quando o autor afirma que responsabilidade penal é a “obrigação” (...), usa o termo em sentido vulgar, de vínculo jurídico, e não com o significado que lhe atribui o direito das obrigações, como dever de pagar, fazer, não fazer, dar ou tolerar que se faça. Tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal decorrem do descumprimento de uma norma jurídica, isto é, da violação de um dever jurídico, que inexoravelmente acarreta lesão a um direito subjetivo e outro



### 1.3.5 responsabilidade civil punitiva

Tradicionalmente, a responsabilidade civil sempre visou ao retorno ao *status quo ante* à ocorrência do dano.

No direito antigo, como já se afirmou, a reparação do dano era vista como pena, ao menos como pena privada.<sup>87</sup>

No século XVIII, três paradigmas marcavam a responsabilidade civil: a culpa, o dano e a reparação integral.

O fenômeno da Revolução Industrial resultou na construção da responsabilidade objetiva, que mitigou a exigência da culpa.

A Revolução Francesa expandiu o espectro dos danos reparáveis, em decorrência da valorização do indivíduo e de uma maior tutela jurídica dos direitos da personalidade.<sup>88</sup>

O passo seguinte dessa evolução ocorreu principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que propiciou o desenvolvimento da coletivização da responsabilidade, tendo por foco a indenização das vítimas pela sociedade, com base no princípio da solidariedade.<sup>89</sup> O mecanismo para essa coletivização da responsabilidade foi o seguro, que se apoiou na teoria do risco, a qual enxerga o dano como mera possibilidade.<sup>90</sup>

Nesse sentido elucida Noronha que a responsabilidade civil passou por três mudanças em sua evolução: A primeira, verificou-se no surgimento da responsabilidade objetiva; a segunda, consistiu na reparação do dano moral; por fim, o mecanismo do seguro deu nascimento à teoria do risco.<sup>91</sup>

---

dever jurídico (secundário ou sucessivo), qual seja, o de se sujeitar às consequências do ato ilícito praticado, quais sejam, às sanções que, na órbita penal, consistem precipuamente na pena prevista em lei.

<sup>87</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Madri: Editorail B. de F., 2016, p. 22-23. No mesmo sentido: “Nas diversas fases da Antiguidade, em que imperou a vingança privada – indeterminada, imposta pelo ofendido, sua família ou grupo – ou a justiça privada – regulada como punição proporcional à ofensa – a sanção de caráter reparatório figurou como pena cumulativa ou substitutiva de punições mais rigorosas.” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 155).

<sup>88</sup> MARINANGELO, Rafael. *A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 670.

<sup>89</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 60.

<sup>90</sup> “O risco não é o dano ou prejuízo, mas a sua possibilidade” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 27-28).

<sup>91</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 564. Ver também SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, Rio de Janeiro, p. 45-69, abr./jun., 2005, p. 67-69.

No século XXI, o paradigma da reparação do dano foi modificado, pois a responsabilidade civil passou a se ocupar da função de prevenção do dano.<sup>92</sup>

Assim, do clássico paradigma da função de reparação do dano (finalidade compensatória), a responsabilidade civil assume uma nova dimensão, a de prevenir danos sociais - de que são exemplos os danos morais pela *internet*, o dano ambiental e o dano contra o patrimônio público -, pela punição (finalidade preventivo-punitiva).<sup>93</sup>

Benacchio sustenta que, diante do ato ilícito civil de que resulta o enriquecimento ilícito ao agente, a responsabilidade civil sem a função punitiva seria insuficiente e a responsabilidade penal seria desproporcional, sendo inviável sua aplicação.<sup>94</sup>

Conquanto inominada, a responsabilidade civil punitiva já estava prevista no CC de 1916, que prescrevia penas privadas ao autor da lesões à personalidade humana, em seus múltiplos aspectos.<sup>95</sup>

Vários dispositivos do CC de 2002 preveem medidas de caráter punitivo - que transcendem a função meramente compensatória (de ressarcimento, reparação ou indenização) -, como aquelas da exclusão do associado por justa causa (art. 57), da revogação de doações por ingratidão (art. 557), da perda do direito à garantia pelo segurado que fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta (art. 766), ou agravar intencionalmente o risco objeto do contrato (art. 768), ou deixar de comunicar ao segurador incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto (art. 769); das penalidades cabíveis ao credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita (art. 939), ou que demanda por dívida paga (art. 940); das penalidades cabíveis ao condômino que não paga a sua contribuição ou descumpre deveres (arts. 1336 e 1337), da exclusão de herdeiros ou legatários da sucessão (art. 1814),

---

<sup>92</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 60. No mesmo sentido, destacando a função preventiva da função punitiva, sendo esta um instrumento da prevenção: LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos santos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27 e ss. Tal escopo preventivo foi objeto do enunciado n. 446, na V Jornada de Direito Civil, de novembro de 2011: “Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.”.

<sup>93</sup> Sobre a nova função punitivo-preventiva da responsabilidade civil foram produzidas duas teses de doutorado na FADUSP. A primeira, em 2003, intitulada “Responsabilidade civil punitiva”: ULIAN, Eduardo; e a segunda, em 2012, sobre “Danos extrapatrimoniais e função punitiva”: CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão.

<sup>94</sup> BENACCHIO, Marcelo. *A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil*. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 651.

<sup>95</sup> SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GLADINO, Flavio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 505.

das arras e da cláusula penal; dos juros de mora; do art. 42, parágrafo único, do CDC, que estabelece a restituição em dobro,<sup>96</sup> e dos arts. 644 e 645 do CPC, que regulam as *astreintes* entre outras.

Alinham-se argumentos favoráveis – e, a nosso ver, temerários - à convivência da responsabilidade civil punitiva com o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, com o objetivo de fornecer respostas satisfatórias aos anseios sociais:<sup>97</sup> a ineficiência dos órgãos e das instituições encarregadas da fiscalização e da investigação, a burocratização e a ineficiência do processo penal, a parcialidade nos processos administrativos sancionadores, a seletividade da justiça penal entre outros.<sup>98</sup>

Elencam-se, como fundamentos jurídicos da função preventivo-punitiva da responsabilidade civil: o princípio da segurança, o princípio da solidariedade e o princípio da dignidade da pessoa humana;<sup>99</sup> o art. 1º, inciso III, e o art. 5º, incisos V e X, da CF<sup>100</sup>, o

---

<sup>96</sup> ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 5. Schreiber e Tepedino destacam ainda que há uma diversidade de *astreintes* como penas privadas, reguladas nos arts. 644 e 645 do CPC (SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GLADINO, Flavio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 515.

<sup>97</sup> Segundo Cunha, a presença de punições no direito civil é efeito de uma adaptação às exigências sociais que clama por uma proteção maior (CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Danos extrapatrimoniais e função punitiva* (tese de doutorado). Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 134). O autor buscou bases teóricas para justificar a aplicação da punição como medida preventiva na esfera cível, apontando desde o resgate de valores éticos, até os princípios da justiça e da proteção social.

<sup>98</sup> ULIAN, Eduardo. *Idem*, p. 2-27. Amaral sustenta que o Direito Penal passa por um processo de deslegitimização, marcados por vários fatores elencados pelo autor (AMARAL, Claudio do Prado. *Despenalização pela reparação de dano: a terceira via*. Leme: J. H. Mizuno, 2005, p. 120). Guimarães afirma que “A crise do direito penal é o motivo para se buscar outros meios de intimidação e de prevenção dos danos, e teoriza a reparação do dano como terceira via, ao lado das penas e das medidas de segurança” (GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*. In: Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. 15, n. 1, p. 159-206, 2001, p. 167). Afirma-se que enquanto o processo penal e o Direito Penal devem obedecer aos princípios da legalidade, taxatividade e intervenção mínima, a responsabilidade civil mostra-se mais flexível, não havendo uma normatização extensa acerca de seu funcionamento (ULIAN, Eduardo. *Ibidem*, p. 74 e ss.). Levy espousa o mesmo entendimento sobre a importância cada vez mais crescente da responsabilidade civil ao lado da burocracia do acesso à tutela penal e administrativa, e defende que a responsabilidade civil assume um protagonismo na defesa do indivíduo: “Daí advém a responsabilidade civil como expediente de controle social, canalizando as insatisfações resultantes do dano, verdadeira regulação difusa de condutas. A facilidade de acesso ao Poder judiciário e os mecanismos relativamente simples da disciplina, por oposição às estruturas engessadas de disciplinas sancionatórias como o Direito Administrativo ou o Direito Penal, apenas corroboram esse fenômeno de expansão” (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27).

<sup>99</sup> DONNINI, Rogério. *Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere*. In: Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Viana. NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 494-498.

<sup>100</sup> MARINANGELO, Rafael. *A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 697-698.

interesse coletivo,<sup>101</sup> a proteção dos direitos da personalidade, e o art. 944, parágrafo único, do Código Civil<sup>102</sup>. Acrescenta-se o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e o princípio da autonomia das esferas punitivas, de que adiante se tratará (2.6).

Schreiber e Tepedino, críticos da função punitiva, afirmam que há várias normas que remetem à entrega de uma quantia além daquela que deveria ser ressarcida.<sup>103</sup>

Como se vê, a indenização punitiva, que visa a reparar danos e, ao mesmo tempo, a prevenir e desestimular sua prática, é defendida sob diversos ângulos.

Nas últimas décadas no Brasil, duas tendências levaram à sobreposição de responsabilidades: na esfera penal, a crescente preocupação com a vítima,<sup>104</sup> e na esfera civil, o papel preventivo do direito civil no âmbito da tutela dos interesses transindividuais (dentre

<sup>101</sup> MELO, Diego Leonardo Machado de. *Ainda sobre a função punitiva na reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único, do Código Civil)*. In: Revista de Direito Privado, v. 7, n. 26, p. 105-145. São Paulo, abr./jun., 2006, p. 111-112.

<sup>102</sup> BENACCHIO, Marcelo. *A função punitiva na responsabilidade civil no Código Civil. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil*. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 663.

<sup>103</sup> SCHREIBER, Anderson. TEPEDINO, Gustavo. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GLADINO, Flavio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 506.

<sup>104</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995, 17. No mesmo sentido: “Reconhecem todos a necessidade de tornar mais segura e mais pronta a reparação (*latu sensu*) do dano causado pelo crime. (...) Bem se conhecem as tentativas, brotadas do seio da Escola Positiva, no sentido de equiparar à própria pena, imprimindo-lhes o caráter de medidas repressivas, as providências tendentes à satisfação da vítima, em particular o ressarcimento do prejuízo suportado. O próprio Estado deveria, segundo alguns, tomar a iniciativa de promover-las, inclusive adiantando ao ofendido (...)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promover-la em juízo*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 113). A ideia de que a recomposição da ordem jurídica abalada pelo ato ilícito penal somente é possível mediante a imposição da pena e a reparação do dano influenciou a reforma introduzida no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008, que deu a atual redação ao art. 387, inciso IV, e previu a reparação do dano como causa extintiva da punibilidade no âmbito da justiça penal consensual. A propósito: “A antiga alocação da reparação exclusivamente no campo do Direito civil vem sendo relativizada, na medida em que ela vem sendo introduzida no sistema penal seja por meio de atenuação de parcela da pena ensejada pela reparação do dano pelo autor, seja por meio de acordos reparatórios, causas de extinção da punibilidade e até mesmo como sanção autônoma” (PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil*. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/recons\\_dogmatica\\_flavia\\_puschel\\_e\\_marta\\_machado.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/recons_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf). Acessado em 27/01/2022. No mesmo sentido: “Nos últimos anos, tal visão, associada ao claro desejo de modernização da Justiça Penal, levou a significativas mudanças que foram materializadas com o aprimoramento dos mecanismos alternativos de solução de conflito. São exemplos a composição civil e a suspensão condicional do processo. Ambas, contudo, ainda focam a vítima sob uma perspectiva preponderantemente patrimonial. Mais recentemente, esta dimensão atingiu o seu clímax com a possibilidade de fixação, na própria sentença condenatória, de um valor mínimo a título de reparação civil. Todos estes fenômenos, note-se, refletem o anseio por uma maior eficiência da Justiça mediante a redução das distâncias entre as esferas civil e penal.” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Mulheres em Atenas, meninos no Brasil*. In: IBCCRIM, São Paulo, n. 220, mar. 2011. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4305-Mulheres-de-Atenas-meninos-do-Brasil](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4305-Mulheres-de-Atenas-meninos-do-Brasil). Acessado em 22/01/2022.

os quais se destaca o patrimônio público),<sup>105</sup> que potencializou a responsabilidade civil punitiva.

As principais críticas que se erguem contra a responsabilidade civil punitiva são a falta de uma regulamentação legislativa<sup>106</sup> e a possibilidade do *bis in idem*<sup>107</sup>.

### 1.3.6 o significado da expressão “pretensão punitiva”

O conceito de pretensão mais difundido entre nós é o de Carnelutti, para quem pretensão é “exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.”<sup>108</sup>

Ao tempo em que este conceito foi formulado, o § 194 do BGB já aludia a pretensão como o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão. Explica Karl Larenz que, no referido § 194, habitava a concepção de Windscheid,<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Segundo Ada Pellegrini Grinover, os estudos sobre os interesses difusos e coletivos se iniciaram na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem, próprios de uma sociedade de massa e de conflitos transindividuais, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como o da responsabilidade civil (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. In: Revista de Processo, n. 97. São Paulo, jan./mar., 2000, p. 9-10. Ver também: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil*. Art. cit.. Em artigo escrito em 1978, ao defender a tutela preventiva idealizada pelo legislador no CPC de 1939, veiculada pela ação cominatória, desnaturada pelo art. 287 do CPC de 1973, que foi, ao seu turno, suprimido pelo CPC de 2015; e também, ao defender a necessidade de uma tutela mandamental contra o particular, José Carlos Barbosa Moreira destacava que se a Justiça civil tem algum papel a desempenhar no âmbito da tutela dos direitos da personalidade e dos interesses difusos e coletivos, “ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhe a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que, de modo nenhum, os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. p. 21-29. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 24).

<sup>106</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva*. 2 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 279-280. O Direito brasileiro recursou a aplicação dos *punitive damages* em vários momentos, como na vedação da aplicação da indenização punitiva no Código de Defesa do Consumidor; na não-aprovação do Projeto de Lei nº 9.960/2002, do relator deputado Ricardo Fiúza, que tipificava a indenização punitiva na responsabilidade civil; e na supressão do processo coletivo no CPC de 2015 (DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 168). Não há um regramento adequado para as sanções punitivas na esfera privada, que estabeleça parâmetros e os meios de defesa, a necessária observância aos princípios da legalidade, da taxatividade e da anterioridade; ao princípio da individualização e da humanização da pena. Há um vácuo legislativo, que torna dificultosa a tarefa de punir na esfera civil, o que corresponde a muitas das críticas que se faz à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que a Lei nº 14.230/2021 procurou, sem êxito, resolver.

<sup>107</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva*. 2 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 295.

<sup>108</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiado Sentis Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944, v. 1, 342-343.

<sup>109</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978, § 12, p. 315.

Segundo Badaró: “Ambos os conceitos só podem referir-se à pretensão material. Assim, é possível a solução espontânea da lide pelos titulares dos interesses em conflito, seja abrindo mão da pretensão, seja não mais resistindo. Nessa segunda hipótese, satisfaz-se a pretensão, sem a necessidade de um processo. Trata-se, portanto, de pretensão material.”<sup>110</sup>

A pretensão é uma exigência ou um direito que se desdobra nos planos material e processual. No plano material, a pretensão é exigência de submissão da vontade do outro indivíduo envolvido no conflito à própria. Já no plano processual, a pretensão é o direito de se dirigir ao Estado-juiz e pedir uma tutela jurisdicional a um direito subjetivo violado.<sup>111</sup>

A pretensão penal é, segundo Carnelutti, “a exigência de submissão de alguém à pena”.<sup>112</sup>

A pretensão punitiva, que Carnelutti denomina pretensão penal, é o poder do Estado de exigir a submissão do autor do ato ilícito penal à sanção penal ou, dito de outro modo, é o direito do Estado de impor coercitivamente a pena ao autor do ato ilícito. Nas palavras de Frederico Marques, “consiste na subordinação dos interesses de autor do crime ao interesse punitivo do Estado, pois, toda pretensão pode ser definida como a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio.”<sup>113</sup>

Na atualidade, os debates sobre a definição do objeto do processo penal parecem convergir no entendimento de que o conceito de pretensão punitiva só pode se referir à pretensão material, e não processual.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 578.

<sup>111</sup> “Essa doutrina é devida a Bülow, que a expôs em 1868 em seu famosíssimo livro *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, unanimemente considerada como a primeira obra científica sobre direito processual e que abriu horizontes para o nascimento desse ramo autônomo na árvore do direito (...). O grande mérito de Bülow foi a sistematização, e não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo, e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela” (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 278, n. 173).

<sup>112</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, v. 1. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 191.

<sup>113</sup> Marques, José Frederico. *A instituição do júri*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 200.

<sup>114</sup> Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 590. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125. Badaró valida tal conclusão ao afirmar que a prescrição da pretensão punitiva pode ocorrer antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa e, pois, anteriormente ao processo (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 582).

Ocorre que, na esfera penal, ressalvadas hipóteses de justiça consensual, a submissão de alguém à pena somente pode ser exigida pelo Estado-juiz, e dentro de um processo, em razão dos princípios *nulla poena sine iudice* e *nulla poena sine iudicio*.<sup>115</sup>

Dai porque dizer-se que “a pretensão punitiva é pretensão material, não podendo, assim, constituir o objeto do processo”<sup>116</sup>. O objeto do processo penal é a “pretensão processual penal”<sup>117</sup>.

A pretensão punitiva, isto é, o direito do Estado de impor coercitivamente ao autor do ato ilícito uma pena - constitui figura intercalar entre o direito subjetivo atingido pela prática da infração penal e a ação.

A pretensão processual é “aquela veiculada em juízo, por meio do exercício da ação, e terá existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor”.<sup>118</sup>

A ação penal é, pois, o veículo da pretensão punitiva estatal (pretensão material).

O processo penal, por sua vez, “tem por função a legitimação do exercício do poder de punir estatal”.<sup>119</sup>

### 1.3.7 a caminho de uma definição de ação punitiva

Tradicionalmente, a satisfação da *pretensão punitiva* era buscada pelo ajuizamento da ação penal, ao passo que a satisfação da *pretensão ressarcitória* dava ensejo à propositura da ação civil decorrente do dano *ex delicto*, mas, também, podia ser alcançada no bojo da própria ação penal, pois a sentença penal condenatória gera título executivo judicial em favor do ofendido e de seu representante legal.

Atualmente, a possibilidade de instrumentalização das pretensões punitiva e reparatória por uma mesma ação tem levado a colapso os paradigmas tradicionais: a ação penal passou a servir à obtenção de uma tutela reparatória e a ação civil vocacionou-se a alcançar a imposição de penas.

<sup>115</sup> Nesse sentido, Frederico Marques assevera que “a pretensão punitiva dá sempre origem a um litígio penal, uma vez que lhe é imanete a natureza de pretensão insatisfeita, em virtude do princípio *nulla poena sine iudicio*” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 57).

<sup>116</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 582.

<sup>117</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. *Idem*.

<sup>118</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 581.

<sup>119</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 18.

Surge, por assim dizer, uma nova *espécie* de ação, e um novo tipo de processo de cognição.

É claro que - superadas as teorias imanentista e concretista -, a ação, como um poder ou direito subjetivo, público, abstrato e autônomo não tem nome ou qualificativo.<sup>120</sup>

Por influência do direito romano, a doutrina formulou várias classificações das ações, que tornou usual na linguagem forense nominá-las. Mas a autonomia e a abstração do direito de ação evidenciam que tais classificações são desprovidas de cientificismo, porque a qualificação se refere, na verdade, ao direito material, ao pedido, ao processo, ao rito e assim por diante, e não propriamente à ação.

Chiovenda, no início do século passado, expressou a clássica ideia de que o processo, como instrumento de realização do direito material, deve proporcionar a quem tenha razão “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir”.<sup>121</sup>

Talvez em razão dessas preocupações com a função social do processo e a efetividade da tutela jurisdicional, a única classificação das ações que, segundo Humberto Theodoro Júnior, ganhou relevância para o processo civil é a que leva em conta os efeitos da sentença, ou seja, a espécie de tutela jurisdicional pretendida, segundo a qual as ações se classificam em: i) ação de cognição, que se desdobra em: a) ação condenatória, que visa à imposição de uma *sanção*, b) ação constitutiva e c) ação declaratória; e ii) ação de execução.<sup>122</sup>

Uma classificação quinária das ações já se encontrava na *Teoria das Ações*, desenvolvida por Pontes de Miranda antes da segunda metade do século XX, e que foi incorporada aos *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, publicados a partir de 1949.

Uma das particularidades da *Teoria das Ações*, que a diferenciava da doutrina alemã, consistiu em classificar as ações segundo um *critério de preponderância* dos efeitos das

<sup>120</sup> ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 247-254. Sobre a conceituação da ação como poder e direito: “A doutrina dominante, mesmo no Brasil, conceitua a ação como um direito subjetivo. Os que entendem ser ela um **poder**, e não direito, partem da premissa de serem o direito subjetivo e a obrigação duas situações jurídicas necessariamente opostas (de vantagem e de desvantagem), presente um conflito de interesses; e, inexistindo conflito de interesses entre o autor e o Estado, não se poderá falar em direito subjetivo, senão em poder.” (*Idem*, p. 253).

<sup>121</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell' azione nascente dal contratto preliminare*. In: Riv. di dir. comm., 1911, e depois nos *Saggi de diritto processuale civile*. v. 1. Roma, 1930, p. 110, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 21.

<sup>122</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 63 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 156. O autor prefere a classificação *trinária*, mas sustenta que o art. 475-N, inciso I, do CPC alargou o conceito de sentença condenatória, para abranger a que reconhece não apenas a obrigação de pagar, mas também as obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa.



sentenças, distinguindo as ações em declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental, sem excluir a possibilidade de existência simultânea dos demais efeitos, no sentido de que todas as ações (e sentenças) podem ter, em graus diversos, a totalidade dos efeitos.<sup>123</sup>

Evidentemente que a *Teoria das Ações*, de Pontes de Miranda, em razão do tempo em que foi formulada, não concebe a existência de sentenças civis condenatórias que imponham penas ou outras sanções de caráter penal por atos ilícitos, porque a responsabilidade civil punitiva ainda não havia ganhado o relevo só alcançado décadas mais tarde. Sem embargo, pode-se extrair que o efeito precipuamente punitivo de uma sentença não afasta a possibilidade de condenação à reparação do dano, sem que o duplo efeito desnature o caráter punitivo da sentença e, pois, da respectiva ação.

Nesse contexto de sobreposição de responsabilidades, reconhece-se que as linhas divisórias entre o processo penal e o processo civil se tornaram nebulosas, como evidencia o surgimento de ações mistas, que veiculam, cumulativamente, pretensão punitiva e pretensão ressarcitória decorrentes de um ato ilícito, e instauram processos híbridos.

Reunidas essas premissas conceituais e filosóficas, pode-se definir *ação punitiva* como sendo aquela que veicula uma pretensão preponderantemente punitiva (pretensão material), com vistas à imposição de uma sanção penal ou de caráter penal, em razão da prática de um ato ilícito.

Pode ocorrer que ações punitivas também veiculem a pretensão ressarcitória, mas isso não lhes retira o seu caráter punitivo.

A disjunção de ações reunidas num só processo é possível, mas a separação forçada de pretensões deduzidas numa única ação pode implicar a extinção do processo sem resolução de mérito.

A impossibilidade de tramitação concomitante ou subsequente de ações punitivas sobre um mesmo fato pode ensejar a extinção do processo de uma delas, com a conseqüente necessidade de se buscar a satisfação da pretensão residual (ressarcitória) autonomamente, mediante ajuizamento da competente ação civil.

Como se vê, o reconhecimento da existência de *ações punitivas* de matizes variados (penal, civil, administrativo geral e disciplinar, político e de contas) é relevante à pesquisa do regime jurídico mais adequado.

---

<sup>123</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

O surgimento de ações civis punitivas atendeu à demanda social de maior efetividade da tutela de novos direitos e interesses, de segunda e de terceira geração, notadamente de interesses difusos, como é o caso da proteção ao patrimônio público.

Como veremos, o caráter penal da sanção é reconhecido pela jurisprudência da CEDH e do TJUE, e de vários Estados europeus, não apenas pelo rótulo aposto pelo legislador, mas também por outros critérios. Conquanto esses critérios não sejam os mesmos, em essência a jurisprudência da Suprema Corte Americana não diverge na interpretação da mesma garantia - com denominação diversa -, no sistema da *common law*.

Adiante se verá que o *ne bis in idem* incide somente sobre ações punitivas, não sendo vocacionado a evitar a duplicidade de ações ressarcitórias, e que a incidência da garantia universal do *ne bis in idem* pode implicar o sobrestamento e a extinção de um dos processos punitivos instaurado em duplicidade.

#### 1.4 A UTILIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL PUNITIVO COMO BURLA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL: PROCESSOS HÍBRIDOS QUE DISFARÇAM A NATUREZA PUNITIVA

Afirma-se que o colapso entre os sistemas processuais penal e civil tem contribuído para a banalização do Direito Penal e a conseqüente redução de sua densidade moral<sup>124</sup>.

Paralelamente, tem-se assistido a um movimento de *supercriminalização* de condutas que, ao seu turno, tem levado a um *denuncismo* exacerbado por ilícitos que não deveriam ultrapassar as esferas meramente civil e administrativa.

A esse respeito, John C. Coffee Jr. escreveu:

A causa principal dessa *supercriminalização* é a profana extensão da sanção penal para cobrir todos os atos normativos promulgados pelos órgãos administrativos. Tornou-se um padrão nos Estados Unidos da América que todo estatuto criador de um órgão administrativo preveja que qualquer violação às regras nele previstas configure crime federal. A consequência direta é que se estima a existência de mais de 300.000 crimes previstos em leis federais<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> “O rótulo criminal carrega consigo condenação moral da comunidade, um estigma que geralmente não acompanha uma sentença civil contra o réu.” Tradução livre de: “*The criminal label carries with it moral condemnation of the community, a stigma generally not accompanying a civil judgment against the defendant.*” (KLEIN, Susan R. *Redrawing the criminal-civil boundary. Buffalo Criminal Review*. New York: State University of New York Press, v. 2, 1999, p. 680).

<sup>125</sup> “*A principle cause of overcriminalization is the profligate extensive of the criminal sanction to cover all rules lawfully promulgated by an administrative agency. It has become the common statutory pattern in the United States for statute establishing an administrative agency to provide that any willful violation of the rules adopted by the agency constitutes a federal felony. As a direct result, one estimate places the number of federal regulations currently punishable by criminal penalties at over 300,000.*” (COFFEE JR., John C.

Obviamente que ao reconhecimento de novos direitos, especialmente de terceira geração, corresponde uma escalada de ações judiciais tendentes a tutelá-los, o que, aliás, tem contribuído para a crise da Justiça<sup>126</sup>.

O que mais preocupa, porém, é a crescente tentativa do legislador de punir pela via cível, como forma de burla às garantias constitucionais do processo penal<sup>127</sup>.

O excessivo uso de sanções civis visa a escapar das garantias constitucionais do processo penal. A propósito:

A última e mais significativa categoria [de leis] revela o crescente uso governamental do sistema civil para punir indivíduos por condutas que também estão previstas como crimes. Grande parte dos litígios nesta área tem sido instaurada por órgãos administrativos, cujo número tem crescido exponencialmente. Essas entidades tornaram-se necessárias para assegurar o cumprimento de crescentes e complexos estatutos que se multiplicam, editados pelo Congresso e pelos Estados, particularmente nas áreas de fraude contra o governo, empresas e outros negócios. [...] alguns desses casos são investigados para recuperar dinheiro público ou privado perdido em fraudes. Entretanto, um número crescente é instaurado para deter aqueles que violaram leis penais de usufruir de seus ganhos ilícitos. Por exemplo, o Congresso e os Estados estão editando e executando novos e mais draconizados estatutos que preveem a possibilidade de confisco civil, no âmbito dos crimes de lavagem de dinheiro, entre outros. Em razão do elevado custo do processo penal, tanto em termos de tempo quanto de dinheiro, inevitavelmente o Congresso se voltou para alternativas cíveis. Alguns veem essa evolução como necessária para assegurar o cumprimento de uma miríade de leis em nossa sociedade complexa. Outros enxergam tais processos menos carinhosamente como uma tentativa descarada de evitar garantias processuais penais<sup>128</sup>.

---

Paradigms lost: the blurring of the criminal and civil law models – and what can be done about it. *The Yale Law Journal*. Symposium: Punishment, v. 101, n. 8, jun./1992, p. 1880).

<sup>126</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da Justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese (concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2008, pp. 9-36.

<sup>127</sup> É indício da universalidade do problema que a frequência com que isso ocorre nos Estados Unidos da América constou de relatório oficial do Ministério Público Federal estadunidense, e a razão foi destacada por John C. Coffee Jr., professor de *Yale Law School*: “Bons promotores resistem ao apelo de acusarem a qualquer custo, mas não todos os promotores atuam desta forma. Em resumo, ilícitos administrativos se transformam em ações penais porque as denúncias fornecem um meio de salvaguarda racional do insucesso. Qualquer que seja a razão, a conclusão é que motivações burocráticas e carreiristas existem para que os promotores se utilizem de ilícitos administrativos como base para a instauração de processos penais. Nenhuma dúvida de que a ferramenta escolhida os serve bem, mas o custo para a sociedade envolve tolerar um elevado potencial de acusações seletivas.” (COFFEE JR., John C. Paradigms lost... *Op. cit.*, p. 1880).

<sup>128</sup> “The last and most significant category is the government’s increasing use of the civil setting to sanction individuals for behavior that is also proscribed by the criminal law. Much of the burgeoning litigation in this area has been undertaken by administrative agencies, whose numbers have risen exponentially. These entities have become necessary to enforce the ever-multiplying and increasingly complex statutes and regulations that Congress and states continue to enact, particularly in the areas of fraud against the government, and corporate and other business control. [...] some of these cases are pursued to recover government or private money lost through fraud. A growing number, however, are brought to stop those who violate criminal prohibitions from

No Brasil, a “ação de extinção de domínio” foi excluída do projeto das “10 Medidas Contra a Corrupção” pela Câmara dos Deputados, em 30 de novembro de 2016, por 317 votos a 97. A proposta consistia em ação contra bem ou valor, suposto produto de ilícito, a que a lei atribuía personalidade jurídica. Caso a pessoa que se invocasse legítima titular ou possuidora não se desincumbisse do ônus da prova da licitude de sua origem, teria contra si decretada a perda (ou o confisco) do bem ou valor em favor da União.

Modernamente, o processo civil passou a servir, também, a fins punitivos, e o processo penal à fixação do valor mínimo de reparação do dano *ex delicto*.

Tal prática – de se punir pela via cível – já vem ocorrendo, em certo grau, no ordenamento jurídico brasileiro, em que se verifica a convergência e parcial sobreposição dos sistemas penal e civil de que são evidências, de um lado: i) ao proferir a sentença condenatória, o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, inc. IV, do CPP, com redação determinada pela Lei n.º 11.719/2008); ii) nas infrações penais de menor potencial ofensivo, a composição dos danos civis acarreta a renúncia tácita ao direito de queixa ou representação nos crimes de ação penal privativa e pública condicionada à representação e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único, da Lei n.º 9.099/95); iii) a reparação do dano *ex delicto*, salvo impossibilidade de fazê-lo, é condição para o acordo de não persecução penal (art. 28-A, inciso I, do CPP), a extinção da punibilidade ao término do período de prova da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, inc. I, da Lei n.º 9.099/95), a extinção da pena ao término do período de prova da suspensão condicional da pena (art. 78, § 2º, c.c. o art. 82, do CP) e do livramento condicional (art. 83, inciso IV, c.c. o art. 90, do CP), e para a progressão de regime ao condenado por crime contra a administração da justiça (art. 33, § 4º, do CP, acrescentado pela Lei n.º 10.763/2003)<sup>129</sup>; iv) a multa é considerada dívida de valor (art. 51, CP), mas quando aplicada cumulativamente,

---

*enjoying their ill-gotten gains. For example, Congress and the states are enacting and enforcing new and more draconian civil forfeiture statutes, money laundering offenses, and nuisance laws. Given the high cost associated with criminal trials, both in terms of money and time, it was inevitable that Congress would turn to civil alternatives. Some view this development as necessary to ensure compliance with the myriad of laws in our complex society. Others view these proceedings less charitably as naked attempts to avoid criminal procedural guarantees.”* (KLEIN, Susan R. *Civil in rem forfeiture and double jeopardy. Iowa Law Review*, v. 82, 1996, p. 183).

<sup>129</sup> “É constitucional o art. 33, § 4º, CP, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EP 22 ProgReg-AgR*. Tribunal Pleno, relator ministro Roberto Barroso, julgado em 17/12/2014, publicado no DJe-052, de 18/03/2015).

o seu inadimplemento deliberado obsta à progressão para o regime aberto (art. 36, § 2º)<sup>130</sup> e a extinção da punibilidade<sup>131</sup>; de outro: i) a utilização do processo civil para fins punitivos; ii) as sanções civis previstas na Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que podem ser tão severas quanto as sanções penais; iii) as sanções “penais” aplicáveis à pessoa jurídica, previstas na Lei n.º 9.605/98 (Lei Ambiental); e iv) a previsão de perda do cargo ou função pública, de internação compulsória e de suspensão dos direitos políticos como sanções civis.

O processo penal brasileiro, com a reforma pontual de 2008, caminhou no sentido da adoção do sistema da cumulação de pedidos ou seja, da possibilidade de dedução das pretensões punitiva e ressarcitória dentro da própria ação penal, como evidencia o art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.719/2008, como reflexo de impulsos pela valorização do papel da vítima, subjacentes à ideia de que o restabelecimento do *status quo ante* à ocorrência da infração penal somente será completo se, além da aplicada a pena, for reparado o dano decorrente do delito.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> “1. O Plenário do STF firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão de regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EP 16 ProgReg-AgR*. Tribunal Pleno, relator ministro Roberto Barroso, julgado em 15/04/2015, publicado no DJe-093 de 20/05/2015). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EP 14 IndCom-AgR*. Tribunal Pleno, relator ministro Roberto Barroso, julgado em 18/12/2017, publicado no DJe-035 em 23/02/2018. No STJ vigora o mesmo entendimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 488.320/PR*, relator o ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe de 01/04/2019). Acredita-se que para comprovação do estado de pobreza basta simples declaração. A Declaração de Pobreza, assim como o fato de o sentenciado ter sido defendido pela Defensoria Pública, o juiz ter fixado o valor da multa em 1/30 o valor do salário mínimo, a renda auferida pelo indicado constante das informações sobre a sua vida pregressa, geram presunção relativa, que admite prova em contrário, a cargo do Ministério Público. Logo, transitada em julgado a sentença condenatória e efetuado o cálculo atualizado do valor da multa, o condenado deverá ser intimado para o seu pagamento, ou para “justificar” (e não “comprovar”) a impossibilidade de fazê-lo, procedendo o Ministério Público, nos termos dos arts. 164 e seguintes da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Em suma, para que a progressão de regime seja obstada pelo inadimplemento da multa, cabe ao Ministério Público o ônus de afastar a presunção de pobreza declarada pelo sentenciado, e não a este comprovar sua incapacidade econômica de pagá-la.

<sup>131</sup> O Pleno do STF, declarou que o art. 51 do CP não retirou o caráter penal da multa, à luz do art. 5º, inc. XLVI, alínea c, da Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3150*. Tribunal Pleno, relator ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão o ministro Roberto Barros, julgada em 13/12/2018, publicada no DJe-170 em 06/08/2019). Diante desse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, que havia deliberado, em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia, a possibilidade de decretação da extinção da punibilidade independentemente do pagamento da multa (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.519.777/SP*. Terceira Seção, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia (Tema 931), j. em 10/09/2015), sinalizou a necessidade de revisão da tese firmada no: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp 1.806.025/SP*, relatado pelo ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 05/11/2019.

<sup>132</sup> Sobre isso, é elucidativa a tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.675.874/MS afetado, em substituição ao REsp n. 1.683.324/DF, julgado em conjunto com o REsp n. 1.643.051/MS, sob o rito dos repetitivos, ambos relatados pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgados em 28/02/2018, acórdão publicado em 08/03/2018 e transitado em julgado em 19/04/2018, de seguinte teor: “Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito dom-estico e familiar, é possível a fixação de valor

O processo civil passou a ser utilizado como instrumento para aplicação de sanções civis tão severas quanto sanções penais, notadamente na órbita dos atos ilícitos contra o patrimônio público, por meio ação de improbidade administrativa, regida pela Lei n.º 8.429/1992, e da ação anticorrupção, prevista pela Lei n.º 12.846/2013. A propósito:

A Lei n.º 8.429/92 relaciona, a título de exemplos de ato lesivo ao erário, diversas condutas significativas do que a Lei Complementar n.º 101/00 chama de gestão irresponsável. É a gestão que, sobre romper com a legalidade, arranha a moralidade e a eficiência [...]. a questão é que, sempre que gasta e se compromete financeiramente, o Poder Público está aplicando a lei. Sem a lei não pode gastar nem se comprometer. Quem o faz por ele, ainda que culposamente, pratica ato de improbidade administrativa, previsto no art. 10, se houver prejuízo para o erário. Se incurrir o prejuízo público, sempre terá violado diretamente o princípio da legalidade, realizando operação financeira que sabia contrária ao direito positivo, razão pela qual pode se inserir na previsão genérica do art. 11, *caput*<sup>133</sup>.

A Lei Anticorrupção define, no seu art. 5º, os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, para os fins da lei, assim considerados “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”. A seguir dá o rol, em cinco incisos, dos atos considerados lesivos à Administração Pública.

As mesmas infrações definidas no art. 5º ensejam *responsabilização administrativa* (apurada pela própria Administração Pública) e *responsabilização judicial* em ações que podem ser propostas pelas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, da União, estados, Distrito Federal e municípios, bem como pelo Ministério Público (art. 19).

O art. 18 é expresso ao determinar que “na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”<sup>134</sup>. Cabe acrescentar que, de acordo com o art. 3º, *caput* e § 2º, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, na medida de sua culpabilidade.

---

mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.”

<sup>133</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 127-8.

<sup>134</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Comentários ao art. 6º. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; MARRARA, Thiago (Coords.). *Lei Anticorrupção comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 115.

No Brasil, o que distingue o ilícito penal do ilícito civil não é a relevância dos bens jurídicos tutelados, a indisponibilidade dos interesses em jogo, a severidade das sanções legais ou a possibilidade de sua execução provisória, mas, sim, o interesse intervencionista governamental e o propósito meramente eleitoreiro de atender a uma demanda social (como a de combate à corrupção), plasmados num rótulo legislativo.

O colapso dos paradigmas entre os sistemas penal e civil reforçam a importância da busca de um regime adequado aos processos híbridos, que disfarçam a sua natureza punitiva.

É relevante discutir o papel dos Tribunais Superiores de afastar o rótulo apostado pelo legislador para tratar ilícitos civis e administrativos como infrações penais, a fim não somente de se estender ao processo civil e administrativo garantias constitucionais do processo penal, mas de se coibir a dupla imputação e a dupla punição pelo mesmo fato.

### 1.5 SOBREPOSIÇÃO DE AÇÕES PUNITIVAS: AÇÃO PENAL E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 – foi editada visando não apenas ao ressarcimento do prejuízo causado ao erário público por práticas corruptivas, mas, fundamentalmente, para punir mediante a aplicação de sanções tão severas quanto sanções penais.

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, a ação de improbidade administrativa

[...] busca oferecer um mecanismo eficaz de sancionar, na esfera civil, atos que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou promovam violação aos princípios da administração. Dados demonstram que tal ferramenta tem sido efetivamente utilizada para responsabilizar agentes ímprobos. De acordo com informações do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, desde o início da vigência da Lei nº 8.429/1992, mais de 14 mil pessoas já foram condenadas por improbidade administrativa no país e cerca de R\$ 115 bilhões foram arrecadados aos cofres públicos, a título de ressarcimento do dano, perda de bens e valores e pagamento de multas. [...] É claro que ainda há um longo caminho pela frente para a garantia da plena efetividade da responsabilização dos responsáveis pelos atos ímprobos. Porém, os resultados obtidos pela Lei de Improbidade Administrativa já são motivo de celebração. Basta compará-los ao número de condenações efetivadas pelo Supremo Tribunal Federal em ações penais para as quais há previsão de foro por prerrogativa de função. Segundo informações, desde a promulgação da Constituição até agosto de 2015, mais de 500 parlamentares já haviam sido investigados perante o STF, mas apenas 16 foram condenados por crimes contra a

Administração Pública, como corrupção, lavagem de dinheiro e desvio de verba pública<sup>135</sup>.

Mais adiante, o ministro arrematou:

Dados de agosto de 2013 revelam que 224 dos 513 Deputados Federais e 81 Senadores respondiam a 542 inquéritos e ações penais no STF. No entanto, a maioria desses processos prescreve antes do julgamento, o que gera incontestável impunidade. Desde 1988, menos de 5% dos parlamentares investigados pelo Supremo foram efetivamente condenados no curso do mandato<sup>136</sup>.

A possibilidade de tratamento, integração e compartilhamento das informações do Poder Judiciário sobre as ações de improbidade administrativa somente se tornou possível a partir da Resolução nº 44, do Conselho Nacional de Justiça, de 20 de novembro de 2007, que criou o Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa no âmbito do Poder Judiciário Nacional.

A pesquisa mais recente, intitulada “*Lei de Improbidade Administrativa – obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*”, publicada em 2015, analisou as informações disponíveis no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre os processos de improbidade administrativa transitados em julgado no período de 2010 a 2013. A pesquisa aponta dados e várias estatísticas, dentre as quais se destacam: i) 8.183 ações de improbidade administrativas transitaram em julgado no País naquele período, das quais 2.628 tramitaram perante a Justiça Estadual do Estado de São Paulo; ii) 33,58% dos condenados eram prefeitos e ex-prefeitos; 33,23% outros servidores; e 32,45% sem resposta; iii) 83,38% das condenações foram impostas na Justiça Estadual, e 16,60% na Justiça Federal; iv) o tempo médio de tramitação do processo até a sentença foi de 4,24 anos, e de aproximadamente cinco anos até o trânsito em julgado (1.855,83 dias); v) 47,69% das ações foram julgadas improcedentes, e 23,08% procedentes; vi) 74,02% das investigações foram realizadas pelo

---

<sup>135</sup> Trecho do voto vencedor do ministro Luís Roberto Barroso: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3240 AgR/DF, Tribunal Pleno, por maioria, relator o ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10/05/2018, DJe de 22/08/2018, por maioria (10 a 1), pp. 50-51. A referência indicada em nota de rodapé pelo acórdão foi: [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/22/politica/1440198867\\_786163.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/22/politica/1440198867_786163.html). Disponibilidade de acesso confirmada em: 10 jun. 2020. Na Pet 3240 AgR/DF, o Plenário do Supremo Tribunal Federal discutiu duas questões: a primeira, a da submissão ou não dos agentes políticos ao *duplo regime sancionatório* (o da Lei 8.429/92 e o da Lei 1.079/50, que dispõem sobre crimes de responsabilidade); a segunda, a da existência ou não de *prerrogativa de foro* nas ações de improbidade administrativa.

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3240 AgR/DF... *Op. cit.*, p. 76. A referência indicada em nota de rodapé pelo acórdão foi: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/a-lista-de-deputados-e-senadores-compendencias-no-stf/>. Disponibilidade de acesso confirmada em 10/06/2020.



Ministério Público (MP); vii) 82,44% das petições iniciais foram recebidas; viii) raros foram os registros de reconhecimento de prescrição; ix) 17,59% das decisões foram reformadas em segunda instância, e 15,74% no Superior Tribunal de Justiça (STJ); x) 32,28% das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) foram cumuladas com sanções penais; xi) a perda do cargo foi decretada em 29,13% das condenações, e a suspensão dos direitos políticos em 25,40%; e xii) em 89,6% das condenações não houve nenhum ressarcimento ao erário, e em apenas 4% o ressarcimento foi integral. A espécie de ato ilícito (arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92) não fez parte da pesquisa<sup>137</sup>.

Outra pesquisa foi realizada em 2017 pela Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas<sup>138</sup>, e tomou por base todos os inquéritos e as ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal (STF) de 2002 a 2016, a partir da PEC 35/2001. A pesquisa apurou que: i) o tempo médio de tramitação dos processos em 2016 era 3,77 anos (precisamente 1.377 dias); ii) apenas 1,04% das ações foram julgadas procedentes ou parcialmente procedentes; e iii) em 2/3 (dois terços) das ações penais não se julgou o mérito em razão do declínio da competência ou da prescrição. Entre 2007 e 2016 foram levantadas 500 ações penais originárias no STF, das quais 148 se referiam a réus sem nenhum foro especial, e 352 com pelo menos um réu com foro especial: 105 processos foram julgados no período, resultando 1,9% em condenações, 52,38% em declínios de competência e 12,62% em prescrição<sup>139</sup>.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não há dados consolidados a respeito do número de processos e condenações de prefeitos e ex-prefeitos. Contudo, levantamento realizado em 2014 na Assessoria Jurídica sobre Crimes de Prefeitos da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), com base nos dados de 2012 e 2013, apurou o seguinte: i) o Setor recebia por ano, em média, 811 representações (existem 645 prefeituras no Estado de São Paulo); ii) formulava cerca de 600 promoções de arquivamento ao ano; iii) ofereceu, em média, 30 denúncias por ano, das quais metade se

---

<sup>137</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Lei de Improbidade Administrativa – obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>138</sup> As críticas doutrinárias sobre as conclusões extraídas não diminuem a confiabilidade e o valor dos dados objetivamente coletados.

<sup>139</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES, Luciano. *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. O ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido na AP 937, divulgou estudo da Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal com dados do final de 2016, de seguinte teor: 357 inquéritos e 103 ações penais em andamento no STF. Prazo médio de tramitação dos processos: 565 dias. Prescrições decretadas desde 2002: em 60 ações penais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 937. Tribunal Pleno, relator o ministro Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018, DJe de 11/12/2018).

referia a crimes contra o erário público e a outra metade, em sua maioria, ao crime definido no art. 10 da Lei nº 7.347/85; iv) em média, obteve apenas duas condenações por ano; e v) nenhum patrimônio público foi recuperado.

Não resta dúvida de que a ação de improbidade administrativa se consolidou como instrumento punitivo, muito mais eficiente que a ação penal, embora menos eficiente que o desejável. A procedência de apenas 23,08% das ações de improbidade administrativa (no período da pesquisa) transforma a investigação e o processo em instrumentos repressivos, na medida em que impõem constrangimento ao investigado ou réu, alastrando-se por anos. Não apenas um constrangimento, mas vários, dada a multiplicidade de investigações e processos que se instauram pelo mesmo fato, inclusive dentro do próprio Ministério Público, na competência originária e nas Promotorias de Justiça, no Ministério Público Estadual e no Ministério Público Federal, sem mencionar o temor de, caso venha a ser condenado, sofrer a sanção de inelegibilidade por longo período.

Na verdade, a ação penal e a ação de improbidade administrativa são ações híbridas que inauguram processos híbridos, assim chamados porque instrumentalizam tanto a tutela de pretensões punitivas quanto a tutela de pretensões ressarcitórias, respectivamente do direito de punir e executar a pena e do direito ao ressarcimento do prejuízo decorrente do ato ilícito.

O caráter misto ou híbrido dessas ações não afasta o seu viés punitivo a despeito de veicularem, cumulativamente, a pretensão ressarcitória.

Importa saber, todavia, se o regime jurídico que previu em lei que o processo penal seria utilizado para fins de ressarcimento do prejuízo, e o processo civil para fins punitivos, ainda é adequado à nova realidade.

Quanto ao processo penal, é indisputável que as garantias constitucionais não podem ser alteradas por regras infraconstitucionais, a exemplo do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal (CPP).

A dúvida recai sobre o processo civil em sua nova versão punitiva, ao qual alguns autores nacionais e estrangeiros defendem a aplicação matizada das garantias constitucionais do processo penal. Além disso, é necessário analisar a razoabilidade de haver múltiplos processos punitivos, de matizes diversos, sobre um mesmo fato.

Desde 1976, a CEDH e o TJUE adotam critérios para, reconhecendo o caráter penal a determinadas sanções definidas por ordenamentos jurídicos de Estados-membros como não penais, atraírem a incidência do *ne bis in idem* e, assim, obstar a instauração e o prosseguimento de uma segunda imputação pelo mesmo fato.

Do mesmo modo, desde 1938, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América vem estabelecendo fatores a serem levados em conta pelas instâncias inferiores para, reconhecendo o caráter penal a sanções civis e administrativas, aplicarem sobre os respectivos processos a cláusula constitucional que proíbe a *double jeopardy*, prevista na V Emenda.

Embora as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa tenham natureza *não penal* em face da locução “*sem prejuízo da ação penal cabível*” contida no art. 37, § 4º da Constituição Federal, caso se entenda adequado aos Tribunais afastarem o rótulo apostado pelo legislador em razão da severidade das penas previstas no art. 12, incs. I a IV, da Lei nº 8.429/92, para atrair ao processo civil a incidência dos princípios e das regras do processo penal, impende concluir que: i) na apreciação de defesas indiretas de mérito, a dúvida seja resolvida em favor do réu; ii) a inocência seja presumida até o trânsito em julgado da sentença condenatória; iii) o silêncio não possa ser interpretado em prejuízo da própria defesa; iv) a revelia imponha a nomeação de um defensor ao revel e a falta de impugnação especificada não conduza à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor; v) o depoimento pessoal do réu seja o último ato da instrução e o seu silêncio não possa ser interpretado em prejuízo da própria defesa; vi) a ação rescisória não seja admitida em favor da sociedade; e vii) o juiz possa converter o julgamento em diligência, em busca da melhor prova possível, com vistas ao acerto dos fatos.

É bem verdade que certos meios de obtenção de prova somente são admissíveis para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, como é o caso da interceptação telefônica e telemática (CF/88, art. 5º, *caput*, inc. XII, regulamentado pela Lei nº 9.296/1996). Isso ocorre no âmbito do enfrentamento aos crimes praticados por organização criminosa, mediante colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, todos nos termos da Lei nº 9.296/1996. O afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal ocorre nos termos da Lei Complementar nº 105/2001; a infiltração policial na forma do art. 11 da Lei nº 12.850/2013, assim como a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal (art. 3º da Lei nº 12.850/2013).

Com relação à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, entretanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido o aproveitamento da prova no

processo civil instaurado a respeito do mesmo fato, de modo que o juiz pode se valer dos mesmos elementos de prova para a formação de seu livre convencimento nos dois sistemas processuais<sup>140</sup>.

Afinal, a pesquisa da verdade num processo não é mais relevante que em outro, cujos fins no âmbito das ações punitivas são os mesmos. Ademais, ambos são regidos pelo princípio da verdade processual, assim entendida como aquela humana e eticamente possível de ser obtida, sem o atropelamento de direitos individuais e garantias fundamentais.

A ação de improbidade administrativa visa à tutela de interesses difusos indisponíveis e de bens jurídicos não menos importantes que aqueles amparados penalmente. E, assim como a ação penal, também exige a prova plena da autoria da ocorrência do fato, do elemento subjetivo do tipo, do nexu etiológico entre a conduta e o resultado jurídico. Insuficiente, portanto, a “verdade” alcançada pela *confissão ficta* ou mesmo pela presunção de veracidade dos fatos alegados que não forem especificamente impugnados pelo réu.

De outra parte, desde 1954 se formou no Supremo Tribunal Federal o “princípio da independência das esferas punitivas” em causas que envolviam o conflito entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar militar, e o processo penal e o processo administrativo-disciplinar de servidores públicos, com base na doutrina administrativista da época, que pregava a autonomia do Direito Administrativo e, pois, do que mais tarde veio a ser conhecido como Direito Administrativo Sancionador. Reconhecido, porém, o caráter penal das sanções previstas em lei para um fato, a duplicidade de imputação é vedada pelo *ne bis in idem* que, inclusive, foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, desvelando a necessidade de harmonização da independência das esferas punitivas à garantia universal.

Como adiante se verá, o *ne bis in idem*, embora concebido como garantia do processo penal, acabou sendo estendido pela jurisprudência de Cortes internacionais e estrangeiras às ações punitivas em geral.

Logo, se duas ações mistas, ambas punitivas e ressarcitórias (como no caso da ação penal e da ação de improbidade administrativa) sobre um mesmo fato, são ajuizadas concomitante ou subsequentemente, a impossibilidade de prosseguimento de uma delas por força da garantia processual do *ne bis in idem* pode levar à necessidade de se buscar,

---

<sup>140</sup> “A jurisprudência desta Corte admite a utilização como prova emprestada, em demandas de improbidade administrativa, da degravação de diálogos interceptados em sede de ação penal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Resp 1645255/AP*, relator o ministro Mauro Campbell Marques, T2-Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, Dje de 23/08/2017).

autonomamente, a satisfação da pretensão residual (ressarcitória) mediante ajuizamento da competente ação civil (pública, no caso)<sup>141</sup>.

Nesse cenário, a definição de sanção ganha importância porque a identificação de seu caráter penal pode atrair a incidência da garantia processual do *ne bis in idem*, cuja posituação no Ordenamento Jurídico brasileiro não pode ser desprezada pelo dogma da independência das esferas punitivas.

## 1.6 SANÇÕES CIVIS COM CARÁTER PENAL (PET 3.240 AGR/DF)

Assim como as fronteiras entre o processo penal e o processo civil se sobrepuseram, também os caracteres das sanções penal e civil se desnaturaram. Nesse cenário, existem sanções definidas por lei como penais, que possuem caráter claramente reparatório, como também se reconhece a existência de sanções civis que, por sua natureza ou severidade, denotam o seu *caráter penal*.

De modo geral, as sanções podem ser assim distinguidas: i) pela definição legal; ii) pela espécie; iii) pela natureza; iv) por sua finalidade; e v) por seu caráter (severidade ou feição).

A definição *legal* é o rótulo apostado pelo legislador ao ato ilícito e sua respectiva sanção. É claro que o legislador, no desempenho de seu poder constitucional, tem discricionariedade para definir atos ilícitos e suas respectivas sanções, e classificá-los como bem lhe aprouver. Há de se convir, todavia, que nem sempre o legislador se vale da melhor técnica, pelo que não raro se depara com sanções civis e administrativas tão severas quanto sanções penais pelo mesmo ato ilícito, assim como existem contravenções penais que não deveriam ultrapassar a esfera punitiva meramente administrativa.

---

<sup>141</sup> A Ação de Improbidade Administrativa, regida pela Lei n.º 8.429/92, tem por objeto: i) a responsabilização do agente público, servidor ou não, por atos de improbidade definidos nos arts. 9º, 10, 10-A e 11, mediante aplicação das penas previstas no art. 12, incs. I a IV; e ii) a reparação do dano ao erário público (arts. 1º e 5º). A ação civil pública, regulada pela Lei n.º 7.347/85, sem prejuízo da ação popular, visa à reparação do dano moral e material causado ao patrimônio público e social (art. 1º, inc. VIII, da Lei n.º 7.347/85, acrescentado pela Lei n.º 13.004/2014). Logo, se o processo da Ação de Improbidade Administrativa, por seu caráter híbrido e, portanto, também punitivo, houver de ser extinto sem resolução de mérito em razão da pendência do processo penal pelo mesmo fato, a reparação do erário público deverá ser buscada via ação civil pública. Cale lembrar que o acordo de não persecução civil foi introduzido no art. 17-A da Lei n.º 8.429/92 pelo pacote anticrime (Lei n.º 13.964/19), o que possibilitou a aplicação de pena e a reparação do dano na esfera cível sem necessidade de instauração do processo civil. As penas impostas no processo penal serão descontadas daquelas da mesma espécie aplicadas em acordo de não persecução civil, por força do art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-lei n.º 4.657/42, acrescentado pela Lei n.º 12.376/2010), dispositivo que consagrou a vertente material do *ne bis in idem* no Ordenamento Jurídico brasileiro, a par do art. 8º do CP.

No tocante à *espécie*, a Constituição Federal de 1988 permitiu que se adotasse as seguintes penas (art. 5º, XLVI): privativa de liberdade, restritiva de direitos, multa, perda de bens e prestação social alternativa. Vedou, também, que se adotasse as seguintes penas (art. 5º, XLVII): de morte, salvo em caso de guerra; de caráter perpétuo; de banimento, cruéis e de trabalhos forçados.

O Código Penal definiu como penas e regulamentou as seguintes penas (art. 32): privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa. São espécies de *pena privativa de liberdade*: reclusão, detenção e prisão simples. E de regimes prisionais: fechado, semiaberto e aberto<sup>142</sup>.

O art. 43, incs. I a VI do Código Penal (CP) determina como espécies de *penas restritivas de direitos*: prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, limitação de fim de semana, interdição temporária de direitos, prestação pecuniária, e perda de bens e valores.

A *prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas* consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a sua jornada normal de trabalho. Essa pena somente é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade; caso a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado o cumprimento em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (CP, art. 46).

A *limitação de fim de semana* consiste na obrigação de permanecer em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado aos sábados e domingos, por cinco horas diárias. Na prática, ante a inexistência de casas de albergado, não se tem aplicado essa pena (art. 48).

São espécies de *interdição temporária de direitos* (art. 47, incs. I a V): proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e de mandato eletivo (inc. I); proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (inc. II); suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (inc. III); proibição de frequentar determinados lugares (inc. IV); e proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (inc. V).

---

<sup>142</sup> A Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, criou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

A *prestação pecuniária* consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, entre 1 a 360 salários mínimos, ou de prestação de outra natureza, desde que haja a aceitação do beneficiário. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, § 1º).

A *perda de bens e valores* pertencentes ao condenado dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e incidirá sobre o que for maior entre o montante do prejuízo causado e o lucro auferido pelo agente ou terceiro em consequência da prática do crime (art. 45, § 3º).

Há, ainda, várias outras espécies de sanções penais definidas em leis penais especiais<sup>143</sup>.

Além disso, são efeitos da condenação criminal transitada em julgado (art. 91, incs. I e II, do CP): tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (inc. I); e perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos e do produto do crime (inc. II). São, também, efeitos da condenação (art. 92, incs. I, II e III, do CP): a *perda do cargo, função pública ou mandato eletivo*: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 4 (quatro) anos nos demais casos (inc. I); a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou

---

<sup>143</sup> A **Lei n.º 9.503/97** (Código de Trânsito Brasileiro) definiu a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 02 (dois) meses e a 05 (cinco) anos (arts. 292 e 293) e a multa reparatória, consistente no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime (art. 297). A **Lei n.º 9.605/98** (Lei Ambiental) definiu penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas físicas (art. 8º): prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária e recolhimento domiciliar. E aplicáveis às pessoas jurídicas (art. 22): suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. A **Lei n.º 12.529/11** (que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) definiu elevadas multas, aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas (art. 37), além da publicação de extrato da decisão em jornal; a proibição de contratar com instituições oficiais e participar de licitação; a inscrição do infrator em Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; a recomendação a órgãos públicos competentes; a cisão da sociedade; transferência de controle societário; venda de ativos ou cessação parcial de atividade; a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 05 (cinco) anos; e qualquer outro ato ou providência necessária à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. A **Lei n.º 12.846/13** (Lei Anticorrupção) previu as seguintes penas (art. 19): 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; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; e 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.

curatelado (inc. II); a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso (inc. III).

A condenação criminal transitada em julgado acarreta, automaticamente, a *cassação de direitos políticos* enquanto durarem os seus efeitos (CF/88, art. 15, inc. III), o mesmo ocorrendo nos casos de improbidade administrativa (art. 15, inc. V, c.c. o art. 37, § 4º).

A suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem os seus efeitos não se confunde com a previsão de *inelegibilidade* do art. 1º, inc. I, e, da Lei Complementar nº 64/90, que prevê serem inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público e o mercado financeiro pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos após o cumprimento da pena. Nesse sentido, Alexandre de Moraes se manifesta:

Enquanto a primeira hipótese tem seu fundamento no art. 15, inc. III, da Constituição Federal (*suspensão*), a segunda tem seu fundamento no § 9º do art. 14 (*inelegibilidade legal*) e somente abrange uma situação de inelegibilidade, posterior ao término da suspensão dos direitos políticos, aos condenados pela prática dos crimes previstos no já citado art. 1º, da LC nº 64/90<sup>144</sup>.

Há, ainda, vários outros efeitos da condenação criminal previstos em leis especiais<sup>145</sup>.

A *espécie da sanção* nada diz a respeito de seu caráter penal, civil ou administrativo. Ademais, uma determinada espécie de sanção penal pode estar prevista no mesmo diploma legal como sanção administrativa<sup>146</sup>.

Já a *natureza da sanção* pode constituir um traço distintivo. Por exemplo, a *pena de morte*, a de *prisão perpétua* e a *privativa de liberdade* têm natureza penal. Já a *cassação da aposentadoria* tem natureza claramente administrativa. A *multa penal*, por sua vez, tem natureza civil porque o art. 51 do Código Penal dispõe que, transitada em julgado, a sentença

<sup>144</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 278-279.

<sup>145</sup> Cita-se, como exemplo, aqueles previstos no art. 7º, incs. I e II da **Lei n.º 9.613/98**: a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual – de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (inc. I); a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro do Conselho de Administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada (inc. II).

<sup>146</sup> São exemplos: as penas de multa e de suspensão da habilitação do Código de Trânsito brasileiro que estão previstas tanto como sanções penais (arts. 292 e 293) quanto como sanções administrativas (art. 256, incs. II e III).



condenatória deve ser considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição<sup>147</sup>. A *prestação pecuniária*, prevista como sanção penal pelo Código Penal (arts. 43, inc. I, e 45, § 1º), pelo Código de Trânsito brasileiro (art. 297) e pela Lei Ambiental (art. 8º, inc. IV), tem natureza claramente civilística na medida em que visa à dedução do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, § 1º).<sup>148</sup>

Quanto à *finalidade*, as sanções, independente da sua natureza, do ponto de vista conceitual, implicam restrição a direito, já que todas elas, ao menos sob a ótica do condenado, têm finalidade punitiva e retributiva e, também, mesmo que não seja a sua finalidade principal, dissuasória e preventiva, podendo, ainda, ter intento pedagógico, político, moral e até mesmo reparatório.

A *finalidade reparatória* da sanção penal remonta à origem romana do conceito de *delicta*, e decorre das reformas legislativas modernas voltadas à preocupação com a vítima. Ao mesmo tempo, denuncia o ofuscamento entre as linhas que separam o processo civil do processo penal, porque, rigorosamente, enquanto este deveria servir à satisfação da pretensão punitiva (caráter retributivo), àquele caberia buscar a reparação do dano (caráter compensatório).

A prática legislativa moderna de utilizar a sanção penal para reparar o dano e as sanções definidas pelo legislador como civis para punir, tem gerado grande confusão doutrinária, além de apontar dificuldade quanto ao regime jurídico aplicável às “ações híbridas”.

---

<sup>147</sup> Houve grande controvérsia em torno da natureza jurídica da pena de multa. Num primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento pela sistemática dos recursos repetitivos, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.519.777/SP, representativo da controvérsia, no sentido de que a multa tem natureza civil e, portanto: “Nos casos em que haja condenação à pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.519.777/SP*. Terceira Seção, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia (Tema 931), j. em 10/09/2015). Mais recentemente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI n.º 3.150/DF, decidiu que: “A Lei n.º 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção penal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3150*. Tribunal Pleno, relator ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão o ministro Roberto Barros, julgada em 13/12/2018, publicada no DJe-170 em 06/08/2019). Ante a nova orientação do STF, a Sexta Turma do STJ, nos EDcl no AgRg no REsp 1806025/SP, relatado pelo ministro Sebastião Reis Júnior, entendeu que a decisão proferida demandava uma releitura: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp 1.806.025/SP*, relatado pelo ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 05/11/2019).

<sup>148</sup> Não é o caso da prestação pecuniária prevista como *condição* do ANPP (CPP, art. 28-A, inc. IV).

Por fim, a *severidade da sanção*, por vezes, denuncia o seu caráter penal, como é o caso da pena privativa de liberdade que, por sua natureza aflagrada, constrictiva do *direito à liberdade*, foi concebida somente para ser utilizada nos atos ilícitos que atentam contra os bens jurídicos maiores do homem na vida em sociedade.

Num extremo oposto, a depender de seu valor, é possível atribuir caráter penal à *multa*, quando for *excessiva*, qualquer que seja o seu rótulo e a sua finalidade.

A fim de reconhecer caráter penal a sanções civis, o Pleno do STF apreciou no julgamento da Pet 3.240 AgR/DF, a possibilidade de atribuir caráter penal às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, definidas pelo art. 37, § 4º, da CF/88 como sanções civis, com o fim de atrair a incidência do foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa<sup>149</sup>.

A discussão desenvolveu-se no bojo de Ação de Improbidade Administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) contra várias pessoas, entre as quais Eliseu Lemos Padilha, por alegada violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e probidade, além da prática das condutas definidas no art. 10, incs. V, IX, XI e XII, e no art. 11, inc. I, da Lei nº 8.429/92, quando no exercício do cargo de ministro de Estado dos Transportes. O então relator, ministro Ayres Britto, determinou a suspensão do processo até a conclusão do julgamento da ADI 2.797.

Após o julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o ministro relator proferiu decisão monocrática, declinando a competência da Suprema Corte para o processo e julgamento da Ação de Improbidade Administrativa.

Eliseu Lemos Padilha interpôs Agravo Regimental contra a referida decisão monocrática, sustentando, em síntese, que: i) o julgamento da ADI 2797 não interferiria na decisão daquele processo em razão da decisão proferida na Reclamação 2138; ii) na

---

<sup>149</sup> A própria Constituição Federal fixa a natureza civil da ação de improbidade administrativa quando dispõe em seu art. 37, § 4º, que: “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.**” (g.n.). Se, por força da redação do preceito constitucional, a ação de improbidade se dá de forma independente da ação penal cabível é porque não possui natureza penal. Além disso, o art. 15 da Carta Magna, a partir de uma interpretação sistemática, reforça a distinção entre as sanções aplicadas nas esferas civil e criminal no que se refere aos atos de improbidade, ao especificar que a perda ou suspensão de direitos políticos pode ocorrer tanto no caso de condenação criminal transitada em julgado (inc. III), quanto no caso de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (inc. V). Caso a condenação por improbidade tivesse índole penal, a previsão do inc. V seria redundante e desnecessária. Há inúmeros julgados no STF que afirmam a natureza civil da Ação de Improbidade Administrativa. Por exemplo: *ADI 2797*. Tribunal Pleno, relator o ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006, pp-00037, ement v. 02261-02, pp-00250; *RE 377114 AgR*. Primeira Turma, relator o ministro Marco Aurélio, julgada em 05/08/2014, DJe de 29/08/2014; *Rcl 15825 AgR*. Segunda Turma, relatora a ministra Carmen Lúcia, julgada em 06/11/2018, DJe de 26/09/2019, todos no sentido de rechaçar, em função de sua natureza civil, o foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa.

Reclamação 2138, o STF fixou sua competência para processar e julgar ações de improbidade contra réus com foro especial por prerrogativa de função; e iii) os agentes políticos respondiam apenas por crimes de responsabilidade e não pelos atos de improbidade administrativa definidos na Lei nº 8.429/92.

Em sessão realizada em 15/09/2005, o Plenário do STF, por maioria, julgou procedentes as ADIs 2797 e 2860-0, relatadas pelo ministro Sepúlveda Pertence, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código Penal, estendendo às Ações de Improbidade Administrativa o foro especial por prerrogativa de função<sup>150</sup>.

A Reclamação 2138/DF, todavia, julgada em 13/06/2007 e publicada no DJ de 10/04/2008, cujo relator foi o ministro Nelson Jobim, e o acórdão relatado pelo ministro Gilmar Mendes, questionava a competência de juízo de primeira instância para Ação de Improbidade Administrativa movida contra o ministro de Estado. Na ocasião, o Pleno do STF julgou procedente o pedido pelo fundamento – adotado por escassa maioria – da inviabilidade da submissão ao duplo regime sancionatório<sup>151</sup>.

A corrente contrária – minoritária, mas representativa – sustentou que a Constituição Federal não impede – ao contrário, admite expressamente (no art. 37, § 4º) –, a duplicidade de regime (civil e penal) para os atos ilícitos de improbidade administrativa. Mesmo, porém, para a corrente relativa aos agentes políticos, a Lei nº 8.429/92 deveria ser aplicada com *ablação* das sanções de perda do cargo ou de suspensão dos direitos políticos, ao menos em juízo de primeiro grau ou anterior ao trânsito em julgado<sup>152</sup>.

Assim, mesmo aqueles ministros a favor da duplicidade de regime sancionatório afirmaram que, com relação aos agentes políticos, a Lei nº 8.429/92 deveria ser adotada com ablação das sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos. Isso implicaria cindir a lei, evidenciando que a solução adotada pelo acórdão vencedor não se mostrou perfeita porque não resolveu o paradoxo de a perda do cargo político de ocupantes dos mais elevados cargos da República, por condenação civil, somente ser decretada pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto por uma condenação civil estar sujeita à imposição de um juiz de primeiro grau.

---

<sup>150</sup> ADI 2797 e ADI 2860-0, Tribunal Pleno, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento conjunto em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006.

<sup>151</sup> Rcl 2138/DF. Tribunal Pleno, relator o ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/06/2007, DJe de 18/04/2008.

<sup>152</sup> São representativos dessa polêmica, além dos votos proferidos naquele precedente, os que constam da ADI 2.860-0, cujo relator foi o ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/12/2006.

Em 13/03/2008, no julgamento da Pet 3.211, em que se questionava a prerrogativa de foro em ação de improbidade movida contra ministro do Supremo Tribunal Federal, o seu Pleno voltou a assentar a competência da Suprema Corte para o processo e julgamento da ação de improbidade, *in casu*, contra os seus próprios membros<sup>153</sup>.

A orientação adotada pelo STF no julgamento da Reclamação 2.138/DF e da Pet 3.211 foi revertida pelo próprio Pleno em diversos acórdãos que se sucederam<sup>154</sup>.

No caso emblemático da Pet 3.240 AgR/DF, julgada em 10/05/2018, duas questões foram debatidas: i) a da submissão ou não dos agentes políticos ao duplo regime sancionatório (o da Lei nº 8.429/92 e o da Lei nº 1.079/50, que dispõem sobre crimes de responsabilidade); e ii) a da extensão ou não do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa<sup>155</sup>.

As duas questões se interligavam por dois pontos comuns: i) a perplexidade de submeter agentes políticos ocupantes de elevados cargos na República (ministro de Estado e ministro do Supremo Tribunal Federal que, em matéria penal, gozam de foro especial por prerrogativa de função, mesmo por crimes apenados somente com multa) à possibilidade de sofrerem sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos em processo de competência de juiz de primeiro grau, além de sujeitos à medida cautelar de afastamento imediato do cargo no curso do processo (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92); e ii) a possibilidade de se reconhecer o caráter penal às sanções civis de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos.

As correntes de opinião buscaram superar a perplexidade de submeter agentes políticos detentores dos mais importantes cargos da organização estatal à possibilidade de sofrerem sanções previstas na Lei nº 8.429/92, entre as quais a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos, em processo de competência de juiz de primeiro grau.

Embora se reconhecesse que as Varas Judiciais reúnem melhores condições de instruir os processos de improbidade administrativa, graças à sua capilaridade num país de

---

<sup>153</sup> *Pet 3211 QO/DF*. Tribunal Pleno, relator para o acórdão ministro Menezes Direito, julgado em 13/03/2008, DJe de 27/06/2008. No mesmo sentido, envolvendo o ministro de Estado da Fazenda: *MS 31.234 MC*. Primeira Turma, relator ministro Luiz Fux, DJe de 27/03/2012.

<sup>154</sup> *Rcl 14.954 AgR*. Primeira Turma, relatora a ministra Rosa Weber, julgado em 15/03/2016, processo eletrônico DJe-070, divulgado em 14/04/2016, publicado em 15/04/2016; *AI 786.438 AgR*. Primeira Turma, relator o ministro Dias Tóffoli, julgado em 04/11/2014, acórdão eletrônico DJe-228, divulgado em 19/11/2014, publicado em 20/11/2014; *AC 3585 AgR*. Segunda Turma, relator o ministro Celso de Mello, julgado em 02/09/2014, processo eletrônico DJe-211, divulgado em 24/10/2014, publicado em 28/10/2014; *ARE 806.293 ED*. Segunda Turma, relatora a ministra Carmen Lúcia, julgado em 03/06/2014, processo eletrônico DJe-114, divulgado em 12/06/2014, publicado em 13/06/2014.

<sup>155</sup> *Pet 3.240 AgR/DF*, Tribunal Pleno, por maioria, relator o ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10/05/2018, DJe de 22/08/2018.

dimensões continentais – e que, inversamente, os Tribunais não têm a menor condição de assumir essa tarefa –, e também, que não havia nenhuma razão lógica para crer que juízes de primeiro grau não decidem melhor que Tribunais, aos quais caberia, de qualquer modo, o controle interno das decisões de primeiro grau, argumentava-se que o duplo grau de jurisdição não assegurava a revisão das sanções pelos Tribunais Superiores, cuja competência é restrita a hipóteses de violação à Constituição Federal ou a leis federais, sendo-lhes vedado o reexame fático-probatório por óbice dos enunciados das Súmulas 7/STJ e 279/STF<sup>156</sup>. Aliás, a partir da vigência da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que deu nova redação à LC 64/90, eventual condenação em ação de improbidade proferida por qualquer “órgão judicial colegiado” já acarreta a inelegibilidade por oito anos (art. 1º, inc. I, *l*).

Quanto à questão do *duplo regime sancionatório*, não houve divergência: todos os ministros reconheceram no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, o fundamento constitucional para a duplicidade de regime sancionatório (civil e penal)<sup>157</sup>.

O ministro Teori Zavascki, na conclusão de seu voto, destacou que

excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo presidente da República [...], não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria igualmente incompatível com esta Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. **O que há, inegavelmente, é uma situação de natureza estritamente processual** [g.n.].

Assim não nos parece. O legislador tem o poder discricionário de estabelecer a natureza (roupagem) dos atos ilícitos que define por lei e suas correspondentes sanções. O exercício desse poder, não raramente, acaba criando hipóteses de pluri-incidência normativa sobre um fato unitário. Como adiante se verá, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem afastado o rótulo apostado pelo legislador nacional ao ato ilícito e sua respectiva sanção para, reconhecendo-lhes o caráter penal à luz de critérios estabelecidos pela própria Corte, fazer

<sup>156</sup> “Súmula 7/STJ. A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*. Corte Especial, data da decisão: 28/06/1990, publicada no DJ em 03/07/1990, p. 06478; RSTJ, v. 00016, p. 00157; e RT v. 00661, p. 00172). “Súmula 279/STF. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Tribunal Pleno, data da aprovação: sessão plenária de 13/12/1963; publicada na Imprensa Nacional, 1964, p. 127).

<sup>157</sup> É pacífico, segundo o Supremo Tribunal Federal, que os agentes políticos se submetam ao regime de dupla responsabilização política mediante *impeachment* (Lei n.º 1.079/50), desde que ainda titular do mandato eletivo, quanto à disciplina normativa da responsabilização civil por improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92). Nesse sentido: *AC 3585 AgR*. Segunda Turma, relator o ministro Celso de Mello, julgado em 02/09/2014, processo eletrônico DJe-211, divulgado em 24/10/2014, publicado em 28/10/2014.

incidir a garantia universal contra a dupla imputação e punição, dando efetividade ao disposto no art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1959)<sup>158</sup>. Tanto a jurisprudência da CEDH e do TJUE já se firmaram no sentido de que o plexo de garantias do acusado se apõe pela substância da sanção e não pelo seu rótulo, exatamente para evitar o estelionato de etiquetas pelos Estados-membros na definição de ilícitos e suas penas pelas leis internas. Portanto, o problema parece-nos claramente de direito material. Sem embargo, a pluri-incidência normativa conduz à multiplucidade de resposta estatais, de modo que a instauração de processos punitivos de matizes diversos por um mesmo fato constitui apenas uma consequência do problema.<sup>159</sup>

O ministro Roberto Barroso, por seu turno, destacou que não sentia qualquer possibilidade de superar a literalidade do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, da qual se infere a natureza civil das suas sanções. A única exceção estaria no art. 85, inc. V, da Carta Magna, que define como crime de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a probidade na administração.

Com relação à ressalva do art. 85, inc. V, da Constituição Federal, o ministro Marco Aurélio destacou em seu voto proferido na Pet 3030-QO/RO, de sua relatoria, que:

15. [...] só hão de ser considerados como crimes de responsabilidade contra a probidade na administração, aquelas condutas assim expressamente apresentadas no Capítulo V, da Lei nº 1079, que textualmente define-se: ‘Dos Crimes contra a Probidade na Administração’. 16. Demais condutas, que nestas não se enquadrem, e ofensivas do correto administrar, não podem ser alçadas à categoria de crime, pena afrontar-se o impostergável princípio garantidor da legalidade no direito criminal.

Conclui-se, daí, que cabe Ação de Improbidade Administrativa contra o presidente da República pelas demais condutas não tipificadas na legislação especial, as quais possam ser enquadradas na Lei nº 8.429/92<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> “Art. 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 infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.” (CEDH. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 1959. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/\\_convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/_convention_por.pdf)).

<sup>159</sup> Nesse sentido, extrai-se passagem do voto do ministro Teoria Zavascki, de seguinte teor: “Não se pode, é certo, negar ao legislador ordinário a faculdade de dispor sobre aspectos *materiais* dos crimes de responsabilidade, tipificando outras condutas além daquelas indicadas no texto constitucional.” (*Pet 3240 AgR/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10/05/2018, DJe de 22/08/2018, p. 15).

<sup>160</sup> *Pet 3030-QO/RO*. Tribunal Pleno, votação unânime, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 23/05/2012.

Referentemente, porém, à questão da extensão do foro especial por prerrogativa de função às Ações de Improbidade Administrativa, houve divergência entre o relator ministro Teori Zavascki – posteriormente substituído, em razão de seu falecimento, pelo ministro Alexandre de Moraes, impedido de votar – e o relator para o acórdão, ministro Roberto Barroso, tendo prevalecido, no julgamento, o entendimento deste último, que foi acolhido pelos demais ministros integrantes da Corte Suprema, por maioria de 10 contra 1.

O voto vencido do relator ministro Teori Zavascki assentou-se em dois fundamentos: i) a perplexidade de submeter agentes políticos da mais alta expressão a julgamento por magistrados de primeiro grau; ii) o caráter penal das sanções de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos para concluir que o foro especial por prerrogativa de função, aplicável aos crimes de responsabilidade, deveria ser estendido às Ações de Improbidade Administrativa.

Por sua vez, o relator para o acórdão, ministro Roberto Barroso, ao defender a sua tese vencedora, sustentou a redução do foro especial – por várias razões, três delas destacadas em seu voto –, mediante proposta de Emenda Constitucional, e até mesmo por interpretação da própria Constituição Federal<sup>161</sup>.

A posição do ministro Roberto Barroso, contrária à existência do foro especial por prerrogativa de função, salvo para o presidente da República, é bem retratada no trecho de seu voto em que analisa a matéria à luz do Direito Comparado:

Nos Estados Unidos (art. 3º, seção 2, cláusula 1ª da Constituição dos Estados Unidos da América a prevê apenas para os representantes diplomáticos, que são julgados pela Suprema Corte), na Inglaterra e na Alemanha a prerrogativa de função sequer existe. Em Portugal, a Constituição institui o foro privilegiado apenas para o presidente da República, que é processado por crimes praticados no exercício de suas funções perante o Supremo Tribunal de Justiça (art. 130 da Constituição da República Portuguesa). O Código de Processo Penal português estende tal prerrogativa de foro, nos mesmos termos, para o presidente da Assembleia da República e para o primeiro-ministro (art. 11 do CPP português). Na França, o foro por prerrogativa é instituído apenas para os membros do governo (*i.e.*, os ministros e secretários de Estado), que são processados por crimes qualificados ou delitos praticados no exercício de suas funções perante a Corte de Justiça da República (arts. 68-1 e 68-2 da Constituição Francesa de 1958)<sup>162</sup>.

Sem dúvida alguma, a solução vencedora se mostrou mais acertada, uma vez que as regras constitucionais de competência por prerrogativa de função não admitem interpretação

<sup>161</sup> *Pet 3240 AgR/DF. Op. cit.*, p. 49.

<sup>162</sup> *Pet 3240 AgR/DF. Op. cit.*, p. 73.

extensiva e, portanto, o foro especial não se aplica aos processos civis instaurados por Ações de Improbidade Administrativa<sup>163</sup>.

O ministro Roberto Barroso defendeu, ainda, que a identidade e a severidade das sanções de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos não conduzem à existência de um regime jurídico único de responsabilidade, isto é, de ato ilícito único, nem à absorção de um ato ilícito pelo outro, porque: i) cada qual tem um fundamento constitucional e legal que lhe empresta validade no sistema sancionatório; ii) os objetos jurídicos são distintos; iii) os processos político e judicial têm naturezas e características diversas; iv) as penas atendem a finalidades variadas; e v) as instâncias punitivas são independentes.

Com relação ao *fundamento constitucional e legal*, os atos de improbidade administrativa estão definidos na Lei nº 8.429/92, que regulamentou a responsabilidade civil prevista pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Já os crimes de responsabilidade estão definidos na Lei nº 1.079/50 e no Decreto-lei nº 201/67, enquanto as regras de competência por prerrogativa de função estão disciplinadas em diversos dispositivos constitucionais (*e.g.*, arts. 52, incs. I e II; art. 96, inc. III; art. 102, inc. I, *c*; art. 105, inc. I; e art. 108, inc. I), que também estabelecem regras materiais (art. 29-A, §§ 2º e 3º, em relação a prefeitos e presidentes das Câmaras Municipais; art. 50, *caput* e § 2º, em relação a ministros de Estado; art. 85, em relação ao presidente da República; art. 100, § 7º, em relação a presidentes dos Tribunais; e art. 167, § 1º).

Quanto ao *objeto jurídico*, os atos de improbidade administrativa tutelam a moralidade e o erário público, ao passo que os crimes de responsabilidade objetivam a preservação da legitimidade da representação popular e do exercício de cargos de alto relevo.

Cada um dos *processos político e judicial punitivos* possuem nuances próprias: o processo de *impeachment* é dotado de forte carga política; o parlamentar não precisa justificar a razão de seu voto; e o pensamento que rege a votação é diverso da racionalidade do processo judicial. Enfim, esses processos somente podem ser instaurados enquanto o agente político estiver no exercício do cargo público, sendo que o não reconhecimento da

---

<sup>163</sup> Atualmente, a posição amplamente majoritária no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as regras constitucionais que instituem o foro especial por prerrogativa de função em relação às infrações penais comuns praticadas por agentes políticos submetem-se a regime de direito estrito, não comportando interpretação extensiva, e não sendo extensíveis às ações de improbidade administrativa. A título meramente ilustrativo, cita-se os seguintes julgados: *AI 506323 AgR, Pet 4089 e Pet 5080* (ministro Celso de Mello); *Rcl 15.831, RE 377114 AgR, ARE 895.756 e Pet 3062* (ministro Marco Aurélio); *AI 554.398 AgR e AI 678.927 AgR* (ministro Ricardo Lewandowski); *RE 540.712 AgR-AgR, Rcl 5703 e Rcl 15825* (ministra Cármen Lúcia), *AI 556.717 AgR, AI 786.438 AgR e RE 614.824* (ministro Dias Tóffoli); *Inq 3.776, Rcl 2.509, Rcl 3.638 AgR e RE 878.422* (ministra Rosa Weber). O mesmo entendimento também é pacífico entre os membros do Superior Tribunal de Justiça (a propósito: *Rcl 10037, Corte Especial, relator o ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/10/2015*).



independência entre as esferas punitivas, nesse caso, conduziria à impunidade, à injustiça e à iniquidade.

A *finalidade das sanções*, como já se afirmou, sob a ótica do condenado, é a mesma, na medida em que lhe impõe restrição a algum direito. Evidentemente, o processo político tem um fim político, ao passo que o processo civil por improbidade administrativa, além da finalidade reparatória do dano, tem caráter punitivo. Para o condenado, porém, não importa a finalidade da sanção porque a restrição ao seu direito individual é a mesma.

A respeito da *independência entre as esferas punitivas*, o voto conducente concluiu: “[...] não há superposição entre os regimes de responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa e de responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Tratam-se, em verdade, de regimes autônomos e não excludentes”<sup>164</sup>.

A rigor, há superposição dos regimes de responsabilização pois, por um mesmo fato, o agente político pode ser responsabilizado civil e politicamente. O que não existe, contudo, é a ocorrência de ato ilícito único ou de absorção, porque os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa possuem definições legais distintas e fundamentos constitucionais próprios.

O fundamento da independência das esferas punitivas, para além do invocado art. 37, § 4º, da Constituição Federal, encontra-se no princípio da separação de Poderes, e nas regras constitucionais que, ao disporem sobre a competência por prerrogativa de função, culminam por legitimar o processo político na ordem constitucional.

A lógica que permeou o voto vencedor foi a questão da duplicidade de regime sancionatório sob a ótica do *direito material*: assim, um mesmo fato pode ser considerado, a um só tempo, crime de responsabilidade e ato ilícito civil de improbidade administrativa porque ostenta definições legais diversas, não sendo caso de crime único ou de absorção, por aplicação das regras de concurso de normas e do princípio da consunção. Por outro lado, é óbvio que a espécie de sanção não determina a natureza do ato ilícito e, pois, a identidade de sanções não implica unidade do ato ilícito.

Nesse ponto, sem se acolher a conclusão do voto vencido, há que se lhe reconhecer a razão no ponto em que afirma:

A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI, da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, consequência

---

<sup>164</sup> *Pet 3240 AgR/DF. Op. cit.*, p. 60.

natural da ‘condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos’ (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda ‘do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso’ (CP, art. 91, II, b). A perda de ‘cargo, função pública ou mandato eletivo’ é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: ‘quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública’ e ‘quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.’ [...] Embora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há profundos laços de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva, e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não criminal, produz as consequências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2º; e 171, § 1º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal. [...] Assim, excetuada a pena privativa de liberdade, qualquer outra das sanções previstas no art. 5º, XLVI, da CF pode ser cominada tanto a infrações penais, quanto a infrações administrativas, como ocorreu na Lei 8.429/92<sup>165</sup> (grifado no original).

Os fundamentos do voto vencido, no sentido de que as consequências das sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos para o condenado são exatamente as mesmas e que possuem caráter penal, mostraram-se mais acertados, embora se discorde de sua conclusão quanto à extensão do foro especial às ações de improbidade administrativa.

Não obstante a conclusão do voto vencedor tenha se mostrado mais correta, seus fundamentos não resolveram a perplexidade do sistema punitivo, consubstanciada no dilema de agentes políticos sujeitarem-se à perda do cargo e à suspensão dos direitos políticos por condenação civil em primeiro grau de jurisdição e por condenação criminal na competência originária, evidenciando que seus fundamentos demandam releitura.

É claro que a natureza civil da ação de improbidade administrativa não é alterada pela sanção. Cuida-se, ademais, de ação [civil] híbrida: a reparação do dano tem natureza civil, mas a possibilidade de aplicação de sanções tão severas quanto penais, inclusive da

<sup>165</sup> Pet 3240 AgR/DF. Op. cit., pp. 18-19.

mesma espécie, desvela o seu ineludível caráter punitivo, que pode acarretar consequências processuais.

O mais razoável seria que a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos de agentes públicos do alto escalão somente pudessem ser decretadas no processo penal pela competência originária dos Tribunais. A imposição de sanções de caráter penal por atos ilícitos que não configuram crime comum, nem crime de responsabilidade, é uma questão de proporcionalidade. Se o agente político foi absolvido no processo penal e no processo político, não se mostra razoável que a perda do cargo e a suspensão dos seus direitos políticos possam ser aplicadas no âmbito do processo civil punitivo.

Em síntese, se o legislador nem sempre se utiliza da melhor técnica na gradação dos atos ilícitos e suas respectivas penas, a racionalização do sistema punitivo se transveste em questão processual, cuja solução é transposta ao Poder Judiciário.

Dai a importância de se buscar mecanismos para uma maior racionalização do sistema punitivo brasileiro, possibilitado que os aplicadores do direito possam conter o excesso de poder punitivo estatal e a múltipla persecução pelo mesmo fato.

## 1.7 CRISE DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: DISFUNCIONALIDADES E TENDÊNCIAS

A *investigação* de atos ilícitos é atribuição de diversos entes públicos.

O destinatário dos *elementos de informação* apurados em todas as investigações, fiscalizações e atividades de inteligência que contenham indícios de autoria e prova material da ocorrência de crimes ou atos de improbidade administrativa é o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, e colegitimado à propositura da Ação de Improbidade Administrativa.

Há, porém, uma superfetação da atribuição *investigativa*. Assim, por exemplo: i) os crimes em geral podem ser investigados pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público, indistintamente, sem qualquer restrição legal ou jurisprudencial; ii) os atos ilícitos contra o patrimônio público (corrupção, lavagem de dinheiro, fraude, enriquecimento ilícito, evasão de divisas, etc.) podem ser apurados pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público, pelas Receitas, pelos Tribunais de Contas, pelas Controladorias, pelas CPIs e, indiretamente, pela UIF (COAF), cujos Relatórios de Inteligência prestam-se a subsidiar investigações; iii) os crimes contra a ordem tributária são apurados pelas autoridades tributárias dos vários entes federativos e, também, pelo Ministério Público; iv) os crimes contra as finanças públicas e

os crimes de licitação são normalmente desvelados pelos relatórios técnicos de auditora dos Tribunais de Contas, que se prestariam a subsidiar ulteriores investigações pelo Ministério Público, num cenário otimista de transferência dos elementos de informação, o que nem sempre ocorre; v) os crimes de concorrência desleal contra o sistema financeiro e o mercado de capitais são levantados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), respectivamente, além da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Tudo isso sem mencionar que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm a prerrogativa de investigar quaisquer crimes no âmbito de suas esferas federativas; e que na competência originária dos Tribunais, os juízes, desembargadores e ministros dos Tribunais Superiores também podem ser investigados pelos crimes por eles praticados, de qualquer natureza, no respectivo foro especial, previsto na Constituição Federal.

O ordenamento jurídico pátrio contempla a sobreposição da atividade investigatória, afetada por lei ou pela Constituição Federal a diversos entes públicos.

Isso parece desejável à maximização da segurança pública, ou seja, a investigação a cargo de diversos entes públicos reforça os mecanismos de prevenção, controle e repressão criminal.

Tal premissa pode, inclusive, ser inferida do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada em 31 de outubro de 2003 por meio do Decreto nº 5.687, promulgado em 31 de janeiro de 2006, que destacou que a corrupção é um fenômeno universal e transnacional, decorrente da própria natureza humana. O que muda nos diversos ordenamentos jurídicos são os mecanismos de controle, de prevenção e a percepção da sociedade sobre o controle do Estado e a efetividade da punição.

Não interessa à sociedade que essa ou aquela instituição não investigue, tampouco importa reduzir os poderes investigatórios de determinado ente público que os detêm, ou ainda, atribuir a exclusividade da investigação criminal a qualquer instituição. Afinal, quanto mais entes públicos fiscalizarem e investigarem, tanto maior se supõe a proteção aos bens jurídicos tutelados

Contudo, não há dados estatísticos que permitam afirmar que esse regime de múltiplos níveis de investigação gere uma reconstrução histórica dos fatos de melhor qualidade, que justifique os “danos colaterais”, isto é, o custo desse aparato para o Estado e o custo e o excesso de constrangimento para o investigado, que sofre a investigação e ainda tem que arcar com os honorários advocatícios, defender-se em várias investigações e, depois, em diversas esferas e instâncias punitivas.

No dia 16 de julho de 2019, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Tóffoli, por decisão monocrática, concedeu liminar no RE 1.055.941, com repercussão geral reconhecida (Tema 990) – incluído em pauta para julgamento em 21/11/2019 –, com vistas a suspender todos os processos judiciais e investigações criminais em trâmite no País, instaurados a partir de dados compartilhados pelo COAF e sem autorização judicial.

No dia 19 de agosto de 2019, o presidente da República editou a Medida Provisória 893, transformando o COAF na já existente UIF, sob o controle do Banco Central, cujo presidente passou a ter competência para a nomeação do novo órgão deliberativo, composto por um presidente e, no mínimo, 14 conselheiros da iniciativa privada (em lugar de servidores públicos da própria autarquia federal, como antes). Em seu art. 15 revogou os arts. 13, 16 e 17 da Lei nº 9.613/98, que regulamentavam o acesso da Polícia Judiciária e do Ministério Público aos dados de inteligência produzidos pelo então COAF.

Dias antes, em 16 de agosto de 2019, a Câmara dos Deputados aprovou, em regime de prioridade, o PL 7.596/2017 (originado no PLS 85/2017, de iniciativa do senador Randolfe Rodrigues – REDE/AP), que passou a ser conhecido como Lei de Abuso de Autoridade, e foi remetida à sanção presidencial. A referida lei prescreve 37 figuras típicas, voltadas à punição, sobretudo, de membros da Magistratura, do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

Evidentemente que tais iniciativas geram profunda preocupação.

Basta dizer que as investigações do “Mensalão” e da “Lava-Jato”, cujas operações apuraram a compra de votos de parlamentares e o desvio de recursos da Petrobrás, respectivamente, foram iniciadas e subsidiadas pelos Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) do COAF e por colaborações premiadas como um meio de obtenção de prova tipificado nos arts. 4º a 7º da Lei 12.850/13 (Lei do Crime Organizado), tudo a apontar o viés autoritário do novo governo, que substituiu o deposto em razão dos escândalos de corrupção retromencionados.

A autonomia dos entes públicos de inteligência, fiscalização e investigação é uma das características dos regimes democráticos. A recíproca também é verdadeira: regimes ditatoriais servem-se de seus órgãos persecutórios para, à guisa de combaterem o crime, perseguirem seus inimigos políticos e, ao mesmo tempo, resguardarem-se de eventuais investigações que ponham em risco o seu poder.

A constrição da autonomia dos órgãos persecutórios nos diversos sistemas jurídicos e políticos num determinado momento histórico ou, *a contrario sensu*, o exacerbado controle

estatal sobre a investigação e as atividades correlatas de fiscalização e inteligência, constituem reflexos de um sistema governamental centralizador, autoritário e até mesmo ditatorial.

Sem embargo, diante dessa multiplicidade de entes públicos investigativos – e de ações e processos punitivos –, é razoável reconhecer a existência de uma *crise no sistema punitivo*, a fim de que se possa avançar em busca de alguma racionalização do sistema normativo.

Serve de consolo a compreensão de que o fato não se restringe a um problema nacional, mas, sim, universal.

Diversos ordenamentos jurídicos têm se voltado para esta problemática e, no esforço de encontrarem balizas, iniciaram por apontar algumas disfuncionalidades do atual sistema punitivo, a seguir destacadas:

1. A multiplicidade e independência de esferas e de instâncias punitivas;
2. O custo para o Estado, da criação de várias estruturas investigativas, alimentado pela reserva de poder de cada uma delas e, de outro lado, o custo e o constrangimento para o investigado e o acusado responderem a várias investigações e processos, e se defenderem em todos eles;
3. A falta de regulamentação e de autonomia das atividades de inteligência;
4. A ausência de definição clara da atuação de cada ente público que realiza a investigação, bem como de atuação estratégica e finalística, conjunta (mediante a constituição de forças-tarefa) e cooperada (pelo compartilhamento de informações), voltada não apenas à melhoria dos indicadores sociais, mas, também, econômicos, pela recuperação do produto material da corrupção;
5. A adoção de processos não-penais para a aplicação de sanções de caráter penal, em flagrante burla às garantias do processo penal;
6. A desnaturação de meios de obtenção de prova, utilizados como medidas de justiça penal consensual, e a extensão objetiva e subjetiva que tem sido dada a acordos penais;
7. A utilização da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) com escopo midiático, de condenação do agente público;
8. A utilização do inquérito e do Processo Penal como forma de punição, em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência;
9. A propositura de ações de improbidade administrativa infundadas ou desarrazoadas, por violações mínimas a princípios do direito administrativo, por inexperiência ou desconhecimento das fraudes, ou pela busca de resultados nos grupos especiais de

atuação, pondo em risco as prerrogativas institucionais do Ministério Público, na medida em que expõe ao *strepitus fori* o agente político de forma desproporcional, tratado desde a investigação como presumivelmente culpado;

10. A descrença geral da sociedade com o Estado e com os seus agentes políticos, o que a torna refém do imaginário social (o inconsciente coletivo).

As imbricadas relações entre processo e Constituição Federal já eram consideradas “tendências”, mesmo bem antes da Carta Magna de 1988<sup>166</sup>.

Em busca da racionalização do sistema punitivo, tem-se verificado algumas *tendências* doutrinárias e da jurisprudência de Tribunais estrangeiros e das Cortes internacionais:

1. A criação de agências reguladoras (autarquias especiais) dotadas de poder punitivo, cujas leis definam infrações administrativas e respectivas penas, e contenham disposições sobre a prevenção e a repressão, a fiscalização, a investigação e o processo administrativo punitivo no âmbito de suas respectivas esferas de atuação. Tais ambientes devem permitir vislumbrar a atrofia do papel do Ministério Público de “clínica geral” no âmbito da tutela de interesses metaindividuais, em razão do desenvolvimento econômico e social e do surgimento de ouvidorias e associações especializadas na defesa dos mesmos interesses, com suficiente permeabilidade pelo território nacional. A exceção, contudo, fica por conta do campo da tutela do patrimônio público, em que, via de regra, os fatos a serem apurados são os mesmos que na esfera criminal, como, também, são idênticas as técnicas investigativas e os elementos de informação necessários à propositura das ações penal e de improbidade administrativa<sup>167</sup>;
2. A flexibilização do princípio da obrigatoriedade da investigação criminal e da ação penal nos crimes de ação penal pública e, em contrapartida, o cabimento da ação penal privada subsidiária da pública nos casos de arquivamento da investigação;
3. A ampliação dos espaços de consenso como formas alternativas de resolução de conflitos nas esferas civil e penal, inclusive pelo acordo de não persecução penal, dando primazia

---

<sup>166</sup> GRINOVER. Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 13.

<sup>167</sup> A distribuição do *jus puniendi* estatal para fora dos limites estritos do Direito Penal iniciou pelo fenômeno da *descriminalização*, que converteu condutas antes penalmente reprovadas em ilícitos civis ou administrativos, cominando-lhes penas, por vezes tão severas quanto as sanções penais, ressalvada apenas a não aplicação da pena privativa de liberdade.

ao princípio da autonomia das vontades no âmbito da Justiça consensual e do devido Direito legal, antes dominado por normas cogentes<sup>168,169</sup>.

4. A flexibilização do dogma da independência de esferas e instâncias punitivas;
5. A atribuição legal de personalidade jurídica e certas universalidades de bens de origem presumivelmente ilícita nas ações de extinção de domínio, de modo a viabilizar a instauração da investigação e do processo punitivo contra entes fictícios;
6. A aplicação dos princípios e das garantias do processo penal, de forma matizada, aos processos judiciais punitivos não penais, por inspiração da Suprema Corte da Espanha<sup>170</sup>;
7. A extensão da regra processual penal do *ne bis in idem* a outros tipos de processos sancionatórios<sup>171</sup>;
8. A *cooperação interna* mediante compartilhamento de dados entre os entes públicos encarregados das atividades de fiscalização, investigação e inteligência, não apenas dados obtidos de fontes abertas, mas, também, de transferência de dados sigilosos;
9. A aplicação de regras de prejudicialidade em razão da vertente processual do *ne bis in idem* às ações judiciais punitivas;
10. A descentralização do poder punitivo e, antagonicamente, o florescimento da ideia de existência de um poder punitivo estatal único.

A tese da unidade do poder punitivo estatal foi encampada, na Espanha, tanto pelo Tribunal Supremo<sup>172</sup> quanto pelo Tribunal Constitucional daquele país, sendo difundida na

<sup>168</sup> Acredita-se, contudo, não se tratar de um novo modelo de justiça consensual que tergiversa com o devido processo legal, como defende, com peculiar brilhantismo, Andrey Borges de Mendonça (MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia de vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza Assis (Coords.). *Colaboração premiada*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 53-104), mas da mesma garantia do devido processo legal, expressa no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, interpretada sob a égide do devido processo legal em sentido material (*substantive due process*), de que trata Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 83-85).

<sup>169</sup> Paradoxalmente, as leis criadoras das Agências Reguladoras, ao disporem sobre o Processo Administrativo Sancionador, não adotaram a composição como medida de justiça.

<sup>170</sup> Outra tendência é a da *aplicação matizada das garantias do processo penal aos processos judiciais punitivos não penais*. O fundamento dogmático que possibilita a transposição das garantias do Processo Penal ao processo judicial sancionatório não penal não está baseada na analogia, mas decorre, na verdade, da garantia constitucional do devido processo legal, com incidência matizada à luz do direito material e da relação processual (MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 45-46).

<sup>171</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (concurso de livre-docência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013.

<sup>172</sup> Eis o teor do acórdão do Tribunal Supremo espanhol, que retrata a evolução da jurisprudência no sentido da adoção da teoria unitária do poder punitivo estatal: “*El artículo 25 de la Constitución donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena. Ahora bien, esta equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el ius puniendi del Estado tiene su antecedente inmediato, su origen y partida de nacimiento*



Europa e aceita pela jurisprudência do Corte Europeia de Direitos Humanos. A partir da premissa da inexistência de distinção ontológica entre ilícitos penais e administrativos, esses Tribunais sustentam “a aplicação de uns princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador, porém, sempre com ‘matizes’, a tal ponto que o fundamental resultaria ser conceituar e compreender adequadamente esses ‘matizes’, essas diferenças entre um e outro regime jurídico”<sup>173</sup>.

No Brasil, entretanto, uma série de críticas foram levantadas contra a tese da unidade do *ius puniendi* estatal, assim sistematizadas por Fábio Medina Osório<sup>174</sup>: 1) a inexistência

---

*en la ‘doctrina legal’ de la vieja Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 9 febrero 1972 (RJ 1972/876) inició una andadura muy progresiva y anticipó lúcidamente con los materiales legislativos de la época, planteamientos y soluciones ahora consolidadas. En efecto, en esta decisión histórica, como así ha sido calificada, en este auténtico leading case se decía, con clara consciencia de su alcance, que “las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra-concepto del ilícito cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal”. Tal razonamiento se utilizó también por la misma Sala para distintas finalidades y en relación con otras facetas de la potestad sancionadora en varias sentencias posteriores, mientras que en muchas más se da por supuesta esta premisa. Y el Tribunal Supremo añadía, ya entonces ‘ambos ilícitos exigen’ un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre este y la acción; por tanto resulta claro que las directrices estructurales del ilícito tienden, también en el ámbito administrativo, a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan simétricamente cualquier veleidad de crear una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación de una cosa, a título de propiedad o posesión, como consecuencia de su dimensión personal. Esta progresiva andadura jurisprudencial encontró eco en otros ámbitos supranacionales y así el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, se pronunció en el mismo sentido cuatro años después. La Sentencia de 8 junio 1976, adoptada por el Pleno (caso Engel) se abre con una advertencia preliminar. El Convenio no impide que cada Estado pueda elegir entre el uso de la potestad penal (judicial) y la sancionadora o disciplinaria (administrativa), sin que la calificación del ilícito como delito o infracción sea decisiva al respecto, para evitar que al socaire de tal opción puedan eludirse las garantías establecidas en el Convenio. El concepto de materia penal – según el Tribunal – está dotado de autonomía y en su virtud hay que atender con preferencia a la verdadera naturaleza de la contravención, conectada por supuesto a la sanción que se le asigne. El Derecho Penal y el Administrativo, en este aspecto, no son compartimentos estancos y, por ello, la despenalización de conductas para tipificarlas como infracciones cuya naturaleza intrínseca es la misma, no puede menoscabar los derechos fundamentales o humanos del imputado o acusado. A esta primera decisión seguirían algunas más: 21 de febrero (caso Otzürk); 2 de junio de 1984 (caso Campbell y Fell); y 22 de mayo de 1990 (caso Weber). Una vez promulgada la Constitución, resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena. En tal sentido, resulta expresiva e concluyente la Sentencia de 8 junio 1981 (RTC 1981/18), en la cual el Tribunal Constitucional afirma que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia Constitución y una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3, al señalar que la Administración civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad (STS de 9 enero 1991 [RJ 1991/3447]).” (ESPANHA. Tribunal Supremo. Recurso 5810/1992, rel. D. Rafael Fernandez Montalvo, Sala 3ª, Sección 4ª, j. em 17/05/1996, publicada na RJ 1996/4480).*

<sup>173</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 125.

<sup>174</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 125-144.

de uma dogmática unidade de poder punitivo estatal na Comunidade Europeia; 2) a descentralização e a transferência aos particulares do poder punitivo estatal, gerada pelas privatizações; 3) a ausência de princípios e regras de um direito punitivo estatal, que regulem as mais diversas formas de expressão do *ius puniendi*; 4) ainda que se admita a inexistência de distinções ontológicas ou substanciais entre os ilícitos penal e administrativo – premissa em que se fundamenta a teoria da unidade do poder punitivo estatal – e de princípios constitucionais limitadores, no plano infraconstitucional, a leitura que se faz desses princípios constitucionais e as regras que disciplinam as diversas manifestações do poder punitivo estatal e que compõem os respectivos regimes jurídicos são diversas<sup>175</sup>; 5) a liberdade política ou o espaço discricionário do legislador, respeitados os limites das normas constitucionais, de configuração dos regimes jurídicos do *ius puniendi* estatal, que resulta da essência do sistema de separação de poderes; e, por fim, 6) o uso de técnicas distintas pelo Estado para proteção de bens jurídicos.

---

<sup>175</sup> Assim, por exemplo, o processo administrativo sancionador compadece com a noção de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, embora não se desconheça que “mais recentemente, em numerosas legislações, também o Direito Penal passou a alcançar as pessoas jurídicas”. Por segundo, há diferença quanto ao sancionamento, pois as penas privativas de liberdade somente podem ser aplicadas no processo penal. Além disso, o enfrentamento à macrocriminalidade, após a Revolução Tecnológica, na era da globalização, tem exigido a flexibilização de garantias constitucionais do processo penal, em prol da eficiência. O âmbito da tutela penal é mais abrangente que o do Direito Administrativo, que se limita a regular as relações entre o Estado e os particulares, embora se reconheça que “Ambos os ramos jurídicos, no entanto, se aplicam a setores cada vez mais disseminados pela sociedade, donde a redução dessa distância tem sido a tônica, invalidando semelhante critério histórico de diferenciação. Aliás, tem-se que o Direito Administrativo Sancionador talvez possua um campo mais largo de alcance nas relações sociais, invertendo-se uma lógica teórica que preconizaria maior abrangência abstrata ao Direito Penal.” Outra diferença reside no fato de que as sanções administrativas podem ser aplicadas tanto pelas autoridades administrativas quanto judiciais, diferentemente do que ocorre quanto às sanções penais, embora o Senado Federal também exerça jurisdição penal. Sustenta-se, ainda, que a interpretação penal, voltada à garantia dos direitos individuais contra o poder do Estado, é distinta da interpretação administrativa, embora “a doutrina universal dos direitos humanos, a teoria dos direitos fundamentais, o papel unificador da Teoria Geral do Direito, tudo conduz a uma progressiva aproximação dos métodos hermenêuticos”. A leitura dos princípios constitucionais é diferente: “o princípio da intervenção mínima é mais acentuado no Direito Penal”, ao passo que o Direito Administrativo prestigia mais o interesse público, mostrando que alcance e importância são radicalmente maiores no Direito Administrativo que no Direito Penal. Não se pode negar, todavia, “que tais fatores são cada vez mais tênues, menos nítidos, resolvendo-se apenas nos detalhes, sem qualquer perspectiva geral [...], tanto que se percebe uma enorme expansão das normas de Direito Punitivo como um todo, donde a impossibilidade de se alicerçar qualquer espécie de critério diferenciado nesse tipo de suporte.” Outra distinção residiria no fato de que a legalidade no Direito Administrativo Sancionador não se identifica, substancialmente, com a legalidade penal, mas o autor admite ser possível que “essa legalidade cumpra funções similares àquelas conferidas à legalidade penal, desde que ambas se reconduzam a normas superiores de vinculação comum”, como é o caso da cláusula constitucional do devido processo legal. Por fim, destaca que o conteúdo das relações humanas regidas pelo Direito Administrativo é muito diverso das condutas valoradas pelo Direito Penal, porque existem “as relações disciplinares ou todas aquelas abarcadas no amplo conceito de relações de sujeição especial”, que “justifica a tese de que inexistente um unitário *ius puniendi* estatal.” Fábio Medina Osório acrescenta que o poder administrativo sancionador se equipara ao poder de polícia (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 132-139). Distanciando-se dessa última tese, Alejandro Nieto sustenta que o poder sancionador administrativo nada mais é que mera “gestão” ou “intervenção” do Poder Executivo em determinados domínios (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 22).

A essas críticas se alinha Helena Regina Lobo da Costa, para quem a tese da unidade do *ius puniendi* é autoritária e retórica, na medida em que se aloca no Direito Penal – e não no Direito Constitucional – o fundamento para o reconhecimento de um regime jurídico especial para o Direito Administrativo Sancionador<sup>176</sup>.

Outra crítica à teoria da unidade do poder punitivo estatal é a de que a liberdade política ou o espaço discricionário do legislador, respeitados os limites das normas constitucionais, de configuração dos regimes jurídicos do *ius puniendi* estatal, resulta da essência do sistema de separação de poderes<sup>177</sup>.

A conclusão de Fábio Medina Osório é a de que o Direito Punitivo

encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum e aqui, talvez, resida a confusão conceitual em torno do debate sobre Direito Público Punitivo. E é precisamente aqui que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral<sup>178</sup>.

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional espanhol revelou uma indefinição ao assentar que “a existência da relação especial tampouco justifica, por si mesma, a dualidade de sanções”<sup>179</sup>.

Em meio a essas disfuncionalidades e tendências, o que o presente estudo propõe é que se busquem regras de prejudicialidade entre as esferas punitivas, à luz da garantia processual do *ne bis in idem*, flexibilizando o dogma da independência das esferas punitivas.

## 1.8 CONCLUSÃO PARCIAL

No Brasil, nas últimas décadas, tem-se assistido a uma dupla descentralização do poder punitivo estatal, em que não apenas a competência para o exercício da função punitiva

<sup>176</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (concurso de livre-docência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – FADUSP. São Paulo, 2013, pp. 173-178.

<sup>177</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 138.

<sup>178</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador... Op. cit.*, p. 142.

<sup>179</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *STC 234, de 10 de diciembre de 1991*. Recurso de Amparo n.º 1473/1989, 2ª Sala, ponente: Don Francisco Rubio Llorente.

tem sido difundida entre os três Poderes como, também, no próprio Poder Judiciário, o *jus puniendi* do Estado já não é mais exercido precipuamente na jurisdição penal, ou seja, dentro do processo penal.

O processo penal, como instrumento de “legitimação do exercício do poder de punir estatal”<sup>180</sup>, modernamente, divide fronteiras com o processo civil, que passou a ser utilizado não mais apenas para cobrar, mas, também, para punir (processo civil punitivo), a ponto de ser mais preocupante que o fenômeno da criminalização de condutas, servindo como burla às garantias do processo penal. “Nasce, com isso, a preocupação de se evitar a ocorrência de fraude de etiquetas, em que, por manobra legislativa, uma infração seja formalmente retirada da esfera criminal e, com isso, fique o réu despido do conjunto mínimo de garantias que são necessárias para a aplicação de sanções punitivas pelo Estado”<sup>181</sup>.

E mais, desenvolveu-se fora do Poder Judiciário, o processo administrativo sancionador, o processo de contas e o processo político – todos com caráter punitivo, os quais passaram a instrumentalizar o exercício de parcela do poder punitivo estatal.

Acrescente-se, ainda, neste caminho, o surgimento contemporâneo do processo penal internacional, que abriu novas searas ao campo do poder punitivo estatal que, embora exercido fora dos limites da soberania dos Estados, sujeita o nacional à jurisdição do Tribunal Internacional Penal (CF/88, art. 5º, § 4º).

De um modo geral, atualmente, o poder punitivo estatal pode ser exercido no contexto do processo penal, do processo civil, do processo administrativo geral e disciplinar, do processo político, do processo de contas e do processo penal internacional, sem mencionar a possibilidade de imposição de multas, de caráter sancionatório, ou seja, sem processo algum.

O quadro atual não foi preconcebido e nem estabelecido de forma racional e sistematizada a um só tempo. Ao contrário, formou-se em diversas contingências históricas e, por razões políticas variadas, permeadas de avanços e retrocessos na tutela das garantias individuais, com exagerada carga “eficientista”, o que acabou desconfigurando a organicidade do sistema punitivo.

---

<sup>180</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 18.

<sup>181</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodium, 2018, p. 15.

Como explica Antonio Magalhães Gomes Filho, as garantias são barreiras de proteção, ou seja, são defesas contra a utilização arbitrária do poder<sup>182</sup>.

Nesse contexto, o processo em si deve ser compreendido como uma garantia para o cidadão, enquanto instrumento de tutela e de aplicação do direito material<sup>183</sup>.

Já o devido processo legal é um *sobreprincípio* que abarca vários direitos que dele podem ser deduzidos (juiz natural, contraditório e ampla defesa, vedação às provas ilícitas, motivação das decisões judiciais, duração razoável do processo, publicidade dos atos processuais, paridade de armas, presunção de inocência, entre outros direitos relacionados à liberdade)<sup>184</sup>. No processo penal, o devido processo legal assume a ideia de garantia contra toda sorte de arbitrariedades<sup>185</sup>.

O modelo garantista de Luigi Ferrajoli, de matriz epistemológica, visa a assegurar o grau máximo de racionalidade do juiz, a fim de evitar o arbítrio e limitar o poder punitivo estatal<sup>186</sup>.

De outra banda, os sistemas punitivos podem ser baseados em graus diferentes de garantismo<sup>187</sup>. Para Merçon-Vargas, as leis especiais sobre os processos judiciais punitivos não penais não tratam especificamente do rol de garantias constitucionais do processo<sup>188</sup>.

No plano legislativo, todavia, não se pode afirmar que haja um regime jurídico processual de garantias para os processos judiciais punitivos não penais, que leve em conta a natureza do direito material e o seu potencial para restringir direitos fundamentais. O grau

---

<sup>182</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 21-22.

<sup>183</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. *Processo e democracia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 94.

<sup>184</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal. *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, set. 2008, pp. 58-59.

<sup>185</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

<sup>186</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38. Ademais, Luigi Ferrajoli denomina *garantista* o sistema punitivo baseado nos seguintes princípios penais e processuais expressos: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também em sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... Op. cit.*, pp. 89 ss).

<sup>187</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodium, 2018, p. 28.

<sup>188</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial... Op. cit.*, pp. 43-44.

desejável de incidência dessas garantias deve ser extraído da própria cláusula constitucional do devido processo legal<sup>189</sup>.

Tem-se denominado *instrumentalidade metodológica* o estudo da resposta processual mais adequada a um determinado campo do direito material<sup>190</sup>. Há, inclusive, uma relação direta entre as garantias incorporadas por um sistema punitivo e a gravidade das sanções previstas<sup>191</sup>.

A instrumentalidade metodológica desta pesquisa é baseada na busca por um equilíbrio entre o garantismo e a eficiência no atual sistema processual punitivo brasileiro, caracterizado por uma multiplicidade de ações e processos punitivos, cujos traços distintivos (bem jurídico tutelado, natureza do direito material, densidade de garantias processuais, espécies de pena e sua finalidade) sobrepõem-se, e não raramente se limitam ao rótulo ou à taxonomia aposta pelo legislador ao ato ilícito e sua respectiva pena, notadamente no âmbito da tutela do patrimônio público.

---

<sup>189</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 211.

<sup>190</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 16.

<sup>191</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001, p. 163.

## CAPÍTULO 2 – *NE BIS IN IDEM* E A INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PUNITIVAS

### 2.1 *NE BIS IN IDEM*: SIGNIFICADO, ORIGEM HISTÓRICA, NORMATIVA, CONTEÚDO E VERTENTES

O princípio segundo o qual ninguém pode ser processado ou punido duas vezes pelo mesmo ilícito já estava presente no Direito grego e romano quando, no sistema da *common law*, se formaram as exceções *autrefois acquit*, *autrefois convict* e *pardon*, que ficaram conhecidas nas Colônias inglesas como proibição ao *double jeopardy*. A norma não estava prevista na Magna Carta de 1215, sendo disciplinada nas institutas de Edward Coke, publicadas em 1641 e 1644. A partir de 1662, a norma passou a ser aplicada pelo Sistema Judicial inglês e, paralelamente, no sistema da *civil law* desenvolveu-se a doutrina do *ne bis in idem*, segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado duas vezes pela mesma conduta<sup>192</sup>.

Na Grécia, em Atenas, a legislação de Sólon (594 a.C.) conferia ao cidadão a faculdade de se defender de uma acusação por meio de exceções, entre as quais uma que se assemelhava à da coisa julgada, na medida em que buscava impedir a rediscussão de questão já decidida<sup>193</sup>.

Em Roma, a regra-princípio, inicialmente conhecida pela expressão *bis in eadem re agere ne liceat*, manteve-se em todos os períodos de sua história, desde o do *ordo iudiciorum privatorum* até o da *cognitio extra ordinem*<sup>194</sup>.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1948)<sup>195</sup>, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1959)<sup>196</sup>, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1965)<sup>197</sup>, os

<sup>192</sup> BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*. Milão, Italy: Giuffrè, 1985, pp. 321-322.

<sup>193</sup> ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, v. 2, 1932, p. 35.

<sup>194</sup> TUCCI, Rogerio Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 104.

<sup>195</sup> Dispõe o art. 14.7 do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992: “7. 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.” (BRASIL. *Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992*. Decreta o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

<sup>196</sup> O art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos assim prevê: “Art. 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 infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.” (CEDH. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. 1959. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)).

<sup>197</sup> O art. 8º, item 4, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, estabelece: “Art. 8º. Garantias Judiciais. [...] 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (BRASIL. *Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana

arts. 54 a 58 da Convenção para Implementação do Acordo de Schengen (1985)<sup>198</sup>, o Estatuto de Roma<sup>199</sup>, que criou o Tribunal Internacional Penal (1998), e o art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)<sup>200</sup> preveem o *ne bis in idem*, com redações não exatamente idênticas.

---

sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm).

<sup>198</sup> Convention Implementing the Schengen Agreement of June, 14 1985: “*CHARTER 3 – APPLICATION OF THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE* - **Article 54.** *A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.* **Article 55. 1.** *A Contracting Party may, when ratifying, accepting or approving this Convention, declare that it is not bound by Article 54 in one or more of the following cases: (a) where the acts to which the foreign judgment relates took place in whole or in part in its own territory; in the latter case, however, this exception shall not apply if the acts took place in the territory of the Contracting Party where the judgment was delivered; (b) where the acts to which the foreign judgment relates constitute an offence against national security or other equally essential interests of that Contracting Party; (c) where the acts to which the foreign judgment relates were committed by officials of that Contracting Party in violation of the duties of their office.* **2.** *A Contracting Party which has made a declaration regarding the exception referred to in paragraph 1(b) shall specify the categories of offences to which this exception may apply.* **3.** *A Contracting Party may at any time withdraw a declaration relating to one or more of the exceptions referred to in paragraph 1.* **4.** *The exceptions which were the subject of a declaration under paragraph 1 shall not apply where the Contracting Party concerned has, in connection with the same acts, requested the other Contracting Party to bring the prosecution or has granted extradition of the person concerned.* **Article 56.** *If a further prosecution is brought in a Contracting Party against a person whose trial, in respect of the same acts, has been finally disposed of in another Contracting Party, any period of deprivation of liberty served in the latter Contracting Party arising from acts shall be deducted from any penalty imposed. To the extent permitted by national law, penalties not involving deprivation of liberty shall also be taken into account.* **Article 57. 1.** *Where a Contracting Party charges a person with an offence and the competent authorities of that Contracting Party have reason to believe that the charge relates to the same acts as those in respect of which the person’s trial has been finally disposed of in another Contracting Party, those authorities shall, if they deem it necessary, request the relevant information from the competent authorities of the Contracting Party in whose territory judgment has already been delivered.* **2.** *The information requested shall be provided as soon as possible and shall be taken into consideration as regards further action to be taken in the proceedings under way.* **3.** *Each Contracting Party shall, when ratifying, accepting or approving this Convention, nominate the authorities authorized to request and receive the information provided for in this Article.* **Article 58.** *The above provisions shall not preclude the application of broader national provisions on the ne bis in idem principle with regard to judicial decisions taken abroad.”* (ACORDO DE SCHENGEN. Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders. *Official Journal*, L 239, 22/09/2000, pp. 0019-0062).

<sup>199</sup> O art. 20 do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, disciplina expressamente a garantia, nos seguintes termos: “Art. 20. *Ne bis in idem.* **1.** Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. **2.** Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. **3.** O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) tenha tido por objeto 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.” (BRASIL. *Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)).

<sup>200</sup> A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada em 07/12/2000 pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, e se tornou legalmente vinculativa pelo Tratado de Lisboa, em 2009, tendo supremacia sobre as leis nacionais. Reúne todos os direitos fundamentais



Uma análise detida dos instrumentos legislativos que preveem o princípio do *ne bis in idem* remarca a aporia. O art. 8º, inc. 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos usa a expressão “mesmos fatos”; já o art. 4º do protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o art. 14, § 7º do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, o art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e a V Emenda à Constituição dos Estados Unidos usam a expressão “mesma ofensa”; enquanto a Convenção que Implementou o Acordo de Schengen proíbe nova persecução pelos “mesmos atos”; e, finalmente, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Internacional Penal, emprega o termo “mesma conduta”.

A diferença entre as expressões “mesmos fatos”, “mesmos atos” e “mesma conduta”, de um lado, e “mesma ofensa”, de outro, foi apontada pela Corte de Justiça da União Europeia e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como um elemento importante para rejeitar a classificação legal desses atos e adotar um critério que leve em conta a identidade dos atos do ponto de vista material, naturalístico. Os dois Tribunais enfatizaram que essa análise é mais favorável ao réu, tenha sido ele absolvido ou condenado, na medida em que lhe assegura a garantia de não ser processado novamente pelo mesmo ato, mesmo que subsumido a uma nova classificação legal<sup>201</sup>.

A análise também evidencia a controvérsia quanto à finalidade do instituto. O Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos garantem o direito contra a *double jeopardy*, mas não o asseguram em processos instaurados perante jurisdições distintas e soberanas. Diferentemente, a Convenção que implementou o Acordo de Schengen lida apenas com casos de Estados soberanos, e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia faz referência à aplicação da legislação da União Europeia a ambas as situações.

---

protegidos pela União Europeia, resultantes da jurisprudência do TJUE, da CEDH, e das Constituições dos Estados-membros. O art. 50 assim dispõe: “Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito – Art. 50. 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.” (PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. Comissão Europeia. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Jornal Oficial da União Europeia, 2016/C 202/02, 7.6.2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>).

<sup>201</sup> *Sergei Zolothukin v. Russia*, fev./2009 [2010], CEDH, par. 79. No julgamento deste caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos firmou que a garantia do *bis in idem* contém três distintas decorrências: ninguém pode ser processado, julgado ou punido duas vezes pelo mesmo fato. O aspecto processual do princípio “atua de modo adiantado ao material e, por isso, não se poderia admitir um segundo processo, ainda que, ao final, se viesse a descontar a sanção anteriormente imposta.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (concurso de livre-docência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, p. 212).

Há, também, instrumentos que expressamente proíbem um novo processo em caso de absolvição anterior (a Convenção Americana de Direitos Humanos), de condenação anterior (a Convenção que Implementou o Acordo de Schengen), ou ambos os casos (o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos).

Da forma como se encontra disciplinado nos principais tratados internacionais de direitos humanos, o *ne bis in idem* é um princípio do processo penal, segundo o qual ninguém pode ser processado ou punido novamente pelo mesmo ato ilícito. A norma subjacente é bastante simples, mas o enunciado normativo adotado pelos diversos instrumentos internacionais gerou uma série de questões.

A doutrina e as Cortes europeias discutem se o termo *idem* se refere aos mesmos atos ilícitos (em abstrato) ou a fatos idênticos (em concreto); e se o *ne bis in idem* é um princípio restrito ao processo penal ou se também pode ser aplicado a outros tipos de processos punitivos (*i.e.* civil, administrativo, de *impeachment* etc.). Neste caso, discutem se a sua incidência dependeria da análise da identidade dos bens jurídicos protegidos ou do desvalor das condutas praticadas, do rótulo apostado pelo legislador ao ato ilícito ou de sua respectiva sanção (espécie, severidade e finalidade). Questionam, ademais, o momento a partir do qual a exceção pode ser invocada e, pois, nesse ponto, se o significado da expressão “*final judgement*” incluiria condenações e absolvições, além de decisões homologatórias proferidas no âmbito da Justiça Penal consensual. Debatem se o princípio se restringe ao âmbito de uma única jurisdição nacional ou se possui dimensão transnacional.<sup>202</sup>

A essas questões acrescentamos: se a interpretação extensiva dada à garantia deve ser analisada à luz das competências constitucionais, do princípio federativo e do princípio da separação de Poderes. Perguntamos, também, se a independência das esferas punitivas obstará a incidência da garantia do *ne bis in idem*; e se a autoridade que preside o segundo julgamento pode reconhecer a exceção de ofício ou se isso somente é possível mediante requerimento e, nesse último caso, se a via adequada seria incidental, exercida no bojo do segundo processo, ou posterior e autônoma, exercida em outro processo ou perante o tribunal. Indagamos, por fim, se a garantia pressupõe processo findo ou se a proibição também pode ser invocada para evitar a duplicidade de processos em andamento, tendo em vista a duração razoável do processo e a vedação à execução provisória da pena.

---

<sup>202</sup> NEAGU, Norel. The *ne bis in idem* principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation. *Leiden Journal of International Law*. Romênia, Bucareste: Center for Legal, Economic and Socio-Administrative Studies. Nicolae Titulescu University, 2012, pp. 955-977, p. 955.

Como se vê, os diversos enunciados do princípio do *ne bis in idem* nos principais tratados internacionais de direitos humanos deram margem a uma série de questões, que serão analisadas ao longo do presente trabalho, com respaldo na interpretação dada pela doutrina e pelas Cortes Internacionais a esses dispositivos convencionais.<sup>203</sup>

De modo geral, como já afirmado anteriormente, o *ne bis in idem* é considerado um princípio do processo penal, o que não impediria a instauração de processos civis e administrativos sancionadores pelo mesmo ato ilícito. A Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia, contudo, ampliaram o espectro de abrangência da garantia, conferindo-lhe uma interpretação extensiva, a fim de possibilitar a sua aplicação não somente ao processo penal, mas, também, a todo tipo de processo sancionatório. A questão do rótulo apostado pelo legislador ao processo ou à sanção se reveste de particular relevância no âmbito da União Europeia, em que cada Estado é soberano para editar a sua legislação nacional e, assim, classificar e rotular os atos ilícitos como entender conveniente, seja como ilícitos penais, civis e/ou administrativos. À parte dos crimes graves (homicídio, roubo, sequestro e estupro etc), há infrações que são consideradas penais em alguns Estados e, em outros, não passam de meros ilícitos administrativos, como é o caso, por exemplo, das infrações de trânsito.

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi a pioneira a oferecer critérios supralegais em busca de uma definição de ato ilícito, com o propósito de reconhecer ou rechaçar o seu caráter penal. Os critérios de Engel (*Engel criteria*), estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tiveram o grande mérito de buscar uma uniformização da noção de processo penal entre as legislações nacionais, com vistas à aplicação do princípio do *ne bis in idem*, e isso não apenas influenciou a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como também provocou a alteração da legislação de Estados europeus - como adiante se verá -, de modo a alinhar os ordenamentos jurídicos internos à jurisprudência da CEDH. Os referidos critérios constituem uma espécie de bula para estabelecer se uma determinada sanção tem ou não caráter penal e, com isso, possibilitar que seja afastado o rótulo apostado pelo legislador, de modo a permitir a aplicação do *ne bis in idem*. Os três critérios de Engel são os seguintes: i) a classificação legal do ato ilícito pela legislação nacional; ii) a natureza da infração em si; e iii) o grau de severidade e a finalidade da pena.

---

<sup>203</sup> NEAGU, Norel. The *ne bis in idem* principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation. *Leiden Journal of International Law*. Romênia, Bucareste: Center for Legal, Economic and Socio-Administrative Studies. Nicolae Titulescu University, 2012, pp. 955-977, p. 958.

A partir da aplicação dos critérios de Engel, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos evoluiu no sentido de reconhecer o caráter penal de uma sanção civil ou administrativa imposta por um dos Estados-membros em razão da natureza da ofensa ou da severidade e finalidade da sanção, qualquer que seja o rótulo apostado pela lei nacional. Invocou, com isso, a garantia do *ne bis in idem* para assegurar a proibição de um novo processo ou de uma nova punição pela mesma ofensa.

No caso *Zolotukhin*<sup>204</sup>, a Corte Europeia de Direitos Humanos reafirmou a vertente processual do *ne bis in idem*, consubstanciada nos três critérios conhecidos como *Engel criteria* para determinar o caráter penal da acusação. O primeiro critério é a classificação legal da ofensa, segundo a lei nacional; o segundo é a natureza da ofensa, e o terceiro é o grau de severidade e a finalidade da pena. O segundo e o terceiro critérios são alternativos e não necessariamente cumulativos, conquanto também possam ser cumulativos.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos, a concretização do aspecto processual do *ne bis in idem* desconsidera a soberania dos Estados e a independência do Poder estatal do qual emanou a condenação ou perante o qual foi instaurado o processo sancionador, “explicada por fatores de uniformização do direito, que incidem especialmente no espaço europeu”.<sup>205</sup>

Tem-se, todavia, tornado cada vez mais difícil estabelecer uma fronteira entre o direito processual penal, civil e administrativo Sancionadores. No âmbito da União Europeia, o termo “*criminal proceedings*”, previsto no art. 4º do Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que é interpretado pela Corte Europeia de Direitos Humanos segundo o *threefold test*, pode ser aplicado a processos de qualquer natureza. Em consequência, o princípio do *ne bis in idem* está gradualmente se estendendo em direção a novas áreas do direito processual, particularmente ao direito administrativo sancionador.

No âmbito da União Europeia, a partir da entrada em vigor do Tratado de Amsterdã (1999), o Tribunal de Justiça da União Europeia “adota critérios para examinar se a sanção formalmente considerada como administrativa pelo direito interno não se reveste, efetivamente, de natureza penal”<sup>206</sup>, e viu-se na contingência de recomendar aos Estados-

---

<sup>204</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Sergey Zolotukhin v. Russia*. Appl. nº 14939/03, 10.fev.2009. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/e6d5dc/pdf/>.

<sup>205</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (concurso de livre-docência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, p. 208.

<sup>206</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (concurso de livre-docência) – Departamento

membros a observância do *ne bis in idem* diante da instauração de processos punitivos e da aplicação de sanções comunitárias e sua cumulação no direito interno. Relevante destacar que o art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e os arts. 54 a 58 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen consagram o princípio em questão no seio da União Europeia, embora esses dispositivos convencionais se refiram apenas à matéria penal. “Conforme expõe Anne Weyenbergh, a grande dificuldade da matéria consiste em definir, diante de ordenamentos internos distintos, se se trata do mesmo fato, da mesma qualificação jurídica ou do mesmo interesse jurídico protegido, requisitos para a aplicação do *ne bis in idem*”<sup>207</sup>.

A partir de 2005, o Tribunal de Justiça da União Europeia passou a adotar os mesmos critérios de *Engel* para repudiar a possibilidade de punição penal e administrativa da mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos. Nessa linha, alguns Estados-membros tomaram medidas para assegurar a persecução dentro de um único processo, a fim de atender ao art. 4º do Protocolo 7.<sup>208</sup>

Nas últimas décadas, sistemas jurídicos nacionais europeus desenvolveram nova leitura da tradicional autonomia das esferas punitivas e adotaram a teoria do poder estatal punitivo único que, entre os juristas brasileiros, é rejeitada majoritariamente pela doutrina como solução mais adequada.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 433, de 27/10/1982, que regulou as contraordenações, assegurou a interdependência entre a punição penal e administrativa das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamentos.

Na Espanha, a despeito da ausência de previsão do *ne bis in idem* na Constituição de 1978, a partir de decisão paradigmática proferida em 1981, o Tribunal Constitucional passou a assegurá-lo como decorrência lógica dos princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência a fim de coibir a imposição de sanções penais e administrativas nos casos de identidade de sujeito, fato e finalidade, excepcionando apenas a possibilidade de cumulação com sanção disciplinar, por força do art. 133 da *Ley de*

---

de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, p. 191.

<sup>207</sup> WEYENBERGH, Anne. *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem: une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle em matière pénale*. In: COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on Sixty Years of case-law – La Cour de Justice et la construction de l’Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*. The Hague: TMC Asser Press, pp. 539-559, 2013, p. 541 *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador... Op. cit.*, p. 188.

<sup>208</sup> BOCKEL, Bas van. The *ne bis in idem* principle in EU Law. *Kluwer Law International*. Holanda: Wolters Kluwer, 72 European Monographs, 2010, p. 40.

*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

Sob o aspecto processual, também com apoio na jurisprudência constitucional, há prevalência da esfera processual penal sobre a esfera administrativa. Assim, caso a Administração Pública vislumbre a ocorrência de crime, a sindicância ou o processo administrativo são suspensos e remetidos ao Ministério Público. Em caso de arquivamento da investigação ou de absolvição por atipicidade [penal] da conduta, reabrem-se as portas para a instauração do processo e a imposição da sanção administrativa pela prática dos mesmos fatos. Ainda pairam, contudo, dúvidas sobre a articulação processual entre as duas esferas<sup>209</sup>.

Mesmo não sendo plenamente aplicada a vertente processual do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico espanhol, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alterou profundamente o sistema anterior ao vincular a Administração Pública ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilitar a instauração de processo administrativo em relação às pessoas penalmente condenadas, e exigir que a esfera administrativa considere as sanções penais aplicadas.

A Itália igualmente adotou a regra da impossibilidade de aplicação de sanção penal e administrativa sobre um mesmo fato e, também, da vedação de cumulação das esferas penal e administrativa, com base no princípio da especialidade, previsto no art. 9º da Lei 689/1981 (que modificou o sistema penal e despenalizou diversas condutas, que passaram a ser ilícitos administrativos). Isso tem gerado grande insegurança jurídica refletida na jurisprudência, já que quando a regra é excepcionada, a jurisprudência determina a compensação das penas impostas<sup>210</sup>.

A Alemanha adotou a doutrina do poder estatal sancionador único, que impede a imposição de sanções diversas para um mesmo ato ilícito. Vale dizer, se uma mesma conduta configura crime e ilícito de outra natureza, a esfera penal prevalece sobre as demais, incidindo, pois, apenas a sanção penal como consequência jurídica do ato ilícito, salvo quando a própria lei prescreve o seu caráter especial. Nesse caso, o princípio da especialidade

---

<sup>209</sup> CARPIO BRIZ, David. Europeización y reconstitución del *non bis in idem*: efectos em España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Russia de 10 de febrero de 2009. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 223-242.

<sup>210</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (concurso de livre-docência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, pp. 197-203.

já terá sido manejado pelo legislador, não sendo a sua aplicação relegada ao juiz ou tribunal. De qualquer forma, o rótulo apostado pelo legislador prevalece no sistema alemão, sem que perquiramos sobre o valor do bem jurídico tutelado, a natureza do ilícito ou a severidade da sanção.

Na América Latina, o Código de Processo Penal federal da Argentina, promulgado em 04/09/1991, inscreve, no art. 1º, a proibição de nova perseguição, pelo mesmo fato, sem qualquer referência à coisa julgada. O art. 4º do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América proclama: “Ninguém poderá ser perseguido penalmente mais de uma vez pelo mesmo fato.”

O Peru segue a linha do Tribunal Constitucional espanhol. Reconhece, assim, conteúdos materiais e processuais ao *ne bis in idem* entre as esferas penal e administrativa, com fundamento nos princípios da legalidade e proporcionalidade. Ademais, adota os critérios da identidade de sujeito, fato e interesse ou bem jurídico para identificar os casos em que a garantia deva incidir. Com efeito, o art. 230, n. 10, da Ley 27444/2001 (Lei do procedimento administrativo geral peruana) assim dispõe: “*No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena e una sanción por el mismo hecho em los casos em que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento*”. Também o art. III do Código de Processo Penal peruano, de 2004, prevê: “*Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.*”.

No Brasil, o princípio do *ne bis in idem* não tem previsão expressa na Constituição Federal<sup>211</sup>, mas acaba por ingressar no ordenamento jurídico por força do art. 5º, § 2º, da Carta Magna, c.c. o art. 8º, inc. 4 do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana de Direitos Humanos), do art. 14.7 do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU), e do art. 20 do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 (Estatuto de Roma).

---

<sup>211</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, pp. 11-75, p. 12.

A partir desse escorço, é razoável afirmar que a exceção do *ne bis in idem* é reconhecida como uma máxima universal<sup>212</sup> do direito internacional dos direitos humanos, assenhoreada por, e eminentemente aplicada ao direito penal e processual penal<sup>213</sup>.

Resta indagar sobre o seu conteúdo.

O aforisma *nemo debet bis vexari* ou *bis de eadem re ne sit actio*, do Direito romano, conhecido no Direito alemão como *Erledigungsprinzip*, e no Direito anglo-saxônico como *double jeopardy prohibition*, no Direito francês como *la chose jugée au criminel sur le criminel*, e no Direito neozelandês como *una via*, proíbe a duplicidade de processos. De outra parte, o adágio *nem debet bis puniri pro uno (delicto)*, conhecido em outros ordenamentos jurídicos como *Anrechnungsprinzip*, às vezes referido como *accounting principle* ou princípio do *set-off*, veda a duplicidade de punição, em ambos aspectos, pelo mesmo fato, conduta ou ilícito.

A garantia do *ne bis in idem*, portanto, compreende dois significados: o primeiro, segundo a qual ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato; o segundo, expressa que ninguém pode ser punido duas vezes pela mesma conduta. Apresenta-se, pois, sob duas vertentes: uma vertente processual e outra penal. A vertente processual do *ne bis in idem*, ao seu turno, abarca o direito de não ser indiciado e de não ser processado duas vezes pelo mesmo fato. As três vertentes são designadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos como *threefold distinction*.

O *Erledigungsprinzip* e o *Anrechnungsprinzip* formam dois aspectos diferentes que se sobrepõem, ambos baseados na equidade e na segurança jurídica. A sobreposição existe porque a proibição contra a dupla persecução, evidentemente, também previne contra a dupla punição em processos sancionatórios distintos, o que conduz a um dilema: o primeiro aspecto proíbe a duplicidade de processos sancionatórios pelo mesmo fato, ao passo que o segundo pressupõe a sua existência. Por isso, a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus identifica o *ne bis in idem* somente com o *Erledigungsprinzip* (a proibição contra o duplo processo).

A doutrina europeia diverge sobre o conteúdo do *ne bis in idem*, isto é, sobre se deve abranger ou não o *Anrechnungsprinzip*<sup>214</sup>. Bas van Bockel conclui que a única razão de

---

<sup>212</sup> BASSIONI, Mahmoud Cherif. *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*. Milão: Giuffrè, 1985, p. 322.

<sup>213</sup> HENDLER, Edmundo S. Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales e procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, pp. 131-148, p. 131.

<sup>214</sup> Bas van Bockel sintetizou o dissenso na doutrina europeia: “Various authors hold diferente views on this point. Vervaele views the two as diferentes expressions of the same fundamental principle. Spinellis only remarks that in criminal justice systems, the ne bis in idem principle ‘appears mainly in its negative form’; the



serem tratados indissociavelmente reside na fórmula empregada pelos tratados internacionais e por ordenamentos legais nacionais, como a CEDH, o Tratado de Roma e o Direito holandês, que prescrevem literalmente que “ninguém deve ser processado ou punido novamente [...]” Isso ocorre porque, em sua origem, alguns ordenamentos jurídicos nacionais já concebiam a garantia voltada ao processo penal como uma proibição contra a *reformatio in pejus* e a revisão *pro societate*, enquanto outros ordenamentos jurídicos a concebiam como proibição contra a dupla punição pelo mesmo fato. Já os redatores dos instrumentos internacionais não quiseram criar uma obrigação para os Estados-membros de terem que alterar os seus códigos para harmonizá-los com os diplomas internacionais nesse ponto<sup>215</sup>.

Da vertente penal tratou Helena Regina Lobo da Costa em tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no concurso de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, em 2013<sup>216</sup>.

---

*Erledigungsprinzip is by far more common amongst states. Van den Wyngaert and Stessens only mention the Erledigungsprinzip at all, whereas Daniels only mention the Anrechnungsprinzip. Schomburg simply observes that, in reference to the ne bis in idem principle, the concepts of the protection against double prosecution and that against double punishment are in practice used interchangeably. Wils remarks that the ne bis in idem principle consists of both the protection against double punishment as well as that against double prosecution. Contrarily, Van der Wilt expressly views only the Erledigungsprinzip as the ne bis in idem principle ‘proper’, but does not go into the nature of the Anrechnungsprinzip. Trechsel and Bartsch leaves the matter aside altogether. Fletcher does not mention the issue as such but emphasizes the problem of multiple prosecutions rather than of multiple penalties.” (BOCKEL, Bas van. *The ne bis in idem principle in EU law*. Holanda: Wolters Kluwer, 72 European Monographs, 2010, p. 34).*

<sup>215</sup> “There are therefore several arguments in favour of treating the Anrechnungsprinzip as a principle distinct from the ‘true’ ne bis in idem principle. The only argument to the contrary would seem to be that in many cases, ne bis in idem rules in national law level reveal some characteristics of both principles, either in wording or in the way that they are applied in practice. [...] Furthermore the wording of Articles 14 (7) ICCPR, art 4P7 ECHR, and Article 50 of the Charter appears to have foreseen the possibility of joint application of the two principles, where the provisions stipulate that ‘no one shall be liable to be tried or punished again’ (etc). Out of the existing ‘international’ ne bis in idem provisions presented in this study, only Article 54 CISA clearly and unambiguously sides with the Erledigungsprinzip stating that ‘a person [...] may not be prosecuted’ (etc). [...] It is remarkable, given its simplicity, that this issue so-far appears to have received little or no attention in legal writing. These observations also reveal a problem in the wording of Articles 14(7) ICCPR, Article 4P7 ECHR, and Article 50 of the Charter (‘no one shall be liable to be tried or punished again’). It is not difficult to imagine how the wording of these provisions came about on this point. It should be borne in mind that Articles 14(7) ICCPR and 4P7 ECHR were drafted with existing national systems of criminal law in mind. In all those national systems of criminal law, a ne bis in idem rule in some form already existed, either in the form of the Erledigungsprinzip, or in that of the Anrechnungsprinzip. It I therefore understandable that the draftsmen sought to provide a minimum standard covering both situations, without creating a direct obligation for the parties to these conventions to change their national systems of criminal law and criminal procedure on this point.” (BOCKEL, Bas van. *The ne bis in idem principle in EU law*. Holanda: Wolters Kluwer, 72 European Monographs, 2010, pp. 35-36).

<sup>216</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (concurso de livre-docência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUS. São Paulo, 2013.

Em 2018, foi aprovada a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público e, entre outras disposições, acrescentou o art. 22, § 3º, com a seguinte redação:

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. [...] § 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Ao tempo do advento do novel diploma, o art. 8º do Código Penal já continha disposição semelhante (“Art. 8º. A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.”).

Valendo-se de analogia ao dispositivo contido no estatuto penal, acredita-se que a expressão “sanções de mesma natureza”, contida no art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) deve ser entendida como “sanções da mesma espécie” porque não há como subtrair valores de grandezas diferentes.

Sanções da mesma espécie impostas em diferentes processos sancionatórios instaurados perante um mesmo Poder ferem o *ne bis in idem*, inclusive em sua vertente processual, que se antecipa à punição para evitar, em favor do acusado, o constrangimento e o custo do processo sancionatório dúplice.

A respeito da vertente processual, Helena Regina Lobo da Costa explica que “a garantia processual vai além, pois se adianta ao momento da imposição da sanção, afastando também a sujeição ao duplo processo, que configura um ônus desnecessário”<sup>217</sup>.

Além disso, a garantia processual do *ne bis in idem* também assegura que a pessoa absolvida num processo punitivo, mesmo não tendo, pois, sofrido nenhuma punição, não possa mais ser julgada pelo mesmo fato em outro processo de mesma natureza, como esclarece Santiago Ottaviano:

*[...] la vertente procedimental del ne bis in idem tiene una considerable autonomía sustancial, pues opera en supuestos en los que no hay ninguna posibilidad de doble punición. Por ejemplo, tal es el caso de la persona absuelta o sobreseída en un proceso penal. A ella no se le ha impuesto pena, y por lo tanto la que se le fije en un procedimiento posterior jamás*

---

<sup>217</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo... Op. cit.*, p. 209.

*podría ser considerada 'doble sanción', aunque este nuevo proceso verse sobre idénticas circunstancias fácticas*<sup>218</sup>.

Não há dúvida de que esse aspecto da garantia considera o próprio processo como uma sanção<sup>219</sup>.

A proibição contra a instauração de múltiplos processos sancionatórios não constitui apenas uma garantia ao réu, evitando-lhe o custo de várias defesas e o constrangimento das múltiplas acusações, mas, também, garante maior efetividade ao processo, evitando decisões conflitantes e sustentando eficiência ao aparelho punitivo estatal.

Em sua vertente processual, o *ne bis in idem* veda a instauração de processos judiciais sancionatórios, de caráter penal ou não penal, antecipando a garantia contra múltiplas punições. Se, também, evita a concomitante ou subsequente instauração de outros processos sancionatórios perante os demais Poderes é questão que deve ser analisada à luz do princípio federativo e do princípio [constitucional] da separação de Poderes que constitui, inclusive, cláusula pétrea<sup>220</sup>.

A observação de que a separação de Poderes restringe a aplicação da vertente processual do *ne bis in idem* não diminui a assertividade da conclusão de Helena Regina Lobo da Costa, no sentido de que

Ao se aumentarem os espaços de sobreposição das instâncias, acolhendo-se a previsão de sanções administrativas e penais mais graves, passa-se a notar, cada vez mais claramente, a existência de reação estatal excessiva. Além disso, a aproximação dos sistemas faz com que suas sanções se aproximem, ostentando finalidades tão semelhantes que não se pode mais distinguir traços exclusivos de uma ou de outra. E a finalidade da sanção, conforme visto, plasmou-se como um importante critério para a identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in idem*<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> OTTAVIANO, Santiago. *Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge; LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolas D. (Coords.). *Derecho penal empresario*. Montevideo: B. de F., 2010, pp. 739-797.

<sup>219</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo... Op. cit.*

<sup>220</sup> BRASIL. (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. (Arts. 2º e 60, § 4º, inc. III).

<sup>221</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo... Op. cit.*, pp. 208-209.

## 2.2 DISTINÇÃO

### 2.2.1 *Ne bis in idem* versus coisa julgada

O *ne bis in idem* e a proibição da *double jeopardy* não têm equivalência aos institutos da litispendência e da coisa julgada. As duas garantias compreendem, mas não se exaurem na litispendência e na coisa julgada.

A distinção é mal compreendida e a equiparação conceitual é comum. Como observa Rogério Schietti Machado Cruz, “a similitude de funções torna tentadora a proposta de se confundir os dois institutos com a *res judicata*”<sup>222</sup>.

Parte da doutrina identifica o *ne bis in idem* com as exceções da coisa julgada e litispendência. Por outra volta, Mahmoud Cherif Bassiouni sustenta que o conceito de coisa julgada constitui o fundamento da defesa da *double jeopardy*<sup>223</sup>. Alguns autores sustentam que a vedação ao *bis in idem* deriva da coisa julgada, uma vez que a sentença definitiva impede a reiteração de processos punitivos relativos aos mesmos fatos<sup>224</sup>. Por sua vez, Tomás Cano Campos defende que a coisa julgada é que se fundamenta no *ne bis in idem* e não o inverso<sup>225</sup>.

Outra parte da doutrina traduz o *ne bis in idem* como efeito da coisa julgada. Nesse último sentido, há quem sustente que a proibição do *bis in idem* se apresenta como um dos efeitos da coisa julgada (sua eficácia negativa), ao lado da executividade da sentença e da sua imperatividade ou obrigatoriedade (eficácia positiva)<sup>226</sup>. Outros autores defendem que a proibição do *ne bis in idem* constitui o único efeito da coisa julgada (sua eficácia negativa), porque a coisa julgada penal “só produz efeitos preclusivos e negativos”<sup>227</sup> na medida em que, quando se opõe à exceção da coisa julgada, “não se pretende que a nova sentença se adapte ao conteúdo da primeira, senão se declare inadmissível a pretensão punitiva já decidida e que se pretende fazer valer em um novo processo penal”<sup>228</sup>.

<sup>222</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2007, p. 33.

<sup>223</sup> BASSIOUNI, Mahmoud C. *Diritto penale degli Stati Uniti d’America*. Milão, Italy: Giuffrè, 1985, p. 332.

<sup>224</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 474.

<sup>225</sup> CAMPOS, Tomás Cano. *Non bis in idem, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador*. *Revista de Administración Pública*. Madri, n. 156, set./dez. 2001, pp. 191-249, p. 201. Disponível em: <http://www.cepc.es/es>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>226</sup> LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Nápoles, Italy: Casa Editrice Dr. Eugenio Jovene, 1961, p. 347.

<sup>227</sup> ROSA, Antônio José M. Feu. A coisa julgada penal. *Revista Forense*, ano 86, v. 311, jul./ago./set. 1990, pp. 307-312.

<sup>228</sup> FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Barcelona: Labor, v. II, 1952, p. 551.

Mariano Bertelotti aponta que, sob a ótica do processo civil, é equívoca a tentativa de compreender a aplicação do *ne bis in idem* tendo como referência o instituto da coisa julgada. Para ele, enquanto a estabilidade da coisa julgada, em matéria processual civil, se baseia na presunção absoluta de verdade da sentença, no processo penal o *ne bis in idem* deve atuar como garantia constitucional “com a qual se quer proteger, mais do que a estabilidade da sentença, a liberdade dos cidadãos”<sup>229</sup>. Há quem distinga coisa julgada penal de coisa julgada cível: a primeira consistiria na inalterabilidade de um fato naturalístico, ao passo que a segunda seria a qualidade da imutabilidade do comando que emerge da sentença em relação ao fato principal<sup>230</sup>.

Entende-se, porém, mais acertado o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover:

Autores há que negam a mesma natureza à coisa julgada civil e penal [...]. Todavia, é realmente idêntica a natureza da coisa julgada, quer no processo civil, quer no penal, como ainda desnecessária a distinção da coisa julgada penal por ser a sentença condenatória ou absolutória. Tanto a sentença penal condenatória como a civil de mérito podem ser rescindidas, após a coisa julgada, nos casos excepcionais previstos [...] <sup>231</sup>.

O *ne bis in idem* não se confunde com a coisa julgada na medida em que “é mais amplo e mais ambicioso do que o instituto processual da coisa julgada”, porque “o princípio do *non bis in idem* ostenta a funcionalidade geral nos processos punitivos, não se restringindo ao âmbito judicial ou administrativo, promovendo, inclusive, interface entre ambos”, embora se reconheça que os dois institutos estão ligados à preservação de valores comuns<sup>232</sup>.

Os institutos da litispendência e da coisa julgada pressupõem ações idênticas.

No processo civil, duas ações são tão idênticas quanto idênticos forem os seus elementos: partes, pedido e causa de pedir<sup>233</sup>. Não basta a identidade da causa remota de pedir (fatos ou *fundamentos fáticos* do pedido), mas, também, é necessária para invocação das exceções de litispendência e coisa julgada, a identidade da causa próxima de pedir (*fundamentos jurídicos* do pedido). A propósito:

<sup>229</sup> BERTELOTTI, Mariano. El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comprada. In: HENDLER, Edmundo (Org.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2001, p. 127.

<sup>230</sup> RANGEL, Paulo A. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 160-161.

<sup>231</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 306.

<sup>232</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo... Op. cit.*, pp. 330-334.

<sup>233</sup> “Art. 337. [...] § 2º. Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” (BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)).

Referindo-se à litispendência e à coisa julgada, nosso Código de Processo Civil dispõe que ‘uma ação (*rectius*: uma causa) é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, § 2º) [do CPC de 1939, que corresponde ao art. 337, § 2º, do CPC de 2015)].’ [...]. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de ‘causa remota’ do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de ‘causa próxima’ do pedido. Para que sejam duas causas tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa próxima como a remota<sup>234</sup>.

No processo penal, a doutrina majoritária defende que a identidade de demandas pressupõe apenas a identidade do réu e do fato naturalístico (causa de pedir remota). A propósito:

No processo penal, contudo, quanto à identidade de partes, pouco importa se o autor é o Ministério Público ou um acusador privado, bastando a identidade de acusado. De outro lado, com relação à causa de pedir, bastará que haja identidade do fato naturalístico imputado, em seu dado essencial, pouco importando a sua qualificação jurídica. Ou seja, a mudança do título do crime não atinge a coisa julgada. Por fim, no tocante ao pedido, como ele é sempre genérico – de condenação do acusado às penas previstas em lei –, tal dado não tem maior relevância. Em suma, há identidade de demandas, no processo penal, quando ambas tiverem o mesmo acusado e for imputado o mesmo fato naturalístico<sup>235</sup>.

A perseverar tal orientação – majoritária na doutrina –, que exclui o fundamento jurídico da demanda penal na análise de sua identidade, caberia, em tese, reconhecer a coisa julgada entre a ação penal e as ações punitivas não penais (v.g. ação de improbidade administrativa, ação popular e ação judicial-administrativa sancionatória fundada na Lei Anticorrupção<sup>236</sup>) ajuizadas contra o mesmo réu e pelo mesmo fato. Isto porque, desde a reforma operada no Código de Processo Penal, em 2008, à luz da nova redação do art. 387, inc. IV, dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 – que possibilitou a formulação de pedido de reparação dos danos causados pela infração penal no bojo da ação penal –, não se

<sup>234</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2008, p. 70.

<sup>235</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 332-333. No mesmo sentido: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 1, 1954, p. 54; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2011, p. 700 e 709; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 299.

<sup>236</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Lei anticorrupção. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**

vislumbra mais o pedido como elemento distintivo das ações penal e de improbidade administrativa.

Acredita-se que as ações punitivas (penal, civil e administrativa) que versem sobre um mesmo fato, relativas ao mesmo agente, não sejam idênticas, mas, sim, semelhantes, pois diferem, justamente, quanto à causa de pedir próxima, isto é, o fundamento jurídico da causa de pedir, que encampa a legalidade, a tipicidade, a proporcionalidade e o regime jurídico a que se submetem.

O princípio do *ne bis in idem*, em sua vertente processual, opera justamente nessas hipóteses: não somente em relação a demandas idênticas, mas, também, entre causas semelhantes, concomitantes ou sucessivas; e, em sua vertente material, contra múltiplas punições.

Em seu aspecto processual, “a proibição de novo julgamento não é assegurada tão somente pela *exceptio rei judicati*, mas por qualquer instrumento processual idôneo a demonstrar a litispendência ou o anterior trânsito em julgado de uma causa penal<sup>237</sup>. E mais: qualquer instrumento processual idôneo a demonstrar a concomitância ou o anterior trânsito em julgado de uma causa punitiva.

Ademais, mesmo que as ações penais sejam idênticas, se houve julgamento de mérito, mas, apesar disso, a coisa julgada não se formou, em razão de um vício que torna inexistente o primeiro processo, o *ne bis in idem* atua para evitar uma segunda persecução.

Logo, a respeito da garantia processual do *ne bis in idem* ser mais abrangente que a da coisa julgada, percebe-se que ela tem maior densidade em relação a esta, como destaca Ada Pellegrini Grinover:

É certo que o *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa. E que, na hipótese de sentença juridicamente inexistente, não se forma a coisa julgada. Mas, no terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo valores supremos do indivíduo – vida, liberdade, dignidade –, o *ne bis in idem* assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP. São Paulo, 2007, p. 35.

<sup>238</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 59.

Entre duas ações penais idênticas, ou duas ações civis idênticas, ou ainda entre ações administrativas sancionatórias que versem sobre um mesmo fato, relativas ao mesmo agente, é possível falar em litispendência ou coisa julgada. Contudo, entre ações penal, civil e administrativa punitivas, a falta de identidade entre elas afasta as exceções da litispendência e da coisa julgada, porque mesmo que haja identidade do fato naturalístico, do sujeito passivo, do bem jurídico tutelado e do pedido, os fundamentos jurídicos são distintos porque os atos ilícitos penal, civil e administrativo e suas respectivas penas se encontram tipificados em diferentes estatutos, e a observância da legalidade tem amparo constitucional (CF/88, art. 5º, inc. XXXIX). É justamente nessas causas semelhantes, instauradas a partir da propositura de ações punitivas conexas que incide o princípio do *ne bis in idem* e a cláusula da *double jeopardy*, as quais não se confundem com as exceções da litispendência e da coisa julgada, embora também as abarquem.

Entre demandas semelhantes não há que se falar em litispendência ou coisa julgada, mas, sim, em conexão ou continência. A garantia contra a multiplicidade de ações punitivas não reside somente na certeza e na segurança jurídica asseguradas pelos institutos da litispendência e da coisa julgada, mas, também, na proibição contra o *bis in idem*.

A conexão e a continência, apesar de não ditarem regras de competência, podem alterar tais regras previstas em lei. São, pois, causas de modificação das regras de divisão da jurisdição. Logo, entre demandas punitivas instauradas perante jurisdições diversas, as regras de conexão e continência recomendariam a reunião dos processos perante um só juiz ou tribunal, a fim de que tivesse a perfeita visão do quadro probatório e, com isso, se evitasse a prolação de sentenças conflitantes.

Ocorre que a função de julgar ações punitivas de diversos caracteres é distribuída entre juízes, varas e instâncias que exercem competência material e por prerrogativa de função distintas. Disso resulta a possibilidade de instauração de ações punitivas perante juízes e instâncias distintas, sem a possibilidade de reunir os processos num só, o que, apesar de imperfeito do ponto de vista da eficiência da administração da Justiça, abre ensanchas à prolação de decisões conflitantes.

A conexão apontada no elenco das defesas processuais pelo art. 337, inc. VIII, do Código de Processo Civil, deve ser compreendida não apenas no escopo de propiciar a reunião de ações conexas num mesmo *simultaneous processus*, mas, também, de invocar justamente a incidência da garantia do *ne bis in idem*, em seu aspecto processual, que obsta à instauração e ao processo de múltiplas ações punitivas.



A instauração de processos, todavia, e a tramitação de demandas *judiciais* punitivas de caracteres diversos, concomitantes ou subsequentes, viola a garantia do *ne bis in idem*.

O exercício do *jus puniendi* pelo Estado-juiz impede a imposição de pena em outro processo judicial punitivo, qualquer que seja a sua natureza, por força da vertente material do *ne bis in idem*, cuja incidência deve ser antecipada para impedir a instauração do segundo processo punitivo, com fundamento na vertente processual da mesma garantia.

Se, a despeito da violação da garantia do *ne bis in idem*, é possível ou não a instauração e a tramitação, concomitante ou subsequente, de um processo judicial e outro processo sancionador não judicial sobre um mesmo fato, contra o mesmo agente, é questão que deve ser analisada à luz do princípio constitucional da separação de Poderes e das competências constitucionais.

A desnaturação do processo civil – que passou a ser utilizado, também, para fins punitivos – coloca em dúvida a adequação e suficiência das regras processuais hoje existentes no ordenamento jurídico pátrio para solucionar o problema da sobreposição de ações punitivas sobre um mesmo fato.

Impõe-se escrutinar como se relacionam e se comunicam ações punitivas de matizes diversos, de modo a evitar a tramitação conjunta ou sucessiva, que violaria a garantia do *ne bis in idem*.

A CIDH, como adiante se verá, ainda não aplicou o *ne bis in idem* fora dos limites do processo penal, mas não é desarrazoado crer que, se a questão da sobreposição de processos punitivos de matizes diversos lhe for levada à apreciação, colherá subsídios na experiência europeia, que a tem apreciado há quase meio século.

Evidentemente a jurisprudência das Cortes europeias não vincula o sistema judiciário brasileiro, mas não se pode desmerecer sua inegável contribuição na busca de uma maior racionalização do sistema punitivo brasileiro.

A experiência europeia revela que o dogma da independência das esferas penal, civil, administrativa, administrativo-disciplinar e política é flexibilizado, quando compatibilizado com a garantia universal do *ne bis in idem*, mais forte e mais ampla que a da coisa julgada.

### **2.2.2 *Double jeopardy prohibition clause* (V Emenda)**

A *double jeopardy prohibition clause* está prevista na V Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (a do *due processo law*), nos seguintes termos: “ninguém será submetido duas vezes ao risco de perder a vida ou membro pelo mesmo delito”, previsão

que, modernamente, desaparecidas as penas corporais, é interpretada como perigo de privação da liberdade<sup>239</sup>.

A cláusula remonta às exceções da *auterfois acquit* (anteriormente absolvido) e *autrefois convict* (anteriormente condenado), baseadas na máxima universal da *common law* inglesa de que “*no man is to be brought into jeopardy of his life, more than once, for the same offence*”<sup>240</sup>. A referida cláusula abarca não somente a dupla proteção contra múltiplos processos e punições por um mesmo fato, como, também, a dupla proteção contra um novo processo após uma absolvição e um novo processo subsequente a uma condenação pelo mesmo fato<sup>241</sup>.

Conquanto prevista na V Emenda desde 1789, somente em 1969, no caso *Benton v. Maryland*<sup>242</sup>, a Suprema Corte estendeu a garantia aos Estados em função da interpretação dada à XIV Emenda (a dos *equal rights*), sendo prevista, ademais, na Constituição de todos os Estados norte-americanos, à exceção de cinco deles, em que, sem embargo, ao menos na Carolina do Norte, é reconhecida pela Suprema Corte Estadual.<sup>243</sup>

Na doutrina anglo-saxônica, duas teorias se formaram a respeito da origem da proibição da *double jeopardy*: alguns autores sustentam que ela teve origem no Direito romano; outros, preferem analisá-la a partir de sua origem inglesa, apontando como precedente mais remoto o caso *Thomas a'Becket* (arcebispo de Canterbury) *v. Henry II*, decidido em 1170<sup>244,245</sup>.

A Magna Carta de 1215, contudo, nada dispôs a respeito.

A partir do meado do século XVII, na Inglaterra, quando o processo penal se tornou eminentemente publicístico, instaurado de ofício pelo rei, as institutas de Edward Coke, publicadas em 1641 e 1644, disciplinaram as *pleas of autrefois acquit, autrefois convict* e

<sup>239</sup> “[...] nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; [...]” (V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte) (UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. United States Senate (original text). Available in: <https://www.senate.gov>).

<sup>240</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, 1772 (reimpresso em 1967), p. 335.

<sup>241</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England...Op. cit.*, p. 329.

<sup>242</sup> US SUPREME COURT. *Benton v. Maryland*: 395 U.S. 784, 1969. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**

<sup>243</sup> STEWART ELLIOTT, F. *Constitutional Law – double jeopardy and the fourteenth amendment*. 7 University of Miami Law Review 576, 1953, p. 577. Vide também: RUDSTEIN, David S. *A brief history of the fifth amendment guarantee against double jeopardy*, 14 Wm. & Mary Bill Rts., j. 193, p. 233, nota de rodapé 374, no sentido de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que a garantia da *double jeopardy* vincula os cinco Estados que não a contemplaram expressamente em suas respectivas Constituições, porque está compreendida na garantia do devido processo legal, prevista na XIV Emenda.

<sup>244</sup> Henry II queria processar perante as Cortes inglesas um membro do clero pelo homicídio de um cavaleiro, que tinha sido absolvido pelo mesmo crime pela Justiça eclesiástica.

<sup>245</sup> Para um estudo mais aprofundado da evolução da proteção contra a *double jeopardy* no Direito anglo-saxônico, vide: RUDSTEIN, David S. *A brief history of the fifth amendment guarantee against double jeopardy*. 14 Wm. & Mary Bill Rts., j. 193, 2005.

*pardon*, e estabeleceram as bases para a *double jeopardy*, inclusive seu conceito e sua importância.

No final do século XVII, a jurisprudência das Cortes inglesas cuidou de delinear o conteúdo da garantia. No caso *King v. Read*, a Corte inglesa vedou a instauração de um novo processo após a absolvição. Similarmente, no caso *Rex v. Hutchinson*, decidiu que uma absolvição em outro país impedia a instauração de novo processo pelo mesmo crime na Inglaterra; e, no caso *The King v. Perkins*, proibiu a prática frequente de destituição do júri (*dismissal*) quando a absolvição se mostrava iminente e provável, de modo a permitir à acusação reunir maiores elementos de informação para a instauração de um novo processo (*stronger case in a new trial*).

Nos Estados Unidos da América, anterior à V Emenda, a primeira Colônia a positivar a garantia foi a de Massachusetts, cuja *Body of Liberties* de 1641, contendo a cláusula “*no man shall be twice sentenced by Civil Justice for one and the same crime, offence, or trespass*”, serviu de modelo às demais Colônias.

A primeira Constituição Estadual a incorporar a proteção contra *double jeopardy* – atualmente prevista nas Constituições de todos os Estados americanos, exceto cinco – foi a de New Hampshire, em 1784, que dispunha que “*no subject shall be liable to be tried, after an acquittal, for the same crime or offence.*”

Em 1790, a Pensilvânia ratificou nova Constituição, contendo cláusula que previa que “*no person shall, for the same offence, be twice put in jeopardy of life or limb*”, ou seja, a mesma fórmula adotada pela V Emenda.

As Cortes de diversas colônias e, após a independência, também as dos Estados americanos reconheceram a proibição contra a *double jeopardy*<sup>246</sup>.

A Constituição de Thomas Jefferson, em sua versão originária, não continha nenhuma *bill of rights*. Em 1787, a proposta apresentada por James Madison contemplava uma emenda com a seguinte redação: “*no person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or one trial for the same offense*”, que foi substancialmente alterada durante a sua tramitação, resultando na atual V Emenda. A cláusula da proibição contra *double jeopardy* passou a ter o seguinte teor: “[*no person shall be twice put in jeopardy for life or limb*]” (mesma fórmula utilizada pela Constituição da Pensilvânia, de 1790), sendo ratificada em 1791.

---

<sup>246</sup> RUDSTEIN, David S. *Double jeopardy: a reference guide to the United States Constitution*. Westport, Connecticut: Praeger, 2004, pp. 1-15.

A ideia subjacente à garantia foi delineada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1873, no julgamento do caso *Ex Parte Lange*, em que ficou assentado o seguinte: “se existe alguma coisa estabelecida na jurisprudência da Inglaterra e dos Estados Unidos é que ninguém pode ser licitamente punido duas vezes pela mesma ofensa.” E, mais adiante, a decisão acrescentou que a proteção se estendia tanto a evitar punições subsequentes pela mesma ofensa quanto sucessivos processos criminais. Tal ideia foi apurada pelo juiz Stevens, da Suprema Corte americana, em seu voto vencedor proferido no caso *Hudson*, citando o acórdão de 1957, referente ao caso *Green v. United States*:

*The State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity*<sup>247</sup>.

As quatro proteções essenciais abrangidas pela garantia da proibição contra a *double jeopardy* consistem na proibição: 1) de ser novamente submetido a julgamento após uma absolvição; 2) de ser novamente submetido a julgamento após uma condenação; 3) de ser novamente submetido a julgamento após certos *mistrials*; e 4) de múltiplas punições pela mesma *offense*.

A fórmula constitucional arcaica rendeu espaço a interpretações dúbias quanto aos limites da garantia.

Desde longa data, a doutrina norte-americana tem criticado a vagueza e a indeterminação da cláusula da *double jeopardy*<sup>248</sup>. A razão disso reside no fato de que, por

<sup>247</sup> *Hudson v. United States*, 118 S. Ct., p. 499, citando o caso *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 187, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1957. Sobre a história do desenvolvimento da regra da *double jeopardy* na *common law*: FRIEDLAND, Martin. *Double jeopardy*, 1969, pp. 5-15; HUNTER, Jill. The development of the rule against double jeopardy. *Journal of Legal History*, v. 5, n. 3, 1984; SIGLER, Jay A. A history of double jeopardy. *American Journal of Legal History*, v. 7, 1963; KIRK, Manon. Jeopardy during the period of the Year Books. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 82, 1934, p. 602; e THOMAS III, George C. *Double jeopardy*. The history, the law. New York: NYU Press, 1998, pp. 71-86.

<sup>248</sup> COGAN, Neil H. *The complete Bill of Rights: the drafts, debates, sources and origins*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997, pp. 297-314; FRIEDLAND, Martin L. *Double jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969, pp. 1-16; HUNTER, Jill. The development of the rule against double jeopardy. *Journal of Legal History*, v. 5, n.º 3, 1984, pp. 3-19; RUDSTEIN, David S. *Double jeopardy: a reference guide to the United States Constitution*. Westport, Connecticut: Praeger, 2004, pp. 1-15; e SIGLER, Jay A. *Double jeopardy: the development of a legal and social policy*. Ithaca, Nova Iorque: Cornell University Press, 1969, pp. 1-37. Sobre a vagueza e indeterminação da cláusula, em 1953, F. Stewart Elliot, então professor de Direito Constitucional da Universidade de Direito de Miami escreveu: “*The original concept of double jeopardy has been so abridged, misconstrued and distinguished by learned justices today the terms mean little or nothing, at least as to the 14<sup>th</sup> Amendment. Therefore, is submitted that but one conclusive can be drawn – that double jeopardy is no longer a distinguishable element in this area of our federal rights. Rather, it is a vague concept to be considered in determining whether the defendant has been given a “fair trial” as that concept has been developed in the 14<sup>th</sup> Amendment.*” (ELLIOT, F. Stewart. *Constitutional Law – double jeopardy and the fourteenth amendment*. *University of Miami Law Review*, v. 7, n. 4, 1953, pp. 577-578).

carecerem “as ciências penais (*lato sensu*) nos Estados Unidos, tanto no meio acadêmico quanto na legislação penal, [...] de maior desenvolvimento científico”<sup>249</sup>, a cláusula da *double jeopardy* tem sido usada pelos Tribunais para resolver questões que, no Brasil, são reguladas pelos princípios regentes do conflito aparente de normas (especialidade, subsidiariedade e consunção); pelo Enunciado 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>250</sup>; pelas regras de conexão e continência previstas nos arts. 76 a 82 do Código de Processo Penal; pelos institutos da litispendência, da coisa julgada material e formal; pela inexistência de *reformatio in pejus* e de revisão criminal *pro societate*; pela nulidade do processo e a preclusão *pro judicato*; e pelas regras de concurso de crimes (material e formal), continuidade delitiva e unificação de penas.

As maiores preocupações havidas na jurisprudência norte-americana que, de uma maneira geral, atraem a incidência da garantia, dizem respeito ao fatiamento de acusações<sup>251</sup>, à doutrina da dupla soberania entre os Estados e a Federação<sup>252</sup>, à proibição contra a *reformatio in pejus* (que não existe no processo penal norte-americano)<sup>253</sup> e, por fim, a certos casos de *mistrial*<sup>254</sup>, em que, conquanto a solução mais adequada for a absolvição por

<sup>249</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no Direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP. São Paulo, 2007, p. 80.

<sup>250</sup> “Súmula 122. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 122*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_8\\_capSumula122.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula122.pdf)).

<sup>251</sup> Há grande preocupação na doutrina e na jurisprudência norte-americana quanto ao cabimento de multiplicidade de ações penais por crimes cometidos dentro de um mesmo contexto fático (que, no Brasil, se resolveria pelas regras de conexão e continência e de concurso de crimes). No paradigmático caso *Ciucci v. Illinois*, julgado em 1958, um indivíduo matou a mulher e três crianças mediante disparos de arma de fogo e incêndio ateadado ao prédio onde as vítimas moravam. A acusação promoveu quatro ações penais sucessivas – uma para cada vítima –, até que, na última, conseguiu a condenação do réu à pena de morte. Em seu voto dissidente, o juiz William O. Douglas censurou o fatiamento da acusação com o objetivo de se alcançar o resultado pretendido, o que, no seu entendimento, teria configurado “uso indecoroso e vexatório do processo penal” e flagrante violação ao devido processo legal e à XIV Emenda. Além da questão do fatiamento de acusações, também coube à jurisprudência distinguir entre vários crimes praticados mediante uma única ação e crimes cometidos dentro de um mesmo contexto fático (questão que, no Brasil, é resolvida pelas regras de concurso formal e continuidade delitiva, previstas nos arts. 70 e 71 do Código Penal, e de unificação de penas, competência afeta à execução penal).

<sup>252</sup> Segundo a teoria da dupla soberania, os Estados são soberanos para promoverem ações penais, não se lhes podendo opor a exceção do *ne bis in idem*.

<sup>253</sup> No caso *North Caroline v. Pearce*, julgado em 1969, a Suprema Corte decidiu que nem a cláusula da *double jeopardy* e nem a cláusula da *equal protection* representam obstáculo absoluto ao agravamento da pena em segunda instância. A Corte ponderou, contudo, que feria a exigência de equidade e o devido processo o sistemático agravamento da pena em todas as condenações como forma de punir a defesa pela interposição de recursos manifestamente infundados. (US SUPREME COURT. *North Carolina v. Pearce*, 395 US 711, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/711/>).

<sup>254</sup> O processo penal norte-americano conhece quatro tipos de sentenças: absolutória, condenatória, *dismissal* e *mistrial*. A *dismissal* equivale a uma absolvição, por insuficiência probatória, sem julgamento de mérito, mas tem efeito preclusivo, que impede a instauração de um novo processo penal mesmo crime. Já a de *mistrial* – que atrai a questão sobre a incidência da *double jeopardy clause* – consiste na extinção do processo sem

insuficiência probatória, a Suprema Corte, por vezes admite novo julgamento à luz da doutrina da *manifest necessity*. De fato, um dos critérios utilizados pela Suprema Corte para definir se um novo processo pode ser instaurado após um *mistrial* é a verificação da “manifesta necessidade” de a decisão encerrar o processo anterior sem o julgamento de mérito<sup>255</sup>.

Quanto ao âmbito de incidência da *double jeopardy* no processo penal, os tribunais norte-americanos têm reconhecido que a garantia se aplica não somente a crimes idênticos, do ponto de vista técnico ou formal, mas, também, a crimes semelhantes e até mesmo a crimes conexos. De fato, os critérios utilizados para determinar a aplicabilidade da exceção da *double jeopardy* são de duas categorias: i) identidade ou semelhança dos elementos do crime, e ii) identidade de elementos ou meios de prova (que equivaleria, entre os juristas brasileiros, à conexão instrumental). Além disso, a condenação por um crime de maior gravidade opera a preclusão da ação penal em relação ao de menor gravidade; o crime de maior gravidade absorve o de menor gravidade (questões que, no Brasil, como antes dito, são resolvidas pelos princípios regentes do conflito aparente de normas).

Em síntese, nunca houve divergência na Suprema Corte estadunidense quanto à extensão da garantia, a qual proíbe não somente a multiplicidade de punições “por uma mesma ofensa”, como, também, a de processos, julgamentos e condenações. Houve dissenso, isso sim, quanto ao fundamento constitucional da vedação contra a multiplicidade de punições. A esse respeito se formaram duas doutrinas: a da *multiple punishment prohibition* e a da *multiple prosecution prohibition*. Até 1989, a Suprema Corte, majoritariamente, ignorou a doutrina do *multiple punishment prohibition*, por entender que a cláusula da *double jeopardy* assegurava a proibição contra a multiplicidade de processos e punições. Sem embargo, somente a título de esclarecimento, o juiz Scalia, em seu voto dissidente proferido no caso *Kurth Ranch*, entendeu que a cláusula da *double jeopardy* proibia apenas a multiplicidade de processos, já que a proibição contra punições múltiplas

---

julgamento de mérito em razão de nulidade do processo, mas, também, porque o Júri não chegou a um veredicto, de modo a possibilitar que a acusação reúna maiores elementos de informação para subsidiar uma nova denúncia, caso em que a solução mais adequada seria a absolvição por insuficiência probatória.

<sup>255</sup> Todas essas ilações foram extraídas de capítulo intitulado “*Double jeopardy*”, da obra escrita por BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *Diritto penale degli Stati Uniti d’America*. Milão, Italy: Giuffrè, 1985, pp. 321-336, em que são citados vários precedentes das Cortes estadunidense, inclusive da Suprema Corte, elucidativos dos temas tratados. O autor, que foi professor emérito de Direito Penal Internacional da Faculdade de Direito da *De Paul University*, em Chicago, de 1964 a 2012, anotou, à época, que era muito confuso o modo pelo qual a Suprema Corte aplicava a doutrina da *double jeopardy* aos casos de multiplicidade de condenações e de processos. Sem dúvida, reconhecia a incidência da garantia não apenas em casos de crimes idênticos, mas, também, de crimes perpetrados dentro de um mesmo contexto fático, de crimes similares ou conexos, inclusive em que a coincidência entre eles fosse meramente instrumental (probatória).

estaria assegurada pelo princípio do devido processo legal, aqui entendido sob sua perspectiva substantiva, acrescido do princípio da legalidade<sup>256</sup>. Havia ainda quem sustentasse que a multiplicidade de punições estaria vedada por interpretação extensiva e garantista da VIII Emenda, que proíbe a imposição de “multas excessivas”.

Sem embargo do dissenso sobre o fundamento constitucional, a vedação contra múltiplos processos e punições no campo do processo penal sempre foi consensual na jurisprudência da Suprema Corte. E, superado o *statutory construction test*, de 1938, conquanto tivesse adotado diferentes *standards* de verificação da incidência da cláusula da *double jeopardy* a partir de 1989, o certo é que a Suprema Corte sempre admitiu a incidência da garantia fora dos limites do processo penal – em outros tipos de processos punitivos, notadamente civis e administrativos – para os processos sancionatórios em geral e as punições neles impostas.

Novamente, é claro que a jurisprudência da Supremas Cortes inglesa e estadunidense não vinculam o sistema judiciário brasileiro, mas assim como a doutrina e a jurisprudência das Cortes europeias, podem também oferecer subsídios na aplicação da mesma garantia, em busca da contenção do poder punitivo estatal.

### 2.3 A GARANTIA CONTRA A DUPLA IMPUTAÇÃO E A DOCTRINA DA DUPLA SOBERANIA

Nos Estados Unidos da América, a doutrina da dupla soberania sustenta que, em razão da autonomia entre a União e os Estados, um indivíduo pode ser processado e punido duas vezes pelo mesmo fato perante a Justiça Estadual e a Justiça Federal.

Em 2019, a Suprema Corte Americana, por maioria (sete votos contra dois), em acórdão relatado pelo juiz Samuel Alito, reafirmou a exceção da dupla soberania à garantia constitucional contra a *double jeopardy*, prevista na V Emenda, no caso *Gamble v. United States*, nº 17-646, 587 U.S. (2019), que consistiu no seguinte: em 2015, Terance Gamble, reincidente, foi processado criminalmente perante a Justiça Estadual e a Justiça Federal por posse ilegal de arma de fogo, sendo condenado a 01 (um) ano de prisão pela Justiça do Alabama e, concomitantemente, pelo mesmo crime, a 03 (três) anos e 10 (dez) meses pela Justiça Federal. Contra esta última sentença, interpôs apelação, oportunidade em que invocou, em amparo, a garantia constitucional contra a *double jeopardy*. A 11ª *Circuit Court*

---

<sup>256</sup> US SUPREME COURT. *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S., 1994, p. 801. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/767/>.

*of Appeals* rechaçou a exceção e confirmou a condenação, posteriormente também ratificada, por maioria, como já se disse, pela Suprema Corte Americana.

Em seu voto dissidente – que foi acompanhado pelo voto da juíza Ruth Bader Ginsburg-, o juiz Neil Gorsuch consignou:

Quando o Estado desencadeia todas as suas possibilidades de múltiplas perseguições contra um indivíduo, exaurindo-as somente quando os detentores do poder se julguem satisfeitos com o resultado, é o pobre e o fraco, e o impopular e controverso, que primeiro sofrem – e não há nada que os impeça de serem os últimos<sup>257</sup>.

A doutrina estadunidense tem criticado duramente a tese da dupla soberania, afirmando que a V Emenda não permite exceção à garantia da proibição da *double jeopardy*.<sup>258</sup>

Não obstante, a exceção da dupla soberania à garantia contra a *double jeopardy* tem prevalecido na jurisprudência da Suprema Corte americana há quase um século.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> Tradução livre de “*When governments may unleash all their might in multiple prosecutions against an individual, exhausting themselves only when those who hold the reins of power are content with the result, it is the poor and the weak, and the unpopular and controversial, who suffer first – and there is nothing to stop them from being the last.*”

<sup>258</sup> “The dual sovereignty doctrine has been the subject of substantial scholarly criticism. Most opponents believe the doctrine is fundamentally unfair to defendants, that it is directly at odds with the values underlying the Double Jeopardy Clause, and that it lacks historical and constitutional legitimacy. As a result, scholars have argued that the doctrine should be abolished (Daniel A. Braun, *Praying to False Sovereigns: The Rule Permitting Successive Prosecutions in the Age of Cooperative Federalism*, 20 AM. J. CRIM. L. 1, 10 (1992); Erin M. Cranman, Comment, *The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right?*, 14 EMORY INT’L L. REV. 1641, 1671-74 (2000); Michael A. Dawson, Note, *Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine*, 102 YALE L.J. 281, 302 (1992); Kevin J. Hellmann, Note, *The Fallacy of Dueling Sovereignities: Why the Supreme Court Refuses to Eliminate the Dual Sovereignty Doctrine*, 2 J.L. & POL’Y 149, 153-55 (1994)), replaced (Ophelia S. Camina, Note, *Selective Preemption: A Preferential Solution to the Bartkus Abbate Rule in Successive Federal-State Prosecutions*, 57 NOTRE DAME LAW. 340, 362-63 (1981) (proposing a system that would avoid successive state-federal prosecutions by allowing the federal government to intervene and selectively preempt a state prosecution); Dax Eric Lopez, Note, *Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine Is Used to Circumvent Non Bis in Idem*, 33 VAND. J. TRANSNAT’L L. 1263, 1300-02 (2000) (arguing that the dual sovereignty doctrine should be replaced with joint trials), or otherwise modified<sup>6</sup> to protect rights and ensure fairness (Akhil Reed Amar & Jonathan L. Marcus, *Double Jeopardy Law After Rodney King*, 95 COLUM. L. REV. 1, 2-3 (1995) (proposing to abolish the dual sovereignty doctrine except for offenses “committed by state officials and implicating the federal government’s unique role under Section 5 of the Fourteenth Amendment”)); Cranman, *supra* note 4, at 1677-78 (allowing a second prosecution only if the first prosecution was incompetent); James E. King, Note, *The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution*, 31 STAN. L. REV. 477, 496-97 (1979) (proposing a rule that would require governments to initiate a joint proceeding whenever their interests in obtaining a conviction are sufficiently similar); Robert Matz, Note, *Dual Sovereignty and the Double Jeopardy Clause: If At First You Don’t Convict, Try, Try Again*, 24 FORDHAM URB. L.J. 353, 354- 55 (1997) (arguing that successive prosecutions should not be allowed if the first prosecution results in an acquittal).” (ADLER, Adam J. *Dual sovereignty, due process, and duplicative punishment: a new solution to an old problem*, 124:448. New Haven, CT: The Yale Law Journal, 2014, p. 451-452.

<sup>259</sup> O acórdão paradigma foi proferido há quase 100 anos no caso *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922), ao qual se seguiram outros precedentes (*Herbert v. Louisiana*, 272 U.S. 312 (1926); *Westfall v. United States*,



### 2.3.1 A (in-)aplicabilidade da doutrina da dupla soberania na Europa e no Brasil

Paralelamente, o sistema de Justiça europeu, ao seu turno, opera em três níveis diferentes<sup>260</sup>. Num primeiro nível, encontra-se a CEDH, cujas decisões vinculam o Tribunal de Justiça da União Europeia e, pretensamente, as Cortes nacionais<sup>261</sup>. Num segundo nível, o Tribunal de Justiça da União Europeia, que não exerce jurisdição penal, mas possui plenos poderes administrativo-sancionadores, que lhe são atribuídos pelo direito comunitário europeu – sobretudo pela Resolução n° 2.988/95, que regulamentou o Tratado de Lisboa – e cujas decisões impactam os sistemas de Justiça nacionais<sup>262</sup>. Num terceiro nível estão as Cortes nacionais, de cada um dos Estados-membros, que renunciaram a parcela de sua soberania em prol de um sistema de Justiça universal<sup>263</sup>.

Na CEDH, a tendência é afastar a “*labelling fraud*” para reconhecer a natureza penal de uma determinada sanção imposta por um Estado-membro quando esta sanção satisfaz determinados critérios tabelados pela jurisprudência da Corte para, assim, fazer incidir o óbice da garantia do *ne bis in idem* contra uma dupla imputação ou uma dupla punição imposta a um indivíduo, pelo mesmo fato. Em 1976, na Holanda, no caso Engel, que envolvia a questão de duplicidade de sanções – disciplinar e penal – impostas a um indivíduo pelo mesmo fato, a Corte estabeleceu requisitos que ficaram conhecidos como “*Engel criteria*” para determinar o caráter penal de determinada sanção, com vistas à aplicação ou não da garantia do *ne bis in idem*, a saber: i) o caráter atribuído ao ato ilícito pela lei interna; ii) a natureza da infração em si mesma; e iii) a finalidade e o grau de severidade da sanção em abstrato, isto é, da sanção prevista em lei.

---

274 U.S. 256 (1929); *Puerto Rico v. Shell Co.*, 302 U.S. 253 (1937); *Jerome v. United States*, 318 U.S. 101 (1943); *Screws v. United States*, 325 U.S. (1945); *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959)). O réu foi indiciado perante a Justiça Federal por manipular, transportar, possuir e guardar materiais destinados à fabricação de álcool, durante a Lei Seca, oportunidade em que alegou que já havia sido condenado pela Justiça Estadual pela mesma conduta. As instâncias ordinárias rejeitaram a alegação de violação da cláusula da *double jeopardy*, inclusive à luz da XVIII Emenda, e a Suprema Corte assentou: “*We have here two sovereignties, deriving power from diferente sources, capable of dealing with the same subject matter within the same territory. Each may without interference by the other enact laws to secure prohibition with the limitation that no legislation can give validity to acts prohibited by the Amendment. Each government in determining what shall be an offense against its peace and dignity is exercising its own sovereignty, not that of the other. It follows that an act denounced as a crime by both national and state sovereignties is an offense against the peace and dignity of both and may be punished by each. The Fifth Amendment [...] applies only to proceedings by the federal government [...] and the double jeopardy therein forbidden is a second prosecution under authority of the federal government after a first trial for the same offense under the same authority.*”.

<sup>260</sup> PALIERO, Carlo Enrico. The definition of administrative sanctions – general report. In: JANSEN, Oswald (Coord.). *Administrative sanctions in the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2013, pp. 6-7.

<sup>261</sup> PALIERO, Carlo Enrico. The definition of administrative sanctions... *Op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>262</sup> PALIERO, Carlo Enrico. The definition of administrative sanctions... *Op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>263</sup> PALIERO, Carlo Enrico. The definition of administrative sanctions... *Op. cit.*, pp. 6-7.

É bem verdade que o universalismo das garantias processuais no sistema de Justiça europeu, dentre elas a do *ne bis in idem*, vem sendo ameaçado desde a Declaração de Brighton, em 2012, cujo tópico “A” dispõe que os Estados devem encorajar os Tribunais nacionais a “levarem em consideração” a jurisprudência da CEDH, sem qualquer menção à eventual força vinculante de suas decisões. Já o item 11 do tópico “B” é expresso em afirmar que a CEDH, ao rever as decisões locais, deve levar em consideração a “margem de apreciação nacional”, expressão enfatizada em outras sete passagens do mesmo Tratado, em nome do *princípio da subsidiariedade* da jurisdição da CEDH.<sup>264</sup>

Em junho de 2013, o Protocolo nº 15 (que alterou a Convenção Europeia de Direitos Humanos), contendo nove artigos, posto à disposição dos Estados-membros para ratificação, implementou parte da Declaração de Brighton, do Conselho da Europa, de 2012, com expressa menção ao *princípio da subsidiariedade* da jurisdição transnacional, o que levou André de Carvalho Ramos, antes da saída do Reino Unido da União Europeia, a afirmar:

Nessa linha, o princípio da subsidiariedade consiste no reconhecimento da preponderância da interpretação nacional dos direitos humanos; somente no caso de evidente violação de direitos humanos, poderia a Corte EDH atuar. Atualmente, os críticos da Corte EDH com maior repercussão na doutrina são de origem britânica [...], que se escandalizam com as derrotas britânicas em casos rumorosos perante a Corte EDH. [...] Assim, em vez de suprimir a margem de apreciação nacional (que põe em risco o universalismo), o sistema europeu a reforçou<sup>265</sup>.

No Brasil, a União tem competência exclusiva para legislar sobre Direito Penal e Processual (CF/88, art. 22, inc. I); as regras de competência estão previstas na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e em leis especiais; há previsão constitucional e legal para a resolução de conflitos de competência; a jurisprudência, a exemplo do Enunciado 122, da Súmula do STJ, também tem se ocupado em dirimir conflitos de competência, especialmente nas hipóteses de conexão e continência.

Em conclusão, a doutrina norte-americana de dupla soberania não tem nenhuma aplicabilidade ou utilidade na Europa e no Brasil.

---

<sup>264</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 208.

<sup>265</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 209.

## 2.4 STATUS HIERÁRQUICO DA GARANTIA: CONSTITUCIONAL, SUPRALEGAL OU LEGAL?

Alguns autores, à míngua de previsão constitucional expressa, buscaram um fundamento constitucional para o *ne bis in idem*, a fim de limitar o espectro de abrangência do princípio da independência das esferas punitivas. Nessa empreitada, doutrinadores brasileiros e espanhóis encontraram na noção de equidade<sup>266</sup>, nos princípios da liberdade e da segurança jurídica<sup>267</sup>, na coisa julgada<sup>268</sup>, no devido processo legal<sup>269</sup>, na proporcionalidade<sup>270</sup> e na proibição do excesso<sup>271</sup>, fundamentos constitucionais do *ne bis in idem* como um dos mecanismos de contenção do poder punitivo estatal<sup>272</sup>.

Rodolfo Tigre Maia, ao tratar do tema na esfera penal, defende que

o *ne bis in idem* constitui direito fundamental não expresso, reconhecível constitucionalmente [...] tendo em vista sua relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com os princípios da

<sup>266</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público*. Brasília, v. 4, n. 16, jul./set., 2005, pp. 11-75, p. 27.

<sup>267</sup> TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis (Doctoral) – Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes\\_ramirez\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>268</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 474.

<sup>269</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 306.

<sup>270</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (livre-docência em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, conclusão n. 17, p. 237.

<sup>271</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro*. *Direito, Estado e Sociedade*. Belo Horizonte, n. 52, jan/jun 2018, pp. 204-240, p. 230. No sentido de *proibição de arbitrariedade*, ver: SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madri: lustel, 2008, pp. 25 e ss.

<sup>272</sup> “A teoria da unidade do poder punitivo estatal levou diversos países europeus, especialmente nas três últimas décadas, a desenvolverem nova leitura da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa. [...] não é possível diferenciar, materialmente, essas infrações e sanções. A identidade do poder punitivo advém da aplicação da pena, de forma que a previsão normativa abstrata de sua aplicação e execução importa o exercício deste poder. [...] A teoria da unidade do poder punitivo é o principal fundamento para a aplicação da vedação de *bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa, por rejeitar que a mesma pessoa seja punida em ambas as instâncias pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento.” (*Art. cit.*, p. 204-205). Nas três últimas décadas, “doutrina e jurisprudência de países europeus abrandaram os efeitos da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias, a fim de submeter a instância administrativa punitiva a princípios constitucionais tradicionalmente aplicados pelo Direito Penal.” A ideia de transposição “matizada” de garantias do processo penal para o processo administrativo sancionador (base da teoria do poder punitivo estatal único) é criticada por Helena Regina Lobo da Costa, para quem, sem negar que “a compreensão aqui adotada acaba por chegar a resultados jurídicos muito semelhantes à tese do *ius puniendi* único”, o processo administrativo sancionador deve extrair seus pilares da Constituição Federal, e não emprestar diretamente o regime jurídico do processo penal, “matéria extremamente controvertida”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (livre-docência em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, pp. 173-178).

culpabilidade (art. 5º, XLVI), a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e), entre outros<sup>273</sup>.

Na mesma linha, os próprios Tribunais espanhóis – Constitucional e Supremo – encontraram fundamento constitucional para o *ne bis in idem*: nos princípios da legalidade e tipicidade (previstos no art. 25.1 da Constituição espanhola, de 1978), da presunção de inocência, da proporcionalidade, da justiça (art. 1.1), no art. 45.3 que, ao tratar das infrações ao meio ambiente, determina: “para os que violarem o estabelecido no dispositivo anterior, nos termos que a lei fixar, serão estabelecidas sanções penais ou, sendo o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado”<sup>274</sup>.

Alguns países de tradição germano-romanística conferem dignidade constitucional à proibição da dupla persecução, como é o caso de Portugal<sup>275</sup> e da Alemanha<sup>276</sup>. Outros países da Europa continental positivaram a garantia em seus diplomas processuais penais, como é o caso da França<sup>277</sup> e da Itália<sup>278</sup>. Na Espanha, o princípio decorre, como se disse, de criação pretoriana a partir da leitura dos princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência<sup>279</sup>.

<sup>273</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, pp. 11-75, p. 58.

<sup>274</sup> TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis (Doctoral) – Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes\\_ramirez\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf). Acesso em : 14 abr. 2020.

<sup>275</sup> “Art. 29.5: Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.” (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional, 2005).

<sup>276</sup> Art. 103, III, da Carta de 1949: “Ninguém pode ser apenado várias vezes pelo mesmo fato.” (ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Deutscher Bundestag. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>).

<sup>277</sup> “Art. 368. *Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente.*” Embora inserido no capítulo referente à *Cour d’Assises*, prevalece a opinião de que se aplica a todo o sistema criminal (SOYER, Jean-Claude. *Droit penal et procédure penale*. Paris: LGDJ, 1973, p. 361).

<sup>278</sup> “Art. 649. *Divieto di un secondo giudizio. I. L’imputato prosciolto o condannato com sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345.*” (ITÁLIA. *Código Di Procedura Penale 2021*. Aggiornato al D.L. 17 marzo 2020, n. 18. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>).

<sup>279</sup> BERTELOTTI, Mariano. El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada. In: HENDLER, Edmundo (Org.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2001, p. 121.

Na América Latina, similarmente, alguns países conferem dignidade constitucional à proibição contra dupla persecução, como é o caso do México<sup>280</sup>, Venezuela<sup>281</sup>, Paraguai<sup>282</sup> e Peru<sup>283</sup>. Na Argentina, embora a Constituição Nacional nada disponha a respeito, o *ne bis in idem* está previsto na Constituição de diversas Províncias e, no Uruguai, é extraído de várias normas<sup>284</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil não prevê expressamente o *ne bis in idem*, tampouco ele é previsto pelo Código de Processo Penal e pelo Código de Processo Civil.

O Brasil, contudo, reconheceu as jurisdições obrigatórias da Corte Internacional de Justiça (CIJ), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e do Tribunal Internacional Penal (TIP). E, pela promulgação do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, incorporou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) das Nações Unidas, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico interno.

Anterior à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, em caso de conflito aparente entre a Constituição Federal e o Tratado Internacional, o Supremo Tribunal Federal (STF),

<sup>280</sup> “Art. 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de três instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.” (MÉXICO. Gaceta del Senado. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diciembre de 2011. Disponível em: [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/33261](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/33261)).

<sup>281</sup> Art. 60 ord. 8: “Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente.” (VENEZUELA. *Constitución de Venezuela de 1961*. Capítulo III. Derechos Individuales. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=DaGrAQAAQBAJ&pg=PT16&lpg=PT16&dq=Venezuela,+Nadie+podr%C3%A1+ser+sometido+a+juicio+por+los+mismos+hechos+em+virtude+de+los+cuales+hubiere+sido+juzgado+anteriormente&source=bl&ots=rOWSaMBg6u&sig=ACfU3U2dPHJIKn00HPR5rSfA50CcPkiltQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewjuh4yNianyAhVJHrkGHTScBrkQ6AF6BagOEAM#v=onepage&q=Venezuela%2C%20Nadie%20podr%C3%A1%20ser%20sometido%20a%20juicio%20por%20los%20mismos%20hechos%20em%20virtude%20de%20los%20cuales%20hubiere%20sido%20juzgado%20anteriormente&f=false>).

<sup>282</sup> “Art. 17. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: [...] 4. Que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal.” (PARAGUAI. *Constitución de la República del Paraguay*, 1922. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/py\\_3054.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/py_3054.pdf)).

<sup>283</sup> “Art. 139.13: la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.” (PERU. *Constitución Política del Perú*. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_peru\\_1004.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_peru_1004.pdf)). Além disso, o art. 301 faculta à Corte Suprema absolver o imputado quando “[...] resulta que el reo ha sido juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito [...]” (CASTRO, César E. San Martín. Peru. In: MAIER, Julio B.J.; AMBOS, Kay; WOISCHNICK, Jan (Coords.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, pp. 657-718).

<sup>284</sup> FERNANDÉZ, Gonzalo D. Uruguay. In: MAIER, Julio B.J.; AMBOS, Kay; WOISCHNICK, Jan (Coords.). *Las reformas procesales ... Op. cit.*, pp. 720-768.

por razões de soberania, dava primazia ao ordenamento jurídico interno sobre o Direito das Gentes, orientação que não passava indene de críticas doutrinárias, “que via no art. 5º, § 2º, da Constituição a chancela para a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos”<sup>285</sup>.

Nessa época, o ministro Sepúlveda Pertence adotou a tese da natureza “supralegal” do Tratado de Direitos Humanos, o que impedia à lei posterior suspender a eficácia de tratado anterior<sup>286</sup>.

Após a promulgação da EC 45/2004, que incluiu o § 3º no art. 5º<sup>287</sup>, abriram-se duas correntes: 1) os tratados internacionais de direitos humanos anteriores ao art. 5º, § 3º, teriam hierarquia de lei ordinária, e somente os posteriores, aprovados pelo quórum especial, é que se qualificariam como emenda constitucional<sup>288</sup>; 2) todos os tratados internacionais de direitos humanos seriam normas constitucionais, fossem anteriores à EC 45/04 (por força do art. 5º, § 2º) – materialmente constitucionais –, ou posteriores (em razão do art. 5º, § 3º) – formal e materialmente constitucionais. A única diferença era que o tratado formalmente constitucional não era passível de *denúncia*. Formou-se, então, o que se denominou “bloco de constitucionalidade”, composto por: a) normas da Constituição Federal; e b) tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º<sup>289</sup>.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reviu, então, o seu entendimento, que resultou na Súmula Vinculante 25, aprovada na sessão plenária de 16/12/2009 (acerca do art. 5º, LXVII e § 2º). No julgamento do RE 466.343, que tratava da questão da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, o ministro Gilmar Mendes adotou a tese então encampada pelo ministro Sepúlveda Pertence, do *caráter supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos, resultando na *teoria do duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos*: i) os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/04 seriam

---

<sup>285</sup> RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba *et al.* (Orgs.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade..* São Paulo: Atlas, 2008, pp. 451-468.

<sup>286</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 79.785-RJ*. Tribunal Pleno, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29/03/2000, DJ de 22/11/2002, pp. 00057; ement. v. 02092-02, pp. 00280; RTJ; v. 00183-03, pp. 01010.

<sup>287</sup> “Art. 5º [...]. § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)).

<sup>288</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179.

<sup>289</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 519-532.

dotados do caráter de supralegalidade; e ii) aqueles aprovados após a EC 45/04 seriam normas constitucionais<sup>290</sup>.

Cabe registrar, segundo André de Carvalho Ramos,

que há um segundo prisma da relação do Direito Internacional e o Direito Interno, que retrata como o Direito Internacional vê o Direito Interno. De acordo com este último prisma, a prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é considerar a norma interna um “mero fato”, que expressa a vontade do Estado. Ou seja, não se reconhece sequer o caráter jurídico das mesmas normas, uma vez que o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado (sujeito primário do Direito Internacional, por possuir, além da personalidade jurídica, também capacidade legislativa) é considerado *uno* perante a comunidade internacional<sup>291</sup>.

O Estado não pode invocar o seu direito interno para descumprir obrigação internacional, sob pena de sanções internacionais. A Constituição Federal é mero fato, expressão da vontade. A questão, portanto, cinge-se não à supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, mas à sua coercitividade ou efetividade na ordem jurídica interna, segundo a teoria da responsabilidade internacional do Estado.

Ressalvada essa ótica, atualmente, a perseverar a orientação vigente no Excelso Pretório, impende reconhecer que o *ne bis in idem* integra o Ordenamento Jurídico brasileiro e tem hierarquia de norma supralegal.

## 2.5 CLASSIFICAÇÃO DA NORMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO: PRINCÍPIO, REGRA OU POSTULADO?

Segundo Humberto Ávila, o ordenamento jurídico se divide em princípios, regras e postulados. Interessa saber em qual dessas espécies normativas se enquadra o *ne bis in idem*<sup>292</sup>

<sup>290</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343-1-SP*. Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, relator ministro Cezar Peluso.

<sup>291</sup> RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba *et al.* (Orgs.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 456.

<sup>292</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 163-222.

O “princípio” da independência das esferas punitivas é de origem pretoriana; formou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>293</sup>, e tem amparo em orientação pacífica dos Tribunais Superiores.<sup>294</sup>

Indaga-se: o *ne bis in idem* é princípio, regra ou postulado?

<sup>293</sup> Desde longa data, é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a independência das esferas punitivas (MS nº 22.076, relator para o acórdão o ministro Maurício Corrêa; MS nº 21.294, rel. ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 23/10/91; MS nº 21.332, rel. ministro Néri da Silveira, DJ de 07/05/93; MS nº 21.029, rel. ministro Celso de Mello, DJ de 23/09/94; MS nº 21.708-DF, rel. ministro Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2000; MS nº 22.899/SP, rel. ministro Moreira Alves, julgado em 02/04/2003, Tribunal Pleno; MS nº 25.880/DF, rel. ministro Eros Grau, julgado em 07/02/2007, Tribunal Pleno; AI 817.415 AgR/MG, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 05/02/2013, Primeira Turma; Inq 3.644/AC, rel. ministra Cármen Lúcia, julgado em 09/09/2014, Segunda Turma; RMS 28.919 AgR/DF, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 16/12/2014, Primeira Turma; MS nº 32.806 AgR/DF, rel. ministro Luiz Fux, julgado em 02/02/2016, Primeira Turma; MS nº 34.420 AgR/DF, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 02/05/2017, Segunda Turma). O Excelso Pretório, às vezes, fala em “**independência**” (MS nº 21.708-DF, rel. ministro Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2000; MS nº 22.899/SP, rel. ministro Moreira Alves, julgado em 02/04/2003, Tribunal Pleno; MS nº 25.880/DF, rel. ministro Eros Grau, julgado em 07/02/2007, Tribunal Pleno; AI 817.415 AgR/MG, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 05/02/2013, Primeira Turma; Inq 3.644/AC, rel. ministra Cármen Lúcia, julgado em 09/09/2014, Segunda Turma; RMS 28.919 AgR/DF, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 16/12/2014, Primeira Turma; MS nº 34.420 AgR/DF, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 02/05/2017, Segunda Turma), outras vezes, em “**autonomia**” e, ainda, em “**incomunicabilidade**” (MS nº 32.806 AgR/DF, rel. ministro Luiz Fux, julgado em 02/02/2016, Primeira Turma); e utiliza indiscriminadamente os termos “**esferas**” (AI 817.415 AgR/MG, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 05/02/2013, Primeira Turma; MS nº 32.806 AgR/DF, rel. ministro Luiz Fux, julgado em 02/02/2016, Primeira Turma) e “**instâncias**” (MS nº 21.708-DF, rel. ministro Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2000; MS nº 22.899/SP, rel. ministro Moreira Alves, julgado em 02/04/2003, Tribunal Pleno; MS nº 25.880/DF, rel. ministro Eros Grau, julgado em 07/02/2007, Tribunal Pleno; Inq 3.644/AC, rel. ministra Cármen Lúcia, julgado em 09/09/2014, Segunda Turma; RMS 28.919 AgR/DF, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 16/12/2014, Primeira Turma; MS nº 34.420 AgR/DF, rel. ministro Dias Tóffoli, julgado em 02/05/2017, Segunda Turma). Já aludiu ao dogma como “**princípio**”, e reconheceu que é **relativo** (Inq 3.644/AC, rel. ministra Cármen Lúcia, julgado em 09/09/2014, Segunda Turma). Prefere-se o termo “**independência**” aos demais porque se defende que se cuida de subprincípio subjacente ao sobreprincípio da independência dos Poderes (sobre as noções de “**sobreprincípio**” e “**subprincípio**” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 126). Prefere-se, também, o termo lato “**esferas**” a “**instâncias**”, porque este último tem significado específico no Direito, que não é o mesmo ora tratado.

<sup>294</sup> A origem e o desenvolvimento do princípio da independência das esferas punitivas no Supremo Tribunal Federal serão analisados no Capítulo 5, mas desde logo se antecipada que, no ponto de chegada, a jurisprudência do Excelso Pretório assentou este princípio no sobreprincípio da separação de Poderes e no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe:

“Art. 37. [...]”

§ 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 prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Quanto ao art. 37, § 4º, cabe observar que: i) a suspensão dos direitos políticos constitui efeito da condenação criminal transitada em julgado, que perdura enquanto durarem seus demais efeitos, autoaplicável por força do art. 15, inc. III, da Constituição Federal; ii) a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo também constitui efeito da condenação, previsto no art. 92, inc. do Código Penal: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos; iii) a indisponibilidade dos bens é medida cautelar, tem caráter assecratório do ressarcimento ao erário; e iv) o ressarcimento ao erário pode ser buscado mediante ação civil pública que não seja, necessariamente, ação de improbidade administrativa, ou seja, mediante ação não punitiva.

A imposição de sanções penais somente pode ser obtida, judicialmente, mediante propositura de ação penal. Já as sanções administrativas podem ser impostas em processo judicial (art. 20 da Lei nº 12.846/13) ou mediante processo administrativo sancionador.



Inicialmente convém distinguir a norma jurídica do enunciado ou texto do dispositivo constitucional ou legal que a veicula, o qual pode conter a norma por inteiro, ou apenas parte dela.<sup>295</sup>

Antes de adentrar ao exame da natureza da norma, convém destacar os pontos essenciais: i) aparentemente, há uma antinomia entre o princípio da independência das esferas punitivas e o *ne bis in idem*, pois enquanto o princípio busca ampliar a esfera de atuação do *jus puniendi* estatal, a garantia supralegal contrapõe-se, limitando-a; ii) não parece razoável que a aplicação de uma norma constitucional invalide completamente a norma supralegal subjacente. Nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem<sup>296</sup>. “A proibição do excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. [...] a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, princípio ou regra [...] não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra [...]”<sup>297</sup>. A norma constitucional deve ser interpretada de modo a harmonizar as normas infraconstitucionais que a regulamentam, principalmente quando essas visem a assegurar direitos fundamentais, mesmo que isso implique não aplicar a norma constitucional em sua inteireza – de forma absoluta – mas restringir o seu alcance.

A distinção entre princípios e regras constitui, segundo Alexy, “um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”<sup>298</sup>

O escopo desse estudo não é investigar todas as teorias sobre a distinção entre princípios e regras, nem mesmo examinar as obras de seus mais importantes autores. O objeto desse item é apontar as consequências do enquadramento da independência das esferas punitivas como “princípio” e subsomir o *ne bis in idem* numa das espécies normativas - a partir dos traços distintivos de cada uma das concepções -, para, em seguida, buscar mecanismos para a solução da antinomia.

---

<sup>295</sup> Como já foi visto no item 2.1 deste estudo, o princípio do *ne bis in idem* não tem previsão na Constituição Federal, e os dispositivos legais que contempla a vertente processual da garantia são: o art. 8º, inc. 4, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana de Direitos Humanos), o art. 14.7, do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU), e o art. 20, do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 (Estatuto de Roma) que, na visão do STF, têm eficácia de norma supralegal.

<sup>296</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.º 798, 2002, p. 27.

<sup>297</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável... *Op. cit.*, p. 188.

<sup>298</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed.. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

Humberto Ávila sintetiza as correntes doutrinárias sobre a matéria:

Há, *grosso modo*, duas correntes doutrinárias que definem os princípios. A primeira corrente sustenta que os princípios são normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de pessoas) e que, por isso, exigem uma aplicação influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador; contrariamente às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número [quase] determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número [quase] determinado de pessoas), e que, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete. Essa é a teoria clássica do Direito Público, inicialmente difundida pelos estudos de Direito Constitucional. É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são alicerces, as vigas-mestras ou os valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam seus efeitos.

A segunda corrente, capitaneada por Dworkin e Alexy, distingue entre as espécies normativas com base na estrutura normativa, no modo de aplicação e no modo de solução de antinomias. Assim, os princípios são normas gerais e abstratas superáveis (comandos de otimização), que estabelecem um dever-ser ideal; aplicam-se mediante ponderação [de valores]; em caso de conflito, possuem uma dimensão de peso e podem ser cumpridas em vários graus; a prevalência de um princípio é contingente e não implica a invalidação, fora do caso concreto, de outro princípio ou outra regra que lhe seja conflitante. As regras, ao seu turno, são normas que estabelecem um mandamento definitivo, descrevem comportamentos permitidos, obrigatórios ou proibidos; aplicam-se mediante subsunção, da forma tudo-ou-nada (*all or nothing fashion*); em caso de conflito de regras, a prevalência de uma implica, necessariamente, a declaração de invalidade da outra<sup>299</sup>.

A primeira e clássica distinção entre as espécies normativas advém da Teoria Geral do Direito, do Direito Público e Constitucional, e é feita a partir do que se entende por princípio. Segundo essa *diferenciação de grau, princípios* são as normas mais gerais do sistema<sup>300</sup>, com elevado grau de abstratividade, que constituem a base de uma disciplina, sobre a qual se ergue todo o ordenamento jurídico, e que servem de fundamento de validade para as regras; são comandos-vetores, o dever-ser, com explícito conteúdo axiológico<sup>301</sup>, que transmitem a ideia de uma lei jurídica suprema, de importância para a ordem jurídica<sup>302</sup>.

<sup>299</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 111-118.

<sup>300</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti (trans.). Bauru: Edipro, 2001.

<sup>301</sup> CANARIS, Carl W. *Systemdenken und systembegriff*, 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 50 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed.. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

<sup>302</sup> LARENTZ, Karl. *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 5 ed. Berlin: Springer, 1983, p. 218 e 404 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed.. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

Em contraposição a esta concepção, que permitia a aplicação do que se entendia por princípio como um modo aberto de argumentação, Dworkin desenvolveu uma nova teoria geral das regras (em contraposição à de Hart), em que diferenciou as espécies normativas não pelo grau, mas sim pelo modo de aplicação. Pela concepção de Dworkin, as regras são aplicadas ao modo tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*).<sup>303</sup>

Alexy, partindo das considerações de Dworkin e com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, reformulou o conceito de princípios, e distinguiu-os de regras levando em conta sobretudo a estrutura da norma, a forma de aplicação e o modo de resolução de antinomias.

Segundo Alexy, os princípios instituem obrigações *prima facie*, têm uma dimensão de peso, são comandos de otimização, buscam a realização do que for estabelecido na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, mas concebem fazê-lo em diferentes graus. Em caso de colisão com outras normas jurídicas, a solução é dada por ponderação dos valores envolvidos, pela máxima da proporcionalidade, desdobrada em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a aplicação de uma norma ao caso concreto não invalide a norma colidente. Nas palavras de Alexy:

“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas.” (...) “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.<sup>304</sup>

Já as regras estabelecem comportamentos proibidos ou permitidos, têm uma dimensão de validade, são mandados definitivos, que sempre são satisfeitos ou não o são; aplicam-se do modo tudo-ou-nada, embora seja concebível que estabeleçam cláusulas de exceção. Em caso de conflito, a solução é dada por subsunção, do modo *se, então*, de modo que a prevalência da norma colidente acarreta a invalidade da regra e seu conseqüente expurgo do ordenamento jurídico.

A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas é, segundo Alexy, plausível, porém incorreta: “Regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem ser razões para decisões concretas. (...)”

<sup>303</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1-126.

<sup>304</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed.. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-120.

Ainda assim a caracterização dos princípios como razões para regras indica um ponto acertado. Ela reflete o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever-ser. Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa de exceções –, então, é uma *razão definitiva*. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um *direito subjetivo*. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*.<sup>305</sup>

Humberto Ávila, partindo das concepções anteriores e sem repudiá-las, acrescentou o postulado como terceira *fattispecie* das normas jurídicas. *Postulados*, segundo Ávila, são “metanormas” que operam como mecanismos de resolução de conflitos, de que são espécies: a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade, entre outros chamados inespecíficos (coerência, proibição do excesso e ponderação).

Além do modo de resolução de antinomias, a *Teoria dos Princípios* também aponta outras inovações nos critérios de distinção entre princípios e regras (quanto à estrutura da norma, quanto ao modo final de aplicação e quanto ao relacionamento normativo), que levam em conta a *natureza da descrição normativa*, a *natureza da justificação* exigida para a sua aplicação e a *natureza da contribuição* para a solução do problema. Nas palavras do autor:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>306</sup>.

Para Humberto Ávila, os critérios distintivos entre princípios e regras são os seguintes: a) os princípios: visam a promover um estado ideal de coisas e, mediamente, à adoção da conduta necessária, cujos efeitos, justificados pelo estado ideal de coisas a ser alcançado, mesmo que de forma concorrente e parcial; b) as regras: visam à adoção de uma conduta descrita para observância dos princípios superiores e o atingimento dos fins por eles

<sup>305</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed.. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107-108.

<sup>306</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, p. 104.

pretendidos, conduta esta justificada pela correspondência entre a norma e o fato, com a pretensão de decidibilidade<sup>307</sup>.

Ainda segundo Humberto Ávila: i) as regras preponderam sobre os princípios, e não o inverso<sup>308</sup>; ii) as normas constitucionais e infraconstitucionais se comunicam não apenas por eficácia hierárquica formal e vertical, mas segundo um modelo de sistematização hierárquica circular, complexo e gradual, porque não são apenas as normas constitucionais que atuam sobre as normas infraconstitucionais, mas, também, essas agem sobre aquelas<sup>309</sup>. “A eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca”<sup>310</sup>.

Reunidas essas diversas concepções sobre a distinção entre as espécies normativas e firmado, pela jurisprudência dos tribunais superiores, que a independência das esferas punitivas é um *princípio* - derivado do sobreprincípio da separação de Poderes e expresso no art. 37, § 4º, da Constituição Federal -, é forçoso reconhecer, por consequência, que a norma constitucional é dotada dos predicados de generalidade e abstração, e elevada carga axiológica; estabelece uma permissão ao Estado, de instaurar dois processos sobre um mesmo fato, em instâncias distintas, mas se traduz num comando de otimização, porque possui uma dimensão de peso<sup>311</sup>; eventual conflito com outro princípio ou regra deve ser solucionado mediante ponderação de valores, pelo manejo de postulados e, a prevalência da norma colidente não implica a invalidação da independência das esferas punitivas; a norma

<sup>307</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, p. 104.

<sup>308</sup> “[...] se houver conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 131).

<sup>309</sup> Ao discorrer sobre as diversas formas de hierarquia entre as normas jurídicas (hierarquia sintática, semântica formal e material, lógica e axiológica, Humberto Ávila destaca a insuficiência da noção de hierarquia formal para cobrir a complexidade das relações entre as normas jurídicas. Propõe, ao final, no plano da eficácia, um “modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios).” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, pp. 166-172).

<sup>310</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, p. 171.

<sup>311</sup> A aplicação do *princípio* da independência das esferas punitivas demanda a ponderação dos valores “tutela do patrimônio público com preservação da reserva de poder, entre os Poderes da União” *versus* “dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, direito à liberdade e contra o constrangimento ilegal ou excessivo”. Em se tratando de duplicidade de ações judiciais punitivas [sobre um mesmo fato], sai de cena o valor “preservação da harmonia e independência entre os Poderes da União”, na medida em que se cuida de dupla acusação ou dupla punição perante um mesmo Poder, restando apenas encontrar o ponto de equilíbrio do exercício do poder punitivo estatal no âmbito da tutela do patrimônio público contra atos de improbidade administrativa. O poder de punir, conquanto previsto na Constituição Federal, somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com o *ne bis in idem*. O direito de punir, que o Ordenamento Jurídico reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir direitos e garantias fundamentais. De outra parte, a possibilidade, ou não, do *ne bis in idem* limitar o poder punitivo entre os Poderes da União, de modo a impedir a propositura de ações e a instauração de processos punitivos *entre eles* será analisada mais adiante, à luz do princípio da independência dos Poderes.

é imediatamente finalística, voltada à realização do ideal de maximização da tutela do patrimônio público com preservação da reserva entre os Poderes da União; é primariamente prospectiva e com pretensão de complementariedade do ordenamento jurídico e de parcialidade na realização de seus fins; visa a promover um estado ideal de coisas (a maximização da tutela do patrimônio público com a preservação da harmonia e independência entre os Poderes da União), mediante o exercício do poder punitivo estatal, mas admite fazê-lo de forma parcial e concorrente com o *ne bis in idem*.

De outro lado, o *ne bis in idem* pode ser considerado norma imediatamente descritiva de conduta proibitiva (dupla acusação ou dupla punição), primariamente retrospectiva (pode ser invocada diretamente como exceção ou fundamento para justificar a não instauração, a suspensão ou a extinção de um processo punitivo em razão da existência de outro processo punitivo em andamento ou já concluído, sobre o mesmo fato, a evidenciar, ademais, a pretensão de decidibilidade da norma jurídica). Estabelece uma proibição ao Estado de duplicidade do exercício do *jus perseguendi in judicio* e do *jus puniendi in judicio*, relativamente a um mesmo fato, com vistas a assegurar a realização dos fins de princípios superiores, notadamente a dignidade da pessoa humana, equidade, segurança jurídica, proibição do excesso e presunção de inocência. Sem embargo disso, e ainda, apesar do pequeno grau de generalidade e abstração da norma, de sua referibilidade direta, na medida da possibilidade de ser invocada diretamente como razão de decidir (características que a assemelham a regra), é possível afirmar o caráter principiológico do *ne bis in idem*.

A vedação do *bis in idem* é norma imediatamente finalística, posto que voltada à promoção de um estado ideal de coisas, qual seja, a maximização da tutela do indivíduo, com preservação de sua liberdade e de seu patrimônio, contra vários processos; e, primariamente prospectiva e com pretensão de complementariedade do ordenamento jurídico e de parcialidade na realização de seus fins; não dita direitos fundamentais *prima facie*, mas alberga a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, a proibição do excesso, o estado de inocência, além do princípio da justiça, de elevada carga axiológica; as duas vertentes em que se desdobra o conteúdo da norma denunciam, por si, a possibilidade de sua aplicação gradual ou parcial; em caso de conflito com outros princípios, como o da separação de poderes – de que a independência das esferas punitivas é corolário –, da soberania e da supremacia da justiça universal, como se verá no capítulo seguinte, a prevalência destes não significa a invalidação da garantia universal e sua extromissão do ordenamento jurídico, assim como a prevalência de uma regra de competência constitucional, como a do *impeachment*, também não a invalida; ao contrário, a norma atrai

a incidência dos postulados da coerência, da proibição do excesso e da proporcionalidade para a resolução do conflito mediante ponderação de valores.<sup>312</sup>

O princípio da independência das esferas punitivas significa que o *jus perseguendi* e o *puniendi in judicio* não são únicos, mas devem ser exercidos com independência e harmonia no âmbito da competência [punitiva] de cada Poder da União. O princípio não é absoluto<sup>313</sup>, mas se aplica mediante ponderação de valores. Possui uma dimensão de peso e pode ser realizável em vários graus. No caso de colisão com o princípio do *ne bis in idem*, a prevalência deste não implica a invalidação do primeiro.

O princípio do *ne bis in idem* expressa a garantia contra a duplicidade de imputação e de punição pelo mesmo fato. Impõe ao Estado uma proibição, um comando de não incriminar nem punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. Dirige-se, pois, ao Estado, limitando-lhe o exercício do poder punitivo a fim de assegurar ao indivíduo o direito fundamental de não ser indiciado, processado nem punido duas vezes pelo mesmo fato e, mediatamente, garantir-lhe a liberdade, o patrimônio, a dignidade da pessoa humana, a justiça, a segurança jurídica, a proibição do excesso e a presunção de inocência.

O *ne bis in idem* não é um princípio vocacionado à resolução de conflitos aparentes entre normas de direito material, como são os princípios da especialidade, da subsidiariedade, da consunção e da alternatividade, porque atua no plano do direito processual e da aplicação das penas. A plurincidência normativa, que abre a possibilidade de existência de vários processos e punições por um mesmo fato, é pressuposto para a aplicação do *ne bis in idem*, mas a garantia não incide no plano do direito material.

---

<sup>312</sup> Referindo-se ao *ne bis in idem* como princípio: GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

<sup>313</sup> A relativização do princípio da independência das esferas punitivas não somente está prevista em leis infraconstitucionais, como as que preveem a supremacia da esfera penal sobre a cível (“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”, do CPP), o controle judicial de constitucionalidade e legalidade das leis e dos atos normativos (CF/88, arts. 102, inc. III, 103, *caput* e § 2º, 103-A, § 3º, e 105, inc. III) e o controle judicial de legalidade dos atos administrativos em geral, como também decorre da própria jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal (“Súmula Vinculante 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incs. I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”) e da decisão final sobre a perda do mandato eletivo condenados em sentença penal transitada em julgado, o que será analisado no item seguinte.

De outra parte, o *ne bis in idem* não é um postulado, porque a norma é objeto de aplicação, e não de orientação para a aplicação de outras normas. Além disso, a norma é dirigida ao Poder Público, e não ao intérprete do Direito.<sup>314</sup>

É lícito, portanto, falar-se em *princípio* [constitucional] da independência das esferas punitivas e, por outro lado, em *princípio* [supralegal] do *ne bis in idem*.

## 2.6 CONFLITO APARENTE DE NORMAS: *NE BIS IN IDEM VERSUS* INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PUNITIVAS

De um modo geral, existe uma relação de tensão entre princípios que atribuem poderes ao Estado e direitos fundamentais que protegem os cidadãos. Em busca de uma solução para esse aparente conflito de normas, analisa-se, inicialmente, a natureza de cada uma delas, para, em seguida, examinar como se relacionam.

Uma análise perfunctória levaria a considerar que o princípio, por sua dignidade constitucional, derrogaria a norma supralegal.

A questão que se coloca é saber se um princípio supralegal pode restringir o alcance de um princípio constitucional; ou se, inversamente, o princípio, em razão de seu *status* constitucional, deve vigorar com maior largueza e alcance possíveis, de modo a suprimir a norma supralegal, conquanto seja esta ditada em defesa de direitos fundamentais.

Bastaria, para concluir pela primazia do princípio constitucional em detrimento da norma supralegal, analisar a eficácia vertical das duas espécies normativas? É possível que uma regra infraconstitucional restrinja o alcance de um princípio constitucional?

A harmonização entre o princípio constitucional da independência das esferas punitivas e o princípio supralegal do *ne bis in idem* não se resume à mera análise da hierarquia formal e vertical entre as normas jurídicas, mas demanda o manejo de outras normas que operam como mecanismos, modos ou critérios de resolução de antinomias entre princípios e regras, chamadas *normas de segundo grau*, *metanormas* ou *postulados*.

Nessa tarefa, preconiza-se a necessidade de recorrer ao *postulado da coerência*, como complementação ao da hierarquia (entendida como relação estática e linear entre duas fontes normativas, uma em cima e outra embaixo), ao *postulado da proibição de excesso* (no contexto em que os direitos fundamentais agasalhados pelo *ne bis in idem* estejam sendo

---

<sup>314</sup> Sobre esses critérios de distinção entre postulados e as demais espécies normativas, vide: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 164.



atingidos pelo princípio da independência das esferas punitivas) e ao *postulado da proporcionalidade*<sup>315</sup>.

O *postulado da coerência* atua no plano da eficácia – explica Humberto Ávila – e busca conferir o máximo de consistência e completude ao ordenamento jurídico, mas admite fazê-lo em diversos graus ao propor um modelo complementar de hierarquia das normas que não seja apenas linear, simples e não gradual, mas, sim, de sistematização circular (as normas superiores e inferiores atuam simultaneamente umas sobre as outras), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (as normas inferiores “promovem mais ou promovem menos” as superiores, são “mais compatíveis ou menos compatíveis” com aquelas ou, por outro lado, as normas superiores “suportam mais ou suportam menos” as inferiores)<sup>316</sup>.

No entrelaçamento entre o princípio constitucional da independência das esferas punitivas e o princípio supralegal do *ne bis in idem*, o manejo do postulado da coerência não refuta pura e simplesmente a eficácia da norma infraconstitucional, mas, diferentemente, ao reconhecer que uma e outra se relacionam reciprocamente, busca conferir-lhes maior grau de completude e consistência possível, com suporte na fundamentação.

O *postulado da proibição de excesso* indica que a aplicação de uma norma – princípio ou regra – não pode implicar a impossibilidade de aplicação de outra norma – princípio ou regra –, e está presente “em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido”<sup>317</sup>.

A utilização do postulado da proibição do excesso faz com que a preservação do valor “tutela do patrimônio público” não possa acarretar o aniquilamento dos “direitos fundamentais implicados”, qualquer que seja a norma (princípio ou regra) e sua hierarquia (constitucional ou infraconstitucional) que vise a assegurar os valores ponderados (tutela do patrimônio público e direitos fundamentais implicados). Em outras palavras, o poder punitivo estatal somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a dignidade da pessoa humana, a justiça, a segurança jurídica, a proibição do excesso e a presunção de inocência. Vale dizer, “nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem”<sup>318</sup>.

<sup>315</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 170.

<sup>316</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, pp. 166-175.

<sup>317</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, p. 188.

<sup>318</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, p. 190.

Por fim, o *postulado da proporcionalidade* busca um equilíbrio entre a promoção de um fim e a restrição de um direito, de tal sorte que se possa proceder a três exames fundamentais: i) o da adequação (a multiplicação de esferas punitivas promove a tutela do patrimônio público contra os atos de improbidade administrativa de maneira mais eficaz?); ii) o da necessidade (há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados pela supressão do *ne bis in idem*?); e iii) o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens obtidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

A aplicação do postulado da proporcionalidade busca uma medida de justiça na relação de causalidade entre meio e fim. *In casu*, a restrição dos direitos fundamentais implicados com a supressão do *ne bis in idem* e a repressão dos atos atentatórios contra o patrimônio público.

Cumpra compatibilizar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 – expressão do princípio da independência das esferas punitivas - com o princípio do *ne bis in idem*.

Em primeiro lugar, sem esvaziar o conteúdo do art. 37, § 4º, da Carta Magna<sup>319</sup>, é possível desdobrá-lo, de modo a harmonizá-lo com o princípio do *ne bis in idem*.

Se o ato de improbidade administrativa não configura crime, é cabível a ação de improbidade administrativa, com vistas à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas na Lei de Improbidade Administrativa, tal como dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, se o ato de improbidade administrativa configura crime, dois caminhos se abrem: i) a promoção da ação penal, com vistas à suspensão dos direitos políticos e à perda da função pública, efeitos da condenação criminal previstos, respectivamente, no art. 15, inc. III, da Lei Maior, e no art. 92, inc. I, alínea *a*, do Código Penal e, paralelamente, a propositura da ação civil pública, para assegurar o ressarcimento ao erário; ii) o ajuizamento da ação de improbidade administrativa com vistas à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública e ao ressarcimento do erário, que pode ser assegurado pela indisponibilidade de bens. Note-se que o exercício da segunda via, a do ajuizamento da ação civil punitiva, não impede o aforamento da ação penal, tal como dispõe o texto constitucional, cabendo ao final a compensação de penas da mesma espécie. Porém,

---

<sup>319</sup> “Art. 37. [...]”

§ 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.” (BRASIL. *Constituição Federal de 1988... Op. cit.*)

o oferecimento da ação penal obsta à instauração, concomitante ou sucessiva, da ação civil punitiva.

Em síntese, uma via não exclui a outra, mas ambas não podem ser percorridas concomitante ou sucessivamente, sob pena de violação à garantia processual do *ne bis in idem*, ressalvada a possibilidade de compensação de penas se a causa cível for instaurada e concluída antes, por uma questão de proporcionalidade. Por qualquer via, resultam asseguradas as medidas punitivas e ressarcitórias previstas no dispositivo constitucional.

Em conclusão, pelo manejo dos *postulados da coerência, da proibição de excesso e da proporcionalidade*, a aplicação do princípio da independência das esferas punitivas não afasta a incidência do *ne bis in idem*.

Desde logo, é lícito concluir que o princípio constitucional da independência das esferas punitivas não é absoluto, e merece uma releitura à luz do princípio supralegal do *ne bis in idem*, pelo manejo dos postulados da coerência, da proibição de excesso e da proporcionalidade.



## CAPÍTULO 3 – O *NE BIS IN IDEM* COMO GARANTIA CONTRA A DUPLICIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL

### 3.1 NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Interessa examinar neste tópico a maneira como se aplica o princípio do *ne bis in idem* na jurisdição do Estado brasileiro.

O *ne bis in idem* e a proibição contra a *double jeopardy* não têm equivalência aos institutos da litispendência e da coisa julgada. A garantia contra a dupla persecução compreende, mas não se exaure na litispendência e na coisa julgada.

A distinção é mal compreendida e a equiparação conceitual é comum. Como observa Rogério Schietti Machado Cruz, “a similitude de funções torna tentadora a proposta de se confundir os dois institutos com a *res judicata*.” Mais adiante, o autor conclui: “Insta repisar que os campos de incidência da coisa julgada, de modo geral, e do *ne bis in idem*, na vertente criminal, têm, inegavelmente, uma área de interseção comum, mas não são totalmente coincidentes”<sup>320</sup>.

Gustavo Henrique Badaró, ao escrever que, no contexto do processo penal brasileiro, “Ninguém poderá ser processado duas vezes pelo mesmo fato: *ne bis in idem*. Não poderá haver dois processos iguais, quer simultaneamente, quer um após o outro. No primeiro caso caberá a exceção de litispendência; no segundo, a exceção de coisa julgada”<sup>321</sup>, o faz corretamente, pois a coisa julgada quase sempre se identifica com o *ne bis in idem*.

Novamente, porém, não se deve perder de vista que a garantia do *ne bis in idem* não se esgota na litispendência e na coisa julgada. Os institutos da litispendência e da coisa julgada pressupõem identidade de ações, ao passo que a proteção do *ne bis in idem* é mais ampla, pois atua não somente entre ações idênticas, mas, também, entre ações semelhantes, posto que conexas ou continentes por identidade fática (o fato é o mesmo), sendo diversas as causas de pedir próximas (ou imediatas), isto é, o fundamento jurídico da causa de pedir.

Assim, por exemplo, se um mesmo fato é definido em lei como crime e improbidade administrativa, o *ne bis in idem*, em sua vertente processual da proibição contra a dupla

---

<sup>320</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2007, p. 33.

<sup>321</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 333.

persecução, veda a instauração, concomitante ou sucessiva, do processo penal e do processo civil por improbidade administrativa.

Como se vê, a garantia universal é mais ampla que a da coisa julgada, embora se reconheça entre elas uma área de interseção comum.

Da mesma forma, se um fato é definido como crime na legislação penal interna e, ao mesmo tempo, configura um dos crimes previstos nos arts. 5º a 8º do Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002) – crime de genocídio, crimes contra a humanidade ou crime de guerra –, a instauração, concomitante ou sucessiva, do processo penal no Brasil e do processo penal transnacional, como se verá no item 5.3 desta tese, atrai a incidência da garantia universal do *ne bis in idem*. Esta norma está expressamente prevista no art. 20 do Decreto nº 4.388/2002 que, em conjunto com o art. 5º, § 4º, da Constituição Federal, acolheu a jurisdição do Tribunal Penal Internacional<sup>322</sup>. Obviamente que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) é complementar às jurisdições penais nacionais, por expressa disposição do art. 1º da Convenção de Roma, o que reforça a premissa de que a instauração, concomitante ou sucessiva, do processo penal interno e do processo penal transnacional, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu, oportuniza a invocação da exceção do *ne bis in idem*.

Note-se que, em nenhum dos dois exemplos supracitados se fala em coisa julgada, porque as ações não são idênticas, os atos ilícitos são diferentes, possuem tipificação própria, posto que definidos em estatutos diversos e, pois, o fundamento jurídico da causa de pedir não é mesmo. Justamente nesses casos é que tem lugar a garantia do *ne bis in idem*. E, embora não se possa falar em coisa julgada, resta claro que a proteção do indivíduo contra a dupla persecução é amparada pela garantia processual do *ne bis in idem*.

No âmbito do processo penal interno, todavia, vale falar, indistintamente, em coisa julgada e *ne bis in idem*, sem perder de vista que esta última garantia abrange a coisa julgada, mas não se exaure nela.

---

<sup>322</sup> O art. 20 do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, disciplina expressamente a garantia nos seguintes termos: “Art. 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) tenha tido por objeto 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.” (BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)).

Falar, portanto, sobre *ne bis in idem* no âmbito do processo penal brasileiro reduz-se a tratar, quase inteiramente, da exceção da coisa julgada.

Não há previsão de revisão *pro societate* no ordenamento jurídico brasileiro, mas tampouco existe vedação na Constitucional Federal. Gustavo Henrique Badaró, após analisar a evolução histórica da revisão criminal nas Constituições brasileiras,<sup>323</sup> conclui: “embora atualmente não haja vedação expressa na Constituição para a revisão *pro societate*, há, por outro lado, um óbice ao legislador infraconstitucional para a criação de revisão criminal das sentenças absolutórias transitadas em julgado. A CADH, em seu art. 8.4, prevê, entre as garantias processuais mínimas, que “*o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”. Permitir uma revisão criminal que possa transformar uma absolvição passada em julgado em uma condenação penal é submeter o acusado a um novo processo pelos mesmos fatos. Não se pode considerar a vedação do *bis in idem* como limitada à repetição de ações penais condenatórias idênticas. Uma ação condenatória que resulte em absolvição e uma revisão criminal *pro societate* pelo mesmo fato violam a garantia do art. 8.4 da CADH. [...] Em suma, além de ser um traço histórico do ordenamento brasileiro o cabimento da revisão criminal apenas em favor do condenado, há também uma vedação, de *status* constitucional, pela integração da CR com a CADH – ou supralegal, conforme se considere a natureza dos tratados de direitos humanos -, impedindo a criação de revisão das sentenças absolutórias transitadas em julgado.”<sup>324</sup>

De fato, o fundamento da vedação do segundo processo e, até mesmo, *de lege ferenda*, de permitir uma revisão criminal contra a sentença absolutória pelo mesmo fato é exatamente o *ne bis in idem* como garantia supralegal, prevista no art. 8.4 da CADH. Se o

---

<sup>323</sup> “Na Constituição de 1891 e na Constituição de 1934, a revisão criminal era uma garantia individual com *status* constitucional, somente cabível em favor do condenado, competindo seu julgamento, sempre, ao STF, independentemente de a condenação ter sido proferida por juiz de primeiro grau ou por outro Tribunal. Na Constituição de 1937 não houve previsão do cabimento da revisão criminal. A Constituição de 1946 voltou a admitir a revisão constitucional, em favor dos codenados, mas somente para os julgados proferidos pelo próprio STF. De outro lado, não havia previsão constitucional da revisão criminal das decisões proferidas por outros Tribunais. As Constituições de 1967 e 1969 também mantiveram a previsão de que competia ao STF a revisão criminal das suas decisões, sem explicitar, contudo, que a revisão caberia somente em favor dos condenados. Finalmente, na Constituição de 1988, a revisão criminal não foi prevista entre os direitos e garantias individuais, estando mencionada apenas na competência originária do STF, do STJ e dos TRFs, sempre em relação aos próprios julgados. Não há mais, porém, a previsão de que a revisão se dê “em benefício dos condenados”. A omissão, certamente, não se deu por mero esquecimento, principalmente, diante dos paradigmas constitucionais.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 490-491).

<sup>324</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 491.

réu foi absolvido por sentença passada em julgado, a revisão *pro societate* que, pelo mesmo fato, pudesse leva-lo à condenação, vulneraria tal garantia.

No Brasil, é impossível que um mesmo fato configure crime militar e crime comum, porque uma tipificação exclui a outra.

A instauração de processos penais, concomitantes ou sucessivos, perante a Justiça Comum e a Justiça Militar, por um mesmo fato ou uma mesma conduta é, antes, um problema de direito material – porque diz respeito à legalidade e tipicidade –, e só consequentemente de direito processual, que atrai a incidência do *ne bis in idem*.

A jurisprudência pátria é fértil em reconhecer a impossibilidade de novo julgamento, pela Justiça Comum, do réu já definitivamente julgado perante a Justiça Militar pelo mesmo fato<sup>325</sup>. O fundamento jurídico para tal entendimento é, rigorosamente, o *ne bis in idem*.

É preciso acertar, todavia, o que se entende por “mesmo fato” (*eadem factum*). Assim, por exemplo, a associação criminosa em concurso com o roubo ou o tráfico ilícito de entorpecentes são fatos distintos: tem-se um crime permanente e outro, instantâneo<sup>326</sup>. O fato

<sup>325</sup> STJ: “Réu absolvido na Justiça Militar (coisa julgada) não pode, pelo mesmo fato, ser processado na justiça comum. O processo só poderá ser reaberto, por revisão criminal ou *habeas corpus*, no interesse do réu.” (TJ/RS 81/369). TJ/SP: “Existindo pronunciamento judicial definitivo sobre o mesmo fato na Justiça Militar, beneficiando o acusado, impõe-se o arquivamento da ação penal igualmente instaurada na Justiça comum.” (RT 576/363). TJ/SP: “O julgamento pela Justiça Militar no qual saiu definitivamente condenado o réu impede seja processado pelo mesmo fato na Justiça comum, por ofender tal procedimento a coisa julgada.” (RT 556/304). Vale a observação, apenas como registro, quanto à referência que se faz, usualmente, à coisa julgada, mas não de modo mais específico à proibição de dupla persecução penal, o que confirma algo já dito neste estudo: “em países de tradição romano-germânica, como o Brasil, o *ne bis in idem* é muito mais identificado como mera decorrência da *res judicata* do que, propriamente, uma garantia de proteção do indivíduo.” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 149). Ressalva-se a posição brasileira no sentido de que, tal como revelam os julgados supracolacionados, no âmbito do processo penal interno, o *ne bis in idem* se identifica com a coisa julgada. Note-se que as situações tratadas pelos julgados se referem ao mesmo fato, qualquer que seja a justiça competente. Vale dizer que a questão é de tipicidade, mas, não obstante isso, se o mesmo fato for subsumido a tipos penais distintos, e ensejar a dupla persecução, será inteiramente cabível a invocação da garantia processual do *ne bis in idem*.

<sup>326</sup> “HABEAS CORPUS. ROUBO. CONDENAÇÃO PERANTE A JUSTIÇA COMUM E A JUSTIÇA MILITAR PELOS MESMOS FATOS. *BIS IN IDEM*. DELITO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR EM SERVIÇO. CRIME MILITAR CARACTERIZADO. ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA PELA JUSTIÇA COMUM PELO MESMO FATO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Verificada a dupla condenação do paciente pelo delito de roubo, tanto na Justiça Comum quanto na Justiça Militar, de rigor o reconhecimento da flagrante ilegalidade.

2. Praticada a infração penal, que tem previsão no Estatuto Penal Militar (art. 242), quando o paciente estava trabalhando, aproveitando-se, inclusive, de sua condição de militar, resta caracterizado o crime militar, mantendo-se, pois, íntegro o édito condenatório do Juízo Especializado.

3. Por conseguinte, impõe-se a anulação da condenação por roubo imposta pelo Juízo Comum Estadual.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a condenação imposta ao paciente pela prática de roubo nos autos nº 234/2010, que tramitou perante a 1ª Vara Judicial da Comarca de Palmital, no Estado de São Paulo, mantidos os demais termos da condenação.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 362474/SP*, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, T6-Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 06/12/2016). A despeito da menção expressa na cabeça da ementa, a questão não envolve propriamente a regra universal do *ne bis in idem*, mas, apenas, a tipicidade penal e o princípio da especialidade. A configuração do crime militar impróprio afasta a incidência da norma contida no



é aquele naturalisticamente considerado, individualizável no tempo e no espaço<sup>327</sup>. Vale dizer, o conceito de *eadem factum* é tão importante para a incidência do *ne bis in idem* quanto o é para a coisa julgada.<sup>328</sup>

Se ocorrer que o mesmo fato seja subsumido a tipos penais diversos e, com isso, engendre a instauração de processos penais múltiplos, além da exceção de coisa julgada será também perfeitamente cabível a invocação da garantia do *ne bis in idem*, tal como se verificou, aliás, no paradigmático caso Loayza Tamayo *versus* Peru, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (relatado no item 3.4.1.).

Além disso, também pode ocorrer que, promovida a ação penal perante a Justiça incompetente, nova ação penal seja posteriormente intentada perante a Justiça competente. Em tal hipótese, indaga-se se a sentença nula teria eficácia de obstar ao ajuizamento da segunda ação penal, agora perante a Justiça competente.

A respeito da validade ou não da sentença proferida pela Justiça Militar – reconhecidamente incompetente para processar e julgar determinado crime –, seja ela absolutória ou condenatória, Rogério Schiatti Machado Cruz anotou:

Três alternativas, em resposta a essa indagação, se apresentam: a primeira, considerar a sentença anterior, mesmo nula ou inexistente, e independentemente se absolutória ou condenatória, idônea a impedir novo julgamento; segunda, considerar tal sentença apta a impedir novo julgamento perante a justiça comum, desde que seja absolutória; terceira,

---

art. 157, do CP. Não há dois crimes, mas um só. O processo instaurado na Justiça comum era nulo, *ab initio*, por falta de tipicidade da conduta. O espaço de incidência da garantia do *ne bis in idem* é próprio, embora seja impropriamente invocada em situações que são regradadas pelo Direito Penal. É preciso discernir, portanto, com exatidão, a pertinência da invocação da garantia do *ne bis in idem*, a fim de não distorcer o seu significado e desnaturar a garantia.

<sup>327</sup> A título de exemplo, já se decidiu que “A sentença absolutória na ação penal instaurada por suposta infração aos arts. 233, 236 e 237 do Código Penal Militar (atentado violento ao pudor com violência presumida) não faz coisa julgada em relação ao crime de registrar cena de sexo explícito envolvendo criança (Lei nº 8.069/90, art. 240, § 2º, inc. I). As condutas delituosas são absolutamente distintas” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 277866/SP, rel. min. Newton Trisotto, Des. convocado do TJ/SC), T5-Quinta Turma, julgado em 12/05/2015, DJe de 19/05/2015).

<sup>328</sup> Se o substrato naturalístico é o mesmo, a exceção da coisa julgada pode ser invocada, independentemente da qualificação jurídica que lhe foi dada: “A exceção da coisa julgada terá cabimento em relação ao “fato principal” do processo (CPP, art. 110, § 2º), isto é, o fato naturalístico, independentemente da sua qualificação jurídica” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 335). Afirma-se que na ação penal, o fundamento de direito é o *jus puniendi* do Estado, e a fundamentação jurídica não se confunde com a *qualificação jurídica dos fatos*. Afirma-se acertadamente, com fundamento no art. 383 do CPP, que “o que constitui a *causa petendi* relevante para a delimitação da sentença a ser proferida é apenas a exposição dos fatos, não sua qualificação jurídica” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*, 32 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 363-364). Cremos, sem embargo, que o fato de o direito processual brasileiro ter adotado a teoria da *substanciação* - que se opõe à da *individuação* - não afasta o fundamento jurídico como elemento da ação penal. E mais: o direito de punir do Estado, como fundamento jurídico do pedido, liga-se, indissociavelmente, à subsunção da conduta a uma classificação legal. Com isso, defendemos que a norma contida no art. 110, § 2º, do CPP, rigorosamente, é o *ne bis in idem*, que impede a dupla imputação pelo mesmo fato, qualquer que seja a classificação legal dada a ele.

desconsiderar a sentença anterior, porquanto, sendo emanada de órgão constitucionalmente incompetente, equivale a ato juridicamente inexistente, não produzindo efeitos de qualquer natureza.

A última alternativa foi seguida em decisão proferida pelo TJSP, em feito de relatoria do Des. Azevedo Franceschini, no qual se entendeu que: ‘Para poder ser anulado é necessário que o ato processual juridicamente exista. Ato juridicamente inexistente, pura e simplesmente haverá de ser desconhecido, sem necessidade de qualquer prévia e oficial declaração de sua inanidade. Falecendo jurisdição ao órgão, não haverá julgamento; e manifestação aparentemente decisória sobre assunto que lhe refuja, deverá ser considerada não existente. [...] Se a Justiça Especial lavra sentença sobre matéria desgarrada de seu absolutamente delimitado âmbito jurisdicional, não atuará, na verdade, como órgão judicante. Juridicamente, não terá havido julgamento; e o aparente veredicto de direito é de ser considerado como não existente, não podendo adquirir jamais a autoridade de coisa julgada.’

Tal interpretação afigura-se inacolhível, porquanto ignora uma realidade fática, perceptível ante a existência de um processo criminal no qual se praticaram inúmeros atos, resultando na prolação de uma sentença; ignora, outrossim, uma realidade jurídica, que se materializa nos efeitos decorrentes desse processo na vida do cidadão por ele afetado, como a limitação de seus direitos, a ostentação da qualidade de réu durante o processo e de condenado ou absolvido, conforme o teor da sentença. Como negar que esse ato pode ser considerado ‘não existente’, se não palpáveis as suas consequências, inclusive a mais óbvia, que é a necessidade de decidir se faz ou não coisa julgada? Ora, para eventualmente impor-se uma segunda sentença, ao argumento de que a primeira decorreu de ato inexistente, deve-se, no mínimo, declarar essa afirmada inexistência jurídica, o que engendra uma contradição, pois se o ato é inexistente, como ele pode carecer dessa declaração?

A segunda alternativa para resolver a questão da validade ou não da sentença proferida por justiça constitucionalmente incompetente, qual a militar quando julga crime da competência da justiça comum, leva em conta o impedimento à revisão criminal *pro societate* em nosso sistema, de modo a reputar imutáveis os efeitos produzidos por uma sentença prolatada na justiça incompetente.

Consideram os partidários dessa linha de pensamento que ‘ainda que faltasse à Justiça Militar competência, diz-se para argumentar, impossível qualquer alteração, vez que inexistente, entre nós, revisão pró-sociedade, no sentido de alterar decisão absolutória’ (TJSP, HC – rel. Des. Camargo Sampaio, RJTJESP 55/284. In: Alberto Silva Franco e Rui Stoco [Coord.]. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2 v., 1999, p. 2.204). Dito de outro modo, *a contrariou sensu*, poderia haver novo processo, perante a justiça competente, desde que a anterior sentença, prolatada perante órgão incompetente, fosse de condenação.

Mostra-se, todavia, em maior conformidade com o nosso sistema a opinião de que, absolutória ou condenatória, a sentença proferida por justiça incompetente, mesmo em nível constitucional, impede seja o réu novamente processado perante o órgão efetivamente competente. A razão é simples: no juízo penal a nulidade da sentença por incompetência do órgão jurisdicional pode dar causa a uma ação de revisão criminal, se condenatório o *decisum*, mas não pode render outra ação penal contra o mesmo réu, em virtude do mesmo fato – já perante a justiça militar, já perante a justiça comum – porque violaria o direito de qualquer pessoa a não ser submetida a duplo processo pela mesma conduta criminoso.

Essa tem sido a orientação jurisprudencial predominante. A exemplo de casos anteriormente julgados, em recente caso submetido ao Supremo Tribunal Federal, o ministro Cezar Peluso proferiu decisão monocrática, em *habeas corpus* impetrado contra decisão do Superior Tribunal Militar, que desconsiderara a existência de decisão de extinção da punibilidade proferida em juízo criminal comum a favor do paciente, admitindo, por conseguinte, o processamento de ação penal, pelo mesmo fato, sob roupagem jurídica militar, perante a justiça castrense. Sua Excelência, ao conceder a liminar postulada, anotou que a decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do paciente, ‘ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente, é susceptível de trânsito em julgado’, porquanto ‘todos os vícios processuais, inclusive o de incompetência absoluta, que refere de nulidade o processo, se tornam irrelevantes depois do trânsito em julgado da sentença, exceto o de falta de citação inicial, porque este é vício perpétuo.’ (STF, HC 87.869-MC/CE, j. 6/2/2006, DJU 17/2/2006)<sup>329</sup>.

Concordamos plenamente com o autor.

De fato, como quer que se entenda o vício, a sentença proferida por justiça incompetente, mesmo em nível constitucional, absolutória ou condenatória, impede seja o réu novamente processado perante o órgão efetivamente competente, com fundamento no *ne bis in idem*.

Se a sentença ou o acórdão transitado em julgado condenou o réu, uma vez nulificado por revisão criminal, descabe nova ação penal perante o juiz competente; se a sentença julgou o mérito para absolver o réu, uma vez transitada em julgado, descabe nova ação penal com fundamento no *ne bis in idem*, previsto no art. 8.4 da CADH.

A ofensa a regra de competência constitucional fere a garantia do juiz natural, e macula o processo de vício insanável. Mesmo que se entenda que o vício qualificado torna inexistente o processo, afastada a coisa julgada, a segunda persecução perante o juiz natural é obstada pela garantia universal do *ne bis in idem*.<sup>330</sup>

<sup>329</sup> CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP. São Paulo, 2007, pp. 150-152.

<sup>330</sup> “Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. E o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal. [...] É certo que o *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa. E que, na hipótese de sentença juridicamente inexistente, não se forma a coisa julgada. Mas, no terreno da repressão penal, no qual está diretamente em jogo valores supremos do indivíduo – vida, liberdade, dignidade -, o *ne bis in idem* assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 58-59). Sem embargo, cremos mais acertada a posição de Gustavo Henrique Badaró, para quem a violação à regra de competência constitucional acarreta a nulidade absoluta do processo. O vício de inexistência do processo ocorreria na hipótese de julgamento realizado por um tribunal de exceção, criado *post factum*. Para o autor, a investidura legal é pressuposto processual de existência, ao passo que a competência é pressuposto processual de validade: “E não havendo como rescindir a coisa julgada absolutória, não será possível um segundo processo sobre o mesmo fato, sob pena de violação da garantia do *ne bis in idem*. [...] De qualquer

Nesse sentido é que se afirma que a garantia do *ne bis in idem* é mais forte que a da coisa julgada.

Logo, a sentença, seja ela absolutória ou condenatória, mesmo que proferida por juiz absolutamente incompetente, é válida e eficaz a proibir nova persecução penal perante o juiz competente, a bem dos direitos albergados pelo *ne bis in idem*.

Além disso, a decisão da Justiça Militar que determinou o arquivamento de inquérito policial militar com base em excludente de ilicitude faz coisa julgada material, e impede o ajuizamento de denúncia posterior pelos mesmos fatos, sob pena de violação do *ne bis in idem*<sup>331</sup>.

Como já se adiantou, no plano do direito material, o problema da multincidência normativa sobre os mesmos fatos pode ser resolvido pelos princípios regentes do conflito aparente de normas (o da especialidade, o da subsidiariedade, o da consunção e o da alternatividade). Trata-se de uma questão de tipicidade. Isso não afasta a possibilidade de multiplicidade de imputações pelo mesmo fato que, no plano no direito processual, atrai a incidência do princípio do *ne bis in idem*. As hipóteses, para tanto, vão desde a da concussão e prevaricação, praticados por policial militar, crimes definidos nos arts. 305 e 319 do Código Penal Militar (CPM) e nos arts. 312 e 316 do Código Penal (CP), até a do prefeito municipal que incorre na prática de apropriação indébita de bens ou rendas públicas, definida como crime pelo art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei nº 201/67, e pelo art. 312, § 1º, do CP, em que há crime único e não duplicidade de crimes.

Dificuldade maior se apresenta nos casos de concurso formal, em que, por uma mesma conduta, o agente atinge bens jurídicos diferentes, e pratica crimes distintos, de competência da Justiça Comum e Militar ou da Justiça Comum federal e estadual.

Assim, por exemplo, uma mesma conduta praticada por um policial militar, que caracteriza os crimes de abuso de autoridade e lesão corporal<sup>332</sup>, ou fraude à licitação, peculato e corrupção passiva – são fatos distintos mas que configuram crimes de competência da Justiça Comum e da Justiça Militar; concussão e prevaricação praticados por policial militar – crimes definidos nos arts. 305 e 319 do CPM, e nos arts. 312 e 316 do

---

forma, chega-se ao mesmo resultado: a inviabilidade do segundo processo pelo mesmo fato. Para os ilustres processualistas citados, a vedação decorre da garantia do *double jeopardy*, aplicável mesmo em relação a atos inexistentes. Para nós, a impossibilidade do segundo julgamento tem por fundamento o efeito negativo da coisa julgada formada em relação a uma sentença que, embora nula, não poderá ser rescindida.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 559-566).

<sup>331</sup> Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 46666/MS*, rel. min. Sebastião Reis Júnior, T6-Sexta Turma, julgado em 05/02/2015, DJe de 28/04/2015.

<sup>332</sup> Registra-se a superveniência da Lei nº 13.491/2017, a qual alterou a competência da Justiça Militar para abranger, também, os crimes previstos na legislação especial.

CP; desvio de verbas do SUS ou do FUNDEB por um agente político; crime ambiental que viola bens jurídicos da União, de Estados e de municípios; crime de apropriação indébita de bens ou rendas públicas praticado por prefeito municipal, definido no art. 1º, inc. I do Decreto-Lei nº 201/67 e no art. 312, § 1º do CP. Caberia invocar a exceção do *ne bis in idem*? O fato é um só, sendo também única a conduta.

Por uma ficção jurídica, considera-se a conduta única como se fossem várias ações, passíveis de serem desdobradas em vários crimes, idênticos ou não. Neste caso, a regra do art. 70 do Código Penal determina que seja aplicada a pena do crime mais grave ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade, contando separadamente o prazo prescricional (CP, art. 119).

O concurso de crimes atinge a relação jurídica de direito material que antecede o processo, pelo que não há de se cogitar a incidência da garantia processual do *ne bis in idem*, eis que, por outra volta, o próprio legislador, na fixação da pena, já manejou o postulado da proporcionalidade e afastou o *bis in idem*, dando efetividade à vertente material da garantia.

Tem-se, pois, como se fossem vários fatos, diversas condutas com resultados diferentes. O concurso de crimes, formal no caso, caracteriza-se como continência objetiva, que enseja a reunião dos processos e atrai a incidência do Enunciado 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Se, porém, a formação do *simultaneous processus* não for possível em razão da crise de competência, o art. 79, inc. I, do CPP e o Enunciado 90 da Súmula do STJ determinam, nesse caso, a separação forçada, sob pena de nulidade absoluta, por violação de regras de competência material, ditadas pela Constituição Federal. A invocação da garantia do *ne bis in idem* dependeria da invalidação da ficção jurídica, porque, novamente, para a lei penal, não há fato único, mas a multiplicidade deles, cada qual sujeito a uma jurisdição diversa<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup> Nesse sentido deve ser compreendida a regra do art. 70 do CP. A propósito: “PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE AÉREO. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO E HOMICÍDIO CULPOSO. DELITOS PRATICADOS POR MILITARES, CONTROLADORES DE VÔO. CRIMES DE NATUREZA MILITAR E COMUM. DESMEMBRAMENTO. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO.

1. Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato dos controladores de voo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça Comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas.

2. Solução que se encontra, *mutatis mutandis*, no enunciado da Súmula 90/STJ: ‘Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele.’

3. Conflito não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 91016/MT, rel. min. Paulo Gallotti, S3-Terceira Seção, julgado em 27/02/2008, DJe de 25/03/2008, RJP v. 21, p. 116).

Em resumo, no âmbito da jurisdição penal interna, aqui denominada processo penal brasileiro, falar em *ne bis in idem*, quase sempre significa tratar da litispendência e da coisa julgada. A exceção consiste em que, enquanto a litispendência e a coisa julgada obstam à dupla persecução penal pelo mesmo fato subsumido ao mesmo tipo penal que ensejou o primeiro processo, o *ne bis in idem* impede a instauração de um novo processo, concomitante ou posterior, pelo mesmo fato subsumido ao mesmo ou a outro tipo penal, isto é, com roupagem diferente, capitulado diversamente, sob outra classificação legal, qualquer que seja o órgão ou a justiça competente para o processo e o julgamento<sup>334</sup>.

### 3.2 NO PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL

No sistema de Justiça Interamericano, não existe *ne bis in idem* internacional entre os Estados soberanos, como uma garantia processual.

Diferentemente do que ocorre na União Europeia, cuja Carta de Direitos Fundamentais prevê expressamente o *ne bis in idem* em seu art. 50<sup>335</sup>, nos Estados Interamericanos, à míngua de um direito comunitário, somente se reconhece a eficácia interna e supranacional do *ne bis in idem*.

O Brasil acolheu a jurisdição do Tribunal Internacional Penal, mas não, evidentemente, a de outros Estados soberanos, salvo nas hipóteses previstas em lei, ou seja, de desconto das penas.

Não existe óbice legal à duplicidade de processos penais perante autoridades judiciárias brasileira e estrangeira<sup>336</sup>. Não há se falar, tampouco, em extraterritorialidade, que consiste na aplicação das leis brasileiras aos crimes cometidos fora do território nacional.

O art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, e o art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966 – que preveem o *ne bis in idem* – não têm transnacionalidade e, portanto, não vedam a instauração de investigações e processos em Estados diferentes pelo mesmo fato, em razão do princípio da

---

<sup>334</sup> Não se deve confundir a questão da tipicidade com a do *bis in idem*.

<sup>335</sup> *Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence*: “Art. 50. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.”

<sup>336</sup> Vários julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a ausência de óbice legal para a duplicidade de julgamento pela autoridade judiciária brasileira e estrangeira (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 78.684-SP*, relator o ministro Joel Ilan Paciornik TE-Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe de 08/02/2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 221.108-PR*, rel. min. Jorge Mussi, T5-Quinta Turma, julgado em 11/03/2015, DJe de 25/03/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 41.892-SP*, relator o ministro Arnaldo Esteves Lima, T5- Quinta Turma, julgado em 02/06/2005, DOU de 22/08/2005, p. 319).

soberania. A União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) é uma mera Carta de Intenções, mas que prevê, inclusive, a criação de uma Corte regional. Já o Mercado Comum do Sul (Mercosul) é um acordo comercial que disciplina o trânsito de mercadorias e pessoas entre as fronteiras, sem nenhuma transcendência e sem qualquer pertinência temática ao processo penal e punitivo em geral. Vale dizer que não existe eficácia horizontal da garantia processual do *ne bis in idem* entre os Estados americanos soberanos.

A instauração de processo punitivo perante juiz ou tribunal estrangeiro não induz o *bis in idem*, e não impede que a autoridade judiciária brasileira conheça as suas causas e as que lhe são conexas.

Em matéria de aplicação da lei penal brasileira no espaço, tema que, reflexamente, implica os limites da atuação do Poder Judiciário brasileiro, o ordenamento jurídico brasileiro adotou vários princípios: da territorialidade, da personalidade ativa, da representação e da universalidade ou da justiça universal. Este último

tem como objetivo assegurar a punição do agente pelo país em que se encontra, independentemente de sua nacionalidade, do local de cometimento do crime ou do bem jurídico lesado, evitando-se a consagração da impunidade. Nesse sentido, ao fazer menção às Convenções da ONU, de 1984, contra a tortura e à Convenção contra o terrorismo, Paola Gaeta afirma que: ‘O objeto principal dessas convenções é claramente evitar a impunidade e de implantar uma repressão eficaz de determinadas infrações, garantindo que um Estado terá sempre competência em relação a estas<sup>337</sup>.

O Código de Processo Penal (CPP), todavia, nada dispõe sobre a competência internacional, diferentemente do Código de Processo Civil, que trata do tema em seus arts. 21 a 24:

Modernamente se tem entendido que as regras estabelecidas no art. 7º do CP, a despeito de prescreverem a incidência da lei penal brasileira, enunciando como regra geral o princípio da *lex fori* ou territorialidade, acabaram, também, por via oblíqua, por estipular as hipóteses de incidência da jurisdição brasileira, porque, há que se convir que, se a lei penal brasileira deve incidir em determinadas hipóteses, é de todo evidente que a jurisdição brasileira deva atuar, pois cabe a ela a aplicação da lei pátria<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio; VILARES, Fernanda Regina; LOPES, Mariângela Tomé. Competência internacional. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ZILLI, Marcos Alexandre (Coords.). *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 339.

<sup>338</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 234.

Ressalvada a competência penal supranacional, que será objeto de estudo no tópico seguinte, a exemplo do Código de Processo Civil (arts. 21 a 23), é lícito dividir a competência penal internacional em concorrente ou cumulativa e exclusiva.

A competência internacional é concorrente ou cumulativa a de outros Estados quanto aos crimes (CP, art. 7º, inc. II):

- 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.

A atuação da jurisdição brasileira nos casos de competência internacional concorrente ou cumulativa, sobre não excluir a de outros Estados soberanos, depende do concurso das seguintes condições (CP, art. 7º, § 2º):

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído naqueles em que 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 estiver extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Quanto aos casos de competência internacional concorrente ou cumulativa, duas regras merecem destaque:

- 1) a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas (CP, art. 8º);
- 2) a sentença penal estrangeira que impõe pena dispensa homologação pelo STJ. A homologação pelo STJ somente é necessária para que a sentença penal estrangeira surta efeitos civis e para sujeitar a pessoa à medida de segurança (CP, art. 9º).

A competência internacional se diz exclusiva da jurisdição brasileira – sem prejuízo da jurisdição do Tribunal Internacional Penal – quanto aos crimes (CP, art. 7º, inc. I):

- 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.

Dispõe a respeito o art. 24 do Código de Processo Civil (CPC):



Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Não há disposição semelhante no Código de Processo Penal (CPP), mas o art. 24 do CPC deve ser aplicado ao processo penal por analogia, por força do art. 3º do CPP.

Não existe, portanto, litispendência internacional no processo civil [sancionatório], por força do art. 24 do CPC, tampouco no processo penal, por força do art. 24 do CPC, c.c. o art. 3º do CPP.<sup>339</sup>

Além disso, o ajuizamento de ação punitiva no estrangeiro não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça as que lhe são *conexas*, ou seja, de outras ações judiciais punitivas, qualquer que seja a sua roupagem, isto é, o fundamento legal da causa de pedir.

Observa-se, inicialmente, que o art. 24 do CPC somente tem sentido nos casos de competência cumulativa ou concorrente. E, de fato, nenhum efeito produz a litispendência e coisa julgada estrangeira em questão de matéria pertinente à competência exclusiva da justiça brasileira.

Se a competência internacional for exclusiva, o Brasil não reconhece a jurisdição estrangeira, pelo que não há se falar em litispendência, coisa julgada e *ne bis in idem* internacional, como ocorre, por exemplo, nos casos de *corrupção* (art. 7º, inc. I, alíneas *b* e *c* do CP)<sup>340</sup>.

Se a competência internacional for cumulativa ou concorrente descabe alegação de litispendência e coisa julgada internacional, o que significa que nada impede o ajuizamento de ação perante a Justiça brasileira, mesmo após já ter sido proposta em outro país.

Idênticas regras devem ser aplicadas, por analogia, à garantia processual do *ne bis in idem*. Não há razão que impeça o ajuizamento de ação punitiva no Brasil em razão da pendência de outra ação punitiva no estrangeiro, nos casos de competência internacional penal concorrente ou cumulativa e, menos ainda, nos casos de competência internacional

---

<sup>339</sup> Afirmar-se que a lei penal brasileira se aplica ao fato ocorrido no exterior não é o mesmo que dizer que a ação penal *deva* ou *possa* ser instaurada no Brasil pelo mesmo fato, na pendência da ação penal proposta perante juiz ou tribunal estrangeiro, o que abre espaço para a analogia. O art. 1º, *caput*, primeira parte, do CPP expressa simplesmente que, *se* a ação penal for movida no Brasil, o processo penal reger-se-á pelo CPP.

<sup>340</sup> O crime de corrupção passiva está definido em Tratado Internacional incorporado ao Ordenamento Jurídico interno (Decreto 5.687, de 31/01/2006) e no art. 317 do Código Penal.

penal exclusiva. Ao contrário, prevalece o princípio da soberania do poder estatal, evidentemente fora dos limites da Justiça supranacional, universal ou comunitária.

Note-se que se o agente foi absolvido ou cumpriu a pena no estrangeiro pelo mesmo fato (nos casos de competência penal internacional concorrente ou cumulativa), o art. 7º, § 2º, alínea *d* do Código Penal afasta a aplicação da lei penal brasileira e, por consequência, a jurisdição brasileira. Nessas hipóteses, o *ne bis in idem* já foi manejado pelo legislador, pelo que não há de se falar em *ne bis in idem* como garantia processual ou penal. Enfatize-se: nesses casos, o Brasil não é competente para o processo e julgamento da causa. A questão não diz respeito ao *ne bis in idem*, mas, antes, à falta de competência penal internacional da autoridade judiciária brasileira ou, antes ainda, à ausência de condição objetiva de punibilidade, que afasta a justa causa para a ação penal. Além disso, o inc. II (a que refere o art. 7º, § 2º) fala em “crime”, e não em “fato”, pelo que a sentença absolutória que exclui a jurisdição nacional há de ser compreendida como aquela proferida pela jurisdição penal estrangeira (*transnacional* ou *supranacional*), por crime definido na legislação penal interna, e que encontra idêntica definição no tratado internacional de que o Brasil é parte.

Em conclusão, se um mesmo fato estiver definido como crime pela lei interna e como outro crime em tratado internacional (crimes diversos como, por exemplo, homicídio e crime contra a humanidade), nada obsta à dupla imputação. Existe, portanto, um vácuo normativo que somente a criação de um direito comunitário regional poderia suprimir.

Suponha-se que, em caso de competência internacional concorrente, o sujeito tenha sido condenado no estrangeiro por crime definido em tratado internacional de que o Brasil é parte e, pelo mesmo crime, definido na legislação interna, tenha sido novamente processado e condenado no Brasil. Neste caso, compensam-se as penas, por força do *ne bis in idem*, em sua vertente material, articulada pelo legislador no art. 8º do CP.

Admita-se, por outro lado, que o sujeito tenha sido absolvido no estrangeiro e processado no Brasil: a) pelo mesmo crime, definido no tratado internalizado e em lei penal nacional (por exemplo, feminicídio, lavagem de dinheiro)<sup>341</sup>; b) pelo mesmo fato, com “roupagem diversa”. Que exceções poderia a defesa alegar? No primeiro caso, invocaria a

---

<sup>341</sup> O STF já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente, sob pena de violar o princípio da legalidade – art. 5º, inc. XXXIX (ex.: tipo penal de organização criminosa trazido na Convenção de Palermo; crime contra a humanidade trazido pelo Estatuto de Roma), mesmo em se cuidando de tratado internalizado por Decreto, porquanto se entende que o Decreto não é lei em sentido formal. No mesmo sentido, ver: STJ. *REsp 1798903/RJ*, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, S3-Terceira Seção, j. em 25/09/2019, DJe 30/10/2019. Em síntese, não é possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra a humanidade (art. 7º do Estatuto de Roma) sem prévia lei que o defina.

inaplicabilidade da lei penal brasileira (art. 7º, § 2º, alínea *d*, do CP), a ausência de uma condição objetiva de punibilidade e, pois, de justa causa para a ação penal e, não se equivocaria se também alegasse a falta de competência da autoridade judiciária brasileira no processo em razão da inaplicabilidade da lei penal brasileira<sup>342</sup>. No segundo caso, em que o fato é o mesmo, com definições legais diversas (diferentes fundamentos jurídicos da causa de pedir), caber-lhe-ia suscitar, no segundo processo, instaurado perante a autoridade judiciária brasileira, a garantia processual do *ne bis in idem* a fim de estancá-lo? Não, por falta de previsão legal<sup>343</sup>.

Voltando ao processo civil [punitivo], nos casos de competência internacional concorrente ou cumulativa, é cabível a alegação de litispendência, coisa julgada e, por interpretação extensiva, *ne bis in idem* no juízo da homologação da sentença estrangeira, ou seja, no STJ. Nesse caso, entretanto, percebe-se que não se trata de alegação de litispendência, coisa julgada ou *ne bis in idem* “internacional”, mas, sim, de litispendência, coisa julgada ou *ne bis in idem* “nacional”, obstativos da homologação da sentença estrangeira<sup>344</sup>.

Como a sentença penal estrangeira não se sujeita à mesma condição de eficácia, qual seja, a homologação pelo STJ, o único efeito do *ne bis in idem* é o da compensação de penas.

Vislumbra-se, aqui, a clara importância do papel do *ne bis in idem* em sua dimensão material, o que, por si só justifica o desdobramento do conteúdo da garantia.

Entende-se que o art. 8º do CP<sup>345</sup> (norma penal não-incriminadora) se aplica, por analogia *favor rei*, às penas impostas nos processos punitivos em geral.

O art. 100, *caput*, da Lei nº 13.445/2017, conhecida como Lei de Migração, ao tratar da transferência da execução da pena de um Estado a outro, reconheceu expressamente a

<sup>342</sup> Em ordem cronológica, tem-se ação-processo, e é somente na *sentença* que o juiz decidirá a lei penal aplicável.

<sup>343</sup> Sem embargo, a violação do princípio da dupla tipicidade (ou dupla imputação), previsto no art. 82, inc. II, da Lei nº 13.445/17 não obsta à extradição. A jurisprudência firmada no STF é no sentido de que “a possível diversidade formal concernente ao *nome juris* das entidades delituosas não atua como causa obstativa da extradição, desde que o fato imputado constitua crime sob a dupla perspectiva dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e no Estado estrangeiro” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 977*. República Portuguesa, rel. min. Celso de Mello, Plenário, j. em 25/05/2005).

<sup>344</sup> Mesmo assim, é bom deixar claro, “no juízo de homologação da sentença estrangeira, é possível a alegação do art. 24 como impeditivo da homologação se o processo no Brasil iniciou antes do trânsito em julgado da sentença estrangeira. Além disso, no juízo de homologação da sentença estrangeira, só é possível a alegação de coisa julgada no Brasil, impeditiva da homologação, se o processo no Brasil iniciou antes do trânsito em julgado da sentença estrangeira. Nessas duas últimas hipóteses, se o processo no Brasil iniciou depois do trânsito em julgado da sentença estrangeira, esta pode ser homologada.” (MANZANO, Camila Corbucci Monti; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Manual de Processo Civil*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 147).

<sup>345</sup> “Art. 8º. A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.” (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)).

perspectiva material do *ne bis in idem* internacional, nos seguintes termos: “Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do *non bis in idem*”.

O art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, ao Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, também positivou a vertente material do *ne bis in idem*, nos seguintes termos:

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. [...] § 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Valendo-se de analogia ao art. 8º do CP, a expressão “sanções de mesma natureza”, contida no art. 22, § 3º, da LINDB, deve ser entendida como “sanções da mesma espécie”, até mesmo porque não há como se subtrair valores de grandezas diferentes.

A efetivação da vertente material do *ne bis in idem* pelo desconto da pena cumprida no estrangeiro pelo mesmo fato está prevista no ordenamento jurídico de Alemanha (§ 51 do StGB)<sup>346</sup>, Itália (art. 138 do CP)<sup>347</sup>, Áustria (§ 66 do StGB)<sup>348</sup> e Suíça (arts. 6 e 7, do CP)<sup>349</sup>.

<sup>346</sup> “**Strafgesetzbuch (StGB) § 51 Anrechnung:**

“(…) (3) Se o condenado tiver sido condenado no estrangeiro pelo mesmo fato, a pena estrangeira será compensada com a nova pena, na medida em que tenha sido cumprida. O n.º 1 aplica-se em conformidade a outra privação de liberdade sofrida no estrangeiro.”.

<sup>347</sup> “Art. 138. Quando o julgamento realizado no estrangeiro é renovado no Estado, a pena cumprida no estrangeiro é sempre descontada, tendo em conta a sua espécie; e, havendo prisão preventiva no exterior, aplica-se o disposto no artigo anterior. ”.

<sup>348</sup> **§ 66 StGB Anrechnung im Ausland erlittener Strafen:**

“Se o agente já tiver cumprido pena no estrangeiro pelo fato pelo qual é punido internamente, esta será compensada com a pena aplicada no país.”.

<sup>349</sup> “Crimes cometidos no exterior e processados de acordo com uma obrigação internacional

Art. 6

1. Este Código se aplica a qualquer pessoa que cometa um crime ou contravenção no exterior que a Suíça tenha se comprometido a reprimir sob um acordo internacional se:

a. o ato é também punível no local onde foi cometido ou este local não está sujeito a qualquer jurisdição penal;  
b. o autor está na Suíça e não é extraditado para o exterior.

**2. O juiz fixa as penas de modo a não as tornar globalmente mais severas do que as previstas na lei do lugar onde foi praticado o fato.**

**3. Sob pena de violação grave dos princípios da Constituição Federal e da CEDH, o autor não será processado na Suíça pelo mesmo fato se:**

a. foi absolvido com uma sentença final por um tribunal estrangeiro;  
b. a sanção que lhe foi imposta no estrangeiro foi executada ou perdoadada ou caducou.

**4. Se, pelo mesmo fato, o agente foi condenado no estrangeiro e só cumpriu parcialmente a pena, o juiz desconta a pena cumprida no estrangeiro na que vier a ser proferida. O juiz decide se uma medida ordenada no exterior, mas executada apenas parcialmente no exterior, deve ser continuada ou descontada na sentença imposta na Suíça.**

A vertente material do *ne bis in idem* adquire relevância nos processos punitivos em quatro situações: i) quando a pena é imposta no estrangeiro, de que ora se trata; e, como se verá nos capítulos seguintes, ii) quando não se reconhece o caráter penal da sanção imposta em outro processo punitivo, instaurado pelo mesmo fato; iii) quando a pena é imposta em causa punitiva de menor graduação, instaurada e concluída antes de outra causa punitiva de maior graduação, pelo manejo do postulado da proporcionalidade; e iv) quando a pena é imposta em acordo civil ou penal, no âmbito da justiça punitiva consensual.

Quanto à vertente processual, em síntese, seja a competência internacional penal exclusiva, seja concorrente ou cumulativa, não há que se falar em litispendência, coisa julgada e *ne bis in idem* internacional.

Tanto isso é verdade que, discorrendo sobre as lições da Operação Lava-Jato em relatório do Wilson Center, publicado em Washington D.C., em 2020, Marta Saad e Maria Thereza de Assis Moura apontam que um dos desafios da cooperação internacional, ante a falta de normativa interna a respeito de sua procedimentalização, consiste em eliminar o risco de utilização indevida da confissão obtida em acordos de colaboração premiada e de leniência, mediante renúncia do colaborador ao direito de não produzir prova contra si, em processos instaurados em duplicidade, pelo mesmo fato, em outro Estado<sup>350</sup>.

---

Outros crimes cometidos no exterior

Art. 7

1. O presente Código aplica-se a quem cometer crime ou contravenção no estrangeiro, sem preencher as condições previstas nos artigos 4.º, 5.º ou 6.º, se:

- a. o ato é também punível no local onde foi cometido ou este local não está sujeito a qualquer jurisdição penal;
- b. o autor está na Suíça ou, por esse ato, é extraditado para a Confederação;
- c. de acordo com a lei suíça, o ato permite a extradição, mas o autor não é extraditado.

2. Se o agente não for suíço e o crime ou contravenção não tiver sido cometido contra um suíço, o n.º 1 só é aplicável se:

- a. o pedido de extradição foi indeferido por motivo não inerente à natureza do ato; ou
- b. o perpetrador cometeu um crime particularmente grave proscrito pela comunidade jurídica internacional.

**3. O juiz fixa as penas de modo a não as tornar globalmente mais severas do que as previstas na lei do lugar onde o fato foi cometido.**

**4. Sem prejuízo de grave violação dos princípios da Constituição Federal e da CEDH11, o autor deixa de ser processado na Suíça pelo mesmo fato se:**

- a. foi absolvido com uma sentença final por um tribunal estrangeiro;
- b. a sanção que lhe foi imposta no estrangeiro foi executada ou perdoada ou caducou.

5. Se, pelo mesmo fato, o agente foi condenado no estrangeiro e apenas cumpriu parcialmente a pena, o juiz desconta a pena cumprida no estrangeiro na sentença a proferir. O juiz decide se uma medida ordenada no exterior, mas apenas parcialmente executada no exterior, deve ser continuada ou descontada na sentença imposta na Suíça.” [g.n.]

<sup>350</sup> “*Despite the increasing use of international legal cooperation, several bottlenecks persist: [...] the solution of any bis in idem, especially in cases of consensual means of conflict resolution, such as cooperation or plea bargain agreement. Indeed, international legal cooperation in the Brazilian system is governed by varied, non-homogeneous laws. The matter is present, sparsely, in several laws, as in the Brazilian Constitution, the rules of the Law of Introduction to the Civil Code, the Code of Civil Procedure, the Code of Criminal Procedure, and Resolution n. 9 of the Superior Court of Justice; in addition to the Internal Rules of the Supreme Federal Court, among others. There are also numerous laws of international origin, such as multilateral and bilateral conventions, which deal with international legal cooperation between Brazil and some states, as seen above.*

Não obstante, a partir do Pedido de Extradicação 1.223/DF, relatado pelo ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 2014<sup>351</sup>, no *Habeas Corpus 171.118-SP*, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/06/2019, DJe-125 de 11/06/2019<sup>352</sup>, formou-se uma tendência no STF no sentido de aplicar o *ne bis in idem* em detrimento da soberania nacional para impedir a dupla persecução em matéria penal.

No caso, a ordem foi concedida para trancar a ação penal instaurada em desfavor do paciente pela prática do delito de lavagem de capitais, em razão do prévio cumprimento de sanção imposta em sentença penal condenatória proferida por autoridade judicial suíça a respeito dos mesmos fatos.

O Ministério Público Federal (MPF), por outro lado, buscou encampar a tese de que a aplicação da garantia do *ne bis in idem* deveria ser mitigada pela incidência paralela da

---

*International legal cooperation is exercised by states based on bilateral agreements and regional and multilateral treaties, and based on the promise of reciprocity. Brazil is part of a wide range of agreements and treaties, through which it acquires the right to request legal cooperation from other participating states, as well as undertaking to comply with their requests; cooperating, also, through the promise of reciprocity. There is, however, no legal cooperation law governing the Brazilian state's procedures internally. There is not a specific and detailed discipline in the proceduralization of the processing that must be followed in the execution of a foreign request. There is not a clear norm as to the treatment that must be given to requests for foreign legal cooperation seeking compliance with measures in Brazil. In the field of cooperation, under such conditions, the delicate interface of harmonizing domestic law with international commitments is evident, guided by the need to observe fundamental rights in the cooperative environment. [...] However, in cases of plea bargain agreements, when assistance is requested from foreign countries, care should be taken to address the collaborator's possible vulnerability abroad, since they undertake to collaborate and tell the truth before authorities, but they are already being punished in Brazil for the often transnational facts included in the written agreement. In these cases, the evidence obtained through plea bargain or leniency agreements cannot be presented or used in Brazil and also abroad to the detriment of the collaborating person, except in relation to facts that have not been revealed by them and later proved. [...] Otherwise the collaborator would be under coercion since the collaborator gave up the right against self-incrimination in the agreement signed with Brazilian authorities.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *International Legal Cooperation in Car Wash Operation*. In: BECHARA, Fabio Ramazzini; GOLDSCHMIDT, Paulo C. (Orgs.). *Lessons of operation Car Wash – A legal, institutional and economic analysis*. Wilson Center, Mackenzie, FGV e USP. Washington, DC: Brazil Institute/Woodrow Wilson Center, nov. 2020, pp. 52-67. Disponível em: <https://bit.ly/3kChVKj>. Acesso em: 24 nov. 2020.*

<sup>351</sup> “A QUESTÃO DO *DOUBLE JEOPARDY* COMO INSUPERÁVEL OBSTÁCULO À INSTAURAÇÃO DA *PERSECUTIO CRIMINIS*, NO BRASIL, CONTRA SENTENCIADO (CONDENADO OU ABSOLVIDO) NO EXTERIOR PELO MESMO FATO – PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – OBSERVÂNCIA DO POSTULADO QUE VEDA O *BIS IN IDEM*. – Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso País, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso. A cláusula do artigo 14, n. 7, inscrita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia geral das Nações Unidas, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua (a de instrumento normativo impregnado de caráter supralegal ou a de ato revestido de índole constitucional), inibe, em decorrência de sua própria superioridade hierárquico-normativa, a possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos subjacentes à sentença penal estrangeira.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ementa da Extradicação n.º 1.223/DF* (fragmento), relator o ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 28/02/2014).

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 171.118-SP*. Relator o ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12/11/2019.

soberania do Estado brasileiro<sup>353</sup>. Em essência, o *Parquet* sustentou que a proibição era tão somente contra a dupla punição no Brasil em razão do mesmo fato e não contra a dupla persecução penal por fato punido no exterior. A possibilidade de processos nos dois países seria decorrência natural e lógica da soberania de cada país, explicitamente admitida na legislação brasileira (Art. 8º, CP. “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.”).

Do acórdão se extrai a conclusão do voto de seu relator, o ministro Gilmar Mendes, de seguinte teor:

É forçoso concluir, portanto, que o exercício do controle de convencionalidade, tendo por paradigmas os dispositivos do art. 14, n.º 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, e o art. 8º, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, determina a vedação à dupla persecução penal ainda que em jurisdições de países distintos<sup>354</sup>.

Em outras palavras, entendeu-se que os arts. 5º e 8º do Código Penal haveriam de ser apreendidos em conformidade com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e, naturalmente, com o caráter supralegal que o próprio STF outorgou a eles, com destaque ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (“Art. 14.7. 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 com os procedimentos penais de cada país”), e à Convenção Americana de Direitos Humanos (“Art. 8.4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”), vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos.

O mesmo acórdão, porém, ressaltou a possibilidade de a garantia convencional ser afastada, caso se verificasse que o julgamento no país estrangeiro, pelos mesmos fatos, não se revestisse das garantias de um processo justo, *in verbis*:

---

<sup>353</sup> Eis o teor da respectiva ementa: “1. Penal e Processo Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e *ne bis in idem*. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (casos *Loayza Tamayo vs. Peru* de 1997; *Mohamed vs. Argentina* de 2012; *J. vs. Peru* de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de *habeas corpus* concedida para trancar o processo penal.”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 171.118-SP... *Op. cit.*, v.u.).

<sup>354</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 171.118-SP... *Op. cit.*, p. 12.

Portanto, se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna<sup>355</sup>.

Em sentido contrário, no mesmo caso que ensejou a impetração do HC 171.118/STF, o STJ havia proferido decisão – que espelha o entendimento dos demais tribunais pátrios e que nos parece mais acertada – no sentido de que a condenação no Exterior não obsta à persecução penal pela Justiça brasileira, pelos mesmos fatos<sup>356</sup>, porque, repise-se, não há litispendência, coisa julgada e *ne bis in idem* internacional, como uma garantia processual (o que há é a possibilidade de desconto de penas). Isto porque o art. 8.4 da CADH e o art. 14.7 do Pacto de Direitos Civis e Políticos não têm transnacionalidade.

Sem embargo, a decisão do STF revela que: i) o princípio da independência das esferas punitivas não é absoluto; ii) o *ne bis in idem* possui dimensão transnacional; iii) a dimensão transnacional do *ne bis in idem* é pouco compreendida.

Reafirma-se a convicção no sentido de que não existe eficácia horizontal ou transnacional da garantia processual do *ne bis in idem*, ressalvada a possibilidade de previsão em acordos internacionais de direitos humanos.

Os arts. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humano impõem obrigações internas aos Estados-partes, e não obrigações entre eles (não possuem transnacionalidade).

O mais próximo que o Brasil chegou de um bloco comunitário consistiu na assinatura do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, no cenário integracionista. Ainda não há, contudo, uma “Carta de

<sup>355</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. HC 171.118-SP... Op. cit.*, p. 13.

<sup>356</sup> Eis o teor da ementa do Recurso em *Habeas Corpus* 78.684, oriundo de São Paulo, decisão proferida pelo STJ, que *a posteriori* foi revertida na Suprema Corte pátria, no referido *Habeas Corpus* 171.118-SP:

“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. *ITER CRIMINIS* OCORRIDO NA SUÍÇA E NO BRASIL. CONDENAÇÃO E CUMPRIMENTO DA PENA POR ESTE DELITO NO EXTERIOR. AÇÃO PENAL PROPOSTA NA JUSTIÇA BRASILEIRA. VIABILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O crime também foi cometido no Brasil, tendo o acórdão reconhecido que a execução e os efeitos da lavagem de dinheiro ocorreram no território nacional, assim admite-se a persecução penal pela Justiça brasileira, independentemente de outra condenação no exterior.

2. Desta forma, adota-se o princípio da territorialidade previsto no art. 5º do Código Penal – CP, segundo o qual aplica-se a lei brasileira a qualquer crime cometido no Brasil. Todavia, segundo a previsão do art. 8º, CP, a pena cumprida no estrangeiro vai atenuar a reprimenda imposta aqui.

3. Recurso desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 78.684-SP*, relator o ministro Joel Ilan Paciornik, TE – Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe de 08/02/2019).



Direitos Fundamentais”, a exemplo do que ocorre na União Europeia, tampouco existe uma Corte de Justiça Regional.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), como órgão judicial da Organização das Nações Unidas (ONU), responsável pela efetivação dos direitos civis e políticos previstos na Declaração Universal de 1948, tornados vinculantes aos Estados-partes pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, possui, segundo André de Carvalho Ramos, dois limitadores: o primeiro diz respeito à legitimidade ativa e passiva nos processos submetidos à Corte, afetada pelo art. 34.1 do Estatuto somente aos Estados-partes (em 2018, eram 172 os Estados-partes); o segundo, o caráter facultativo de sua jurisdição contenciosa<sup>357</sup>. Em outras palavras, o indivíduo não tem acesso à jurisdição da CIJ, o que seria um requisito indispensável à efetiva garantia do *ne bis in idem*; e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, repisa-se, não cria obrigações entre os Estados, razão pela qual não se fala em *ne bis in idem* entre processos punitivos instaurados entre eles, vislumbrando-se a relevância da perspectiva material da garantia no sentido que lhe é dada pelo art. 8º do CP brasileiro.

No entendimento de André de Carvalho Ramos,

o cenário atual possibilita uma atuação da Corte em virtude do crescente número de acordos internacionais de *direitos humanos* que preveem que a Corte Internacional de Justiça é competente para dirimir controvérsia entre os Estados contratantes. Graças a esses tratados<sup>358</sup>, há o surgimento de uma modesta proteção judicial dos direitos humanos na CIJ. Modesta, pois tal proteção dependerá do impulso inicial de um Estado. Esse impulso inicial é verificado somente quando convém ao Estado, o que enfraquece a proteção aos indivíduos. Na prática de outras Cortes de direitos humanos, por exemplo, as ações iniciadas *por Estados contra outros Estados* são em número absolutamente inferior às ações iniciadas pelas vítimas ou iniciadas por órgão internacional independente<sup>359</sup>.

O mesmo se diga, excepcionado o caráter facultativo, quanto à jurisdição da Corte Americana de Direitos Humanos.

A eficácia horizontal do *ne bis in idem* no Brasil, em relação a outros Estados, mais se assemelha ao modelo da dupla soberania aplicado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América a processos penais instaurados por um mesmo fato entre a União e os Estados,

<sup>357</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 101-102.

<sup>358</sup> Entre eles, a Convenção para a Prevenção e Combate ao Crime de Genocídio (art. IX), a Convenção para a Repressão ao Tráfico de Pessoas e Exploração de Prostituição (art. 22), Convenção sobre Refugiados (art. 38), Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (art. IX), Convenção sobre a Escravidão (art. 8), Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (art. 29), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Degradantes e Desumanos (art. 30).

<sup>359</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional... Op. cit.*, pp. 102-103.

ou entre Estados, do que ao modelo da Comunidade Europeia, cuja Constituição reconhece a existência de obrigações recíprocas entre os Estados, e sua observância sujeita-os à jurisdição internacional do Tribunal de Justiça Europeu.

Contrapõem-se, de um lado, os princípios constitucionais da soberania (CF/88, art. 1º, inc. I) e da independência nacional (CF/88, art. 4º, inc. I) e, de outro, a garantia supralegal do *ne bis in idem*.

O Brasil não reconhece a jurisdição de outros Estados, exceto nas hipóteses previstas na Constituição Federal, em lei ou tratado internacional.

Sabe-se, todavia, que um dos grandes desafios contemporâneos é o de “encontrarmos um equilíbrio entre a soberania do Estado e a necessidade de adequação ao conjunto dentro da ideia de um constitucionalismo globalizado”<sup>360</sup>. A amplitude e a flexibilização da soberania no novo modelo constitucionalista transnacional e supranacional, porém, é delimitada pelo próprio Estado: pelo presidente da República, ao assinar um tratado internacional; pelo Congresso Nacional, ao aprová-lo; pelo Supremo Tribunal Federal, ao interpretá-lo conforme a Constituição Federal; e, evidentemente, pelo constituinte.

No plano supranacional, o que fez a Constituição Federal foi acolher a jurisdição do Tribunal Internacional Penal (TIP) (art. 5º, § 4º); no plano transnacional, a Segunda Turma do STF, por sua vez, conferiu ao *ne bis in idem* uma dimensão transnacional; no plano interno, a soberania é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, inc. I) e a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas (CP/88, art. 8º).

No âmbito dos processos civis punitivos, a litispendência, a coisa julgada e o *ne bis in idem* podem ser invocados no juízo da homologação da sentença estrangeira (cuida-se de *ne bis in idem* interno, e não internacional). Desse modo, rechaçada a teoria monista do ordenamento jurídico internacional, foram estabelecidos internamente os limites da soberania do Estado brasileiro.

Em síntese, no Brasil, a garantia processual do *ne bis in idem* não tem eficácia horizontal transnacional. Não há se falar em *ne bis in idem* internacional como garantia processual. Nesse ponto, ganha relevo e significância a vertente material da garantia universal, positivada, entre os juristas brasileiros, pelos arts. 8º do CP, 100, *caput*, da Lei nº 13.445/2017 e 22, § 3º, da LINDB.

---

<sup>360</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1579.

### 3.3 NO PROCESSO PENAL SUPRANACIONAL

Neste tópico, analisa-se a garantia processual do *ne bis in idem* entre processos penais sobre um mesmo fato no Brasil e no Tribunal Internacional Penal.

O Tribunal Internacional Penal foi criado em 17 de julho de 1998, no seio das Nações Unidas, pelo Estatuto de Roma. Desde 1º de julho de 2002, quando entrou em vigor, até 2018, já havia sido ratificado por 123 Estados-membros, com ausências expressivas, como China, Estados Unidos, Israel, Irã e Rússia<sup>361</sup>.

Diferentemente das experiências anteriores dos Tribunais Internacionais Penais da ex-Iugoslávia e de Ruanda, o Tribunal Internacional Penal (TIP) é o primeiro Tribunal genuinamente internacional que se estabeleceu no Pós-Guerra, dotado de personalidade jurídica internacional, jurisdição permanente, complementar e não retroativa<sup>362</sup>.

Com sede em Haia, na Holanda, o TIP é composto por quatro órgãos, a saber: Presidência, Judiciário, Procuradoria e Secretaria. O Judiciário é integrado por 18 juízes eleitos pelos Estados-partes para um mandato improrrogável de nove anos, e se divide em três Câmaras: a de instrução (*Pre-Trial Chamber*), a de julgamento (*Trial Chamber*) e a de apelação (*Appeal Chamber*).

A Procuradoria (Ministério Público) é composta por um procurador, que atua com independência funcional, como órgão autônomo do Tribunal, com poderes investigatórios e titularidade exclusiva para o exercício da ação penal junto ao Tribunal. A exemplo dos juízes, o procurador também é eleito pela Assembleia dos Estados-partes para um mandato não renovável de nove anos.

No Brasil, o Estatuto de Roma foi internalizado pelo Decreto Presidencial nº 4.388, promulgado em 25 de setembro de 2002. O art. 5º, § 4º, da Constituição Federal, por sua vez, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, reconheceu que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Internacional Penal.

Composto por um preâmbulo e 13 capítulos, o Estatuto de Roma contém 128 artigos que tratam dos crimes, da investigação, do processo, do julgamento, da execução e da cooperação internacional, bem como do financiamento de suas atividades.

---

<sup>361</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 472.

<sup>362</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O Tribunal Penal Internacional. Jurisdição permanente para os crimes internacionais. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coords.). *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

A competência material do TIP compreende a investigação, o processo e o julgamento dos seguintes crimes (art. 5º): i) crime de genocídio (art. 6º); ii) crimes contra a humanidade (art. 7º); iii) crimes de guerra (art. 8º); e iv) crime de agressão (definido na Resolução nº 6, de 11 de junho de 2010, aprovada na Conferência de Revisão). Há, ainda, a possibilidade de os Estados emendarem o Estatuto para ampliarem o rol de crimes.

Com relação à sua competência internacional, o TIP abarca os crimes praticados: i) no território de um Estado-parte; e ii) por um nacional do Estado-parte.

A investigação do TIP pode ser iniciada: i) pelo procurador; ii) por representação do Estado-parte; iii) por declaração específica de Estado não parte; e, por fim, iv) por decisão do Conselho de Segurança da ONU.

O Direito Penal do Estatuto de Roma e o processo penal supranacional no âmbito do Tribunal Internacional Penal são regidos pelos princípios da irretroatividade, legalidade e complementariedade.

O *princípio da irretroatividade* expressa que o Estatuto de Roma somente se aplica aos crimes cometidos após 1º de julho de 2002. Já o *princípio da legalidade* significa que somente se sujeitam à jurisdição transnacional do TIP, os crimes definidos pelo Estatuto de Roma ou em resolução posterior, cometidos no território de um Estado-parte ou por um nacional do Estado-parte.

O crime de genocídio está definido no art. 6º do Estatuto de Roma, como: “o ato ou atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”<sup>363</sup>.

Os crimes contra a humanidade são aqueles relacionados no art. 7º, 1, alíneas *a k*, dentre os quais se destacam os de homicídio, escravidão, tortura, crimes contra a dignidade sexual, sequestro e “outros atos desumanos de caráter semelhante”, acrescidos das elementares “quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”<sup>364</sup>.

André de Carvalho Ramos explica que a evolução do conceito de “Crimes contra a Humanidade” fez com que o vínculo com uma situação de guerra fosse eliminado para punir as práticas internas de regimes ditatoriais e totalitários, que

---

<sup>363</sup> BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm).

<sup>364</sup> BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002... *Op. cit.*

usam a máquina do Estado ou de uma organização privada para promover violações graves de direitos humanos em uma situação de banalização de ataques a população civil. [...] Não é necessário que ocorra uma série de atos para que se caracterize o crime contra a humanidade: basta que exista essa política ou cenário de ataque sistemático à população civil para que uma única conduta seja considerada um ‘crime contra a humanidade’<sup>365</sup>.

A definição dos “Crimes de Guerra”, no art. 8º, do Estatuto de Roma, é meramente exemplificativa, o que afasta o princípio da taxatividade.

O crime de lesão foi definido como sendo “o planejamento, início ou execução, por uma pessoa em posição de efetivo controle ou direção da ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão que, por suas características, gravidade e escala, constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.” (definido na Resolução nº 6, de 11 de junho de 2010, aprovada na Conferência de Revisão)<sup>366</sup>.

A responsabilidade penal supranacional independe de o fato ser definido como crime pela lei interna. A Terceira Seção do STJ, no REsp 1798903/RJ, relatado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/09/2019, DJe de 30/10/2019, decidiu que “não se mostra possível internalizar a tipificação do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de tratado internalizado por meio do Decreto n.º 4.388, porquanto não há lei em sentido formal tipificando referida conduta”<sup>367</sup>.

Não obstante, crimes como o de homicídio, escravidão, tortura, crimes contra a dignidade sexual, sequestro e “outros atos desumanos de caráter semelhante” podem ser considerados “Crimes contra a Humanidade”, dependendo das circunstâncias em que foram praticados, sujeitos à jurisdição do TIP, sem prejuízo da competência da Justiça Federal para a investigação, o processo e o julgamento (CF/88, art. 109, V-A e § 5º).

Vale dizer o TIP é competente para julgar o crime de homicídio definido no art. 7º, *caput* e 1, *a*, do Estatuto de Roma, ao passo que a Justiça Federal é competente para julgar o mesmo crime, tipificado no art. 121 do Código Penal brasileiro quando o STJ entender pela grave violação de direitos humanos (CF/88, art. 109, § 5º). O que não se admite é que a jurisdição brasileira julgue crime definido no Estatuto de Roma, como, por exemplo, o do

<sup>365</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos... Op. cit.*, pp. 477-478.

<sup>366</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – TPI. *Resolution RC/RES.6, de 11 de junho de 2010. The crime of aggression.* Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>.

<sup>367</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.798.903/RJ*, relatado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção, julgado em 25/09/2019, DJe de 30/10/2019.

referido art. 7º, *caput* e 1, *a*, nos moldes em que ali se encontra definido. Em suma, não é possível a internacionalização de tipos penais convencionais<sup>368</sup>.

O *princípio da complementariedade* espelha a subsidiariedade da jurisdição do TIP em relação a dos Estados-membros. Como assevera Fábio Ramazzini Bechara,

Admitir a aplicação subsidiária da norma internacional que define crimes e comina penas representa, ao mesmo tempo, a prudência e a cautela necessárias na defesa do Direito nacional, como, também, se ajusta aos fins a que se propõe o Estatuto de Roma, o qual não objetivou subtrair a competência jurisdicional nacional, nem tampouco sobrepor-se à ordem legal interna, mas criar mecanismo de fiscalização e controle permanente, com vistas à eventual falta de interesse por parte dos Estados nacionais em investigar e punir os crimes de violação aos Direitos Humanos. Tal conclusão, explica-se não somente pelo já citado art. 1º do Estatuto de Roma, mas, também, por outros dispositivos, dentre os quais, por exemplo, o art. 77, segundo o qual as penas cominadas aos crimes descritos no art. 5º, como a prisão perpétua, têm a sua aplicação condicionada à observância das regras do Direito interno. Nessa esteira, pode-se afirmar que o brasileiro jamais poderá ser condenado à prisão perpétua, tendo em vista o disposto no art. 5º, XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal<sup>369</sup>.

André de Carvalho Ramos explica o *princípio da complementariedade* nos seguintes termos: “Por esse princípio, o TPI não exercerá sua jurisdição caso o Estado com jurisdição já houver iniciado ou terminado investigação ou processo penal, salvo se este não tiver “capacidade” ou “vontade” de realizar justiça”<sup>370</sup>.

A subsidiária atuação da jurisdição do TIP impõe que, no juízo de admissibilidade da investigação e da acusação, sindicalize a satisfação de um dos seguintes requisitos (art. 17 c.c. o art. 20, 3, alíneas *a* e *b*): i) a falta de vontade do Estado de instaurar o inquérito ou o processo ou, de capacidade para fazê-lo; ii) a falta de vontade do Estado em *dar seguimento* a inquérito ou processo ou, de capacidade para fazê-lo; iii) o processo tenha tido por objetivo *subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal* ou, por fim; iv) o processo *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*.

<sup>368</sup> O mesmo se passa, por exemplo, com o crime de genocídio, definido no art. 6º do Estatuto de Roma e, entre os juristas brasileiros, na Lei nº 2.889/56.

<sup>369</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. *Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade*. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/tribunal-penal-internacional-e-o-principio-da-complementariedade/>.

<sup>370</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos... Op. cit.*, p. 474.

A garantia processual do *ne bis in idem* está expressa no art. 20 do Estatuto de Roma, nos seguintes termos:

Art. 20. *Ne bis in idem*

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6º, 7º ou 8º, 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<sup>371</sup>.

O item 1 se refere à eficácia interna do *ne bis in idem*, no âmbito do processo penal do TIP; o item 2 faz referência à sua eficácia horizontal entre Tribunais Internacionais; por último, o item 3 diz respeito à eficácia vertical da garantia, entre o processo penal interno e o processo penal supranacional junto ao TIP.

Apenas o item 3 interessa ao escopo deste tópico, que pode ser desdobrado nas seguintes situações, as quais desautorizam a invocação da garantia processual do *ne bis in idem*: i) quando o processo for utilizado como “um simulacro para obter a impunidade”<sup>372</sup>; ii) quando faltar independência ao juiz ou tribunal; iii) quando faltar imparcialidade ao juiz ou tribunal; iv) quando o processo não se revestir das garantias do devido processo legal, reconhecidas pelos instrumentos internacionais; e v) quando o processo “tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.”

“Quem decide se o julgamento nacional, mesmo que cancelado pela Suprema Corte local, foi um simulacro para a obtenção da impunidade? O próprio TIP”. A crítica é de André de Carvalho Ramos, que acrescenta:

<sup>371</sup> BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm).

<sup>372</sup> BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002... *Op. cit.*

Assim, o princípio da complementariedade é complexo, pois, a *um primeiro olhar*, evita conflito com as jurisdições locais ao remeter a jurisdição do TPI a um papel secundário, “complementar”, bem diferente do princípio da primazia assumido pelos tribunais *ad hoc* penais para ex-Iugoslávia e Ruanda.

Porém, em *um olhar mais atento*, cabe ao próprio TPI definir se a jurisdição nacional agiu a contento, podendo, inclusive, desconsiderar, o que implica manter, *sempre nas mãos internacionais*, o poder de instaurar ou não os processos contra esses criminosos no TPI<sup>373</sup>.

De fato, ao disciplinar o *ne bis in idem*, de forma demasiadamente ampla, o art. 20, inc. 3º, *a e b*, do Estatuto de Roma, o excepciona, e torna letra morta a garantia, abrindo ensanchas para que o TIP afaste a coisa julgada e reabra a investigação ou o processo, sempre que entender que o processo foi utilizado como instrumento para assegurar a impunidade, ou que o processo não foi justo, ou que não se revestiu das garantias do devido processo legal, dentre elas, as de independência do Poder Judiciário e de imparcialidade do juiz ou do tribunal.

O *ne bis in idem* pode ser reconhecido de ofício ou mediante requerimento do Estado ou do acusado (art. 19. 2), que têm legitimidade para impugnar a admissibilidade da investigação ou do processo no Tribunal, nos seguintes momentos processuais (art. 19.4): i) antes do julgamento; ii) no início do julgamento; ou iii) mesmo depois de iniciado o julgamento, em circunstâncias excepcionais.

Da forma como o *ne bis in idem* foi regulamentado no Estatuto de Roma, não causará surpresa a instauração de dupla persecução perante o Estado-parte e o TIP. Indaga-se, então: em qual das investigações ou processos cabe a invocação da garantia?

A única certeza que o princípio da complementariedade traz é a de que não cabe a invocação da garantia do *ne bis in idem* no processo penal interno, porque a jurisdição do TIP é complementar por definição, e por expressa disposição do art. 1º do Estatuto de Roma.

Por outro lado, caberá ao próprio TIP decidir sobre a incidência ou não do *ne bis in idem*. Evidentemente que, da decisão cabe apelação, mas para a Câmara de Apelação (*Appeal Chamber*), de modo que compete ao TIP a última palavra.

Por fim, é pertinente traçar um paralelo: no item 3.1 percebe-se que a doutrina e o STJ repudiam o afastamento da coisa julgada no processo penal eivado por um vício que o torna nulo ou inexistente, como o da falta de competência constitucional. Inversamente, no âmbito do processo penal supranacional, o Estatuto de Roma dá margem para que o TIP afaste a coisa julgada a fim de instaurar uma dupla persecução penal em favor do *jus cogens*.

<sup>373</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos... Op. cit.*, p. 475.



Em conclusão, conquanto expressa no art. 20 do Estatuto de Roma, a garantia universal do *ne bis in idem* não é absoluta no processo penal supranacional, não sendo cabível invocá-la para obstar à investigação criminal e ao processo penal nacional. Por outro lado, está sujeita ao juízo discricionário do TIP, a que competirá decidir se o processo penal interno foi utilizado como simulacro para assegurar a impunidade, se foi justo, e se revestiu-se das garantias processuais convencionais, inclusive as de independência e imparcialidade.

A forma demasiadamente ampla como foram disciplinadas as exceções no art. 20.3 do Estatuto de Roma, torna letra morta a garantia universal do *ne bis in idem* no âmbito da Justiça Penal supranacional.

### 3.4 A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DADA À GARANTIA NOS SISTEMAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW

Quando se fala em processos punitivos em geral tem-se em vista: o processo penal (que é punitivo por natureza), outros processos judiciais punitivos não penais (como é o caso do processo civil instaurado a partir da ação de improbidade administrativa); o processo administrativo sancionatório, que envolve o processo administrativo-disciplinar (e podem ser instaurados no âmbito da Administração Pública direta ou indireta, por seus diversos órgãos federais, estaduais e municipais); o processo político (de *impeachment*, por crime de responsabilidade); e o processo de contas (instaurado pelos Tribunais de Contas).

Já se tratou, até aqui, da aplicação da garantia processual do *ne bis in idem* no processo penal (interno, transnacional e supranacional).

Da forma como se encontra disciplinado nos principais tratados internacionais de direitos humanos, o *ne bis in idem* é um princípio do processo penal, segundo o qual ninguém pode ser processado, condenado ou punido duas vezes pelo mesmo ato ilícito.

A ideia subjacente é bastante simples, mas a fórmula adotada pelos diversos instrumentos internacionais gerou uma série de questões.

Uma análise dos instrumentos legislativos que preveem o princípio do *ne bis in idem* remarca a aporia. Assim, o art. 8º, 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) usa a expressão “*mesmos fatos*”; o art. 4º do protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o art. 14, § 7º, do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos da ONU, o art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e a V Emenda à Constituição dos Estados Unidos usam a expressão “*mesma ofensa*”; a Convenção que implementou o Acordo de Schengen proíbe nova persecução pelos “*mesmos atos*”; e o Estatuto de Roma,

que criou o Tribunal Internacional Penal, emprega o termo “*mesma conduta*”. A diferença entre as expressões “*mesmos fatos*”, “*mesmos atos*” e “*mesma conduta*”, de um lado, e “*mesma ofensa*”, de outro, foi apontada pela Corte de Justiça da União Europeia e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como importante elemento para rejeitar a classificação legal desses atos e adotar um critério que leve em conta a identidade dos atos do ponto de vista material, naturalístico. Os dois Tribunais enfatizam que essa análise é favorável ao réu, tenha sido ele absolvido ou condenado, na medida em que lhe assegura a garantia de não ser processado novamente pelo mesmo ato, mesmo que subsumido à nova classificação legal<sup>374</sup>.

A análise também evidencia a controvérsia quanto à finalidade do instituto. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) garantem o direito contra a *double jeopardy*, mas não o asseguram em processos instaurados perante jurisdições distintas e soberanas. Diferentemente, a Convenção que Implementou o Acordo de Schengen lida apenas com casos de Estados soberanos, enquanto a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia refere ambas as situações na aplicação da legislação da União Europeia.

Há, também, instrumentos que expressamente proíbem um novo processo em caso de absolvição anterior (a Convenção Americana de Direitos Humanos), de condenação anterior (a Convenção que Implementou o Acordo de Schengen), ou ambos os casos (o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos).

Como se vê, o princípio do *ne bis in idem* foi redigido de diversas formas pelos principais tratados internacionais de direitos humanos. Em adição, o âmbito de sua incidência foi alargado pela interpretação dada pelas cortes internacionais a esses dispositivos convencionais<sup>375</sup>.

Neste tópico analisa-se a extensão que a jurisprudência ocidental, de modo geral, confere ao *ne bis in idem*, no sentido de, embora previsto nos tratados internacionais como norma do processo penal, afastar o rótulo apostado pelo legislador ao ilícito, à sanção ou ao

---

<sup>374</sup> CEDH. Caso *Sergei Zolothukin v. Russia*, fev./2009, [2010], par. 79 (Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/e6d5dc/pdf/>). No julgamento deste caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos firmou que a garantia do *bis in idem* contém três distintas decorrências: ninguém pode ser processado, julgado ou punido duas vezes pelo mesmo fato. O aspecto processual do princípio “atua de modo adiantado ao material e, por isso, não se poderia admitir um segundo processo, ainda que, ao final, se viesse a descontar a sanção anteriormente imposta.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (concurso de Livre-Docência) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, p. 212).

<sup>375</sup> NEAGU, Norel. The *ne bis in idem* principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation. *Leiden Journal of International Law*. Romênia, Bucareste: Centre for Legal, Economic and Socio-Administrative Studies, Nicolae Titulescu University, 2012, pp. 955-977, p. 958.

processo para, reconhecendo em determinadas circunstâncias o caráter punitivo, fazer incidir a garantia universal sobre o processo.

Antes, porém, algumas observações são cabíveis.

Nos Estados americanos, o *ne bis in idem* está previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1948)<sup>376</sup>, na Convenção Americana de Direitos Humanos (1965)<sup>377</sup>, no Estatuto de Roma<sup>378</sup>, que criou o Tribunal Internacional Penal (1998), e no Código de Processo Penal-Tipo para a América Latina, e possui apenas dois níveis de eficácia: vertical ou supranacional e interna ou nacional. Não existe um plano de eficácia horizontal ou transnacional da norma jurídica porque não há, nos Estados interamericanos, um direito comunitário e uma Corte Regional. É justamente aqui que a vertente penal do *ne bis in idem* adquire relevância, como se verifica no art. 8º do Código Penal brasileiro. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CADH) aplica o *ne bis in idem* entre processos internos de um mesmo Estado-membro. Por outro lado, a eficácia da norma jurídica obsta ao duplo processo e à dupla punição dentro do mesmo Estado soberano, competindo a este velar por sua efetividade sob pena de se abrirem as portas para a via subsidiária supranacional.

Na Europa, o *ne bis in idem* está previsto em vários diplomas convencionais (no art. 14.7 do PIDCP; no art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia [CDFUE]; nos arts. 54-58 da Convenção de Implementação do Acordo de Schengen (CIAS); e no art. 20 do Estatuto de Roma) e em algumas Constituições Federais (Portugal e Alemanha), e possui três níveis de eficácia: vertical ou supranacional, horizontal ou transnacional e interna ou nacional. As decisões proferidas pela CEDH vinculam o TJUE, por força do art. 16 da

---

<sup>376</sup> Dispõe o art. 14.7 do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992: “7. 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.” (Disponível em: BRASIL. *Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992*. Decreta o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**)

<sup>377</sup> O art. 8º, item 4, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, estabelece: “Art. 8º. Garantias Judiciais. [...] 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)).

<sup>378</sup> O art. 20 do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, disciplina expressamente a garantia, nos seguintes termos: “Artigo 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) tenha tido por objeto 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.” (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)).

CDFUE; as decisões proferidas pelo TJUE, ao seu turno, têm a pretensão de influir nas decisões das Supremas Cortes nacionais<sup>379</sup>.

A Corte de Estrasburgo somente proíbe a duplicidade de processo e punição entre processos internos, ou seja, em casos de duplicidade de processos punitivos instaurados dentro de um mesmo Estado-membro (eficácia vertical ou supranacional da norma convencional), e não tem nenhuma jurisdição sobre processos transnacionais<sup>380</sup>.

O TJUE, ao seu turno, não exerce jurisdição penal, mas aplica o *ne bis in idem* nos processos punitivos transnacionais, isto é, em casos de duplicidade de processos punitivos instaurados em diferentes Estados-membros, no âmbito do direito comunitário, como ocorre, via de regra, em matéria de direito concorrencial, sobretudo em casos de cartel (eficácia horizontal ou transnacional da norma convencional)<sup>381</sup>. Nesse ponto também se verifica a eficácia vertical da norma jurídica, que pode ser invocada perante o TJUE como garantia contra a dupla imputação e a dupla punição imposta internamente e, novamente, pelo direito comunitário europeu, pelo mesmo fato. De resto, tanto a CEDH quanto o TJUE exigem, para o reconhecimento da garantia processual do *ne bis in idem* a níveis supranacional e transnacional, a existência de sentença de mérito transitada em julgado<sup>382,383</sup>.

Nos Estados Unidos da América, por força das características do federalismo norte-americano e de sua origem histórica, a Suprema Corte reconhece aos Estados soberania equivalente a dos Estados soberanos da União Europeia, afastando a incidência da *double jeopardy prohibition clause* (prevista na V Emenda e extensível aos Estado, por força da

---

<sup>379</sup> O caso mais emblemático é o da Espanha, em que, a despeito da falta de previsão expressa na Constituição Federal, o TC e o STC reconheceram o *ne bis in idem* como garantia constitucional, derivada dos princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência, a fim de adequarem as suas ordens jurídicas internas à jurisprudência do TJUE e da CEDH.

<sup>380</sup> CEDH. Caso *Amrollahi v. Denmark*, nº 56811/00, j. em 28/06/2001, p. 8. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**; WOLTERS KLUWER. Caso *Veermäe v. Finland*, nº 38704/03, j. em 15/03/2005, p. 393. Disponível em: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/38704-03-veermac-v-finlandia-decyzja-europejskiego-520375798>; *Moreno Benavides v. Belgium*, nº 70429/10, j. em 10/11/2015, p. 41. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159222>.

<sup>381</sup> A eficácia transnacional-horizonta do *ne bis in idem* ainda não é perfeitamente compreendida. Seu fundamento convencional é o art. 54 da Convenção para Implementação do Tratado de Schengen, concluído em 1985, anterior à criação da própria União Europeia, e celebrado apenas entre cinco Estados para eliminar barreiras alfandegárias, permitir a livre movimentação de pessoas e o reconhecimento mútuo da jurisdição dos Estados-membros. Em 1999, o Tratado de Schengen foi incorporado à União Europeia pelo Tratado de Amsterdã, assinado por 22 Estados.

<sup>382</sup> Essas conclusões foram extraídas de: RAVASI, Elisa. *Human rights protection by the ECtHR and the ECJ: a comparative analysis in light of the equivalence doctrine*. Leiden: Brill, 2017, pp. 210-293.

<sup>383</sup> A exigência do trânsito em julgado da primeira condenação, como condição à incidência da proibição de um segundo processo punitivo pelo mesmo fato, decorre do caráter subsidiário da jurisdição da CEDH e do TJUE, que somente atua depois de exauridas as esferas impugnativas internas. Tal exigência tornaria inócua a garantia processual no Brasil, em que a execução da pena depende do exaurimento de quatro instâncias jurisdicionais.

XIV Emenda) em processos punitivos entre Estados ou entre esses e a União sobre um mesmo fato.

Os paradigmas das Cortes Internacionais de Direitos Humanos envolvem situações em que um mesmo fato era definido pela lei interna como crime comum e crime militar ou transgressão disciplinar militar.

### **3.4.1 Interpretação do *ne bis in idem* e sua evolução na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) julgou dois casos paradigmáticos sobre violação ao *ne bis in idem* (art. 8.4), ambos envolvendo a eficácia interna da garantia do processo penal.

#### **a) Caso *Durand y Ugarte vs. Peru* (sentença em 16 de agosto de 2000)**

Em 14 e 15 de fevereiro de 1986, *NOLBERTO DURAND UGARTE* e *GABRIEL PABLO UGARTE RIVERA* – respectivamente sobrinho e tio – foram presos no Peru por agentes do *Dirección Nacional contra el Terrorismo* (DIRCOTE), sem mandado judicial, por suposto envolvimento com o Sendero Luminoso e a prática de atos de terrorismo. Permaneceram incomunicáveis por 17 e 18 dias, respectivamente (enquanto a Constituição peruana permitia a incomunicabilidade pelo prazo máximo de 15 dias em caso de terrorismo), sendo-lhes negado o direito à assistência de um advogado.

Em 25 e 26 de fevereiro de 1986, *VIRGÍNIA UGARTE RIVERA* impetrou *habeas corpus* em favor de seu sobrinho e irmão perante o 46º *Juzgado de Instrucción de Lima*, que foi julgado prejudicado, porque em 4 de março de 1986, ambos foram denunciados pelo crime de terrorismo perante o 39º *Juzgado de Instrucción de Lima*, quando, então, foram transferidos, por ordem judicial, ao Pavilhão Azul do *Centro de Readaptación Social San Juan Bautista*, conhecido como *El Frontón*.

Em 18 de junho de 1986 eclodiram rebeliões em três estabelecimentos penais de Lima e Callao, nos *CRAS* de Santa Bárbara, de San Pedro e San Juan Bautista (*El Frontón*), onde se encontravam 152 presos, dentre eles *NOLBERTO DURAND UGARTE* e *GABRIEL PABLO UGARTE RIVERA*. Naquele dia, na vigência do Decreto nº 012-86-IN, que havia instituído o Estado de Emergência, o presidente da República do Peru convocou uma sessão extraordinária do Conselho de Ministros, com a participação do Comando Conjunto das

Forças Armadas. Os motins foram considerados levantes políticos contra o Estado peruano, o que motivou a edição de novo Decreto, de nº 006-86-JUS, que prorrogou o Estado de Emergência nas províncias de Lima e Callao, suspendeu garantias, estabeleceu como zonas militares restritas os três estabelecimentos penais enquanto perdurasse a situação, e afetou-as ao Comando Conjunto das Forças Armadas.

Antes mesmo da promulgação e publicação do referido Decreto, a partir das três horas da manhã do dia 19 de junho, a Marinha de Guerra e a Guarda Republicada, sob as ordens do Comando Conjunto, desencadearam operações militares para debelar o motim no *El Frontón*. Pelo emprego imoderado de força militar, mísseis foram disparados de navios contra a penitenciária. A Força de Operações Especiais (FOES) ingressou no local, fuzilou rendidos, explodiu o Pavilhão Azul, provocando a morte de 111 presos, resultando apenas 34 sobreviventes e outros sete desaparecidos e não identificados. A remoção dos escombros e a identificação dos mortos demorou nove meses, e somente sete corpos foram identificados pelos três médicos legistas destacados pela Justiça Militar, perante a qual foi instaurada a investigação para apurar a responsabilidade dos militares (sem êxito).

A sentença absolutória proferida em favor de *NOLBERTO DURAND UGARTE* e *GABRIEL PABLO UGARTE RIVERA*, que os eximiu da responsabilidade penal pelas imputações que lhe haviam sido irrogadas e ordenou a imediata soltura de ambos, não pôde ser cumprida porque eles jamais foram encontrados.

Em 26 de junho de 1986, logo após a operação militar, *VIRGÍNIA UGARTE RIVERA* impetrou um segundo *habeas corpus*, apontando como coatores os diretores do Conselho Penitenciário Nacional e do *CRAS* San Juan Bautista (*El Frontón*), perante o 1º *Juzgado de Instrucción del Callao*. Pediu, na ocasião, a investigação, o esclarecimento do paradeiro e a preservação da vida, da integridade física e a comunicabilidade de seu irmão e sobrinho. Em quatro instâncias a questão foi apreciada: pelo 1º *Juzgado de Instrucción del Callao*, pelo 1º *Tribunal Correccional de la Corte Superior de Justicia del Callao*, pela 1ª *Sala Penal de la Corte Suprema*, que declararam não haver nulidade no acórdão, e pelo *Tribunal de Garantías Constitucionales* que, no julgamento do recurso de cassação, confirmou a decisão da Suprema Corte, ressaltando o direito da demandante de repropor a ação.

Em 5 de março de 1996, a CIDH aprovou o Informe nº 15/96 e o transmitiu ao Estado do Peru em 8 de maio do mesmo ano, em que resolveu: i) declarar o Estado do Peru responsável pela violação da vida (art. 4º da CADH), da liberdade (art. 7º), das garantias judiciais do devido processo legal (art. 8º) e de uma efetiva proteção judicial (art. 25); ii) recomendar ao Estado de Peru o pagamento de indenização compensatória, adequada, pronta

e efetiva, aos familiares das vítimas, pelo dano material e moral causado; e iii) solicitar ao Governo do Peru que, no prazo de 60 dias, comunicasse à CADH as medidas adotadas para a investigação, o processo e a punição dos responsáveis, em cumprimento da recomendação expedida no item anterior. Ante a inércia do Estado peruano, a Comissão submeteu o caso à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fato ocorrido em 5 de julho de 1996.

Por unanimidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Estado do Peru violou os arts. 4.1 (direito à vida)<sup>384</sup>, 7.1 e 7.5 (direito à liberdade pessoal em razão do excesso do prazo de incomunicabilidade dos presos, previsto na Constituição)<sup>385</sup>, 7.6 e 25.1 (proteção judicial: i) porque o cumprimento que o Estado deu aos aludidos decretos tornou ineficaz a garantia do *habeas corpus* na medida em que obstou o ingresso de juízes comuns aos estabelecimentos penais considerados zonas militares restritas e, conseqüentemente, impediu a investigação do paradeiro dos pacientes, objeto que julgou adequado ao *hc*; ii) porque o *habeas corpus* e os direitos que visam a assegurar não são suscetíveis de suspensão, mesmo durante a vigência de guerra, perigo público e Estado de Emergência, de acordo com os arts. 27.1 e 27.2, a Opinião Consultiva OC-9)<sup>386</sup> e 8.1 e 25.1 (direito de ser ouvido com as devidas garantias por um juiz independente e imparcial e direito a um recurso efetivo), por considerar que: i) os arts. 8.1 e 25.1 instituem direitos não apenas em favor de investigados ou acusados, mas, também, dos familiares das vítimas à investigação da morte e desaparecimento dessas últimas e ao processo e punição dos responsáveis (mandados de criminalização); ii) a Justiça Militar peruana, que ficou

---

<sup>384</sup> O art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece:

“1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (*Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

<sup>385</sup> O art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prescreve:

“1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

[...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade por ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (*Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*).

<sup>386</sup> O art. 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe: “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes, cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.” O art. 25.1, por sua vez, estabelece: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.” (*Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*).

encarregada de investigar, processar e punir os militares responsáveis pelo emprego de força imoderada para debelar o motim no *El Frontón* não era competente, independente nem imparcial, porque, de acordo com a *Ley Orgánica de Justicia Militar* peruana (*Decreto-Ley* n° 23.201) se tratava de um órgão do Poder Executivo, no âmbito do Ministério da Defesa, e seus juízes eram militares da ativa, todos eles membros das Forças Armadas em exercício)<sup>387</sup>. Em consequência, a CIDH condenou o Estado: i) a fazer todo esforço possível para localizar e identificar os corpos das vítimas e entregá-los a seus familiares, assim como investigar os fatos, processar e punir os responsáveis; e ii) reparar os danos decorrentes das violações.

A questão pertinente diz respeito aos fundamentos alinhados pela Corte na decisão saneadora (*sentencia de excepciones preliminares*), proferida em 28 de maio de 1999. O Estado invocou, basicamente, a exceção do *ne bis in idem*<sup>388</sup> ao sustentar, em sua defesa preliminar, que as questões envolvendo supostas violações a direitos humanos na operação militar deflagrada para contenção da rebelião ocorrida no *El Frontón* já tinham sido anteriormente apreciadas e julgadas no caso *NEIRA ALEGRÍA E OUTROS* e, pois, a Comissão e a Corte estariam impedidos de rejuzá-las, inclusive por força da coisa julgada. A Corte rechaçou a preliminar sob o fundamento de que o art. 33.2 do Regulamento da Comissão alude à dupla identidade: 1) de fatos; e 2) de pessoas. Entendeu-se que o conceito de “fatos” corresponde à conduta ou ao acontecimento que implicou violação de um direito humano. Por sua vez, o conceito de “pessoas” prende-se aos sujeitos ativos e passivos da violação, principalmente a esses últimos, ou seja, as vítimas. Os casos “Neira Alegria e Outros” e “Durant e Ugarte” referiam-se aos mesmos fatos, ocorridos no *El Frontón*; porém, diferiam quanto às pessoas que figuravam como supostas vítimas. A Corte observou que a titularidade dos direitos humanos reside em cada indivíduo e, por isso, o juízo que se formula sobre um caso não prejudica os demais quando forem diferentes os titulares dos direitos lesados, mesmo que os fatos violadores sejam comuns.

---

<sup>387</sup> O art. 8.1 da Convenção Americana dispõe: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” Já o art. 25.1 estabelece: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.” (*Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*).

<sup>388</sup> Dentre as garantias previstas no art. 8 da Convenção Americana, destaca-se: “4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (*Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*).



**b) Caso *Loayza Tamayo vs. Peru* (sentença em 17 de setembro de 1997)**

Em 6 de fevereiro de 1993, a senhora *MARIA ELENA LOAYZA TAMAYO*, peruana, professora da Universidade San Martín de Porres, foi presa juntamente com um familiar seu, o senhor *LADISLAO ALBERTO HUAMÁN LOAYZA*, por membros do *Dirección Nacional contra el Terrorismo* (DIRCOTE), da Polícia Nacional do Peru, numa mobilização ocorrida em Lima, no Peru.

No dia 26 de fevereiro, após submetida à tortura e tratamentos cruéis e degradantes, e de ter permanecido incomunicável e sem assistência de advogado, ela foi colocada à disposição do *Juzgado Especial de la Marina*, integrado por juízes sem rosto. Neste foro privativo militar, foi processada por traição à pátria (crime definido no Decreto-lei nº 25.659, que proibia o *habeas corpus* por fatos relacionados ao delito de terrorismo), sendo, ao final, absolvida em primeira instância. Em segunda instância, o *Consejo de Guerra Especial de Marina* a condenou, mas foi novamente absolvida pelo *Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar*, que ordenou a remessa dos autos à Justiça Comum peruana para apurar eventual crime de terrorismo. O acórdão foi confirmado em quarta instância, pela *Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial*, em 24 de setembro de 1993.

Mesmo após absolvida, *MARIA ELENA LOAYZA TAMAYO* continuou presa e, em 8 de outubro de 1993, foi denunciada por terrorismo (delito previsto no Decreto-lei nº 25.475) perante o 43º *Juzgado Penal de Lima*, na Justiça Comum e, em 10 de outubro de 1994, acabou sendo condenada pelos mesmos fatos pelo *Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común* a 20 anos de pena privativa de liberdade. Oposta exceção de coisa julgada, de acordo com o princípio *non bis in idem*, esta foi rechaçada.

A Corte ordenou a soltura de *MARIA ELENA LOAYZA TAMAYO* e condenou o Estado do Peru a pagar uma indenização justa à vítima e aos seus familiares e a ressarcir as despesas processuais por violação aos arts. 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8.1 e 8.2 (garantias judiciais) e 8.4 (proibição de dupla imputação)<sup>389</sup>. Neste último ponto, a Corte considerou que o princípio *non bis in idem* visa a assegurar o direito de o condenado não ser processado duas vezes pelos mesmos fatos. Destacou que a fórmula utilizada por outros instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos

<sup>389</sup> Entre as garantias judiciais asseguradas pelo art. 8, destaca-se:

“4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (*Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*).

(por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, cujo art. 14.7 se refere ao mesmo “delito”) difere da Convenção Americana, que utiliza a expressão ampla “os mesmos fatos”.

Como se vê, os casos paradigmáticos decididos pela CIDH envolvem a duplicidade de condenações impostas por um mesmo fato, definido como crime comum e crime militar, perante a Justiça Comum e a Justiça Militar de um mesmo Estado, em que a Corte reconheceu a incidência do *ne bis in idem* para nulificar a segunda condenação ou obstar ao novo processo.

### **3.4.2 Interpretação do *ne bis in idem* e sua evolução na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos**

De um modo geral, como já se afirmou anteriormente, o *ne bis in idem* é considerado um princípio do processo penal, o que não impediria a instauração de processos civis e administrativos sancionadores pelo mesmo fato.

O *leading case* sobre a extensão dada à garantia do *ne bis in idem* para abranger outros tipos de processos punitivos foi o caso *Engel and others versus The Netherlands*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em 8 de junho de 1976, referente a fato ocorrido em março de 1971, que envolveu os cidadãos holandeses – sargento e soldados, respectivamente – Cornelis J. M. Engel, Peter van der Wiel, Gerrit Jan de Wit, Johannes C. Dona e Willem A. C. Schull, acusados e condenados por transgressões militares em razão do descumprimento recalcitrante de prisões disciplinares que lhes foram impostas. A Corte, na oportunidade, elaborou os critérios de *Engel* para definir a natureza da sanção aplicada e, com isso, admitir a incidência da garantia do *ne bis in idem*.

Com isso, ampliou o espectro de abrangência da garantia, conferindo-lhe interpretação extensiva para possibilitar a sua aplicação não somente ao processo penal, mas, também, a todo tipo de processo sancionatório e, com isso, evitar a burla de etiquetas pelos Estados-membros.

Tal extensão não conflitou com as declarações da Áustria, Alemanha, Itália, Liechtenstein e Portugal, tampouco com a declaração de reserva feita pela França, no sentido de limitar a incidência da garantia somente aos fatos definidos como crime pelas respectivas leis internas<sup>390</sup>.

---

<sup>390</sup> Lista das declarações e das declarações de reserva ao Protocolo nº 7 da CEDH. (Disponível em: [http://www.coe.int/em/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p\\_auth=w2CE5Ate](http://www.coe.int/em/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p_auth=w2CE5Ate). Acesso em: 25 mar. 2020.

A questão do rótulo aposto pelo legislador ao processo ou à sanção se reveste de particular relevância no âmbito da União Europeia, em que cada Estado é soberano para editar a sua legislação nacional e, assim, classificar e rotular os atos ilícitos como entender conveniente, sejam ilícitos penais, civis e/ou administrativos.

A burla de etiquetas pelos Estados-membros possibilitou a dupla persecução e a dupla punição pelo mesmo fato até que, em 1988, foi implantado o Protocolo nº 7, cujo art. 4º estabeleceu o *ne bis in idem*.

À parte dos crimes graves (homicídio, roubo, sequestro e estupro, etc.), há infrações consideradas penais em alguns Estados e, em outros, elas não passam de meros ilícitos administrativos, como é o caso, por exemplo, das infrações de trânsito.

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi a única a oferecer um critério supralegal em busca de uma definição de ato ilícito, a fim de reconhecer ou rechaçar o seu caráter penal.

Os critérios de Engel (*Engel criteria*) tiveram o grande mérito de buscar a uniformização da noção de processo penal entre as legislações nacionais, com vistas à aplicação do princípio do *ne bis in idem*. Tais critérios consistem numa bula para estabelecer se uma determinada sanção tem ou não tem natureza penal e, com isso, possibilitar que seja afastado o rótulo aposto pelo legislador nacional ao ato ilícito e sua respectiva sanção, e permitir a aplicação da garantia processual do *ne bis in idem*. Os três critérios são os seguintes: i) classificação legal do ato ilícito, segundo a legislação nacional; ii) natureza da infração; e iii) severidade da pena.

O primeiro critério é relativo e serve apenas como ponto de partida e não é decisivo. Se a lei doméstica classifica a infração como penal, então o critério é decisivo. Se, porém, a lei nacional rotula o ato ilícito como sendo civil ou administrativo, a Corte, então, sujeita-o ao escrutínio dos demais critérios, a fim de examinar a real natureza do processo ou da sanção, do ponto de vista substancial ou material, e não meramente formal ou legal.

Na avaliação do segundo critério, considerado o mais importante, vários fatores devem ser sopesados: i) se a regra legal é dirigida apenas a um grupo específico de pessoas, ou se tem caráter geral, endereçada a todas elas, posto que ditada em interesse público; ii) se o processo é instaurado por um órgão ou poder público; iii) se a pena prevista tem finalidade punitiva e dissuasória, ou preventiva e compensatória; iv) se a aplicação da pena pressupõe culpabilidade; e v) a natureza atribuída a esses ilícitos, processos e sanções pelos Estados-membros do Conselho Europeu.

O terceiro critério é determinado pela pena máxima prevista em lei para o ato ilícito praticado. Assim, por exemplo, se a lei local prevê a possibilidade de aplicação de pena

privativa de liberdade para aquela determinada ofensa, não há dúvida nenhuma de que lhe atribui natureza penal. O segundo e o terceiro critérios são alternativos, mas também podem ser aplicados cumulativamente.

Em 1990, no caso *Gradinger*, na Áustria, a Corte analisou as sanções administrativas de 12.000 schillings austríacos e duas semanas de prisão, impostas por embriaguez ao volante, para concluir por sua natureza penal, em razão da severidade da pena privativa de liberdade, e porque a multa, caso descumprida, poderia ser convertida em prisão<sup>391</sup>.

Em 2000, no caso *Maszni*, da Romênia, a Corte reconheceu a natureza penal da sanção administrativa de cassação da licença para dirigir veículo automotor, aplicada depois da pena de um ano e quatro meses de prisão – concedida a suspensão condicional da pena – por direção sem habilitação, uso de habilitação falsa, e violação da suspensão para dirigir veículo automotor, em razão de sua severidade e de seu caráter dissuasório<sup>392</sup>.

Em 2003, no caso *Tsonev*, da Bulgária, a Corte apreciou a natureza da multa administrativa de 50 levs búlgaros, aplicada por invasão de domicílio e lesão corporal, para concluir por sua natureza penal, em razão de sua finalidade punitiva e dissuasória<sup>393</sup>.

Em 2004, no caso *Storbråten*, da Noruega, o indivíduo aplicou a fraude consistente em abrir empresas, contrair financiamentos bancários, vender serviços e mercadorias e, em seguida, autodeclarar a falência, sendo-lhe imposta a sanção civil de proibição temporária de abertura de nova empresa pelo prazo de dois anos, enquanto indiciado criminalmente. A Corte entendeu que o grau de severidade da sanção imposta não autorizava a sua qualificação penal e, com isso, deixou aberta a possibilidade de instauração do processo penal<sup>394</sup>.

No mesmo ano, no caso *Mjelde*, da Noruega, houve a imposição de proibição temporária de abertura de nova empresa, pelo prazo de dois anos, após a decretação da falência, justificada por negligência no recolhimento de impostos, má gestão da empresa e indícios de crime. *Mjelde* foi posteriormente condenado por fraude. Como no caso anterior, a Corte afastou a incidência do *ne bis in idem* por rechaçar a natureza penal da sanção de proibição para o exercício de atividade, prevista no Ordenamento interno como sanção civil, voltada à prevenção e de caráter temporário<sup>395</sup>.

Em 2005, o caso *Haarvig*, na Noruega, envolveu um jovem médico que tinha acabado de se graduar, e que foi preso por tentativa de furto, agressão e consumo de droga,

<sup>391</sup> *Gradinger v. Austria*, nº 15963/90, j. em 23/10/1995, série A, nº 328-C, § 53.

<sup>392</sup> *Maszni v. Romania*, nº 59892/00, j. em 21/09/2006, §§ 6, pp. 20-25.

<sup>393</sup> *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria* (nº 2), nº 2376/03, j. em 14/01/2003, §§ 47-50.

<sup>394</sup> *Storbråten v. Norway*, nº 12277/04, j. em 01/02/2007, p. 2.

<sup>395</sup> *Mjelde v. Norway*, nº 11143/04, j. em 01/02/2007, p. 2, 5-f.

sendo condenado a cinco meses de prisão, tendo, posteriormente, o órgão administrativo competente cassado a sua licença médica. A Corte apreciou a questão da natureza da sanção de cassação da habilitação para o exercício da profissão de Medicina e, assim, afastar o seu caráter penal, à luz dos critérios de *Engel*, porque a cassação da licença médica: i) tinha natureza administrativa, segundo a ordem legal interna; ii) era aplicável somente a um grupo específico de pessoas (médicos) e não à coletividade; iii) tinha finalidade preventiva<sup>396</sup>.

Em 2009, no caso *Tomasovic*, da Croácia, a Corte decidiu que a multa administrativa de 1.700 kunas croatas, por posse ilegal de heroína, tinha caráter penal em razão da natureza do ato ilícito, da finalidade da pena e porque a norma jurídica era voltada a todos<sup>397</sup>.

Em 2010, no caso *Grande Stevens*, na Itália, os réus foram condenados, administrativamente, por divulgarem informações falsas no mercado de ações, a multas que variavam entre 500.000 a 3.000.000 de euros, e proibição para o exercício da administração, gerência e supervisão de empresas e, paralelamente, foram processados criminalmente pelo mesmo fato. A Corte julgou que as sanções administrativas tinham caráter penal em razão de sua severidade e finalidade (punitiva e dissuasória)<sup>398</sup>.

No caso *Zigarella*, a Corte fez uma interpretação teleológica da cláusula do *ne bis in idem*, a qual foi adotada em casos subsequentes. Dando efetividade ao princípio da subsidiariedade, instou o Estado de procedência a nulificar ou a extinguir o segundo processo, instaurado em duplicidade ao primeiro, pelos mesmos fatos, possibilitando ao Estado-membro o reconhecimento do *error in procedendo* e sua reparação<sup>399</sup>.

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos firmou-se no sentido de que a qualificação fornecida pelo Direito interno a um ilícito, como penal ou administrativo, não é determinante para definir a aplicabilidade das garantias processuais da Convenção. Com isso, pretendeu evitar a “burlas de etiqueta” do Direito interno, como forma de processar e punir sem as garantias do processo penal. Com efeito, a partir da interpretação dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, uma sanção administrativa imposta por um determinado Estado, de acordo com sua a legislação nacional, desde que satisfeito um dos critérios de *Engel*, deve ser qualificada como de caráter penal, sujeitando-se, conseqüentemente, à proibição do *bis in idem*.<sup>400</sup>

<sup>396</sup> *Haarving v. Norway*, nº 11187/05, j. em 11/12/2007, p. 2-f.

<sup>397</sup> *Tomasovic v. Croatia*, nº 53785/09, j. em 18/10/2011, § 6, pp. 20-25.

<sup>398</sup> *Grande Stevens and Others v. Italy*, nº 18640/10 e outros, j. em 04/03/2014, §§ 6-ff.

<sup>399</sup> *Zigarella v. Italy*, nº 48154/99, j. em 03/10/2012; *Falkner v. Austria*, nº 6072/02, j. em 30/09/2004; e *Sergey Zolotukhin v. Russia*, nº 14939/03, j. em 10/02/2009.

<sup>400</sup> *Grande Stevens et alii v. Italy* (caso n. 18640/10, 18647/10, 18663/10 e 18668/10) (2014); *A and B v. Norway* (caso n. 24130/11, 29758/11) (2016).

Em síntese, a Corte Europeia de Direitos Humanos, com base nos critérios de Engel, tem afastado o rótulo apostado pelo legislador nacional a um determinado processo ou a uma certa pena para, reconhecendo-lhe o caráter penal, submetê-lo à garantia do *ne bis in idem*.

Prevê o art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

Art. 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 infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

A existência de sentença definitiva, absolutória ou condenatória, é exigência lógica do *ne bis in idem* para evitar uma segunda persecução, como instrumento de tutela da coisa julgada e da segurança jurídica<sup>401</sup>.

Indaga-se, então: qual é o significado de *sentença definitiva* para a CEDH?

Para a CEDH, *sentença definitiva* é a decisão final, condenatória ou absolutória (qualquer que seja o seu fundamento, inclusive por insuficiência probatória), que põe termo ao processo com resolução de mérito, à qual não cabia mais apelação, mesmo que sujeita a vias extraordinárias de impugnação previstas na lei interna (*i.e.* recurso especial, recurso extraordinário, revisão criminal ou ação rescisória)<sup>402</sup>.

Uma questão, todavia, permanece em aberto, e ainda não foi enfrentada pela CEDH: a continuação do segundo processo, após a decisão final do primeiro, feriria o art. 4.1 do Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos? Segundo Bas von Bockel, não resta dúvida que sim, porque não há como extrair tal *discrimen* da interpretação literal do dispositivo convencional, ou seja, não é possível interpretá-lo no sentido de que o *ne bis in idem* barraria nova persecução, contudo, não impediria o prosseguimento do segundo processo em andamento<sup>403</sup>.

Por fim, discute-se o significado da expressão “*the same offence*” (aqui traduzida como “a mesma infração”).

<sup>401</sup> BOCKEL, Bas van. The *ne bis in idem* principle in EU Law. *Kluwer Law International*. Holanda: Wolters Kluwer, 72 European Monographs, 2010, p. 224.

<sup>402</sup> No caso *Sergey Zolotikhin v. Russia*, a CEDH averbou que, de modo geral, uma decisão é considerada final quando irrevogável: “*that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them*”. *Decisions against which an ordinary appeal may still be brought are therefore exclude from the application of the ne bis in idem principle; the possibility of bringing extraordinary remedies under national law however does not affect the final nature of the decision.*” (CEDH. *Sergey Zolotikhin v. Russia*, j. em 10/02/2009, Appl. n° 1493/03. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/e6d5dc/pdf/>).

<sup>403</sup> BOCKEL, Bas van. The *ne bis in idem* principle in EU Law... *Op. cit.*, p. 190.

Até o caso *Schutte v. Austria*, julgado em 2007, a CEDH seguiu os parâmetros da decisão proferida em 2001, no caso *Franz Fischer*, ao comparar as elementares dos atos ilícitos penal e administrativo, definidos nas leis internas (*essential elements of the offences*). O cidadão austríaco *Schutte* ignorou um sinal de parada dado por um policial, e investiu com o seu veículo, obrigando o policial a sair da frente para não ser atropelado. Em razão disso, o indivíduo foi processado administrativa e criminalmente. No processo administrativo, acabou absolvido e, no processo penal, invocou a garantia processual do *ne bis in idem*. A CEDH afastou o pedido por entender que as elementares “violência” ou “grave ameaça”, previstas na definição do tipo penal, não se encontravam presentes nesse tipo administrativo.

Em 2009, porém, no caso *Sergey Zolotukhin v. Russia*, a CEDH mudou o paradigma, e passou a entender, a exemplo do TJUE, inclusive citando o art. 54 da CIAS, que “*same offence*” são “fatos idênticos” ou “fatos que sejam substancialmente os mesmos”<sup>404</sup>.

A CEDH, portanto, considera que a garantia processual do *ne bis in idem* se aplica: i) aos processos punitivos em geral, desde que satisfeitos os critérios de *Engel*; ii) desde que existente uma decisão final, condenatória ou absolutória – mesmo que por insuficiência de provas –, não mais sujeita à apelação; iii) a um segundo processo pelos mesmos fatos, naturalisticamente considerados.

### 3.4.3 Interpretação do *ne bis in idem* e sua evolução na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

A jurisprudência das Cortes europeias – seja no campo do Direito supranacional ou no do Direito comunitário europeu –, embora não vincule o sistema jurídico brasileiro, merece estudo porque oferece soluções para o tema ora tratado, que ainda não foi suficientemente enfrentado pelos Tribunais Superiores e nem pela CIDH.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>405</sup> não é uma Corte de direitos humanos, tampouco exerce competência penal, mas reconhece o princípio do *ne bis in idem*, identificando-o com a proibição à dupla persecução (ou “*Erledigungsprinzip*”), que tem como fundamento a equidade e a segurança jurídica e, como corolário, a proibição à dupla punição (ou “*Anrechnungsprinzip*”), como expressão do princípio da proporcionalidade<sup>406</sup>.

<sup>404</sup> “§ 83. Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol n° 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second ‘offence’ in so far as it rises from identical facts or facts which are substantially the same.” (CEDH. *Sergey Zolotukhin v. Russia*, j. em 10/02/2009, Appl. n° 1493/03, § 83. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/e6d5dc/pdf/>).

<sup>405</sup> Denominação dada pelo Tratado de Lisboa (2007).

<sup>406</sup> BOCKEL, Bas van. The *ne bis in idem* principle in EU Law. *Kluwer Law International*. Holanda: Wolters Kluwer, 72 European Monographs, 2010, p. 170.

Seu fundamento se encontra no art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e nos arts. 54 a 58 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen<sup>407</sup>, dispositivos convencionais que, inclusive, conferem eficácia transnacional ao princípio do *ne bis in idem* entre os Estados-membros.

A Comissão que atua junto ao TJUE tem amplos poderes administrativo-sancionadores, sobretudo em matéria de Direito concorrencial, envolvendo cartéis e podendo aplicar sanções por meio de práticas anticoncorrenciais a pessoas jurídicas. Nesse sentido, o TJUE já decidiu que o ‘princípio’ do *ne bis in idem* não impede a instauração de processos punitivos paralelos pela prática de cartel perante a União Europeia e o Estado-membro, por entender que a conduta ofende bens jurídicos distintos tutelados pelo Direito comunitário e pelo Direito interno e, pois, devem ser consideradas ‘*different acts*’, pelo que não engendram

---

<sup>407</sup> “*CHARTER 3 – APPLICATION OF THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE – Article 54. A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party. Article 55. 1. A Contracting Party may, when ratifying, accepting or approving this Convention, declare that it is not bound by Article 54 in one or more of the following cases: (a) where the acts to which the foreign judgment relates took place in whole or in part in its own territory; in the latter case, however, this exception shall not apply if the acts took place in the territory of the Contracting Party where the judgment was delivered; (b) where the acts to which the foreign judgment relates constitute an offence against national security or other equally essential interests of that Contracting Party; (c) where the acts to which the foreign judgment relates were committed by officials of that Contracting Party in violation of the duties of their office. 2. A Contracting Party which has made a declaration regarding the exception referred to in paragraph 1(b) shall specify the categories of offences to which this exception may apply. 3. A Contracting Party may at any time withdraw a declaration relating to one or more of the exceptions referred to in paragraph 1. 4. The exceptions which were the subject of a declaration under paragraph 1 shall not apply where the Contracting Party concerned has, in connection with the same acts, requested the other Contracting Party to bring the prosecution or has granted extradition of the person concerned. Article 56. If a further prosecution is brought in a Contracting Party against a person whose trial, in respect of the same acts, has been finally disposed of in another Contracting Party, any period of deprivation of liberty served in the latter Contracting Party arising from acts shall be deducted from any penalty imposed. To the extent permitted by national law, penalties not involving deprivation of liberty shall also be taken into account. Article 57. 1. Where a Contracting Party charges a person with an offence and the competent authorities of that Contracting Party have reason to believe that the charge relates to the same acts as those in respect of which the person’s trial has been finally disposed of in another Contracting Party, those authorities shall, if they deem it necessary, request the relevant information from the competent authorities of the Contracting Party in whose territory judgment has already been delivered. 2. The information requested shall be provided as soon as possible and shall be taken into consideration as regards further action to be taken in the proceedings under way. 3. Each Contracting Party shall, when ratifying, accepting or approving this Convention, nominate the authorities authorized to request and receive the information provided for in this Article. Article 58. The above provisions shall not preclude the application of broader national provisions on the ne bis in idem principle with regard to judicial decisions taken abroad.” (CONVENTION IMPLEMENTING THE SCHENGEN AGREEMENT of 14 June 1985. *Official Journal*, L 239, 22 sept. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A42000A0922%2802%29>). Já o art. 50 da CDFUE assim dispõe: “Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. **Art. 50.** 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.” (PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. Comissão Europeia. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 2016/C 202/02, 7.6.2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>).*



processos e punições dúplices<sup>408</sup>. Nesses casos, a autoridade que impuser a segunda sanção deve levar em conta a primeira pena imposta contra o mesmo cartel. Ainda não há, porém, uma definição clara quanto ao fato de, se ao levar em conta a primeira sanção, nenhuma outra deve ser aplicada, ou se a segunda sanção deve descontar a primeira em virtude do princípio da proporcionalidade<sup>409</sup>.

No caso *Klaus Bourquain*, o TJUE decidiu que o art. 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen obsta à instauração de um novo processo punitivo perante um Estado-membro, mesmo que a pena imposta no processo penal por outro Estado-membro não tenha sido executada<sup>410</sup>.

No caso *Bonda*, em 2005, o TJUE recorreu aos critérios de *Engel*<sup>411</sup>, ditados pela jurisprudência da CEDH, para analisar – e rechaçar – o caráter penal de sanções administrativas impostas a um fazendeiro polonês, por declaração falsa prestada com o fim de obter financiamento agrícola. Descoberta a fraude, *Bonda* foi penalizado, administrativamente, com base no art. 138, § 1º, do Reg. nº 1973/2004, com a suspensão do direito de receber a ajuda financeira em 2005 e a redução do valor do subsídio por três anos. Em 2009, foi condenado, criminalmente, pelo mesmo fato, consistente nas declarações falsas prestadas para a obtenção do benefício. Em grau de apelação, a Suprema Corte polonesa suspendeu o processo e consultou o TJUE para saber se as sanções aplicadas com base no art. 138, § 1º, do Reg. nº 1973/2004 tinham natureza penal e se, portanto, impediriam a confirmação da condenação penal. Primeiramente, o TJUE anotou que a classificação da pena segundo a lei nacional não era conclusiva. Com relação ao segundo critério, o TJUE observou que as medidas previstas no art. 138, § 1º, do Reg. nº 1973/2004 somente se aplicavam a operadores econômicos que tinham espontaneamente aderido às condições do financiamento agrícola.

A primeira pena – de suspensão temporária de direito – visava a proteger e garantir o Fundo e, portanto, não vislumbrava caráter punitivo. A aplicação da segunda pena, de redução do valor do subsídio, dependia da vontade do fazendeiro de, novamente, aderir às condições do contrato de financiamento agrícola e, portanto, também não poderia ter caráter punitivo. Por fim, o TJUE decidiu que o único efeito das penas era o de limitar parcialmente

---

<sup>408</sup> C-14-68, j. *Walt Wilhelm and Others v. Bundeskartellamt*.

<sup>409</sup> RAVASI, Elisa. *Human Rights Protection by the ECtHR and the ECJ: a comparative analysis in light of the equivalency doctrine*. Leiden: Brill, 2017, p. 284.

<sup>410</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA da União Europeia. *Klaus Bourquain*, C-297/07, j. e 11/12/2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62007CJ0297>.

<sup>411</sup> Critérios de *Engel*: i) a classificação da infração segundo a lei nacional; ii) a própria natureza da infração; e iii) a natureza e o grau de severidade da pena.

a obtenção do financiamento e, portanto, não alcançava o grau de severidade de uma sanção penal<sup>412</sup>.

A partir do *leading case* em Bonda, julgado em 2005, o TJUE passou a adotar os mesmos critérios de *Engel* ditados pela CEDH para evitar a sobreposição de processos punitivos entre os Estados-membros.<sup>413</sup>

Há, portanto, um alinhamento da jurisprudência do TJUE com a da CEDH quanto à aplicação e à extensão da garantia processual do *ne bis in idem*, no sentido de assegurar a proteção contra a dupla persecução pelo mesmo fato, desde que reconhecido o caráter penal das sanções previstas em lei, de acordo com os critérios de *Engel*, qualquer que seja o rótulo apostado pelo legislador nacional.

De outra parte, por “decisão final”, o TJUE entende que seja aquela que julgou o mérito (*substantive determination of the facts*), qualquer que tenha sido o resultado, ou seja, condenatória ou absolutória, inclusive por insuficiência de provas e, também, a homologatória de acordo, desde que não seja possível o oferecimento da ação em razão do descumprimento das condições avençadas.

No caso *PVC*, a CEDH não reconheceu a natureza final da decisão que extinguiu o processo em razão do reconhecimento de uma nulidade processual<sup>414</sup>.

A decisão homologatória de acordo deve ser entendida como definitiva (“*final disposing of*”) para efeito da aplicação do art. 54 da CIAS, desde que impeça o oferecimento de nova ação penal. Os dois primeiros casos decididos pelo TJUE a respeito da matéria foram *Gözütok* e *Brügge* que, embora tivessem sido reunidos para decisão conjunta, não tinham nenhuma relação entre si. Os referidos casos envolveram acordos de não persecução penal.

O caso *Gözütok* diz respeito a um cidadão turco que vivia na Holanda, e que diversas vezes foi processado por posse ilegal de drogas. Os processos penais foram extintos em razão do cumprimento de um acordo (*out-of-court settlement*) celebrado entre o Ministério Público e *Gözütok*, de pagamento da multa de 3.750 florins holandeses. Subsequentemente, *Gözütok* foi processado pelas autoridades alemãs pelos mesmos fatos, consistentes em posse ilegal de drogas na Holanda por, pelos menos, duas vezes sucessivas. A Corte de Colônia suspendeu os processos e endereçou consulta ao TJUE, perguntando, basicamente, se o acordo penal

---

<sup>412</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA da União Europeia. *Lukasz Marcin Bonda*. C-489/10, j. 05/06/2012, §§ 16-19, 25. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0489>.

<sup>413</sup> TJUE: caso *Menci* (proc. C-524/15); caso *Garlsson Real Estate* (proc. C-537/16); casos *Di Puma* e *Zecca* (procs. C-596/16 e 597/16).

<sup>414</sup> Casos reunidos: T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94 *PVC* [1999], ECR II-9931. No mesmo sentido, por desistência da ação: Caso C-469/03, *Miraglia* [2005] ECR I-2009.

celebrado na Holanda impediria a instauração dos processos pelos mesmos fatos na Alemanha<sup>415</sup>.

O caso *Brügge* refere-se a um cidadão alemão, acusado de tentativa de latrocínio (*intentionally assaulting and wounding*) contra uma mulher belga, na Bélgica. Na Alemanha, o processo penal foi extinto em razão de um acordo celebrado entre a Promotoria de Justiça de Bonn e o acusado, pelo qual este último pagou a quantia de 1.000 marcos alemães. A Corte belga suspendeu o processo penal para submeter ao TJUE a questão da eficácia do acordo penal celebrado pelas autoridades alemãs sobre o prosseguimento da ação penal proposta na Bélgica, sobre os mesmos fatos, à luz do art. 54 do CIAS<sup>416</sup>.

Em ambos os casos – que foram reunidos para decisão conjunta –, o TJUE acolheu o parecer da Procuradoria Geral no sentido de que acordos deveriam ser considerados decisões “*finally disposing of*” à luz do art. 54 do CIAS, desde que “*further prosecution is definitively barred*”<sup>417</sup>.

É indisputável na doutrina europeia que o *ne bis in idem*, em seu sentido próprio, como garantia processual contra a dupla persecução, proíbe apenas processos consecutivos, e não processos concomitantes, tal como decorre da interpretação literal do art. 50 da CDFUE e do art. 54 da CIAS.

A questão que permanece em aberto na jurisprudência do TJUE consiste em saber se a garantia processual do *ne bis in idem* também proíbe o prosseguimento da segunda imputação, após proferida a decisão final no processo. A interpretação literal dos dispositivos convencionais conduz a que, proferida a decisão final com resolução de mérito, qualquer que seja o resultado, uma vez superadas as vias impugnativas ordinárias, descabe o prosseguimento da segunda ação punitiva em razão da vedação do *bis in idem*<sup>418</sup>.

<sup>415</sup> *Joined Cases C-187/01 e C-385/01 Gözütok e Brügge*, ECR I-1345, j. em 11/02/2003.

<sup>416</sup> *Joined Cases, Gözütok e Brügge*, *Op. cit.*

<sup>417</sup> Eis o trecho pertinente do parecer da AG juntado aos autos, § 121: “*It is necessary to bear in mind two facts which appear contradictory and yet are complementary, the two sides of a single phenomenon. The first is that criminal law within the European Union is fragmented into as many different systems as there are Member States, The second is that, however different the national criminal justice systems are, the aim is to achieve closer and closer cooperation within the framework of the third pillar. [...] in an integrated Europe, which is openly undergoing a process to promote ever closer cooperation between the Member States, it would be unacceptable if a person could be troubled for a second time, after someone trial was discontinued by way of an out-of-court settlement.*”

<sup>418</sup> “*What is not clear from the wording of the provisions is whether the principle also prohibits the continuation of a ongoing (parallel) prosecution, when the other prosecution comes to a (final) end. On the basis of the wording of the provisions one could perhaps argue that if the outcome of one of the two proceedings becomes final before the other proceeding have come to an end, the further continuation of those proceedings would automatically infringe the ne bis in idem principle [...].*” (BOCKEL, Bas van. *The ne bis in idem principle in EU Law. Kluwer Law International*. Holanda: Wolters Kluwer, 72 European Monographs, 2010, p. 154).

Conforme expõe Anne Weyenbergh, a grande dificuldade da matéria consiste em definir, diante de ordenamentos jurídicos distintos, se se trata do mesmo fato, da mesma qualificação jurídica ou interesse jurídico protegido<sup>419</sup>. No contexto do art. 54 do CIAS, o TJUE assentou que “os mesmos fatos” devem ser percebidos como “identidade dos atos materiais, entendidos no sentido da existência de um conjunto de circunstâncias concretas, extrinsecamente ligadas”, sendo irrelevante a classificação legal da conduta e a natureza do bem jurídico protegido<sup>420</sup>.

No caso *Van Esbroeck*, o TJUE decidiu que “*the same acts*” devem ser entendidos como “identidade dos atos materiais”, no sentido de existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente interligadas (“*identity of the material acts, understood in the sense of the existence of a set of concrete circumstances which are inextricably together*”). Significa que, para o TJUE, a expressão “*the same acts*” deve ser compreendida como o fato natural consistente em uma conduta, independentemente de sua classificação legal e da natureza do bem jurídico protegido<sup>421</sup>.

#### **3.4.4 A garantia da proibição contra a *double jeopardy* na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América**

Nos Estados Unidos da América, a proibição contra a *double jeopardy* está prevista na V Emenda da Constituição Federal, e foi estendida aos Estados pela XIV Emenda (a dos *equal rights*)<sup>422</sup>.

Embora a fórmula constitucional determine que a garantia esteja voltada ao processo penal que sujeita o indivíduo ao risco/perigo contra a sua vida ou integridade física (“*life or limb*”), a Suprema Corte estabeleceu que o direito contra a *double jeopardy* não se limita às penas capitais e corporais, mas se estende desde os crimes graves (*felonies*) até às infrações de menor potencial ofensivo (*misdemeanors*), inclusive aos atos infracionais cometidos por adolescentes infratores, independentemente das penas e das medidas aplicáveis.

<sup>419</sup> WEYENBERGH, Anne. *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem: une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale*. In: COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *The Court of Justice et la construction de l'Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2013, pp. 539-559, p. 541.

<sup>420</sup> BOCKEL, Bas van. *The ne bis in idem principle in EU Law...* *Op. cit.*, p. 171.

<sup>421</sup> *Van Esbroeck*, C-436/04, j. em 09/03/2006. No mesmo sentido: *Van Straaten*, C-150/05 [2006], ECR I-9327.

<sup>422</sup> *Benton v. Maryland*, 395 U.S., 784, 89 S Ct. 2056, 23 L., 2. ed., 707, 1969.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, desde o caso *Helvering v. Mitchell*, julgado em 1938<sup>423</sup>, tem admitido a sua aplicação a outros tipos de processos sancionatórios, divergindo apenas quanto: i) ao fundamento constitucional de sua vertente material (*Anrechnungsprinzip*), se se encontra na proibição contra a *double jeopardy*, ou no devido processo legal ou, ainda, na vedação contra multas excessivas (VIII Emenda); e ii) aos critérios, fatores ou requisitos para a transposição.

A mesma Corte reconheceu que a cláusula da *double jeopardy* protege o indivíduo de ser criminalmente processado mais de uma vez pelo mesmo crime. Conferiu, portanto, natureza processual penal à garantia, como instrumento de tutela do indivíduo contra dupla acusação ou condenação penal, qualquer que tenha sido o resultado do processo anterior. Decidiu, também, que a cláusula da *double jeopardy* constitui proteção individual contra a imposição de múltiplas punições pela mesma ofensa<sup>424</sup>, pelo que ficou conhecida como garantia contra “*multiple prosecutions and punishments*”<sup>425</sup>.

A vedação constitucional contra a multiplicidade de punições sugere que sanções penais e civis, impostas em ações públicas, estariam sujeitas à cláusula da *double jeopardy*<sup>426</sup>.

Num primeiro momento, a Suprema Corte entendeu que a garantia da *double jeopardy* devia, em certos casos, ser estendida ao processo civil, principalmente quando se verificasse que a sanção civil imposta por alguns fatores tinha, na verdade, natureza de sanção penal.

Assim, em 1938, a Suprema Corte estabeleceu uma fórmula – conhecida como *statutory construction test* – com o objetivo de determinar se a sanção civil imposta tinha caráter penal, o que atrairia a incidência da cláusula da *double jeopardy*<sup>427</sup>.

<sup>423</sup> *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S., 391, 1938.

<sup>424</sup> *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S., 1969, pp. 711-717.

<sup>425</sup> MELENYZER, Lisa. Double jeopardy protection from civil sanctions after *Hudson v. United States*. *J. Crim. L. & Criminology*, v. 89, arts. 7, 89, 1999, pp. 1007-1046.

<sup>426</sup> NOLAN, Patrick S. Double jeopardy’s multipunishment protection and regulation of civil sanctions after *United States v. Ursery*. *Marquette Law Review*, 80, 1997, p. 1081.

<sup>427</sup> Mitchell foi notificado pelo *Commissioner of Internal Revenue* a pagar um débito tributário, sendo penalizado por fraude tributária da qual havia sido absolvido previamente no processo penal. Invocou a proteção da cláusula da *double jeopardy*, alegando que a pena administrativa tinha finalidade punitiva e, pois, caráter penal. A Corte decidiu que, a despeito de seu caráter punitivo, a cláusula da *double jeopardy* não impedia a imposição da sanção civil, e construiu uma fórmula para determinar a natureza da sanção imposta, que consistia em verificar a natureza que lhe era atribuída pelo estatuto legal que a previa (*statutory construction test*). Com isso, a Corte afastou a incidência da garantia constitucional por reconhecer a natureza civil da sanção administrativa imposta pelo *Commissioner of Internal Revenue*. Além disso, a Corte estabeleceu a distinção entre reparação e punição (*remedial and punitive sanctions*) (*Helvering v. Mitchell*, 303 U.S., 1938, p. 391).

Em 1963, o caso *Kennedy v. Mendoza*, embora não envolvesse propriamente a questão da *double jeopardy*, teve grande importância no desenvolvimento da doutrina da sanção civil como punição. Nesse caso, a Suprema Corte recomendou às instâncias inferiores que, na determinação da natureza penal ou civil da sanção, em adição ao fator da natureza do estatuto legal, considerassem: i) se a sanção envolvia a perda ou restrição de direitos (severidade); ii) se era historicamente considerada uma sanção (critério histórico); iii) se recaía sobre fatos que dependiam de uma investigação prévia (a existência de investigação prévia); iv) se a sua aplicação visava a alcançar as finalidades punitiva, retributiva e preventiva (finalidade); v) se a conduta também configurava crime (subsidiariedade); vi) se podia ser imposta para uma finalidade diversa (adequação); e vii) se era excessiva ao fim a que se destinava (proporcionalidade)<sup>428</sup>. Em casos subsequentes, a Corte incorporou os fatores do caso *Kennedy* na análise da incidência da *double jeopardy*.

Em 1980, no caso *United States v. Ward*, a Corte estabeleceu um exame de apenas dois fatores para afastar o rótulo civil aposto pelo legislador e, em razão de sua essência, requalificar a natureza jurídica da sanção imposta para criminal: i) o rótulo aposto pelo legislador (*statutory test*); e ii) a finalidade e a severidade da sanção<sup>429</sup>.

Até 1989, a Suprema Corte interpretava a cláusula da *double jeopardy* como uma proibição à instauração de múltiplos processos penais (*multiple prosecutions*) e, quando acolhia a exceção para afastar dupla punição, fazia-o por entender que, em certos casos, a sanção civil, por ser tão excessiva, adquiria caráter penal.

Somente a partir do julgamento do caso *United States v. Halper*, em 1989, a Corte passou a perceber a cláusula da *double jeopardy* também como uma garantia constitucional

---

<sup>428</sup> *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S., 1963, p. 144.

<sup>429</sup> *Ward* operava um gerador no Estado de Arkansas quando descobriu um vazamento de óleo de sua propriedade para o Rio Arkansas e, seguindo o *Federal Water Pollution Control Act*, denunciou o vazamento, tendo o *Environment Protection Agency* lhe imposto uma multa de 500 dólares. *Ward* invocou em seu favor o privilégio contra a autoincriminação. Ao decidir se a proteção da V Emenda – na qual também se encontra inserido o privilégio contra a autoincriminação – o socorria, a Corte assentou que as garantias constitucionais previstas na V Emenda (inclusive, pois, a do *double jeopardy*) somente se aplicavam às sanções penais, e que a averiguação da natureza de uma determinada sanção dependia do exame daqueles dois fatores. Com isso, a Corte concluiu que a sanção imposta a *Ward* tinha natureza civil, não apenas em razão do estatuto legal em que se encontrava inserida (*Federal Water Pollution Control Act*), como, também, em razão de sua finalidade reparadora (*remedial*) (*United States v. Ward*, 448 U.S., 1980, pp. 242-248).

autônoma contra múltiplas condenações (*multiple punishments*), sem necessidade de qualquer esforço para transvestir a sanção civil em penal<sup>430,431</sup>.

Em 1994, num caso de tráfico ilícito de entorpecentes (*Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*), a Corte invocou a proibição à múltipla punição, a fim de invalidar a cobrança de multas administrativas impostas pelas autoridades fazendárias estaduais paralelamente a sanções penais<sup>432</sup>. Houve dissenso a respeito da noção de proibição às múltiplas punições entre os juízes Thomas e Scalia. Este último, em seu voto divergente, formulou uma análise crítica e detalhada da doutrina da proibição às múltiplas punições<sup>433</sup>.

Em 1997, no caso *Hudson v. United States*, a Suprema Corte, por maioria, voltou a adotar os dois fatores de *Ward*, e rechaçou a metodologia do precedente caso *Halper* pelos seguintes fundamentos, alinhados pelo juiz presidente Rehnquist: i) a cláusula da *double jeopardy* somente se presta a evitar múltiplas punições *pela mesma ofensa*; ii) a decisão proferida no caso *Halper* focou apenas um dos seis fatores prescritos no caso *Kennedy*, qual seja, a extensão em que uma sanção se mostrava excessiva, a despeito de seu propósito não punitivo; iii) a decisão levou em conta apenas os efeitos reais da sanção, ignorando a sua definição legal e, nesse ponto, externou preocupação no sentido de que, a perseverar a

---

<sup>430</sup> *Irwin Halper*, administrador de uma empresa prestadora de serviços de saúde, cobrou o governo federal 65 vezes por serviços gratuitos prestados a pacientes do Medicare, avaliados em nove dólares cada, causando, portanto, um prejuízo de 585 dólares aos cofres públicos federais, sendo condenado por crimes de falsidade a dois anos de prisão e multa no valor de cinco mil dólares. Depois disso, o governo federal moveu-lhe uma ação civil com base no mesmo estatuto (*False Claims Act*), pelas mesmas condutas, sujeitas à multa de dois mil dólares, totalizando o valor da causa 130 mil dólares. As instâncias ordinárias rejeitaram a ação civil e a instauração do processo civil com base no mesmo estatuto (os fatos eram idênticos, porém, definidos como crime e ilícito civil, sujeitos a sanções diversas, definidas no próprio estatuto). O governo federal recorreu e a questão foi submetida à Suprema Corte, que decidiu que o critério legal (*statutory construction test*) não era absoluto, eis que, para a averiguação da natureza penal e civil das sanções se fazia necessária a análise de seus efeitos (*actual impact*), e não somente da natureza que o estatuto legal lhes atribuía. Em síntese, a Corte decidiu que a desproporcionalidade da sanção civil podia atrair, na segunda condenação, a incidência da proibição contra a *double jeopardy*. A Corte concluiu que a ausência de proporcionalidade da sanção civil imposta subsequentemente à sanção penal podia descaracterizá-la como reparatória, evidenciando o seu caráter preventivo e retributivo, e decidiu devolver o caso às instâncias de origem, para que apreciassem a sanção civil adequada à reparação do dano sofrido pelo governo federal. Com isso, a Corte expandiu a garantia da *double jeopardy* para assegurar não apenas a proibição de instauração de múltiplos processos, mas, também, de múltiplas punições pelo mesmo fato (ou pela mesma conduta), mesmo quando configurassem ilícitos penal e civil definidos, sujeitos a sanções penal e civil. E, ainda que previstas num mesmo estatuto legal, não seria necessário qualquer esforço interpretativo para atribuir natureza penal à sanção civil, desde que se reconhecesse a desproporcionalidade desta última, imposta subsequentemente à aplicação da sanção penal. Prevaleceu a opinião majoritária de que cabe ao juiz ou ao Tribunal o poder discricionário para determinar o montante da condenação civil sem cruzar a fronteira entre reparação e punição, esta última já imposta no processo penal, sob pena de violação à garantia constitucional da proibição da *double jeopardy* (*United States v. Halper*, 490 U.S., 1989, p. 435, pp. 440-466).

<sup>431</sup> SUMMERS, Brian L. Double jeopardy: rethinking the parameters of the multiplicity prohibition. *Ohio State Law Journal*, 56, 1995, nota 14, p. 1607.

<sup>432</sup> WATTERSON, Sarah Jean. Putting the *Halper* genie back in the bottle: examining *United States v. Ursery* in light of *Halper*, *Austin and Kurth Ranch*. *BYU Law Review*, 1997, pp. 235-247.

<sup>433</sup> *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S., 1994, pp. 798-805, p. 767.

decisão proferida no caso *Halper*, ter-se-ia que aguardar o impacto da sanção penal para avaliar a excessividade da punição civil anteriormente imposta, ao tempo que tornaria inaplicável a garantia; iv) o critério adotado no caso *Halper* era inaplicável, porque toda sanção civil tem caráter preventivo (*deterrent effect*) e, por outro lado, nenhuma sanção civil é puramente reparatória (*remedial*), sem falar na insegurança jurídica nas instâncias de origem, a quem se atribuiu o poder discricionário de estabelecer a tênue linha divisória entre um efeito e outro; v) por último, a *Bill of Rights* já contemplava garantia contra sanções irracionais e multas civis excessivas (VIII Emenda).

A Corte, portanto, retrocedeu ao critério adotado no caso *Ward*, no sentido de que, para apreciar a possibilidade de aplicação da proibição contra a *double jeopardy*, ela devia verificar se: i) a intenção do legislador é a de atribuir natureza civil à sanção (critério legal ou teleológico); e ii) se o caráter da sanção imposta é tão assinaladamente punitivo que deve ser considerado de natureza penal, a despeito do rótulo apostado pelo legislador. Para tanto, cabe à Corte recorrer aos fatores elencados no caso *Kennedy* (severidade da sanção, critério histórico, existência de investigação prévia, finalidade da sanção, subsidiariedade, adequação e proporcionalidade), em adição à natureza do estatuto em que a sanção se encontra prevista.

Ao aplicar os fatores de *Kennedy* ao caso *Hudson*, a Suprema Corte afastou a incidência da cláusula da *double jeopardy* por não reconhecer caráter penal às sanções civis aplicadas, na medida em que não implicavam a restrição de direitos, tampouco eram historicamente consideradas punições<sup>434,435</sup>.

Alguns autores, fazendo uma interpretação literal da fórmula constitucional “*twice put in jeopardy of life or limb*”, afastam a incidência da garantia em punições civis e administrativas<sup>436</sup>.

Outros autores, fazendo uma interpretação histórica da garantia, a partir da proposta inicial de James Madison (“*no person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or one trial for the same offence*”), afastam-na somente nos processos de *impeachment*. Esses últimos sustentam que, durante os debates sobre a V

---

<sup>434</sup> *United States v. Hudson*, 92 F. 3d 1026 (10<sup>th</sup> Cir. 1996), rev’g 879 F. Supp. 1113 (W. D. Okl. 1994), aff’d, 118 S. Ct 488, 1997.

<sup>435</sup> MELNYZER, Lisa. Double jeopardy protection from civil sanctions after *Hudson v. United States*. *J. Crim. L. & Criminology*, v. 89, arts. 7, 89, 1999, pp. 1007-1046, p. 1046.

<sup>436</sup> SUMMERS, Brian L. Double jeopardy: rethinking the parameters of the multiplicity prohibition. *Ohio State Law Journal*, 56, 1995, pp. 1595-1605.



Emenda, era comum a legislação que previa sanções criminais e civis, e que a intenção dos constituintes era justamente a de proibir a multiplicidade de punições<sup>437</sup>.

Em síntese, é pacífico na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a *double jeopardy prohibition clause* compreender duas garantias: i) “*against mutiple prosecutions*”; e ii) “*against multiple punishments*”. Há dissenso, isto sim, quanto ao fundamento constitucional da proibição contra múltiplas punições: até 1989, a Suprema Corte, majoritariamente, ignorou a doutrina do *multiple punishment prohibition*. No caso *Kurth Ranch*, julgado em 1994, porém, o juiz Scalia, em seu voto dissidente, declarou que a cláusula da *double jeopardy* proibia apenas a multiplicidade de processos, pois a proibição contra punições múltiplas estaria assegurada pelo princípio do devido processo legal. Havia, ainda, quem sustentasse que a multiplicidade de punições estaria vedada pela VIII Emenda, que proíbe a imposição de multas excessivas<sup>438</sup>.

Desde 1938, a Suprema Corte tem admitido a aplicação das duas garantias a outros tipos de processos punitivos, não penais, dissentindo apenas quanto critérios, fatores ou requisitos por ela enunciados nos paradigmáticos casos *Helvering vs. Mitchell* (1938), *Kennedy vs. Mendoza* (1963), *US vs. Ward* (1980), *US vs. Halper* (1989) e *Hudson vs. US* (1997).

Sem embargo do dissenso sobre o fundamento constitucional da proibição à dupla punição, a vedação contra processos e punições múltiplas sempre foi consensual na jurisprudência da Suprema Corte, especialmente no campo do processo penal. E, superado o *statutory construction test*, de 1938, conquanto tivesse adotado diferentes *standards* para verificação da incidência da cláusula da *double jeopardy* a partir de 1989, o certo é que a Suprema Corte sempre admitiu a incidência da garantia fora dos limites do processo penal, em outros tipos de processos punitivos.

É preciso esclarecer que, quando a doutrina norte-americana afirma que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao interpretar a cláusula da proibição contra a *double jeopardy*, não veda a instauração do processo civil pelo mesmo fato, está se referindo ao processo civil em sua concepção tradicional, instaurado, por exemplo, a partir da *actio civilis ex delicto*, ou seja, como instrumento de tutela da reparação do dano, e até mesmo do *punitive damage*, e não ao processo civil punitivo propriamente.

---

<sup>437</sup> SUMMERS, Brian L. *Double jeopardy...* *Op. cit.*, p. 1609.

<sup>438</sup> *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S., 1994, p. 801.

Remarque-se: desde 1938, a Suprema Corte americana tem admitido a aplicação da garantia contra o duplo processo penal e civil punitivos, oscilando apenas quanto aos fatores que reconhecem o caráter penal de sanções civis aplicadas em processos civis punitivos.

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas sempre consideraram a proibição à *double jeopardy* como garantia do processo penal, vigendo, para o processo civil, a garantia da *res judicata*, chamada, no direito anglo-saxônico, de *colateral estoppel*, que pressupõe a identidade de ações, inclusive de partes, e o julgamento de mérito (identificada, por Chiovenda, com a coisa julgada material).

Embora, de longa data, a doutrina da *res judicata (colateral estoppel)* tenha sido estabelecida no processo civil, sua aplicação no processo penal é relativamente recente<sup>439</sup>. Com efeito, somente no início do século XX a Suprema Corte americana reconheceu que a doutrina da *res judicata (colateral estoppel)* deve ser aplicada tanto ao processo civil quanto ao processo penal. A partir de 1938, a Corte admitiu a incidência da garantia contra a *double jeopardy* para barrar processo civil subsequente à sentença penal condenatória ou absolutória, quando a sanção civil aplicável se mostre tão severa que demande o reconhecimento de seu caráter penal.

O que se entende por “*the same offense*” e qual é o marco inicial de incidência da cláusula de proibição contra a dupla persecução no direito anglo-saxônico?

A definição de “*same offense*” é particularmente complexa para o direito norte-americano, onde a Ciência Penal é pouco evoluída. Tal complexidade é evidenciada pelo paradigma.

Em 1932, no caso *Blockburger v. United States*, a Suprema Corte americana estabeleceu o que ficou conhecido como *Blockburger test*, que nada mais é que um *evidence test* (teste sobre a prova) a fim de assegurar a garantia contra a dupla persecução. O caso versava sobre várias entregas de droga (morfina) a um mesmo comprador. A Corte afastou a incidência da garantia por entender que cada fato demandava prova própria<sup>440</sup>.

Em 1990, no caso *Grady v. Corbin*, a Suprema Corte alterou o critério de *Blockburger*, e passou a entender que o foco adequado deveria recair sobre a mesma conduta e não sobre a mesma prova<sup>441</sup>.

---

<sup>439</sup> *Frank v. Mangum*, 237 U.S., p. 309, 333-334, 35 S. Ct. 582, 589-590, 1915; *United States v. Oppenheimer*, 242 U.S. p. 85, 37 S. Ct. 68, 61 L. Ed. 161, 1916.

<sup>440</sup> *Blockburger v. U.S.*, 284 U.S., 299, 1932.

<sup>441</sup> *Grady v. Corbin*, 495 U.S., 508, 1990: a Suprema Corte decidiu que o Estado não podia processar um indivíduo por homicídio culposo na condução de veículo automotor após o mesmo ter sido absolvido pela embriaguez ao volante, o que caracterizaria a culpa.

Aquela interpretação, entretanto, durou apenas três anos, porque em 1993, no caso *United States v. Dixon*, a Suprema Corte voltou a aplicar o teste de *Blockburger* para determinar se haveria duplicidade na instauração de um novo processo penal, seguido de condenação criminal por violação a uma sanção penal<sup>442</sup>.

Como se vê, há imensa confusão de institutos na prática processual penal norte-americana, em que o Direito Penal e o Direito Processual Penal são tratados como disciplina única.

No Brasil, o caso *Blockburger* seria facilmente resolvido pela regra do concurso de crimes (continuidade delitiva); o segundo – *Grady v. Corbin* –, pelos princípios que disciplinam o conflito aparente de normas, no caso, o princípio da consunção; por fim, o terceiro caso trata de simples questão de tipificação: o descumprimento de uma sanção penal que caracteriza novo crime.

Quanto ao marco inicial de incidência da cláusula de proibição da dupla persecução penal no Direito anglo-americano, em tópico específico da tese que tratou do assunto, Rogério Schiatti Machado Cruz explica:

No direito norte-americano, contudo, esse “termo inicial” para a incidência da garantia protetiva em comento pode ocorrer bem antes da sentença de absolvição ou de condenação. Tal particularidade, em relação ao direito inglês, firmou-se a partir do caso *Downum v. United States*, julgado em 1963 pela Suprema Corte, a qual já vinha construindo a ideia de que outras decisões, além do veredicto final, poderiam impedir novo julgamento pelo mesmo fato<sup>443</sup>. Procurou-se definir o momento em que, cessada a atividade persecutória no primeiro processo, haveria uma ‘suficiente quantidade de risco’ para se considerar que o réu, efetivamente, esteve *in jeopardy*, de tal modo a obstruir a nova tentativa do Estado em impor-lhe uma sanção penal.

De um modo geral, pode-se dizer que há *jeopardy* ‘attaches’ quando uma pessoa é levada a julgamento mediante acusação válida, perante tribunal competente. Mais especificamente, boa parte dos Estados norte-americanos aceita, como conceito mínimo, que, após os primeiros atos de um processo (*arraignments*), quando já formulada a acusação e efetivada a citação do réu, este está ‘sob risco’ a partir do momento em que os jurados são selecionados e submetidos a solene juramento (*impanelled and sworn*)<sup>444</sup>.

<sup>442</sup> *United States v. Dixon*, 509 U.S., 688, 709, 1993.

<sup>443</sup> Em *Downum v. United States*, 372 U.S. 734 (1963), o reconhecimento da *double jeopardy* deveu-se ao fato de, no primeiro julgamento, a promotoria não ter conseguido apresentar a principal testemunha para depor contra o acusado, o que gerou decisão de *mistrial* antes do início da instrução, sob protesto da defesa. O tema dos efeitos preclusivos de decisões anteriores ao veredito já fora ventilado em outros julgados da Suprema Corte, desde *United States v. Perez*, 9 Wheat. 579, decidido em 1824, passando por *Logan v. United States*, 144 U.S., 263, 298; *Dreyer v. Illinois*, 187 U.S., 71, 85-86; *Keerl v. State of Montana*, 213 U.S., 135, *Wade v. Hunter*, 336 U.S., 684, e *Gori v. United States*, 367 U.S., 364, *inter alia*.

<sup>444</sup> SIGLER, Jay A. *Double jeopardy*. The development of a legal and social policy. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1969, p. 84.

Já no âmbito federal, a Suprema Corte dos EUA reviu anterior posicionamento – o qual considerava que o acusado se encontrava sob risco somente após o juramento da primeira testemunha do processo<sup>445</sup> - e passou a entender que, em um julgamento pelo Júri, isso ocorre um pouco antes, quando os jurados são selecionados e prestam compromisso<sup>446</sup>.

[...]

Inevitável, portanto, inferir que não gera efeito preclusivo a decisão cometida ao *Grand Jury* de aceitar ou rejeitar a acusação (*indictment*) apresentada pela promotoria, tendo em vista que tal decisão é necessária e logicamente anterior à seleção e ao juramento do corpo de jurados a quem caberá a função de julgar a causa (*Petit Jury*). É dizer, a doutrina e a jurisprudência norte-americana entendem que o indivíduo criminalmente processado ainda não está *in jeopardy*, antes de atingir-se estágio do processo – posterior ao mero juízo inicial de admissibilidade – em que já restou superada a questão da existência da justa causa (*probable cause*) para dar seguimento à acusação<sup>447</sup>.

Traduzida entre nós a orientação do Direito norte-americano, a *jeopardy* se iniciaria, no processo penal, a partir da constituição do Conselho de Sentença (no Júri) ou com o segundo recebimento da denúncia ou o início da instrução criminal (fase dos arts. 399 e 400 do CPP) e, no processo civil, na fase do julgamento conforme o estado do processo (arts. 354 a 357 do CPC).

### 3.5 CONCLUSÃO PARCIAL

A garantia do *ne bis in idem* compreende o efeito negativo da coisa julgada, mas não se confunde com a coisa julgada, porque é mais ampla e mais forte, na medida em que atua: i) não somente entre ações idênticas, mas, também, entre ações conexas, relativas a um mesmo fato; e ii) nos casos de desconsideração da coisa julgada por vício processual como o da incompetência de Justiça.

À míngua de um direito comunitário, inexistente a possibilidade de falar em *ne bis in idem* internacional ou transnacional nos Estados interamericanos, como forma de garantia processual. Vale dizer que a norma não tem eficácia transnacional (horizontal, entre os Estados) que impeça a instauração de processos penais concomitantes ou sucessivos, pelo mesmo fato, no Brasil e em outro Estado soberano. Nesses casos, a vertente penal do *ne bis*

<sup>445</sup> *Keerl v. State of Montana*, j. em 1909. In: THOMAS III, George C. *Double jeopardy*. The history, the law. New York: NYU Press, 1998, p. 251.

<sup>446</sup> *Crist v. Bretz*, 437 U.S. 28, 1978.

<sup>447</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP. São Paulo, 2007, pp. 95-98.

*in idem* se justifica como garantia autônoma, já exercitada pelo legislador pátrio, no art. 8º do Código Penal.

Na esfera supranacional, o *ne bis in idem* não pode ser invocado para obstar a instauração do processo penal no Brasil em razão da subsidiariedade da jurisdição do TIP. Por outro lado, a cláusula aberta do art. 20 do Estatuto de Roma deixa ao TIP a discricionariedade de decidir sobre a possibilidade de instauração do processo penal supranacional pelo mesmo fato.

A jurisprudência da CIDH, da CEDH, do TJUE e da Suprema Corte americana autoriza o afastamento do rótulo aposto pelo legislador ao ilícito e respectiva pena para fazer incidir sobre o processo, a garantia processual do *ne bis in idem*. De resto, ela foi internalizada por diversos Estados europeus, positivada na Constituição Federal da Alemanha e de Portugal, e reconhecida pelo Tribunal Constitucional espanhol como princípio constitucional, derivado dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência.

A CEDH e o TJUE identificam o *ne bis in idem* somente como proibição à dupla persecução, sendo a proibição à dupla punição uma decorrência lógica. Esses Tribunais exigem, para a invocação da garantia processual, o esvaziamento das vias impugnativas ordinárias. A esse respeito, alguns aspectos são relevantes e devem ser considerados: i) não há dúvida de que os principais tratados internacionais de direitos humanos e a jurisprudência da CEDH e do TJUE exigem ou pressupõem a existência de sentença definitiva (*sentença de mérito*, ainda que pendente de vias impugnativas extraordinárias) para o reconhecimento do *ne bis in idem*; ii) o princípio da subsidiariedade, que decorre do princípio da soberania, está ausente quando se analisa a eficácia interna do *ne bis in idem*; iii) o conteúdo da garantia-instrumento, seus fundamentos (sobretudo equidade, proporcionalidade e segurança jurídica) e os direitos por ela albergados (dignidade da pessoa humana, justiça, presunção de inocência e proibição do excesso); iv) na jurisprudência da CEDH e do TJUE permanece em aberto a questão da possibilidade de prosseguimento ou não da segunda imputação, ao tempo em que se perfaz a sentença definitiva na primeira persecução; a doutrina europeia, todavia, por interpretação literal dos dispositivos constitucionais, inclina-se no sentido de não admiti-lo; v) o Brasil é o único país do mundo que possui quatro instâncias de jurisdição, e que não admite a execução da pena antes do exaurimento de todas elas; vi) o princípio da eficiência da máquina administrativa tem dignidade constitucional (CF/88, art. 37, *caput*); vii) entre duas interpretações possíveis da norma jurídica (e a interpretação literal não é a única), deve-se preferir aquela que não a invalide, mas lhe dê efetividade, sobretudo quando a norma

jurídica interpretada tutela direitos fundamentais e restringe poderes estatais (*ius persecuendi in judicio, ius puniendi*); viii) a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao analisar a questão do momento processual em que inicia o risco, firmou entendimento no sentido de que a pessoa é *put into jeopardy (jeopardy attaches)* a partir do momento em que, formulada a acusação e procedida a citação, constitui-se o *Petit Jury*, e do juramento (*Downum v. United States*, 372 U.S. 734, 1963). Traduzido entre os juristas brasileiros, esse seria o momento em que é tomado o compromisso dos jurados, ou o do segundo recebimento da denúncia ou, ainda, no processo civil, o do julgamento, conforme o estado do processo.

Tanto no sistema da *common law* quanto no sistema da *civil law*, Cortes nacionais e internacionais estabeleceram critérios para aferição do caráter da sanção, para o fim de aferirem a incidência ou não da garantia processual contra a dupla imputação.

Aplicados os critérios de *Engel*, com vistas à averiguação da incidência da garantia processual do *ne bis in idem* ao processo civil da ação de improbidade administrativa, movido paralelamente ao processo penal pelo mesmo fato, tem-se: i) o critério legal não é conclusivo para se determinar o caráter das sanções previstas no art. 12, incs. I a III, da Lei n.º 14.230/2021; ii) os atos ilícitos contra o patrimônio público, definidos nos arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) também podem configurar infrações penais; as regras são ditadas em interesse público; a ação penal é promovida por órgãos públicos; o processo é instaurado perante um Poder Público; as sanções (perda de bens e valores, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) têm finalidade punitiva e dissuasória e a aplicação pressupõe culpabilidade; atos de improbidade administrativa encontram-se definidos como crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (arts. 312 a 327) e como crimes praticados por particular contra a administração em geral (arts. 328 a 337-A); e iii) as penas previstas no art. 12, incs. I a III, da Lei n.º 14.230/2021, também estão previstas no Código Penal e em leis penais especiais, sendo tão severas quanto as sanções penais, excetuada apenas a impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade.

Aplicados os critérios de *Ward* [que não são cumulativos], extraídos da jurisprudência da Suprema Corte americana para averiguar a incidência ou não da cláusula da proibição contra a *double jeopardy*, tem-se: embora o legislador lhes tenha apostado o rótulo de civis, as penas previstas no art. 12, incs. I a III, da Lei n.º 14.230/2021 são tão

severas quanto as sanções penais e têm finalidade punitiva e dissuasória, o que denuncia o seu caráter penal a atrair a incidência da garantia.

A aplicação dos critérios de *Kennedy*, que são mais detalhados, resulta em: i) as sanções previstas na LIA envolvem a perda e a restrição de direitos; ii) antes do advento da Lei nº 14.230/2021, tais sanções já eram consideradas penais; iii) elas recaem sobre fatos que demandam investigação pública preliminar, realizada por meio do inquérito civil público; iv) têm finalidade punitiva, retributiva e dissuasória; v) várias condutas configuram crime; vi) as penas podem ser impostas no processo penal; e, por fim, vii) o excesso de punição decorre do fato de que as referidas penas também podem ser aplicadas no processo penal<sup>448</sup>.

Como se vê, quaisquer que sejam os critérios adotados, é inafastável a conclusão de que é possível o reconhecimento do caráter penal às sanções previstas no art. 12 da Lei nº 14.230/2021, ainda que o rótulo apostado pelo legislador lhes tenha atribuído natureza diversa.

Tomando como exemplo as considerações anteriores, elaboradas a partir da análise do caráter das sanções previstas na LIA, resta saber se, à luz da garantia processual do *ne bis in idem*, consistente na proibição contra a dupla persecução, é possível a instauração, concomitante ou sucessiva, de processos judiciais punitivos, o que constitui o objeto do próximo capítulo.

Antes, porém, últimas considerações são necessárias.

Uma coisa é a eficácia preclusiva da coisa julgada da sentença penal absolutória por insuficiência probatória com relação a uma nova ação punitiva, sobre a qual incide o *ne bis in idem*; outra coisa é a possibilidade de ajuizamento da *actio civilis ex delicto*, que não fica obstada pela sentença penal absolutória por insuficiência de provas.

Além disso, existem ações que veiculam pedidos complexos ou compostos: punição e ressarcimento; como também há penas com caráter reparatório, além do punitivo.

Em outras palavras, a complexidade pode residir: i) na ação que veicula pedido complexo ou composto (pena e reparação do dano), a qual pode ser desmembrada; ii) na espécie de provimento jurisdicional pretendido.

A vocação do *ne bis in idem* é voltada às ações punitivas, mesmo aquelas que também veiculam pedidos reparatórios, porque os processos podem ser desmembrados.

---

<sup>448</sup> *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S., 1963, p. 144.

É discutível a possibilidade de invocação da garantia processual do *ne bis in idem* nas ações que deduzem pedido de condenação pelo chamado “*punitive damages*”, quando propostas concomitante ou subsequentemente a ações penais. A tendência doutrinária norte-americana é no sentido de não admitir a invocação da garantia processual nessas ações, seja em razão do caráter eminentemente reparatório do *punitive damage*, seja porque, historicamente, visam a reparação, e não a punição.

A expressão “*pelos mesmos fatos*”, contida no art. 8.4 da CADH deve ser tomada com o significado que lhe atribui a CIDH, a CEDH e o TJSP, ou seja, como identidade dos fatos naturalisticamente considerados. A matéria é mal compreendida pela doutrina e prática norte-americana em razão da deficiência da ciência penal nos países da *common law*.

Por fim, basta a existência de processo em andamento para que se repute o réu sob *jeopardy*, podendo invocar a garantia processual em seu favor. Nesse ponto, afigura-se mais acertada a jurisprudência norte-americana. De fato, a exigência de sentença final como pressuposto à invocação do *ne bis in idem* tornaria inócua a garantia processual, máxime no sistema brasileiro, composto de quatro graus de jurisdição e em que não se admite a execução provisória das penas. Tal exigência somente se justifica pelo princípio da subsidiariedade, que rege a jurisdição da CEDH.

Em outras palavras, a exigência do trânsito em julgado para a caracterização do *bis in idem* é justificável na CEDH e no TJUE, cujas jurisdições têm caráter subsidiário, mas não se compadece com um sistema de Justiça que conhece quatro graus de jurisdição e que não permite a execução provisória da pena, ao qual melhor se amolda a doutrina e a jurisprudência estadunidense. Segundo essa doutrina, um indivíduo processado criminalmente é entendido *in jeopardy* a partir do estágio – posterior ao mero juízo inicial de admissibilidade – em que já restou superada a questão da existência da justa causa (*probable cause*) para o prosseguimento da acusação<sup>449</sup>, sob pena de se tornar inócua a garantia processual do *ne bis in idem*.

---

<sup>449</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2007, pp. 95-98.



## CAPÍTULO 4 – PREJUDICIALIDADE NAS CAUSAS JUDICIAIS PUNITIVAS

### 4.1 PROIBIÇÃO DE DUPLA PERSECUÇÃO JUDICIAL

A máxima *ne bis in idem* é um princípio universal que possui dois significados ou duas vertentes. Em sua vertente material, consiste na proibição à multiplicidade de punições; na vertente processual, significa a proibição à multiplicidade de processos; em qualquer caso, pelos mesmos atos ilícitos, isto é, pelos mesmos fatos imputados ao mesmo sujeito.

Paralelamente, no direito anglo-saxônico, desenvolveu-se correspondente garantia, conhecida como “cláusula da proibição à *double jeopardy*”, a qual foi incorporada à Constituição dos Estados Unidos da América pela V Emenda à *Bill of Rights*, em razão da preocupação que norteou os trabalhos dos constituintes de vigorarem, à época, diversos estatutos punitivos de variados matizes. Por essa razão, a redação originalmente proposta por James Madison ressalvou apenas os processos de *impeachment* da incidência da cláusula.

O princípio do *ne bis in idem* não está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, mas foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força de seu art. 5º, § 2º, c.c. o art. 8º, 4, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana de Direitos Humanos), o art. 14.7 do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU), e o art. 20 do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 (Estatuto de Roma), com *status* de norma supralegal, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF).

O significado, o conteúdo e a extensão do *ne bis in idem* ganharam contornos na jurisprudência das Cortes europeias e das Cortes internacionais de direitos humanos. No caso Loayza Tamayo, julgado em 17 de setembro de 1997, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) afastou a dupla incriminação da lei penal peruana e condenou o Peru por ofensa ao art. 8º, inc. 4º, da Convenção (proibição contra a duplicidade de processo [penal] pelo mesmo fato), por havê-la condenado a 20 anos de prisão, pelo crime de terrorismo, na Justiça comum, depois de a ter absolvido pelos mesmos fatos, subsumidos ao crime de traição à pátria, na Justiça Militar.

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, nas últimas décadas, evoluiu para admitir a incidência da garantia aos processos punitivos em geral, pouco importando o rótulo apostado pelo legislador nacional de cada Estado-membro ao ilícito, ao

processo ou à sanção. Consequentemente, passou a adotar os critérios de *Engel*, composto de três fatores e, no paradigmático caso *Sergey Zolotukhin v. Russia* (Appl. nº 1493/03), julgado em 10 de fevereiro de 2009, a Corte não apenas reafirmou a validade desses critérios, utilizados para identificar as hipóteses de incidência do *ne bis in idem*, como, também, os definiu como um *threefold test*, por entender que o termo “*criminal proceedings*”, previsto no art. 4º do Protocolo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), abarca, na verdade, três garantias: a de não ser investigado, processado e nem punido, múltiplas vezes, pelo mesmo fato.

Ao adotar a interpretação dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao princípio universal do *ne bis in idem*, surge a necessidade de fazer uma releitura do dogma da autonomia das esferas punitivas, vigente na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros.

Obviamente que a norma supralegal não tem aptidão para invalidar os arts. 2º e 37, § 4º, da Constituição Federal. Por outro lado, parece razoável e mais consentâneo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que a interpretação dada aos citados dispositivos constitucionais, sem que resultem esvaziados, não ignore a vigência, mas busque dar efetividade à norma que a própria Lei Maior reconhece, na visão do STF, como supralegal.

O *ne bis in idem* abrange, mas não se confunde com os institutos da litispendência e da coisa julgada. Seu espectro de proteção é mais amplo, na medida em que incide não apenas sobre ações idênticas, senão também em ações semelhantes, posto que conexas, como são as ações punitivas em geral. Não há que se falar em litispendência e coisa julgada entre ações penal, civil e administrativa punitivas, cujos fundamentos jurídicos são distintos, ainda que as partes, os fatos e o pedido sejam os mesmos. Antes, porém, a multiplicidade de ações punitivas sobre um mesmo fato encontra óbice na proibição do *bis in idem*.

Não se defende, com isso, que o poder estatal punitivo seja único, mas, sim, que é importante encontrar um ponto de equilíbrio entre a eficiência e o garantismo na interpretação do dogma da autonomia das esferas punitivas. Assim, o enfrentamento da corrupção no Brasil não pode atropelar direitos e garantias constitucionais, sob pena de incorrer num duplo desacerto: de se ferir o princípio universal do *ne bis in idem* e de supor que, com isso, o sistema punitivo será mais eficiente. As normas constitucionais não ditam direitos absolutos, mas “têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações”, o que decorre “do princípio da convivência das liberdades”.<sup>450</sup> O

---

<sup>450</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 44.

princípio da separação de Poderes, que subjaz à ideia de autonomia das esferas punitivas, a despeito de constituir cláusula pétrea, não é absoluto. Autonomia não significa independência: os Poderes têm autonomia, mas se sujeitam ao Estado Democrático de Direito, à ordem constitucional que, ao seu turno, deve ser interpretada com unidade, e não de forma a aniquilar a validade do ordenamento jurídico infraconstitucional. Inversamente, porém, visa a dar efetividade aos valores tutelados pela norma fundamental, cujo exercício e tutela são concretizados pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.

Em síntese, o dogma da autonomia das esferas punitivas deve ser compatibilizado com a garantia do *ne bis in idem*, sem prejuízo do princípio da separação de Poderes.

Acredita-se que essa compatibilização entre a autonomia das esferas punitivas e a proibição ao *bis in idem* possa ser feita a partir do estabelecimento de relações de prejudicialidade entre as ações punitivas. Nessa tarefa, impõe-se analisar a suficiência e a adequação das regras de prejudicialidade hoje existentes no ordenamento jurídico-processual pátrio, tendo em mente que foram editadas antes que o processo civil passasse a ser utilizado como instrumento punitivo.

## 4.2 CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE NAS AÇÕES JUDICIAIS PUNITIVAS

### 4.2.1 Ações e processos judiciais punitivos

Ações punitivas compreendem ações *judiciais* e *não judiciais* punitivas.

*Ação judicial punitiva* é aquela que busca a satisfação da pretensão punitiva do Estado mediante aplicação de sanção, enquanto manifestação de parcela da soberania estatal.

Além dos espaços de consenso em que se admite a Justiça consensual com base no princípio da autonomia das vontades, o Estado-juiz somente pode aplicar a pena no processo (*nulla poena sine iudicio*).

O *processo judicial punitivo* é instaurado a partir da propositura de ações penais, ações de improbidade administrativa e ações da Lei Anticorrupção,<sup>451</sup> que são normalmente

---

<sup>451</sup> “Cada processo tem *início* quando o primeiro ato processual é praticado, a saber, no momento em que uma demanda é deduzida perante o juiz (CPC, art. 312 – CPP, arts. 24 e 29 – CLT, art. 840)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 355). Destacando que o art. 363, *caput*, do CPP prevê que “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”, sobre o momento em que se considera iniciado o processo penal, Gustavo Henrique Badaró bem destacou o dissenso doutrinário: “Predomina o entendimento de que o processo penal somente se inicia com o recebimento da denúncia. Discorda-se. O recebimento da denúncia, embora tenha efeitos importantíssimos (por exemplo, a interrupção do prazo prescricional – art. 117, I, do CP), não é marco inicial do processo penal. A citação do acusado, que

precedidas por investigações a cargo de vários entes públicos. A ação penal é punitiva por excelência, porque visa a aplicação de pena pela prática de um ato ilícito. Também são punitivas – sem lhes negar o caráter reparatório – a ação de improbidade administrativa e a ação judicial para imposição de sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção.

Os *processos punitivos judiciais* se distinguem dos *processos punitivos não judiciais*, sendo que esses últimos compreendem o processo administrativo sancionador (geral e disciplinar), o processo político e o de contas.

Os processos administrativos sancionadores gerais são instaurados no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, das controladorias, das receitas federal, estaduais e municipais, e das agências reguladoras, cujas leis criadoras contêm disposições sobre infrações administrativas e respectivas penas, a sindicância ou investigação prévia e o processo administrativo, e se sujeitam ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, via ação anulatória e mandado de segurança.

De outra banda, os processos administrativos sancionadores disciplinares são instaurados perante a Administração Pública e as corregedorias para apuração de infrações disciplinares e imposição das respectivas sanções.

Já o processo político, sob a atribuição do Poder Legislativo para apuração de crimes de responsabilidade e imposição das respectivas penas, é punitivo e se inicia de ofício ou mediante a propositura de ações punitivas, podendo ser instaurado concomitante ou sucessivamente a outros processos punitivos relativos ao mesmo fato.

O processo de contas, por fim, é instaurado perante os Tribunais de Contas, e se presta à imposição de sanções aos administradores públicos de um modo geral.

Esta tese abrange todos esses processos, entretanto, o presente capítulo se ocupa apenas da análise da vedação da multiplicidade de *processos judiciais punitivos*, ficando a análise da sobreposição entre os demais *processos punitivos* para o capítulo seguinte, porque implica o conflito entre o *ne bis in idem* e o princípio da separação dos Poderes. Todos os processos retromencionados têm, em comum, não apenas o caráter punitivo, mas, também, a oficialidade, sendo públicos por serem instaurados perante um ente público. Estão fora

---

é outro marco muito relevante do processo, pois é somente neste momento que a relação jurídica processual se completa, não representa o início do processo. Antes do recebimento da denúncia e da citação, o processo ainda não está completo, mas já existe, embora somente entre o Ministério público – ou o querelante – e o Estado-Juiz. {...} O processo penal tem início com o oferecimento da denúncia ou da queixa, e não com o seu recebimento. Embora sem regra expressa, uma interpretação sistemática do CPP leva a esta conclusão.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

dessa análise os processos punitivos privados, instaurados no âmbito da iniciativa privada, propulsionados pelos mecanismos de *compliance* e estimulados pela Lei Anticorrupção.

No âmbito dos processos judiciais punitivos, de que se ocupa este capítulo, tomar-se-á como referencial as ações penal e de improbidade administrativa, por razões metodológicas. O estudo, porém, não se limita a elas, eis que abrange todas as ações judiciais punitivas, como é o caso da ação judicial para imposição de sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção.

#### 4.2.2 Conexão de causas

A conexão não é propriamente um critério de determinação de competência, embora definida como tal pelo art. 76, *caput*, do CPP,<sup>452</sup> mas sim um fator de modificação ou prorrogação de competência, segundo a doutrina majoritária.<sup>453</sup>

A importância da conexão reside em seu efeito, que é o de provocar a reunião dos processos, com a finalidade de evitar sentenças conflitantes, propiciar uma melhor visão do quadro probatório e maior economia processual.

No preâmbulo de seu “*Estudo teórico da conexão de causas*”, Olavo de Oliveira Neto destaca que “a expressão conexão ainda não possui significado unívoco, já que nossa lei a utiliza de maneiras diversas, dando-lhe conotações distintas, no que é seguida pela doutrina e pela jurisprudência.”<sup>454</sup> Em seguida explica o dissenso: “Essa falta de compreensão adequada e científica se deve, em grande parte, à divergência doutrinária sobre a possibilidade ou não de sistematização dos casos de conexão. A esse respeito encontramos duas correntes antagônicas, contando cada qual com juristas de vulto. A primeira diz não ser possível a sistematização, enquanto a segunda a admite e indica como fazê-la. As legislações, por seu turno, seguindo a divergência dos doutos, também se dividem em dois grandes blocos, um admitindo, outro não, a sistematização dos casos de conexão. As

---

<sup>452</sup> “Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

(...)”

<sup>453</sup> MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 276. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 155. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254. LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e a sua conformidade constitucional*, v. 1, 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 445. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 256. No sentido de que a conexão é critério abstrato de determinação da competência: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 160; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239-240).

<sup>454</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 37.

legislações francesa e alemã pertencem ao segundo grupo, enquanto a italiada faz parte do primeiro”.<sup>455</sup>

Para os que admitem a possibilidade de sistematização dos casos de conexão, três teorias se formaram.

A teoria tradicional, também chamada teoria clássica, originada na Itália, pela obra de Matteo Pescatore intitulada *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale* (publicada em 1864), definiu o fenômeno da conexão de causas a partir da identidade de um ou alguns dos três elementos constitutivos da ação. Referida teoria influenciou sobremaneira todas as legislações que optaram por adotar a corrente que admite a sistematização dos casos de conexão na definição do instituto, como a da Itália e do Brasil.<sup>456</sup> A teoria clássica é sustentada por Chiovenda, Calamandrei, Celso Neves, Frederico Marques, Moniz Aragão, Arruda Alvim, Moacyr Amaral Santos e Celso Agrícola Barbi.<sup>457</sup>

A teoria de Carnelutti, ao seu turno, formula um conceito de conexão fundado na identidade de questões e não na identidade de elementos da ação.<sup>458</sup>

Por fim, a teoria materialista foi formulada por Tomás Pará Filho que, partindo das lições de Carnelutti, ao aprofundar seu estudo sobre o tema, conclui que a conexão é pré-processual, ou seja, existe fora e antes do processo: “a conexão de causas é material, é a afinidade relativa ao negócio jurídico material”.<sup>459</sup>

O presente estudo não tem por objetivo a análise crítica do instituto nos diversos ordenamentos jurídicos. O que importa aqui, sobre apontar o dissenso doutrinário, é

---

<sup>455</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade. Idem*, p. 37.

<sup>456</sup> A definição original é a seguinte: “Cause connesse sono quelle che abbiano alcuni elementi comuni, e alcuni diversi; se tutti gli elementi fossero comuni, ne risulterebbero cause identiche e non solamente connesse. Se tutti gli elementi fossero diversi, macherebbe ogni vincolo de connessione. Ora gli elementi costitutivii di tutte le cause sono: 1º) le persone contendenti; 2º) il titolo della contesa, cioe quello a cui appoggia la domanda e la relativa eccezione; 3º) la cosa che si domanda: (*personae, causa petendi e causa excipiendi, res*): dove emergono due sommi generi di cause connesse: il primo di quelle che abbiano due elementi comuni e un solo diverso; il secondo di quelle se abbiano due elementi, e un solo comune. Ciascuno di questi generi si subdivide poi in tre specie, paricche tre essendo gli elementi l’elemento diveerso nel primo genere, e l’elemento comune nel secondo può variare tre volte” (PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*. Torino: Unione Tipografico, 1964, p. 168, *apud* OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 40).

<sup>457</sup> *Op. cit.*, p. 46.

<sup>458</sup> “Sono liti connesse quelle, la cui decisione richiede la soluzione di questioni comuni o, il altre parole, di questione identiche. È la identità della questioni, non la identità (totale o parziale) degli elementi della lite, che determina o costituisce la connessione” CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, v. I. Pádua: CEDAM, 1931, nota 2, p. 17.

<sup>459</sup> PARÁ FILHO, Tomás. *Conexão de causas*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, V. Saraiva: São Paulo, p. 481. A teoria materialista, também conhecida como teoria moderna, é defendida por: FAGUNDES FILHO, Henrique. *A conexão de causas*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1988, p. 400. OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 64. DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p 233.

demonstrar a possibilidade de reconhecimento da conexão entre causas judiciais punitivas de matizes diversos qualquer que seja a teoria adotada.

Inicialmente cabe destacar que nenhuma dessas teorias faz menção à homogeneidade das causas como requisito da conexão entre elas, pelo que não se vislumbra óbice ao reconhecimento da conexão de causas punitivas de matizes diversos.

Com efeito, a impossibilidade de reunião do processo civil e do processo penal não afasta a possibilidade de conexão das causas penal e civil, não se devendo confundir conexão com o seu efeito. Dito de outro modo, é perfeitamente possível a conexão de causas instauradas perante jurisdições diversas, mesmo quando não seja possível reuni-las dentro de um só processo.

Pela teoria clássica, a identidade da causa de pedir remota e do pedido nas ações penal e de improbidade administrativa relativas a um mesmo fato evidencia a conexão entre elas.

Pela concepção de Carnelutti, a conexão das causas penal e civil punitiva (relativas a um mesmo fato) emerge da necessidade de solução de questões idênticas em ambas, como as questões de fato sobre a autoria e a materialidade.

Por fim, adotada a teoria materialista resulta, do mesmo modo, o reconhecimento da conexão entre as causas penal e civil punitiva relativas a um mesmo fato, porque ambas decorrem da mesma relação jurídica, qual seja, o ato ilícito.

Como se vê, qualquer que seja a teoria adotada, é possível a conexão entre causas punitivas de matizes diversos relativas a um mesmo fato.

Do ponto de vista legal, a solução é a mesma.

No caso do processo penal, prevalecem entre os juristas brasileiros, os conceitos de conexão e continência relacionados à relação jurídica de direito material, isto é, aos crimes e seus autores, salvo no caso de conexão instrumental ou probatória (art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal).

Já no processo civil, os institutos da conexão e continência têm conceitos formais, definidos em lei, e estão relacionados à *ação*. Fala-se em *ações conexas* ou *continentes* quando reunirem elementos comuns. Assim, dispõe o art. 55, *caput*, do Código de Processo Civil: “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.”

O CPC não adotou um conceito unívoco de conexão em toda a sua extensão. O art. 55, ao definir conexão entre causas a partir da identidade de alguns dos elementos da ação, adotou a teoria tradicional. O art. 113, inciso III, ao tratar do litisconsórcio facultativo, fala

em “afinidade de questões”, que é a posição adotada por Carnelutti para definir conexão. Por fim, o art. 313, inciso V, alínea *a*, adotou a teoria materialista.<sup>460</sup>

No processo judicial punitivo, dado que a LIA e a LAC nada dispuseram a respeito da conexão, três soluções são possíveis: 1º) não existe conexão entre a ação penal e a ação civil punitiva, em razão da heterogeneidade delas. A conexão somente é possível entre infrações penais, nos termos do CPP, ou entre ações civis, nos termos do CPC. A possibilidade de reconhecimento da conexão entre ação penal e ação civil depende de lei que disponha, inclusive, sobre os seus efeitos; 2º) é possível adotar o conceito de conexão do CPP, por analogia, porque, indubitavelmente, existe ao menos a possibilidade de conexão instrumental, na medida em que a prova da infração penal pode ser aproveitada no processo da ação de improbidade administrativa, desde que os dois processos se refiram ao mesmo fato; 3º) deve-se adotar o conceito de conexão do CPC, por analogia.

Entendemos que, enquanto não for edificada uma teoria geral do processo punitivo, é possível a transposição, por analogia, dos conceitos legais existentes, para reconhecer a possibilidade de conexão entre as causas penal e civil punitiva relativas a um mesmo fato.

Em síntese, tratando-se de ações judiciais punitivas (v.g. ação penal e ação de improbidade administrativa) referentes a um mesmo fato, isto é, sendo-lhes comum a causa de pedir (remota ou mediata), mesmo não sendo possível a reunião dos processos, é de se reconhecer a conexão das causas. Ora, as duas causas - penal e de improbidade administrativa - possuem em comum a causa de pedir remota, referem-se à mesma relação jurídica de direito material - o ato ilícito -, veiculam questões idênticas (autoria, materialidade e dolo), sendo evidente o nexo entre ambas, na medida em que, ademais, instauram processos punitivos, com vistas à aplicação de sanções de caráter pessoal pela conduta antijurídica.

Em conclusão, entendemos que existe *conexão* entre ações punitivas referentes a um mesmo fato, qualquer que seja o conceito doutrinário de conexão adotado (o tradicional, o de Carnelutti ou o materialista ou substancialista, este último vazado no fato de que as duas causas derivam de uma mesma relação jurídica de direito material, o ato ilícito), todos eles previstos no CPC, que deve ser aplicado por analogia, enquanto não for edificada uma teoria geral do processo punitivo.

---

<sup>460</sup> “Art. 313. Suspende-se o processo:

V – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua objeto principal de outro processo pendente:” (o dispositivo legal repetiu a fórmula do art. 265, inciso IV, alínea *a*, do CPC de 1973).



### 4.2.3 Prejudicialidade

A noção de prejudicialidade tem origem no direito romano, que utilizava os termos *actio praeiudicialis*, *exceptio praeiudicialis*, *quaestio praeiudicialis* e *praeiudicium*, para designar as diversas naturezas jurídicas ligadas ao instituto (ação, exceção, questão e processo).<sup>461</sup>

O importante a ser destacado do Direito Romano para o estudo da prejudicialidade é a existência de uma relação entre dois juízos, e a influência do emitido no *praeiudicium* sobre o teor da solução da questão subordinada, que ficava logicamente predeterminado.<sup>462</sup>

Acerca dos *praeiudicia* romanos, há relação não exaustiva em Gaio, *Institutas*, IV, 44,<sup>463</sup> e Chiovenda relacionou alguns deles.<sup>464</sup> A maioria se refere a questões de estado, o que explica, segundo Manzini,<sup>465</sup> a confusão que atravessou toda a Idade Média, de se considerar a questão de estado como sendo a prejudicial por excelência.<sup>466</sup>

No período medieval deu-se importância à prejudicialidade como fenômeno de interferência de jurisdições, e os diplomas legais previam somente a prejudicialidade heterogênea, com a ocorrência ou não da suspensão do processo, preocupação que exerceu profunda influência nos sistemas legislativos no período moderno.<sup>467</sup>

O Código Civil de Napoleão disciplinou a matéria, questões prejudiciais, da seguinte forma:<sup>468</sup>

<sup>461</sup> MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 6.

<sup>462</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967, p. 17.

<sup>463</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 12.

<sup>464</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, v. I. Nápoles: Jovene, 1933, p. 111 e 193.

<sup>465</sup> MANZINI, Vincenzo. *La questioni pregiudiziali di Diritto Civile, Commerciale e Amministrativo nel processo penale*. Florença: Fratelli Cammelli, 1889, obra considerada como a primeira exposição sistemática das questões prejudiciais, seguida do *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas em el procedimiento penal*, de Enrique Aguilera de Paz, Madri, 1904.

<sup>466</sup> “A separação das prejudiciais em próprias e impróprias advém de uma definição do holandês Vinnio (Ins. Ad § 13, IV, 6, De actionibus) (...). Com base nessa definição de Vinnio, Nicolini distinguiu as prejudiciais próprias das impróprias, sendo que as primeiras se referiam às questões de estado, chamando-as de prejudiciais por excelência” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 79-80).

<sup>467</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Da prejudicialidade heterogênea no processo penal*. In: Estudos de Direito Processual *in memoriam* do Ministro Costa Manso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 179-215.

<sup>468</sup> AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Empresa Gráfica “Revista dos Tribunais”, 1938, p. 57.

“Art. 326: *Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état.*”

Art. 327: *L'action criminelle contre un delict de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état.*”

Os citados artigos do Código napoleônico, como se pode perceber, referiam-se somente à prejudicialidade heterogênea e às questões de estado, tratamento legislativo que até hoje se faz refletir em nossa legislação.

Desde os primeiros trabalhos científicos sobre a prejudicialidade, publicados a partir do século XIX, os autores estrangeiros destacam a dificuldade do tema.<sup>469</sup> Tornaghi chegou a afirmar que o assunto das questões prejudiciais ou não foi tratado ou foi cuidado por madrastras no Brasil.<sup>470</sup>

Até o início do século XX, por influência do período medieval, a doutrina mais cuidou dos efeitos da prejudicialidade (*i.e.* sobre a obrigatoriedade ou facultatividade da suspensão do processo subordinado, a fixação da competência civil ou penal para a solução da questão de estado e a certeza jurídica advinda dessa decisão), que “da essência da prejudicialidade”, como os romanos já haviam intuído: “relação de condicionamento entre dois juízos, um sobre a questão prejudicial e outro sobre a questão prejudicada”.<sup>471</sup>

Tantas foram as concepções sobre prejudicialidade que se chegou a pensar em desistir da tentativa de se estabelecer um conceito unívoco, o que, contudo, não pareceu aceitável a Barbosa Moreira em razão das repercussões práticas do fenômeno.<sup>472</sup>

Entre nós, no âmbito do processo penal, o conceito de questão prejudicial proposto por Vicente de Azevedo é o seguinte: “antecedente lógico-jurídico de tal ordem que dele depende a própria existência do delito e, portanto, obriga o juiz a sobrestar a ação, até a sua solução definitiva”.<sup>473</sup>

<sup>469</sup> Vicente de Azevedo é quem faz a advertência, e elenca os nomes de eminentes processualistas, todos eles unânimes em reconhecer a dificuldade do assunto: Na França, A. Bertault, professor da Faculdade de Direito de Paris, autor de uma das mais antigas monografias sobre o assunto – *Questions et exceptions préjudicielles*, Paris, 1856, Carnot, Legraverend, Merlin, Bourguignon, Lesellyer, Hélie, Laurent e Trébutien; na Itália, Manzini, Pescatore, Mattiolo, Costantino Castori, Cogliolo, Garbarini e Francesco Scaduto (*La giustizia pende nei rapporti pregiudiziali*, Roma, 1915) (AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de Azevedo. *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Empresa Gráfica “Revista dos Tribunais”, 1938, p. 5-6).

<sup>470</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, vol. II. Rio de Janeiro, 1959, p. 355.

<sup>471</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 19.

<sup>472</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>473</sup> AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Empresa Gráfica “Revista dos Tribunais”, 1938, p. 16. O autor cita várias definições de questões prejudiciais extraídas da doutrina estrangeira: “chama-se questão prejudicial aquela que em um processo deva ser julgada antes de outra, porque esta careceria de objeto se sucumbisse ou fosse vencida na contenda a pessoa que sustenta a citada questão prejudicial (Merlin); “questões prejudiciais são aquelas cuja decisão preferencial é necessária para que se possa resolver sobre outras que em juízo se discutem e podem resultar sem objeto,

No âmbito do processo civil, Jorge Americano lecionava que as questões prejudiciais eram aquelas relacionadas com o “próprio juízo, em sua composição”.<sup>474</sup> Em seguida, aventava a existência de outro tipo de questões, chamadas preliminares, que diziam respeito ao processo (nulidades processuais) ou ao mérito (litispendência, coisa julgada e exceções de direito substantivo, como a novação, compensação, prescrição etc).<sup>475</sup>

Pontes de Miranda, por seu turno, sem definir o instituto, conceituou-o como relação existente entre questões: “dá-se prejudicialidade quando alguma questão se interpõe que pode excluir a obrigação de sentenciar sobre a questão principal”.<sup>476</sup> Também propôs o uso da expressão *questões prévias* para abranger as *preliminares* e as *prejudiciais*.

Ada Pellegrini Grinover chegou a elaborar uma classificação das questões prejudiciais sem sentido lato e estrito, dizendo respeito respectivamente às questões preliminares e prejudiciais.<sup>477</sup>

---

conforme as prejudiciais sejam decididas num ou noutro sentido” (Legraverend); “A existência destes fatos anteriores, elementos indispensáveis do delito visado pelo Ministério Público, apresenta necessariamente questões a que as leis e os juristas chamam *questões prejudiciais*” (Mangin); “as questões prejudiciais, em matéria penal, são todas as exceções que suspendem a *ação* ou o *juízo* de crime, de delito ou mera contravenção, até que se apure fato anterior, cuja apreciação seja condição indispensável para o processo ou para o juízo” (Faustin Hélie); “Chamam-se exceções prejudiciais em sentido lato todas aquelas que devem ser decididas *preliminarmente* pelas autoridades penais e mais não exigem para a decisão, do que uma simples prioridade de tempo” (Costantino Castori); “consideram-se questões prejudiciais todos os obstáculos que, derivados de direitos, ou razão jurídica, tendem a suspender o curso da ação penal” (Puglia); “Todas aquelas questões sinceras e não evidentemente infundadas, que versem sobre uma relação de direito privado ou administrativo, e constituam o antecedente lógico-jurídico de um delito ou de uma circunstância deste, chamam-se *prejudiciais* ao juízo penal, e são um obstáculo real relativo ao exercício da ação penal, o qual, oposto em forma de exceção dilatória em qualquer fase ou grau do juízo que não seja de cassação, pode dar lugar a suspensão do termo da ação penal, e constando a diligência do excipiente, deve durar até que se obtenha o julgado irrevogável do magistrado competente sobre a questão controversa” (Manzini); “*entendemos que sólo pueden ser consideradas como prejudiciales en el procedimiento penal, en el sentido que venimos ocupándonos de ellas, las cuestiones civiles, canonicas, ó administrativas propuestas en la causa, com motivo de los hechos perseguidos en la misma, que se hallen tan intimamente ligadas al ato justiciable que sea racionalmente imposible separarlas, o que su resolución pueda tener influjo en la decisión de la causa, ó de cuyo fallo haya de depender la sentencia que deba dítarse en ésta*” (Aguilera de Paz); “São relações prejudiciais civis os pontos de direito, de natureza civil ou de caráter jurídico, político e administrativo, nascidos no processo penal, e que devem ser resolvidos pelos juizes competentes, antes que, na sede penal, seja emitida a sentença relativa ao crime” (Scaduto); “*una qualunque controversia di diritto civile, che dal pubblico ministero, dall'accusato o d'ufficio venga elevata nel corso del procedimento penale, avente per oggetto una condizione necessaria dell'esercizio dell'azione penale o un elemento costitutivo del reato*” (Garbarini) (*apud* AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de Azevedo. *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Empresa Gráfica “Revista dos Tribunais”, 1938, p. 18-22). Ao final, traz a seguinte interessante observação, sempre lembrando que o autor analisa o conceito de prejudicialidade no âmbito do processo penal: “Um ponto, porém, pode e deve ser imediatamente esclarecido; a seu respeito são unânimes os tratadistas: para que exista uma verdadeira questão prejudicial, é preciso que o fato a decidir previamente, seja *anterior* à infração penal que deu origem ao processo crime. É um dos característicos constantes da questão prejudicial”. (*Idem*, p. 15).

<sup>474</sup> AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 601.

<sup>475</sup> *Idem*.

<sup>476</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, nota 125, p. 333.

<sup>477</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

A obra de Menestrina abriu caminho para a moderna concepção de prejudicialidade.<sup>478</sup>

A denominação *questões prévias* passou a designar o gênero de todas as questões surgidas no decorrer do processo, e que devem ser conhecidas e decididas antes da decisão de mérito.<sup>479</sup>

Num primeiro momento, entendeu-se que as *preliminares* se referiam ao processo, ao passo que as *prejudiciais* diziam respeito ao mérito.<sup>480</sup>

Essa concepção evoluiu, até a noção atual de que “O tema da prejudicialidade não se confunde com o das preliminares. Estas são *questões internas a um processo*, cuja solução poderá condicionar a própria emissão do julgamento de mérito ou talvez excluí-lo, mas não *influir no seu teor*”.<sup>481</sup>

A prejudicialidade é um fenômeno processual ligado a relações entre demandas, e “consiste em um liame de dependência entre duas causas, entre duas questões ou entre dois pontos, de modo que o julgamento da causa (ou questão, ou ponto) prejudicial influirá no teor do julgamento dos demais. Por isso é que uma se chama *prejudicial*, e a outra, *prejudicada*”.<sup>482</sup>

Barbosa Moreira percebeu a *inversão lógica* na tentativa de apoiar a construção dogmática do conceito de prejudicialidade na função impeditiva ou suspensiva que ela possa vir a desempenhar, e direcionou seu estudo sobre a ideia de *influência* que a solução da questão prejudicial necessariamente exerce sobre a questão prejudicada.<sup>483</sup> Leciona que a solução de certa questão pode influenciar a de outra: i) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra (questão preliminar); ii) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida (questão prejudicial). E conclui que a distinção entre uma e outra está no *modo de influência* e não na matéria que veiculam. Nesse sentido observa, quanto às questões prejudiciais: “O fenômeno pode ocorrer, sem nenhuma variação de suas características

---

<sup>478</sup> MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963.

<sup>479</sup> Barbosa Moreira possui estudo específico a respeito: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares*. In: Direito processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

<sup>480</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares*. In: Direito processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 79, notas 12 e 12-a, com citações dos autores que defendiam essa concepção.

<sup>481</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo...* Op. cit., 2020, p. 371.

<sup>482</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 370.

<sup>483</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967, p. 22.

essenciais, no âmbito do *meritum causae*, no plano das “condições da ação” ou no terreno puramente processual”.<sup>484</sup>

Em 1869, Faustin Hélie, em sua obra *Traité de L’instruction Criminelle ou Theorie du Code d’Instruction Criminelle* já havia proposto a distinção entre prejudiciais à ação e prejudiciais ao juízo (ou à sentença), mas foi duramente criticado à época.<sup>485</sup>

A prejudicialidade que se estudou até agora teve em vista o que ocorre entre as *questões* prejudiciais.

Não obstante, a prejudicialidade pode se manifestar entre ponto, questão e causa, bastando, quanto à *causa prejudicial*, “*che i due processi abbiano, anche per un brevissimo tempo, contemporaneità di pendenza*”.<sup>486</sup>

Menestrina conceituou o ponto prejudicial como “o precedente lógico, em relação ao qual as partes não apresentam controvérsia – seja porque não podem apresentá-la, seja porque não querem – ou cuja controvérsia já esteja resolvida”.<sup>487</sup> Há quem sustente que ponto prejudicial nada mais é do que uma questão que foi decidida anteriormente ao processo, com força de coisa julgada.<sup>488</sup>

Carnelutti conceituou a questão como sendo o ponto duvidoso, não propriamente controverso, porque a dúvida pode ser suscitada de ofício pelo juiz, ainda que não exista dissenso entre as partes.<sup>489</sup> Logo, questão prejudicial é o ponto duvidoso, que deve ser apreciado e decidido antes pelo juiz, para que seja possível a solução da questão prejudicada.

---

<sup>484</sup> *Idem*, p. 22-24. No estudo “Questões prejudiciais e questões preliminares”, Barbosa Moreira enfatiza a ideia de que a solução das questões prejudiciais condiciona tão-somente o teor do julgamento do mérito da questão prejudicada, como também podem também predeterminar a solução de questões processuais, que digam respeito às condições da ação e aos pressupostos processuais. E cita um exemplo de cada: o primeiro, referente às condições da ação, exemplifica que, na ação popular, a solução da controvérsia sobre a nulidade do ato de naturezação do autor, condiciona o conteúdo ou teor da decisão da questão atinente à legitimidade de agir; o segundo, diz respeito aos pressupostos processuais, exemplifica que, em relação à competência, a questão relativa à invalidade da cláusula de eleição de foro predetermina o julgamento da exceção de incompetência. Nesse último caso, distingue-a da questão preliminar: se também for alegada a suspeição do juiz, dependendo da solução dada a essa questão, sequer se chegará a apreciar o conteúdo da exceção declinatória de foro.

<sup>485</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité de L’instruction Criminelle ou Theorie du Code d’Instruction Criminelle*, v. 3. Bruxelas: Bruylant, 1869, *apud* SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 19, nota 51.

<sup>486</sup> MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 151-153, nota 35.

<sup>487</sup> MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 139, nota 1.

<sup>488</sup> ARRUDA ALVIM, Thereza Celina. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 28, nota 142. Similarmente: “Se por acaso houve transformação da prejudicial em causa ou se já se apresentou logo como tal, havendo decisão a seu respeito, aparecerá na solução da questão ou causa prejudicada como mero ponto” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 59, nota 22).

<sup>489</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Pádua: CEDAM, 1935, p. 353, nota 151.

Causa prejudicial é a prejudicialidade que reúne idoneidade para ser objeto de processo diverso, ao menos em parte contemporâneo, para juízo autônomo, com autoridade de coisa julgada.<sup>490</sup>

São três os elementos essenciais ou, como prefere Gaetano Foschini, *requisitos* da prejudicialidade: 1) a antecedência lógico-jurídica; 2) a necessariedade; e 3) a autonomia.<sup>491</sup>

Antonio Scarance Fernandes explica que a noção de prejudicialidade abrange duas relações jurídicas: a que se estabelece entre as figuras prejudicial e prejudicada e a da própria figura prejudicada. A antecedência lógica e a necessariedade aparecem quando se coloca a prejudicial em relação à prejudicada, enquanto a autonomia é requisito pertinente à prejudicial, consistente na sua idoneidade em poder se constituir em objeto de processo autônomo, o que caracteriza as causas prejudiciais.<sup>492</sup>

A subordinação lógica e a necessariedade expressam que não é possível resolver a questão prejudicada sem a anterior solução da questão prejudicial.<sup>493</sup>

Não basta a antecedência cronológica e a subordinação lógica para distinguir a controvérsia prejudicial, como assinala Foschini,<sup>494</sup> sendo necessária a prejudicialidade jurídica. O critério de distinção entre a prejudicialidade meramente *lógica* e a prejudicialidade *jurídica* – como antes já apontava Menestrina<sup>495</sup> –, consiste na aptidão de o pronunciamento judicial que resolve a prejudicial fazer ou não coisa julgada.<sup>496</sup>

A prejudicialidade admite várias classificações, conforme o critério adotado, dos quais destacamos alguns, que interessam ao presente estudo. Barbosa Moreira classifica a prejudicialidade em homogênea e heterogênea, conforme a questão prejudicial e a prejudicada, sejam ou não regidas pelo mesmo ramo do Direito;<sup>497</sup> divide também a

<sup>490</sup> “(...) propõe-se que a noção jurídica da prejudicial se funde na idoneidade da questão para ser objeto de juízo autônomo, em processo diverso daquele em que aparece como elo da cadeia lógica percorrida pelo raciocínio do juiz. Uma questão mereceria o rótulo de prejudicial em sentido jurídico se, noutro processo, pudesse vir a ser apreciada e resolvida como questão *principal*. [...] se o anel lógico a ser inserido na cadeia silogística vem de fora, resulta de pronunciamento emitido *principaliter* em processo distinto, mas ao menos em parte contemporâneo, aparece a *causa* prejudicial (...)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967, p. 46-48, notas 30 e 31). *Cause pregiudiciali* é tema de capítulo próprio na obra de Menestrina (MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 153-216, Parte Seconda, § 2).

<sup>491</sup> FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità nel processo penale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942, p. 37-80.

<sup>492</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade... Op. cit.*, p. 52.

<sup>493</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsói, 1967, pp. 52-54.

<sup>494</sup> FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità nel processo penale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942, p. 39.

<sup>495</sup> MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 105-110, nota 23.

<sup>496</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsói, 1967, p. 51.

<sup>497</sup> “Um dos critérios mais simples é aquele de que resulta a distinção entre a prejudicialidade *homogênea* e a prejudicialidade *heterogênea*, conforme a questão prejudicial e a prejudicada (*principal*) sejam ou não regidas

prejudicialidade total e a prejudicialidade parcial, conforme o grau de influência exercida pela solução da prejudicial sobre a da prejudicada.<sup>498</sup> Scarance Fernandes distingue as prejudiciais conforme a matéria a que se referem (prejudicial civil, penal, administrativa, canônica, trabalhista, fiscal etc).<sup>499</sup> Foschini refere-se à distinção entre prejudicial dilatória e peremptória: a primeira suspende temporariamente o processo e a segunda, sendo acolhida, destrói, no todo ou em parte, o fundamento da ação ou do processo prejudicado, extinguindo-o.<sup>500</sup> Já Aguilera de Paz fala em prejudiciais excludentes e não excludentes da jurisdição e determinantes e não determinantes da culpabilidade e da inocência.<sup>501</sup> Tem valor histórico a separação das prejudiciais próprias (referentes a questões de estado) e impróprias (relativas a outras questões), definidas pelo holandês Vinnio (*Institutas*, § 13, IV, 6). Hélié, como já referimos, separou as prejudiciais à ação e ao juízo,<sup>502</sup> classificação que deu ensejo à que distingue a prejudicial da ação, do processo e do mérito. Fala-se, por fim, em prejudicial interna e externa,<sup>503</sup> sendo oportuno lembrar que o novo CPC de 2015 extinguiu a chamada ação declaratória incidental (antes prevista no art. 325 do CPC/1973), mas o art. 503, § 1º, do CPC/2015 passou a permitir a formação de coisa julgada material sobre a questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, independentemente de pedido expresso por qualquer das partes, desde que tenha havido contraditório prévio e efetivo.<sup>504</sup>

---

pelo mesmo ramo do direito” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Classificações das questões prejudiciais”. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsói, 1967, p. 55-58).

<sup>498</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Classificações das questões prejudiciais”. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsói, 1967, p. 55-58.

<sup>499</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. “Prejudiciais: espécies”. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 77-90.

<sup>500</sup> FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità nel processo penale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1942, p. 4, nota 19.

<sup>501</sup> AGUILERA DE PAZ, Henrique. *Tratado de las prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, 2. ed. Madri: Reus, 1917, p. 35-36, nota 39.

<sup>502</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité de Línstruction Criminelle ou Theorie du Code d’Instruction Criminelle*, v. 3. Bruxelas: Bruylant, 1869, *apud* SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 19, nota 51.

<sup>503</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 464, nota 117.

<sup>504</sup> REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC*. In: Revista de Processo, n. 248, out 2015, p. 10, citando o Enunciado 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, de seguinte teor: “(art. 503, § 1º) Independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do ar. 503, está sujeita à coisa julgada”.

#### 4.2.4 Conexão por prejudicialidade nas causas punitivas

A conexão e a prejudicialidade são, ontologicamente, fenômenos distintos,<sup>505</sup> até porque a prejudicialidade é um instituto eminentemente processual<sup>506</sup>, ao passo que a conexão é relacionada pela doutrina moderna com a identidade da relação jurídica de direito material (item 4.2.2).

Não obstante, alguns doutrinadores relacionam a prejudicialidade com a conexão, chegando a se referirem a ela como forma de conexão.<sup>507</sup>

Ada Pellegrini Grinover, ao escrever sobre a ação declaratória incidental na vigência do CPC de 1973, manifestou posição semelhante, e transcreveu a seguinte lição: “Ensina Betti que a prejudicialidade é uma figura particular de um fenômeno mais amplo e geral, que tem a sua expressão compreensiva na conexão de causas. Quer a cognição incidental, quer a suspensão prejudicial, decorrem de uma forma de conexão sucessiva, também denominada conexão genérica, que é exatamente a prejudicialidade”.<sup>508</sup>

Arruda Alvim, conquanto reconheça que “a conexão e a prejudicialidade encontram, outrossim, e em certa medida, campo comum”, destaca que os efeitos são distintos, pois enquanto uma recomenda a reunião das controvérsias para decisão conjunta, a outra, normalmente, acarreta a paralisação de um dos processos, na hipótese de prejudicialidade heterogênea.<sup>509</sup>

<sup>505</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 83.

<sup>506</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsó, 1967, p. 41.

<sup>507</sup> Alguns dos autores que assim entendem são: VALDÉS, Rafael Garcia. *Derecho Procesal Criminal*, Madri; Reus, 1940, p. 20 e 33; BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936, nota 117, p. 467 e 491; CALAMANDREI, Piero. *Opera Giuridiche*, v. 4. Nápoles: Morano, 1970, p. 373; FRANCHI, Giuseppe. *La Litispendenza*. Pádua: CEDAM, 1963, p. 118-130; TORNAGHI, Hélio. “Questões prejudiciais”. *Instituições de Processo Penal*, v. 4, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1978, nota 14, p. 330; PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira. *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, nota 86, p. 106-111; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais e EDUSP, 1972, nota 7, p. 25; FOSCHINI, Gaetano. *Diritto Processuale Penale*. Milão: Giuffrè. 1965, p. 61-81; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, v. 1. Coimbra: Coimbra ed., 1974; MANZINI, Vincenzo. *La questioni pregiudiziali di Diritto Civile, Commerciale e Amministrativo nel processo penale*. Florença: Fratelli Cammelli, 1889, nota 95, p. 267-363 (apud SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 73, nota de rodapé 191).

<sup>508</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais e EDUSP, 1972, nota 7, p. 25.

<sup>509</sup> ARRUDA ALVIM. Thereza Celina. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 33, nota 67.



Pelo fato de a conexão e a prejudicialidade levarem a soluções distintas, não parece a Scarance Fernandes que a prejudicialidade não deva ser considerada como forma de conexão, porque há um nexo necessário entre a prejudicial e a prejudicada e a ligação entre essas duas figuras, que representa prejudicialidade, é uma forma de conexão. E mais adiante, conclui: “O fato de poder haver prejudicialidade entre questão penal e civil não afasta a idéia de conexão entre elas. Essa conexão não possibilitará a reunião das causas. Mas ela poderá gerar outro efeito processual, determinando a suspensão de um dos processos para que se aguarde a decisão da causa conexa, ou prejudicial. Há, assim, aquela mencionada conexão genérica entre a prejudicial e a prejudicada (...)”.<sup>510</sup>

Evidentemente pode haver prejudicialidade sem conexão, como ocorre quando aquela recai sobre ponto ou questão; como também pode existir conexão sem prejudicialidade, quando a solução de uma causa não dependa necessariamente da prévia solução de outra.

Conquanto a conexão e a prejudicialidade sejam fenômenos distintos, a prejudicialidade de causas pode levar à conexão entre elas. Fala-se então em *conexão por prejudicialidade*.<sup>511</sup>

Em resumo, a *conexão por prejudicialidade* é definida como “a espécie de conexão na qual existe uma relação de prejudicialidade entre as causas”.<sup>512</sup>

Vimos no item anterior - sobre a prejudicialidade -, que a solução de uma questão prévia pode influir na solução de outra de duas maneiras: i) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra (questão preliminar); ii) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida (questão prejudicial). Aí reside a diferença entre as questões preliminares e as prejudiciais

Olavo de Oliveira Neto explica que “entre as causas ocorre o mesmo que ocorre entre as questões, já que existem as que dispensam ou tornam impossível o reconhecimento daquelas que lhe são conexas e as que predeterminam o julgamento das conexas. Certas causas funcionam como verdadeiras preliminares ou prejudiciais de outras”. E conclui que “a conexão por prejudicialidade apresenta duas espécies, segundo a influência que uma causa tem sobre a outra. Se uma causa impede o conhecimento da outra teremos a conexão por

---

<sup>510</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 75-76.

<sup>511</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 85.

<sup>512</sup> *Idem*, p. 85.

prejudicialidade impeditiva. Se apenas influencia a decisão da outra, teremos a conexão por prejudicialidade determinativa”.<sup>513</sup>

Portanto, são duas as espécies de conexão por prejudicialidade: i) conexão por prejudicialidade impeditiva: a causa deve, lógica e necessariamente, ser decidida antes, e torna dispensável ou impossível o conhecimento da posterior; ii) conexão por prejudicialidade determinativa: a decisão da causa anterior vincula o resultado da causa posterior, pois predetermina o sentido em que esta deve ser decidida.<sup>514</sup>

Como se vê, no caso da conexão por prejudicialidade impeditiva, “o mérito da ação posterior fica, como se diz na linguagem usual, prejudicado”.<sup>515</sup>

A influência que uma causa exerce sobre a outra não é o único aspecto a ser considerado.

Na conexão por prejudicialidade total uma causa afeta a outra completamente, tal como ocorre entre causas punitivas de mesmo matiz. Já na conexão por prejudicialidade parcial, apenas uma parte da causa é atingida pela outra (p. ex. o julgamento da causa penal impede a instauração e o prosseguimento da ação de improbidade administrativa, mas não obsta ao ajuizamento da ação civil pública com vistas ao ressarcimento do erário público).

Olavo de Oliveira Neto reconhece a prejudicialidade entre a ação penal e a ação civil de indenização fundada nos mesmos fatos (à luz do art. 63 do CPP), bem como a conexão entre elas, por serem ambas oriundas da mesma relação jurídica de direito material, embora não seja possível reuni-las num mesmo processo porque as matérias são de competência absoluta de juízes distintos.<sup>516</sup> Em seguida, arremata: “Pelo exposto, já podemos concluir que, embora existente, não se pode tratar da conexão por prejudicialidade quando esta for heterogênea, face à inviabilidade da reunião de feitos, o que é vetado por se tratar de competência absoluta”.<sup>517</sup>

Creemos, diferentemente, que a conexão por prejudicialidade pode sim existir quando esta for heterogênea, como ocorre entre causas punitivas de matizes diversos, interligadas pela identidade fática, associada à crise de competência entre elas.

---

<sup>513</sup> *Idem*, p. 85-86.

<sup>514</sup> Os exemplos citados por Olavo de Oliveira Neto são os seguintes: i) de conexão por prejudicialidade impeditiva, a relação existente entre a ação de reconhecimento da paternidade e a ação de alimentos ou de petição de herança; ii) de conexão por prejudicialidade determinativa, a ação de rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com uma ação de reintegração de posse, na medida em que a solução da causa prejudicial determinará se a posse é justa ou injusta, e predeterminará o sentido da ação de reintegração.

<sup>515</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>516</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 88.

<sup>517</sup> *Idem*, p. 89.

Rigorosamente, duas soluções seriam possíveis: ou se entende que a prejudicialidade que se manifesta entre duas causas punitivas de matizes diversos é homogênea, posto que regidas por um mesmo ramo do direito (o que não nos parece razoável, ante a impossibilidade de reuni-las num só processo); ou se concebe a possibilidade de existência de conexão por prejudicialidade heterogênea, tal como ocorre entre causas punitivas de matizes diversos.

Ora, por tudo o quanto exposto, não se pode confundir a natureza jurídica da prejudicialidade com os seus efeitos, como a suspensão do processo,<sup>518</sup> assim como não se pode confundir conexão com seus efeitos, de possível reunião das causas. Em outras palavras, pode haver conexão, mesmo não sendo possível a reunião das causas, como também pode existir prejudicialidade, sem previsão legal de suspensão do processo.

Se, apesar da conexão de causas, os respectivos processos não puderem ser reunidos em razão da *crise de competência*,<sup>519</sup> mesmo assim pode ocorrer *conexão por prejudicialidade*.

Isso não significa dizer que não possa existir prejudicialidade sem conexão de causas (veja-se o caso da prejudicialidade sobre ponto ou questão), como também prejudicialidade sem crise de competência (a prejudicialidade pode ser interna ou entre causas cíveis).

A conexão acarreta a reunião das ações num só processo – o chamado *simultaneous processus* – pelas razões que justificam a existência do instituto (evitar decisões conflitantes, por medida de economia processual; permitir ao juiz a perfeita visão do quadro probatório; e reduzir o constrangimento que o processo possa causar ao réu), se as ações conexas forem de competência de um mesmo juiz ou se a competência para o processo e julgamento de ambas for relativa, derogável (territorial ou de valor). Se, porém, as ações punitivas forem de competências distintas e inderrogáveis, como é o caso da competência material (*ratione materiae*), a crise de competência impede que sejam reunidas. Vale dizer que essa conexão não possibilitará a reunião das causas, mas poderá gerar outro efeito processual, como a suspensão de um dos processos para que se aguarde a decisão da causa conexa, e prejudicial, a depender do tratamento legislativo dispensado.

Assim, segundo Foschini, duas são as situações possíveis: i) o juiz é competente para decidir as duas controvérsias logicamente subordinadas e, aí, se trata de problema de reunião de processos por conexão; e ii) o juiz não é competente para decidir a controvérsia

---

<sup>518</sup> SCARANÇE FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade – conceito, natureza jurídica e espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 70.

<sup>519</sup> Expressão usada por Antonio Scarance Fernandes, citando Foschini, *op. cit.*, p. 71.

subordinante, manifestando-se, então, o fenômeno da prejudicialidade, como crise de competência, podendo ser suspenso o processo ou não.<sup>520</sup>

Evidentemente que o fenômeno da prejudicialidade não se resume ao de interferência entre competências porque tal visão excluiria as hipóteses de prejudicialidade interna e de ponto prejudicial. O que se afirma, porém, é que na hipótese de multiplicidade de ações judiciais punitivas há, também, prejudicialidade, como se demonstrará no item seguinte.

#### 4.3 *NE BIS IN IDEM* E A EXTENSÃO E OS EFEITOS DA PREJUDICIALIDADE NAS CAUSAS PUNITIVAS

As bases teóricas até aqui reunidas são necessárias à busca de uma solução para o problema da sobreposição de processos judiciais punitivos.

Iniciemos pelo estudo da relação entre *causas* judiciais punitivas, entre as quais reconhecemos a prejudicialidade, como aqui se pretende demonstrar.

É claro que a decisão da causa penal independe da solução dada à causa cível punitiva, pois, recorrendo às lições de Vicente de Azevedo, no processo penal a prejudicialidade, quando se manifesta, diz respeito somente a questões anteriores à infração penal, que constituam antecedentes lógico-jurídicos, de cuja solução depende a própria existência do delito. Acrescentamos, se a causa cível for instaurada e concluída antes da propositura da ação penal, eventual pena imposta pelo ato ilícito civil será descontada da pena de mesma espécie por ventura aplicada no processo penal, por incidência da vertente material do *ne bis in idem*, expressa no art. 22, § 3º, das LINDB. Seria inconcebível que a condenação civil conferisse ao réu um mandado de imunização contra a responsabilidade penal decorrente do mesmo fato, mesmo porque o art. 37, § 4º, da Constituição Federal ressalva “sem prejuízo da ação penal cabível”. Nesse ponto, convém observar que o dispositivo constitucional não pode ser lido como se também dele constasse “sem prejuízo da ação civil cabível”. Portanto, na direção ora apontada, tomando-se a causa penal como principal, ou seja, no processo penal (com olhar para a causa cível encerrada), a norma regente é realmente a proporcionalidade, o que corrobora a opinião dos autores que identificam na proporcionalidade o fundamento de validade do *ne bis in idem* (item 2.4).

Na direção inversa, porém, causa subordinante ou prejudicial é a causa penal, sendo subordinada ou prejudicada a causa cível punitiva, sobre os mesmos fatos.

---

<sup>520</sup> FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità...* Op. cit., nota 19, pp. 65-68 e pp. 92-102.

Nessa ótica, tomando-se a causa civil como principal, ou seja, no processo civil (com olhar para o processo penal concomitante), embora as duas causas punitivas, de matizes diversos, não possam coexistir, isto é, a existência de uma afasta a possibilidade de instauração e prosseguimento da outra, não existe *subordinação lógica*. A causa cível pode perfeitamente ser decidida, independentemente da solução da causa penal, como sempre ocorreu (ações de improbidade administrativa sempre conviveram com ações penais pelo mesmo fato, pautadas no princípio da independência das esferas punitivas, justamente o que o presente estudo pretende contestar à luz do *ne bis in idem*).

Portanto, subordinação lógica não há.

Contudo, como já mostrava Menestrina<sup>521</sup>, mais importante que a antecedência cronológica e a subordinação lógica é a *subordinação jurídica*, que reside na aptidão de a questão prejudicial fazer coisa julgada, o que está evidentemente presente na causa prejudicial ora tratada (causa penal).<sup>522</sup>

A *subordinação jurídica* ocorre no mundo do Direito, por vontade da lei, analogia, costumes e princípios gerais. Assim, se no processo penal ficou assentado que o fato não existiu, ou que o réu não foi o seu autor, tais questões resultam prejudicadas em eventual ação civil ressarcitória ou punitiva sobre o mesmo fato, porque a *lei* determina que a sentença penal faz coisa julgada no cível quanto à autoria e a materialidade.

Entre a causa penal e a causa civil, a subordinação jurídica se traduz especificamente em subordinação legal, pois a própria *lei* estabelece a *influência* e o *modo de influência* que a sentença penal exerce sobre a esfera cível (art. 935 do CC e arts. 63 a 66 do CPP), o que não impede a tramitação concomitante das causas penal e civil, mas a solução de uma causa predetermina a da outra.<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, Parte Prima, § 4, p. 99-139.

<sup>522</sup> “Ora, se assim é, para revestir-se de interesse prático, o critério de distinção entre a prejudicialidade meramente *lógica* e a prejudicialidade *jurídica* há de atender a um requisito essencial: ser bastante para isolar as questões em relação às quais *tenha sentido indagar* se fazem ou não coisa julgada os pronunciamentos judiciais que as resolvem (...). O alvo da pesquisa é saber se à solução da prejudicial se há de atribuir ou não a autoridade de coisa julgada. Logo, convém excluir do campo da investigação as questões que *nunca* possam dar ensejo a pronunciamentos dotados dessa autoridade; mas *nada além disso*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967, p. 51).

<sup>523</sup> Não só. Da mesma forma, os arts. 8º, 4 da CADH, e 14.7, do PIDCP, também reforçam esse vínculo de subordinação jurídica entre uma causa e outra, que não deixa dúvida sobre saber-se qual é a causa preponderante. Os dispositivos convencionais em comento assim disõem: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (art. 8º, inc. 4º, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992). Similarmente, “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.” (art. 14.7 do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992).

Conquanto não haja antecedência cronológica e subordinação lógica, existe *subordinação jurídica* entre a causa penal e a causa cível, dada a influência legal que a sentença penal exerce sobre a sentença cível.

Até aqui o que se tem é independência relativa entre as esferas.

O que leva à possibilidade de concomitância da ação penal e da *actio civis ex delicto* e, por outro lado, à proibição de sobreposição da causa penal e da causa de improbidade administrativa? A garantia processual do *ne bis in idem* que, rememore-se, somente tem vocação para atuar sobre causas punitivas.

A *necessariedade*, que impõe a prévia solução da causa prejudicial (causa penal), a fim de se possa, não propriamente incorporá-la ao conteúdo ou teor da decisão da causa prejudicada (causa civil), mas decidir a sorte desta última (em vista da prejudicialidade impeditiva), decorre do *ne bis in idem*.

É dizer o *modo de influência* (impeditivo) sobre a causa prejudicada (causa de improbidade administrativa) decorre da interpretação dada ao art. 8º, 4, da CADH, e do art. 14.7 do PIDCP, à luz do princípio do *ne bis in idem*.

Mesmo que se entendesse, pela dicção do art. 17-D da Lei 8.429/92, acrescentado pela Lei 14230, de 25 de outubro de 2021,<sup>524</sup> que a ação de improbidade administrativa não tem natureza civil e, pois, que a sentença nela proferida não se sujeita ao art. 935 do CC e aos arts. 63 a 66 do CPP, com maior razão, sem necessidade de qualquer esforço argumentativo, a concomitância da causa penal e da causa de improbidade administrativa seria vedada, porque o mesmo dispositivo legal entrega a natureza jurídica da própria ação de improbidade administrativa como sendo “repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal”, o que atrai a incidência do *ne bis in idem*. O próprio art. 17-D alocou a causa de improbidade administrativa ao ramo do direito administrativo sancionador, como faz transparecer o art. 1º, § 4º, da própria LIA. Restaria indagar qual das duas causas deve prosperar.

Nenhuma dúvida existe de que a causa penal deve prosseguir, com prejuízo da outra, qualquer que seja a natureza jurídica que se reconheça a esta, a evidenciar a existência do vínculo de subordinação jurídica, determinado, agora, não pela lei, mas pelos princípios gerais de direito, notadamente a equidade.

---

<sup>524</sup> “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”.

Com efeito, a supremacia da esfera penal sobre as demais esferas decorre de razões históricas ligadas ao surgimento do direito penal como ciência autônoma a partir dos movimentos de codificação das leis na França (analisadas nos itens 1.3.3 e 1.3.4); ontológicas, que apontam para a existência de uma escala de gradação entre as sanções penais, civis e administrativas, e epistemológicas, ligadas à finalidade que se reconhece ao processo penal, como mecanismo de legitimidade da punição estatal e de reafirmação, à sociedade, do desvalor da conduta praticada ou, *a contrario sensu*, do valor do bem jurídico penalmente tutelado.

A causa não-penal ficaria, por assim dizer, em sentido vulgar, prejudicada.

Com isso, é inarredável a conclusão de que, assim concebida a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, configurar-se-ia o fenômeno da prejudicialidade impeditiva entre as causas penal e de improbidade administrativa – ambas sancionatórias, por força do *ne bis in idem*.

Em conclusão, mesmo que se rechaçasse a natureza civil da ação de improbidade administrativa, atribuindo-lhe natureza administrativo-sancionatória, haveria de se lhe reconhecer o vínculo de subordinação jurídica à solução da causa penal.

Por fim, a *autonomia* entre as causas penal e de improbidade administrativa é evidente, porque ambas têm aptidão para fazerem coisa julgada.

Em síntese, entendemos que há *prejudicialidade impeditiva* entre a causa penal e a causa de improbidade administrativa, uma vez que estão reunidos os seus elementos ou requisitos essenciais a saber: i) a autonomia da causa subordinante; ii) a subordinação jurídica da causa subordinada; e iii) a necessariedade, ditada pelo *ne bis in idem*, que impõe o julgamento anterior da causa prejudicial, cuja solução pode tornar dispensável ou impossível o conhecimento da causa prejudicada. A prejudicialidade é parcial, porque não impede o ajuizamento e o processamento da ação civil pública para ressarcimento do dano ao erário público, caso a mesma pretensão tenha sido veiculada na ação de improbidade administrativa, que foi julgada extinta sem resolução de mérito em razão do *ne bis in idem*. A prejudicialidade que se instaura entre causas punitivas de matizes diversos em razão da garantia processual do *ne bis in idem* é do tipo jurídica, externa, processual, heterogênea e impeditiva, podendo ser total ou parcial.

Em todos os casos de prejudicialidade heterogênea, que são os únicos disciplinados pelo legislador, o problema não é de reunião dos processos, mas de suspensão de um processo para se aguardar a decisão de outro processo.

Por fim, há também *conexão por prejudicialidade impeditiva*, porque o julgamento da causa prejudicial define o destino da causa prejudicada, embora as causas não possam ser reunidas num só processo, em razão da crise competência.

Desejamos agora fazer um divisor de águas.

Até aqui estamos tratando da prejudicialidade de *causas*, que tem como pressuposto a concomitância delas, ainda que por um breve espaço de tempo; como disse Menestrina, “*che i due processi abbiano, anche per un brevissimo tempo, contemporaneità di pendenza*”.<sup>525</sup>

Se a sentença penal já transitou em julgado, findo o processo penal não há mais se falar em prejudicialidade entre a causa penal e a causa civil, até porque *causa* pressupõe ação em movimento, ou, como ensina Humberto Theodoro Junior, citando Pedro Lessa, é a lide agitada entre os litigantes em juízo.<sup>526</sup> Nesse caso, a instauração ou o prosseguimento da causa cível punitiva pelo mesmo fato é vedada pelo art. 8º, 4, da CADH e o art. 14.7 do PIDCP, enunciados do princípio do *ne bis in idem*, que pode constituir-se em *questão preliminar*, e não prejudicial.<sup>527</sup>

Do mesmo modo, a sentença penal absolutória e condenatória transitada em julgado obsta à instauração e ao prosseguimento não apenas de outra ação penal pelo mesmo fato (ressalvadas as hipóteses de cabimento de revisão criminal), mas também de nova ação punitiva, penal ou civil, pelo mesmo fato.

Em síntese, a vertente processual do *ne bis in idem* impede a instauração e a tramitação concomitante ou *subsequente* à ação penal, da ação de improbidade administrativa por um mesmo fato.

A garantia processual do *ne bis in idem* se antecipa à imposição da pena com o propósito de evitar o excesso de constrangimento decorrente da multiplicidade de ações punitivas contra o réu, por um mesmo fato, e por medida de eficiência da Administração Pública, encarregada da persecução a ilícitos contra o patrimônio público e de economia processual, de equidade e de segurança jurídica.

Resta saber o tratamento processual a ser dispensado à causa prejudicada.

---

<sup>525</sup> MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 151-153, nota 35.

<sup>526</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol I. 63 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022, p. 162.

<sup>527</sup> Barbosa Moreira critica a doutrina que pretende encontrar o traço distintivo essencial das questões prejudiciais segundo a matéria que veiculam, e insiste em identifica-las de acordo com o *modo de influência* ou a *espécie de influência* que a solução de uma questão exerce sobre a de outra (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsóii, 1967, p. 25-26, notas 16 e 17)



Os dispositivos legais que tratam da suspensão do processo civil, por serem anacrônicos, em razão do tempo em que foram editados, não previram o uso do processo civil para fins punitivos, tampouco conceberam a sua suspensão e extinção em razão do *ne bis in idem*.

Existe fundamento legal para a suspensão do processo da ação de improbidade administrativa em razão da instauração da causa penal?

Creemos que se possa invocar, além da garantia processual do *ne bis in idem*, por analogia o art. 313, inciso V, alínea “a”, c.c. o artigo 337, inciso VII, do Código de Processo Civil, antes mesmo da sentença penal e, depois do trânsito em julgado desta, seja ela absolutória ou condenatória, a extinção do processo civil sem resolução de mérito deve ser decretada, com fundamento na interpretação extensiva do art. 8º, 4, da CADH e do art. 14.7 do PIDCP à luz da garantia processual do *ne bis in idem*, salvo nos casos de atipicidade e de extinção da punibilidade.

O prazo máximo de suspensão do processo civil é de um ano (art. 313, § 4º, do CPC), que pode ser flexibilizado pela análise da razoável duração do processo penal, com fundamento no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Assim, na pendência da causa penal, antes mesmo da sentença, já se vislumbrando, de antemão, que o futuro pronunciamento de mérito, seja ele absolutório ou condenatório, uma vez passado em julgado, poderá impedir o prosseguimento da causa civil punitiva, impõe-se o sobrestamento desta última, para se aguardar a decisão da primeira e, conforme a solução que lhe for dada, extinguir o processo da causa civil sem resolução de mérito, com fundamento no art. 8º, 4, da CADH e no art. 14.7 do PIDCP, interpretados à luz do princípio do *ne bis in idem*.

Note-se que os dois dispositivos convencionais falam em sentença absolutória e em sentença absolutória ou condenatória, passadas em julgado, sem fazerem distinção quanto ao fundamento da absolvição.

Creemos que, aqui, não se aplica a coisa julgada *secundum eventual litis*, mas uma interpretação restritiva é necessária, para ressaltar os casos de absolvição por atipicidade e de extinção da punibilidade da incidência da garantia processual, a fim de se evitar o malferimento do direito por seus aplicadores, pelo desvio de finalidade da ação e do processo penal.

A coisa julgada não constitui um dos possíveis efeitos da prejudicialidade entre as *ações punitivas*, porque não se trata de ações idênticas, mas conexas. É possível, contudo,

falar em coisa julgada sobre questão ou ponto, como a autoria, a materialidade, a culpabilidade, e assim por diante.

É claro que em se tratando de sobreposição de ações penais ou de ações civis punitivas idênticas sobre um mesmo fato, é possível se falar em litispendência e coisa julgada. “Litispendência e coisa julgada associam-se, assim, intimamente, como fatores destinados a impedir a duplicação de julgados sobre a mesma demanda ou sobre a mesma causa (*bis in idem*)”<sup>528</sup>.

No caso do processo penal, o art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal delinea indiretamente os limites objetivos da coisa julgada ao estabelecer que a exceção de coisa julgada somente pode ser oposta em relação ao fato principal, entendido como conduta naturalística do agente, fixará os limites da coisa julgada, sem que o mesmo ocorra com os motivos, a verdade dos fatos e as questões prejudiciais levantadas no processo<sup>529</sup>.

Entre causas punitivas de naturezas diversas, porém, como ocorre, por exemplo, entre a ação penal e a ação de improbidade administrativa sobre um mesmo fato (mesma causa de pedir remota), os conceitos de litispendência e coisa julgada são inaplicáveis.

É justamente aí que incide o *ne bis in idem*, em sua vertente processual, para inibir a duplicidade de persecução em prol dos direitos implicados com a garantia.

É certo que alguns autores rechaçam o fundamento jurídico como um dos elementos distintivos ou constitutivos da ação penal porque o juiz poderá dar ao fato descrito na denúncia ou queixa definição jurídica diversa da que nela constar, em razão da teoria da substanciação adotada pelo art. 383 do Código de Processo Penal<sup>530</sup>.

O direito processual brasileiro adota quanto à causa de pedir a chamada doutrina da *substanciação*, que se opõe à da *individuação*; para esta o que tem relevância para identificar a demanda proposta é a espécie jurídica invocada (coação, crime de homicídio, etc.), não os fatos alegados pelo autor.<sup>531</sup>

O fundamento jurídico do pedido, entretanto, tem relevância para definir a incidência da garantia processual do *ne bis in idem*, que é mais ampla e mais forte que a da

<sup>528</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 368.

<sup>529</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo... Op. cit.*, p. 453.

<sup>530</sup> Há quem distinga o fundamento jurídico da qualificação jurídica dos fatos, contudo, não se vê motivo plausível para tal discrimen.

<sup>531</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo... Op. cit.*, p. 364.

litispêndência e da coisa julgada, porque não somente impede a duplicidade de demandas idênticas quando a coisa julgada é afastada pelo vício de inexistência do processo, como também proíbe a duplicidade de demandas punitivas sobre um mesmo fato, mesmo que a primeira tenha sido julgada improcedente por insuficiência de provas.

No sistema italiano anterior ao Código de Processo Penal de 1988, havia previsão expressa da possibilidade de absolvição “por insuficiência de provas”, até que a Corte Constitucional julgou o dispositivo inconstitucional, pois a fórmula atentaria contra a presunção de inocência e deixaria uma pecha de culpabilidade a respeito da responsabilidade penal do acusado. O Código atual não repete tal disposição: a absolvição, no processo italiano, tornou-se absolvição *tout court*.<sup>532</sup>

A suspensão do processo não constitui elemento essencial ao conceito de prejudicialidade, mas um possível efeito. Vincenzo Manzini explica que o errôneo atrelamento da suspensão do processo ao conceito de prejudicialidade se deve à influência da doutrina medieval, época em que todas as prejudiciais eram questões de estado<sup>533</sup>. Pode haver prejudicialidade sem suspensão do processo, o que depende do tratamento legislativo. Levando em conta a possibilidade de suspensão do processo devido à existência de uma questão prejudicial heterogênea, quatro sistemas se formaram: 1) sistema de cognição incidental; 2) sistema da suspensão obrigatória; 3) sistema da suspensão facultativa; e 4) sistema da suspensão obrigatória e facultativa.

O sistema adotado pelo Código de Processo Penal foi o último deles, cuidando o seu art. 92 da suspensão obrigatória do processo para decisão em separado, no juízo cível, da questão prejudicial de estado. O art. 93, por sua vez, tratou da suspensão facultativa em face de outras questões prejudiciais civis, de cuja decisão depende o reconhecimento da existência da infração penal. Evidencia-se, pois que as regras de prejudicialidade dispostas no Código de Processo Penal não se aplicam às ações punitivas por razões históricas e de anacronia.

Seria conveniente, e até mesmo desejável a conferir maior segurança jurídica, que o legislador positivasse a suspensão do processo (e, julgado o mérito da causa prejudicial, a extinção do processo sem resolução de mérito), dispondo, inclusive, sobre a suspensão da prescrição. Isso já ocorre nas hipóteses de suspensão do processo por revelia e em razão da concessão do benefício da suspensão condicional do processo e de outros acordos celebrados

<sup>532</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo... Op. cit.*, p. 453.

<sup>533</sup> MANZINI, Vincenzo. *La questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale e amministrativo nel processo penale*. Florença, Italy: Fratelli Cammelli, 1889, p. 27, 69 e 70.

no campo da autonomia das vontades que rege a Justiça punitiva consensual, como nos acordos de não persecução penal e civil, de colaboração premiada e de leniência.

Sem embargo, enquanto não advier o tratamento legislativo adequado à matéria, o art. 14.7, do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e o art. 8º, inc. 4º, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, interpretados à luz da garantia processual do *ne bis in idem*, determinam a não instauração, a suspensão e a extinção dos processos referentes às causas punitivas prejudicadas, em defesa dos direitos albergados pelo princípio universal.

#### 4.4 ENQUADRAMENTO PROCESSUAL DO *NE BIS IN IDEM*

A prejudicialidade pode versar sobre a ação, o processo e o mérito; pode ser prejudicial da ação, do processo e de mérito.<sup>534</sup>

Gaetano Foschini analisou criticamente cada uma das teorias sobre o enquadramento da prejudicialidade entre as categorias processuais: como precedente jurisprudencial, como meio de prova, como espécie de ação ou de exceção, como condição da ação e pressuposto processual e como forma de conexão e fenômeno entre competências.<sup>535</sup>

Ao discorrer a respeito, Antonio Scarance Fernandes anotou:

A sentença proferida na causa prejudicial, após o trânsito em julgado, terá ou não força vinculante sobre a decisão a ser proferida em outro processo sobre a prejudicada, na dependência do tratamento legislativo. Admitindo-se que essa sentença por determinação legal deva ter eficácia vinculante, o outro juiz, ao decidir a questão prejudicada, verá a solução sobre a prejudicial como algo assentado, figurando como *ponto* prejudicial. Mas inexistindo essa força vinculativa da sentença sobre a prejudicial, ela surgirá como questão prejudicial, podendo ser reapreciada livremente pelo outro juiz, no outro processo, o qual decidirá a seu respeito em face dos elementos probantes agora colhidos. A sentença anterior sobre a prejudicial, nesta segunda hipótese, trará consigo algum poder de convencimento, em maior ou menor grau, na dependência dos elementos de prova que serviram para fundamentá-la, a influir sobre a decisão a ser proferida<sup>536</sup>.

<sup>534</sup> Nesse sentido, ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Nápoles, Italy: Jovene, 1933, pp. 357-358; TORNAGHI, Hélio. “Questões prejudiciais”. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1978, p. 329.

<sup>535</sup> FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità nel Processo Penale*. Milão, Italy: Giuffrè, 1942, pp. 396-397. Scarance Fernandes usou o termo “enquadramento”, em capítulo específico para tratar do assunto (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade – conceito, natureza jurídica e espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 62-76).

<sup>536</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade... Op. cit.*, p. 65.

É inegável, portanto, a possibilidade de todas essas categorizações: como precedente, como meio de prova, como ação ou exceção.

Analogamente, qual seria o enquadramento processual mais adequado para o *ne bis in idem*?

A hipótese em estudo refere-se à sobreposição de causas punitivas, em que causas heterogêneas se manifestam, concomitantemente ou subsequentemente, como superfetação de respostas estatais em relação a um mesmo fato jurídico.

Para o enquadramento processual do *ne bis in idem* nas ações punitivas, interessa examinar as seguintes possíveis situações, todas elas referentes ao mesmo fato: i) ação penal em andamento e posterior propositura de ação não penal punitiva; ii) ação não penal punitiva em andamento e posterior propositura da ação penal; iii) sentença penal transitada em julgado e propositura de ação não penal punitiva; iv) sentença não penal punitiva transitada em julgado e propositura de ação penal; e, por fim, v) ações não penais punitivas, não idênticas (por exemplo, ação da LIA e ação da LAC), concomitantes e sucessivas.

Antes, porém, convém observar: i) multiplicidade de ações penais idênticas ou de ações civis idênticas escapam da presente análise, porque se inserem no campo da litispendência e da coisa julgada; ii) multiplicidade de ações penais conexas ou de ações civis conexas também não é questão que se liga a esta análise, porque não há interferência entre competências, sendo possível reuni-las num só processo em razão da conexão.

Pois bem.

No primeiro caso, entendemos que a prejudicialidade impeditiva entre a causa penal e a causa não-penal punitiva determina a suspensão do processo desta última, com fundamento no art. 313, inciso V, alínea “a”, do CPC, até o trânsito em julgado da sentença penal.

A mesma solução ocorre no caso de ação não penal punitiva em andamento e posterior propositura da ação penal; o processo da causa não-penal será suspenso, até a solução da causa penal e, conforme o resultado desta, o processo será julgado extinto sem resolução de mérito.

Na terceira situação, passada em julgado a sentença penal, a propositura de ação não penal punitiva pelo mesmo fato é vedada por interpretação extensiva do art. 8º, 4, do Decreto nº 678/92, e do art. 14.7 do Decreto nº 592/92, à luz do princípio do *ne bis in idem*.

Por fim, a quarta situação atrai a incidência da vertente material do *ne bis in idem*, positivada pelo art. 8º, do CP, e no art. 22, § 3º, da LINDB, ou seja, tendo sido proposta a

ação penal depois do trânsito em julgado da sentença não-penal punitiva, proceder-se-á ao desconto, na sanção penal, da pena de mesma espécie aplicada na esfera não-penal.

Creemos que, no caso de concomitância de causas punitivas de matizes diversos, há simplesmente *prejudicialidade*, impeditiva por certo, que impõe, necessariamente, a decisão da causa penal anteriormente, a fim de que se possa conhecer a sorte da causa civil punitiva, cujo conhecimento ou prosseguimento posterior pode resultar impossível, conforme a solução dada àquela.

A prejudicialidade impeditiva entre as duas causas determina a suspensão da causa prejudicada, para se aguardar o julgamento da causa prejudicial e, conforme o resultado desta, determinar a extinção do processo da causa prejudicada, sem resolução de mérito.

O art. 313, inciso V, alínea “a”, do CPC de 2015, que prevê a suspensão do processo para o julgamento de *outra causa* ou a declaração de existência ou inexistência de *relação jurídica (in casu, o ato ilícito)* que constitua o objeto principal de outro processo pendente, pode perfeitamente ser aplicado como fundamento legal para a suspensão do processo da causa prejudicada (causa civil punitiva).

É claro que referido dispositivo legal não foi concebido para tal fim, porque pelo tempo em que foi editado o CPC de 2015 – assim como o anterior CPC de 1973 que já previa – não se ocupou da questão da sobreposição de causas punitivas heterogêneas, sequer previu a utilização do processo civil para a apuração da responsabilidade civil punitiva.

Sem embargo, a analogia aqui é válida, para integração de uma lacuna involuntária do direito, na medida em que os dispositivos convencionais, pelo modo como foram estruturados, demandam que se aguarde o trânsito em julgado da sentença penal para, só então, evitar a dupla imputação.

Convém salientar que não há contradição entre a regra do art. 313, inciso V, alínea “a”, do CPC de 2015, que prescreve a suspensão do processo da causa prejudicada, e a do art. 55, § 1º, que determina a reunião das causas conexas, para julgamento simultâneo.

Como ensina Humberto Theodoro Junior: “Quase sempre a prejudicialidade gera conexão de causas em virtude da *causa comum* ou da *identidade de objeto* que se apura entre a causa prejudicial e a prejudicada. Em tal situação, e sendo a questão prejudicial da competência do mesmo juiz da causa prejudicada, ainda que figure em outro processo, nenhuma razão lógica ou jurídica existe para aplicar-se o disposto no art. 313, V. O processo não se suspenderá e, ao contrário, sendo comum nos dois feitos ou objeto ou a causa de pedir, a regra a observar será a da reunião dos processos para julgamento comum, numa só sentença, em que a questão prejudicial será, obviamente, apreciada em primeiro lugar (art. 55, § 1).”

Muitas vezes, porém, a prejudicialidade externa não enseja oportunidade de reunir os dois processos, na forma do art. 55, § 1º, pois poderá ocorrer que: (a) *a competência seja diferente em caráter absoluto*, como se passa entre ação penal e a civil”.<sup>537</sup>

Por outro lado, uma vez passada em julgado a sentença penal, o acusado não poderá ser submetido a novo processo punitivo pelos mesmos fatos, por interpretação extensiva do art. 8º, 4, do Decreto nº 678/92, e do art. 14.7 do Decreto nº 592/92, à luz do princípio do *ne bis in idem*.

A existência de sentença penal passada em julgado obsta ao ajuizamento de nova ação punitiva sobre os mesmos fatos. Nesse caso, porém, a ausência de concomitância entre as causas afasta a ideia de prejudicialidade. O *ne bis in idem* pode surgir, no processo da causa civil subsequente como *ponto* ou *questão preliminar*, o que recomenda a análise de seu enquadramento processual.

De qualquer modo, se as ações punitivas não forem idênticas, não há que se falar em litispendência ou coisa julgada, mas, sim, em *ne bis in idem*.

O *ne bis in idem* entre causas punitivas pode ser entendido como condição específica da ação punitiva ou como pressuposto processual objetivo, impedindo o recebimento de nova ação punitiva ou a instauração e o desenvolvimento válido de outra relação jurídico-processual punitiva.

Sem embargo, parece-nos mais razoável enquadrar o *ne bis in idem* como pressuposto processual objetivo, tanto de formação quanto de desenvolvimento válido da relação jurídico-processual sucessiva. Os pressupostos processuais objetivos seriam não apenas a inexistência de litispendência, coisa julgada, preempção, compromisso arbitral, decadência e prescrição, mas, também, a inexistência de *bis in idem* (pressuposto processual objetivo-negativo), ou simplesmente, o *ne bis in idem* (pressuposto processual objetivo).

Assim como não se mostra possível a repetição de processos que instrumentalizam ações penais idênticas, ou ações civis idênticas, em razão da litispendência e da coisa julgada, também não se afigura viável a concomitância ou subsequência de ações punitivas conexas, em razão do *bis in idem*.

Logo, na pendência de ação penal, o processo da ação de improbidade administrativa deve ser suspenso, até o julgamento definitivo da causa prejudicial impeditiva. E, uma vez transitada em julgado a sentença penal, o processo da causa civil punitiva deve ser extinto

---

<sup>537</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. 63 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

sem resolução de mérito, por ausência de um pressuposto processual objetivo, qual seja, o *ne bis in idem*.

A propositura de ação penal impede o ajuizamento e o prosseguimento da ação de improbidade administrativa sobre os mesmos fatos.

Se, porém, o processo da ação civil punitiva se encerrar antes, com resolução de mérito, a única solução possível será o posterior desconto, na pena imposta no processo penal, da pena aplicada na ação civil. Isso porque não seria razoável que a sentença proferida na esfera não-penal imunizasse o réu de responder ao processo penal.

É curioso observar que, num sentido, incide a vertente processual do *ne bis in idem*, ao passo, na via inversa, opera-se a vertente material da mesma garantia.

Outra solução seria tratar o *ne bis in idem* no campo das condições da ação, o que, inclusive, maximizaria a tutela dos valores implicados pelo *ne bis in idem*.

Sob essa perspectiva, o *ne bis in idem* deve ser compreendido como condição da ação, que pode levar ao indeferimento da petição inicial, evitando, com isso, a citação do réu e os indesejáveis desdobramentos que a duplicidade de processos punitivos pode acarretar.

Ao enquadrar a prejudicialidade entre as condições da ação, três subsunções são possíveis: i) pode-se entender que o *ne bis in idem* se refere ao interesse-adequação; ii) também é possível relacioná-la ao interesse-utilidade; iii) a decisão da prejudicial constitui, simplesmente, *condição específica de procedibilidade*<sup>538</sup> das ações punitivas; ou, ainda, iv) tendo em vista a identidade dos fatos, é razoável a compreensão de que falta, à ação punitiva concomitante ou sucessiva, possibilidade jurídica da causa de pedir.

Aproximando o *ne bis in idem* do *interesse processual*, indaga-se: a via eleita (ação punitiva) é adequada à satisfação da pretensão punitiva estatal? É necessário recorrer ao Estado-juiz para a aplicação da pena, diante do ato ilícito praticado? As duas respostas são afirmativas. Não apenas a ação punitiva é a via adequada à satisfação da pretensão punitiva estatal, como, também, o *jus puniendi* somente pode ser exercido dentro de um processo [punitivo], sob pena de violação ao devido processo legal.

Por outro lado, prendendo-se o *ne bis in idem* ao interesse-utilidade, pergunta-se: há utilidade prática em promover nova ação punitiva, existindo outra causa punitiva em andamento ou transitada em julgado? Como evitar que o Estado promova várias ações punitivas conexas até alcançar o resultado esperado? Mesmo que se possa enxergar o *ne bis in idem* como falta de interesse-utilidade, sempre se poderá questionar, em razão da

---

<sup>538</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 320.



magnitude do interesse público tutelado, a utilidade da ação renovada, em busca da satisfação da pretensão punitiva estatal. Em poucas palavras, a propositura de nova ação seria útil, mas não inviável em razão do *ne bis in idem*.

Ao tratar da possibilidade jurídica como condição da ação à luz do Código de Processo Civil de 1973, Cândido Rangel Dinamarco faz o seguinte apontamento:

É notório que a possibilidade jurídica como condição da ação foi uma proposta muito bem sucedida de Liebman, formulada em famosa aula inaugural (Turim, 1949). Apesar das muitas dúvidas que a doutrina brasileira lançou sobre a pertinência dessa condição, o Código de Processo Civil a incluiu ao lado das outras duas (art. 267, inc. VI) – mas logo em seguida o autor da tese renunciou a ela e passou a incluir no requisito do interesse de agir os exemplos antes apontados como casos de impossibilidade jurídica. Como também é notório, Liebman o fez quando a lei italiana passou a admitir o divórcio, sendo este o exemplo mais expressivo de impossibilidade jurídica que vinha sendo utilizado em seus escritos<sup>539</sup>.

Em seguida, o autor demonstra a insuficiência da locução *impossibilidade jurídica do pedido*, porque essa podia se referir ao pedido, à causa de pedir ou às partes<sup>540</sup>. Poder-se-ia pensar que a ação punitiva sobre os mesmos fatos carece de possibilidade jurídica da causa de pedir (remota), porém, o novo Código de Processo Civil não adotou a possibilidade jurídica como condição da ação (arts. 17 e 267, inc. VI)<sup>541</sup>.

Por isso, ao enquadrar o *ne bis in idem* entre as condições da ação, a solução possível seria adotar a concepção segundo a qual o *ne bis in idem* constitui condição específica [de admissibilidade, procedibilidade ou prosseguibilidade] das ações punitivas. A condição específica de procedibilidade da ação punitiva prejudicada é a decisão da prejudicial, que encerra a prejudicialidade.

Assim, por exemplo, ao se propor ação penal contra um prefeito por fraude em licitação na competência originária, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato resulta inviável por falta de satisfação de uma condição específica da ação, qual seja, a inexistência de outra ação punitiva em andamento ou já encerrada, ou, a

<sup>539</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2002, p. 301-302.

<sup>540</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil... Op. cit.*, pp. 301-302.

<sup>541</sup> “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

“Art. 267. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;” (BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)).

inexistência de prejudicialidade entre causas punitivas, ou, simplesmente, com fundamento no *ne bis in idem*. Se, ao tempo do recebimento da ação penal, a ação de improbidade administrativa já estiver em curso, impor-se-á a suspensão do processo desta até o julgamento definitivo da ação penal, em razão da prejudicialidade. E, julgado o mérito da causa penal, impenderá extinguir a causa prejudicada em razão do *ne bis in idem*.

Inversamente, existindo ação de improbidade administrativa em andamento, impor-se-á suspender o processo, se a causa penal (prejudicial) for ajuizada, em razão da prejudicialidade impeditiva.

A consequência da falta de condição específica da ação, seja no início ou no final da ação, tanto no processo penal quanto no processo civil, é a nulidade do processo e sua consequente extinção sem resolução de mérito, o que não impede que a ação punitiva prejudicada seja renovada se a ação penal também for extinta sem resolução de mérito, por rejeição da denúncia, nulidade do processo, decadência ou prescrição. Isso, porém, não depende de tratamento legislativo, porque já há suficiente previsão legal a respeito. A suspensão da prescrição durante a suspensão do processo é que demandaria a aprovação de lei.

Nas hipóteses de suspensão do processo da causa prejudicial em razão da revelia e da suspensão condicional do processual, o mais acertado seria que lei dispusesse a respeito dos efeitos da prejudicialidade sobre a causa prejudicada.

A possibilidade de prosseguimento da causa prejudicada em razão da suspensão do processo penal traz à lume a questão da aplicação das suas garantias aos demais processos judiciais sancionadores, o que escapa do âmbito deste estudo, mas constitui outra tendência de racionalização do sistema punitivo brasileiro, apresentada em tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.<sup>542</sup>

Não obstante, entendemos mais adequado tratar o *ne bis in idem* como fato impeditivo à formação e ao desenvolvimento válido do processo punitivo, isto é, como pressuposto processual objetivo. Não seria, contudo, desarrazoado que o fenômeno fosse enquadrado no campo das condições da ação.

Assim, o *bis in idem* está para os processos relativos às causas punitivas conexas assim como a litispendência e a coisa julgada estão para os processos em geral: são pressupostos processuais objetivo-negativos.

---

<sup>542</sup> Vide, a propósito: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodium, 2018.

Em síntese, o *bis in idem* constitui pressuposto processual objetivo-negativo ou, *a contrario sensu*, o *ne bis in idem* é pressuposto processual objetivo nas causas punitivas.

#### 4.5 INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS REGRAS DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E DE PREJUDICIALIDADE EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL BRASILEIRO AOS PROCESSOS PUNITIVOS

A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa está prevista em lei e é referendada pelos Tribunais Superiores, mas ela não é total<sup>543</sup>.

<sup>543</sup> Quanto às esferas civil e criminal, dispõe o art. 935 do Código Civil:

“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.” (BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)).

A suspensão do processo civil por força de prejudicialidade penal está prevista no Código de Processo Civil:

“Art. 313. Suspende-se o processo:

[...]

V – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência da relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

[...]

§ 4º. O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II.

§ 5º. O juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotados os prazos previstos no § 4º.”

“Art. 315. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

§ 1º. Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia.

§ 2º. Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º.” (BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)).

A suspensão do processo penal em razão de prejudicialidade civil está disciplinada no Código de Processo Penal:

“Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso, até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º. O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º. Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º. Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.” (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)).

Em perfeita harmonia com o estatuto processual civil, prescreve o Código de Processo Penal:

O processo penal tem primazia em relação aos demais em razão da extensão dos limites da atividade probatória, pelo estado de consciência exigido de quem interpreta a verdade para uma condenação criminal, por conta da severidade da sanção penal, que pode significar, inclusive, a privação da liberdade individual, superada, porém, a clássica distinção da verdade.<sup>544</sup>

A prejudicialidade impeditiva pode dar ensejo à suspensão do processo civil (CPC, art. 315, inciso V, alínea *a*) e, de outra parte, a negação do fato ou de sua autoria na Justiça penal, faz coisa julgada no cível.

A ação civil pode ser suspensa para aguardar o julgamento da causa prejudicial penal. A suspensão do processo não é definitiva, até porque a sua duração razoável constitui garantia constitucional (CF/88, art. 5º, inc. LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 6 de dezembro de 2004). Trata-se, pois, de uma faculdade do juiz, sujeita a limites.<sup>545</sup>

A despeito, portanto, da independência entre as instâncias civil e penal, tanto o processo penal quanto o processo civil podem ser suspensos para aguardar o julgamento de causa prejudicial externa e, assim, evitar decisões conflitantes, para maior segurança jurídica. Isso porque a lei prevê a supremacia da esfera penal sobre a civil em razão do grau de convencimento do juiz sobre a correta reconstrução histórica dos fatos exigido para uma condenação criminal; dos limites mais amplos da prova,<sup>546</sup> e da largueza e profundidade da apreciação da causa exigida para o julgamento de mérito.<sup>547</sup>

---

“Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se o for o caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.” (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941... Op. cit.*).

<sup>544</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 41-46.

<sup>545</sup> FURTADO, Márcio Medeiros. *Limites à faculdade de o juiz suspender a ação civil em face da ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, n. 717, jul. 1995, pp. 62-64.

<sup>546</sup> Sobre os limites da busca da verdade no processo, Gustavo Henrique Badaró escreveu: “A busca da verdade é um dos fins do processo, pois não poderá ser considerada justa uma decisão baseada em uma reconstrução fática equivocada. Porém, há outros valores igualmente relevantes para o processo, especialmente aqueles que compõem o devido processo legal ou processo equo, que, mesmo sendo antiepistêmicos, terão que ser respeitados. Em determinados casos de conflito de valores, a busca da verdade poderá ser considerada menos relevante que outro valor digno de maior proteção e que deverá prevalecer, ainda que comprometendo uma melhor reconstrução histórica dos fatos” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 135).

<sup>547</sup> A propósito:

“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.” (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)).

Tanto assim que o art. 935 do Código Civil estabelece que não se pode mais questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal.<sup>548</sup>

A *jurisprudência* do Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido de “só ter como obrigatória a paralisação da ação civil, quando a ação penal puder fechar a via civil, tal como provar que não houve o fato, ou que não foi o acusado o autor do delito. Nesses casos, a via cível estaria fechada.” (REsp 293.771, Segunda Turma, relatado pela ministra Eliana Calmon, julgado em 13.11.2001, DJU de 25.12.2002). No mesmo sentido: Quarta Turma, REsp 860.591, relatado pelo ministro Luís Felipe, julgado em 20.4.10, DJ de 4.5.10). E no sentido de que inexistente prejudicialidade entre ação penal, ação civil pública ou popular por improbidade administrativa e ação administrativo-disciplinar promovidas contra o servidor público, podendo a perda do cargo ser decretada em qualquer um dos processos (STJ: MS 20058/DF, Primeira Seção, relator o ministro Sérgio Kukina, julgado em 27/05/2015, DJe de 03/11/2015; Resp 891431/RJ, Segunda Turma, relator o ministro Castro Meira, julgado em 11/03/2008, DJe de 28/03/2008).

A absolvição em ação por improbidade administrativa não retira a justa causa para a ação penal em razão da independência entre as instâncias penal e civil (STF, AgRg na AP 568-SP, Tribunal Pleno, relator o ministro Roberto Barroso, julgado em 17/10/2013). É “firme [a] jurisprudência no Supremo Tribunal Federal” no sentido de que “o fato de a ação de improbidade administrativa ter sido julgada improcedente, *de per se*, não constitui causa de prejudicialidade à ação penal em curso” (STF, AP 568-SP, trecho do voto do ministro Joaquim Barbosa, julgada em 17/10/2013).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é firme o posicionamento no sentido da independência entre as esferas penal e cível, a não ser que no âmbito criminal seja reconhecida a não ocorrência do fato ou a negativa de autoria.<sup>549</sup>

<sup>548</sup> “Súmula 122. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, III, *a*, do Código de Processo Penal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 122*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_8\\_capSumula122.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula122.pdf)).

“Súmula 208. Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 208*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15\\_capSumula208.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula208.pdf)).

“Súmula 209. Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 209*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15\\_capSumula209.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula209.pdf)).

<sup>549</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.103.011-ES, Primeira Turma, relator o ministro Francisco Falcão, julgado em 12/05/2009; REsp 860097-PI, relator o ministro Castro Meira, DJe de 21/05/2008; RMS 22.128-MT, relatora a ministra Laurita Vaz, DJ de 10/09/2007, p. 246; MS 7.861-DF, relator o ministro Gilson Dipp, DJ de 07.10.2002, p.169.

Ocorre que essa normativa, assim como a jurisprudência que se formou sobre ela, foi editada quando ainda se concebia o processo penal e o processo civil com as nuances que as expressões “verdade material” e “verdade formal” buscavam traduzir, sinteticamente, como instrumentos, respectivamente, de pacificação social e de composição de lides, em função da natureza dos interesses em jogo.

Diante da crescente utilização do processo civil para fins punitivos e do surgimento de ações e processos híbridos, é relevante revisitar as premissas da independência das esferas penal e civil, bem como analisar a suficiência e a adequação das regras de prejudicialidade hoje existentes no ordenamento jurídico-processual brasileiro para as ações penal e de improbidade administrativa, a fim de evitar um duplo desacerto: o do excessivo constrangimento para o investigado ou réu, e de se supor que, com isso, a tutela do patrimônio público será tanto mais efetiva.

Historicamente, o objeto das prejudiciais era somente questões de estado, tanto assim que se chegou a equiparar questão de estado com prejudicial.<sup>550</sup> Francesco Menestrina fala na redução das ações prejudiciais às ações de estado nas *Institutas* de Justiniano.<sup>551</sup> De fato, há relação não exaustiva de vários *praeiudicia* em Gaio (*Institutas*, IV, 44), as quais se referiam, em sua maioria, a questões que envolvem o reconhecimento de paternidade, filiação, questões de estado em geral, não tendo nada a ver com ações punitivas.

Isso explica, inclusive, o fato de os processualistas civis realçarem a prejudicialidade homogênea, e os processualistas penais darem relevo à prejudicialidade heterogênea, o que se reflete nos atuais diplomas processuais brasileiros, cujas disposições, pela época em que foram editadas, não conceberam, evidentemente, a prejudicialidade entre ações punitivas.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92, alterada pela Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021), conhecida por LIA, que regulamentou o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, partiu do Projeto de Lei 1.446/91, de iniciativa do então presidente Fernando Collor de Mello, como resposta à sociedade contra a onda de corrupção que assolava o País. Sob o rótulo da moralidade, “o ministro de Estado da Justiça, Jarbas Passarinho, do citado governo, deixou registrado em sua Exposição de Motivos, que o combate à corrupção era necessário, pois se tratava de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o país”<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade – conceito, natureza jurídica e espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 13.

<sup>551</sup> MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale nel Processo Civile*. Milão, Italy: Guiffirè, 1963, p. 3.

<sup>552</sup> BRASIL. Senado Federal. *Resolução nº 63, de 2000*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13.nov.2000. Seção 1, p. 1. Diário Oficial de 17.08.1991, Seção 1, p. 14.124.

O sistema brasileiro não tem paralelo no mundo.

Enquanto a tendência universal de descentralização do poder punitivo estatal caminhou no sentido da adoção do processo administrativo sancionador e da descriminalização de condutas, a LIA tipificou condutas e manteve a centralização do *jus puniendi* no Poder Judiciário, adotando, ademais, o processo civil como instrumento sancionador. Mais uma vez a resposta legislativa ao anseio social de combate à corrupção reduziu-se a punir o indivíduo. Mais adequado seria que tivesse perseguido o patrimônio público desviado, como ocorreu nos Estados Unidos da América com a edição do *RICO Act*, aqui traduzido como “ação de extinção de domínio”. A proposta encabeçou as 10 medidas contra a corrupção veiculadas pelo Ministério Público Federal, as quais foram engavetadas na triste noite de votação pelo Senado Federal, após um desastre aéreo que vitimou um clube inteiro de futebol.

No Brasil, o Poder Judiciário detém o poder de punir, tanto pelo processo penal quanto pelo processo civil. As leis que criaram as agências reguladoras definiram ilícitos administrativos e balizas do processo administrativo sancionador, ainda que não o tenham feito na mesma escala que os Estados Unidos da América.

Tem-se, portanto, que o processo punitivo pode se transvestir em processo penal e processo civil perante o Poder Judiciário e, em processo administrativo sancionador perante o Poder Executivo. Sem embargo, entre os juristas brasileiros, proliferaram as ações de improbidade administrativa, repressivas, de caráter sancionatório, destinadas à aplicação de sanções de caráter pessoal (cf. o art. 17-D da Lei 8.429/92, acrescentado pela Lei 14.230/2021), e que passaram a ser utilizadas desmesuradamente contra agentes públicos, por atos ilícitos contra o patrimônio público.

É certo que as Leis 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e 3.502/58 (Lei Bilac Pinto) já constituíam diplomas legislativos sancionadores de condutas lesivas ao erário, anteriores à edição da Lei 8.429/92, mas foi somente com o advento desta última que a utilização do processo civil sancionador se tornou relevante no âmbito da tutela do patrimônio público, contra a má gestão pública, decorrente da desonestidade e da ineficiência, espécies do gênero improbidade.

Nesse período, foi editada a Lei 4.717/65, que criou a ação popular, de caráter punitivo-compensatório, a exemplo da ação de improbidade administrativa, surgida anos depois.

O CPC de 1939, entre as causas de modificação de competência, não se ocupou da prejudicialidade penal, tampouco da suspensão do processo para o julgamento de questão

prejudicial (arts. 148 a 152 e 196 a 200). Essas matérias somente foram disciplinas no CPC de 1973 (arts. 110 e 265, inc. IV, alínea *a*), e transpostas ao novo CPC de 2015 (arts. 315 e 313, inc. IV, alínea *a*, respectivamente).

Embora a Lei da Ação Popular seja anterior ao Código de Buzaid, não foi intenção deste último diploma legal disciplinar a prejudicialidade entre as ações punitivas.

A suspensão do processo para o julgamento de questão prejudicial é admitida na jurisprudência, exemplifica Arruda Alvim, nos casos de: ação de alimentos julgada procedente, que já se encontra em grau de apelação, diante da existência de investigação de paternidade ainda em andamento em primeiro grau; embargos do devedor, por estar pendente ação anulatória do título que está sendo executado; ação de anulação de escritura cumulada com reivindicatória, na pendência de possessória; e ação de usucapião, na pendência de ação possessória.<sup>553</sup>

Inversamente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no AI 84.790-1, relatado pelo então desembargador César Peluso, julgado em 13.03.1987, publicado na RT 620/83, decidiu não admitir a suspensão do processo da *actio civis ex delicto* em virtude da existência de ação penal em curso relativa ao mesmo fato, por entender inexistente a prejudicialidade, “em razão da independência das esferas civil e criminal”. Constatou, ainda, da respectiva ementa, que:

À vítima é lícito aguardar o trânsito em julgado da sentença penal para requerer sua liquidação – se for o caso – e o seu cumprimento no juízo cível. Porém, se optar pelo ajuizamento da ação de reparação do dano decorrente da infração penal, não pode o juízo cível, sob o fundamento de prejudicialidade (atual art. 313, inc. V, alínea “a”) obrigá-la à primeira alternativa, desconsiderando a independência de jurisdição em tema de ilícito (CC, art. 1.525)<sup>554</sup>.

Inexiste óbice à tramitação concomitante da ação penal e da ação civil reparatória do dano *ex delicto*, porque, dado o caráter não punitivo desta última, não incide o *ne bis in idem*.

Na hipótese de prejudicialidade penal, dispõe o § 1º do art. 315 do CPC de 2015, que “se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia”. Ao analisar o dispositivo correlato no CPC de 1973 (art. 110, parágrafo único), Humberto Theodoro Júnior conclui que a suspensão facultativa do processo civil

<sup>553</sup> ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 852-853.

<sup>554</sup> MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Jurisprudência anotada no art. 110 do Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 315.



nessa hipótese, em que o conhecimento do mérito depende da verificação da existência de fato delituoso, que constitui objeto de processo penal, somente se aplica em ação penal privada, como ocorre, via de regra, nos crimes contra a honra, que também geram responsabilidade civil (CC, art. 953).<sup>555</sup> A responsabilidade civil de que trata o autor não é a responsabilidade civil punitiva (item 1.3.5), mas ressarcitória, que não atrai a incidência do *ne bis in idem*. Além disso, não há nenhuma dúvida de que a prejudicialidade penal, nesse caso, é prejudicialidade de mérito, na medida em que a solução da causa penal predetermina o teor ou conteúdo da solução da causa civil.

Segundo Vicente Greco Filho, a hipótese de suspensão do processo em razão de prejudicialidade penal (art. 315, *caput*) se insere na fórmula genérica (art. 313, inc. VIII)<sup>556</sup>.

As regras de suspensão do processo civil para o julgamento de questão prejudicial externa, como é o caso da prejudicialidade penal, não foram feitas para o processo civil punitivo. Em outras palavras, não se suspende o processo da ação de improbidade administrativa porque o conhecimento de seu mérito depende da verificação da existência de crime.

Do mesmo modo, a suspensão facultativa do processo penal também não se refere e não se aplica, de modo algum, à sentença da ação de improbidade administrativa porque dela dependa o reconhecimento da existência do crime contra o patrimônio público.

Para que ocorra a hipótese de suspensão facultativa do processo penal, prevista no art. 93, *caput*, do CPP, Gustavo Henrique Badaró ensina que há as seguintes exigências:

(1) a questão prejudicial diversa do ‘estado civil das pessoas’; (2) que se trate de questão da qual dependa a existência da infração penal; (3) que já tenha sido proposta a ação para resolver a questão no juízo cível; (4) que a ‘questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite’<sup>557</sup>.

Exige-se, portanto, que a questão prejudicial diga respeito à existência da infração penal, não bastando que envolva aspectos de majoração ou redução da pena. Haverá, também, suspensão facultativa do processo penal em razão de questão extrapenal prejudicial da qual dependa não propriamente a existência, mas a tipificação do crime imputado. Por exemplo, imputa-se ao acusado o crime de furto, que tem por elemento a subtração de coisa

<sup>555</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2008, p. 189.

<sup>556</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

<sup>557</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 319.

alheia (CP, art. 155), mas ele alega ser coproprietário da coisa, com a sedizente vítima, e que já discute, em demanda cível, tal condição de condômino, o que, se procedente, descaracteriza o furto para o crime de furto de coisa comum (CP, art. 156)<sup>558</sup>.

Dispõe o art. 116, inc. I, do Código Penal, que enquanto não resolvida a questão prejudicial da qual dependa o reconhecimento da existência do crime, ficará suspensa a prescrição. Poder-se-ia cogitar a aplicação da regra, por analogia, aos processos punitivos em geral, a fim de suspender a prescrição até a solução da causa prejudicial, mantendo-se íntegro o princípio da paridade de armas, ante a suspensão do processo punitivo prejudicado pelo *ne bis in idem*. Veda-a, porém, a doutrina<sup>559</sup>, que somente admite analogia *in bonam partem* às normas penais não incriminadoras. Isso reforça a necessidade de lei, que preveja a suspensão do processo [prejudicado] e do curso do prazo prescricional na pendência da causa punitiva prejudicial.

Guilherme de Souza Nucci exemplifica que questões diversas do estado das pessoas dizem respeito à propriedade, posse, relações contratuais ou empregatícias, entre outros temas<sup>560</sup>.

Ora, a prejudicialidade entre as causas punitivas não envolve questões sobre propriedade, posse, relações contratuais ou empregatícias, tampouco o reconhecimento da existência da infração penal depende da sentença proferida na ação de improbidade administrativa. A prejudicialidade que se apresenta entre a causa penal e a causa de improbidade administrativa não justificaria a suspensão da primeira (prejudicial), mas, sim, da segunda (prejudicada), enquanto a complexidade da causa cível, referente ao ato ilícito praticado, não difere da criminal.

Em síntese, as regras de suspensão do processo e prejudicialidade existentes no ordenamento jurídico-processual brasileiro não se aplicam às ações punitivas, uma vez que foram editadas antes da utilização do processo civil para fins punitivos e não contemplam a

---

<sup>558</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Da prejudicialidade jurídica heterogênea no processo penal*. Estudos de Direito Processual *in memoriam* do ministro Costa Manso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 197.

<sup>559</sup> Admitem a analogia somente *in bonam partem*, às normas penais não incriminadoras: na doutrina italiana, Carrara, Binding, Mezger, Massari, Manzini, Rocco, Scarano, Bettiol, Delitala, Schmidt, Vassalli, Santi Romano, Adolf Schönke e Grispigni; na doutrina brasileira, José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz (síntese apresentada por JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal* – Parte Geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, pp. 98-99). O autor ressalva, porém, sua opinião no sentido da admissibilidade da analogia, *in bonam* ou *in malam partem*, às normas penais não incriminadoras. A perfilhar a opinião de Damásio de Jesus, seria, em tese, possível a aplicação do art. 116, inc. do Código Penal às ações punitivas em geral, o que se mostraria mais justo pelas razões já destacadas no presente parágrafo. Contudo, para evitar a insegurança jurídica, defende-se a necessidade de edição de lei a respeito, que discipline expressamente a matéria.

<sup>560</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 279.

hipótese de prejudicialidade entre causas judiciais punitivas, menos ainda à luz da jurisprudência que se formou na Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o *ne bis in idem*. Não se colocou ao legislador, portanto, a análise da possibilidade de suspensão ou de extinção do processo punitivo prejudicado em razão da existência do processo punitivo prejudicial à luz do *ne bis in idem*.

#### 4.6 FLEXIBILIZAÇÃO DO DOGMA DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PUNITIVAS

Já se afirmou anteriormente que a suspensão do processo é um dos possíveis efeitos da prejudicialidade, mas não constitui seu elemento ou requisito. A prejudicialidade pode existir independentemente de previsão legal de suspensão do processo. A suspensão do processo, por seu turno, nos casos de prejudicialidade, depende de previsão legal expressa.

Viu-se, também, que a prejudicialidade pode recair sobre o mérito, a ação ou o processo. O *ne bis in idem* [isto é, a ausência de outra ação punitiva já julgada ou em andamento pelo mesmo fato] foi subsomido a pressuposto processual objetivo, o que se mostrou desejável para assegurar a máxima proteção dos valores implicados com a garantia universal.

Por fim, concluiu-se que as regras de suspensão do processo e de prejudicialidade existentes no ordenamento jurídico-processual brasileiro não foram editadas para e tampouco são aplicáveis aos processos punitivos em geral, pois não se prestam a assegurar a garantia contra a dupla imputação.

Sem embargo, a despeito da falta de previsão legal de suspensão do processo em razão do *ne bis in idem*, o reconhecimento da garantia universal, por si só, enquadrada à categoria de pressuposto processual objetivo, desde logo justifica, sem necessidade de qualquer esforço legislativo ou interpretativo, o indeferimento de ações punitivas concomitantes ou sucessivas, a suspensão do processo em andamento da causa punitiva prejudicada e, julgado o mérito da causa prejudicial, a extinção do processo judicial punitivo da causa punitiva prejudicada.

O *ne bis in idem*, em sua vertente processual, constitui pressuposto processual objetivo nas ações punitivas.

A possibilidade de transposição dos fenômenos processuais estudados neste capítulo para fora dos limites do processo judicial, com o objetivo de inibir ou obstar a instauração e a tramitação de processo punitivo não judicial em face da existência de processo punitivo

judicial em andamento ou findo, deve ser analisada à luz do princípio da separação de Poderes. É preciso lembrar, todavia, que o *ne bis in idem*, desde a sua origem, é um princípio do processo penal que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos estendeu aos processos punitivos em geral, a fim de depor o rótulo que certos Estados apõem aos ilícitos por eles definidos, de modo a evitar não apenas a burla de etiquetas, mas, também, a dupla imputação e punição pelos mesmos fatos.

É possível que o indivíduo, por um ato ímprobo, responda a uma ação penal, a uma ação por improbidade administrativa e a um processo por falta disciplinar contra a Administração Pública, em razão do mesmo suporte fático, em sua perspectiva naturalística, com variações irrelevantes de tipologia abstrata do comportamento proibido.

Pode-se impedir o trâmite das ações não penais concomitantes ou sucessivas, com fundamento nas regras de prevalência da esfera penal e no *ne bis in idem*?

Há quem sustente que a existência de esferas punitivas se justifica pela distinção da finalidade das penas, repressivo-preventivas, num caso, e pedagógico-disciplinares, noutro<sup>561</sup>. Humberto Ávila afirma nesse sentido que: “[a] tutela da probidade encontra guarida num modelo punitivo mais rigoroso, com menor espaço ao princípio do *non bis in idem* por força de comando constitucional ostensivo”<sup>562</sup>. Com isso, conclui o autor:

Não é possível invocar o *non bis in idem* com o mesmo alcance geral na tutela das relações entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador quando se trata de perquirir atos de improbidade administrativa, na lógica dicção do art. 37, § 4º, da Carta da República e do que veio a ser consagrado, ao abrigo do princípio democrático, na própria Lei 8.429/92 [...]. A independência genérica entre as instâncias, calcada na separação de Poderes, não seria óbice à concretização de vetores de interdependência, culminando no princípio do *non bis in idem*, em perspectiva geral. Insistimos na importância de se manejar o princípio da divisão de Poderes e da interdependência das instâncias punitivas, em busca de critérios coerentes, racionais, justos e eficientes de manejo do Direito Sancionador. Todavia, o texto constitucional, ao preocupar-se com a patologia social da improbidade administrativa, avançou e relativizou o princípio do *non bis in idem*, enfraquecendo-o nesse cenário tão especializado em homenagem à preservação de outros valores. No tratamento da improbidade administrativa, pois, o texto constitucional já mencionado há de ser interpretado em sintonia com os princípios de divisão de poderes e democrático, ganhando densidade peculiar a vedação ao *bis in idem*. Exige-se, aqui, a independência das instâncias na tutela de fatos unitários que, configurando improbidade, transcendam essa esfera e configurem também crimes, contravenções, ilícitos disciplinares. Daí a

<sup>561</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* Op. cit., p. 333.

<sup>562</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* Op. cit., pp. 341-342.

distinção a ser feita, porque, neste campo punitivo, não se pode usar dos mesmos critérios manejados noutras esferas<sup>563</sup>.

Sob essa ótica, enfim, o Poder Constituinte originário teria feito a opção por um tratamento punitivo autônomo da improbidade administrativa.

Não se vê, contudo, razão para tal discrimen.

Em primeiro lugar, para o réu, pouco importa a finalidade da pena, pois a restrição ao direito individual é a mesma. Se dois estatutos preveem a perda da função pública em decorrência de determinada conduta antijurídica – um com caráter punitivo e outro com caráter disciplinar – sendo o réu absolvido no primeiro processo, seria razoável a admissibilidade de nova acusação pelo mesmo fato em outro processo sob o fundamento de que a pena, embora idêntica, tem finalidade diversa? É claro que não.

Em segundo, o *ne bis in idem* é uma norma supralegal que alberga direitos constitucionais tão caros quanto a probidade administrativa (dignidade da pessoa humana, justiça, equidade, segurança jurídica, proibição do excesso, presunção de inocência e proporcionalidade). Por sua importância, não seria razoável que fosse simplesmente invalidada pelo princípio da separação de poderes e pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal. É fundamental que se busque um equilíbrio, de modo que a máxima realização do princípio da independência das esferas punitivas e da tutela da probidade administrativa não implique o completo aniquilamento da regra supralegal e, conseqüentemente, a desproteção dos direitos por ela tutelados.

Para ficar apenas no campo da segurança jurídica, a garantia do *ne bis in idem* abarca a da coisa julgada, que tem chancela constitucional (art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88).

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal contém a ressalva “sem prejuízo da ação penal cabível”, o que faz todo sentido. Quer dizer, a propositura da ação de improbidade administrativa não obsta ao ajuizamento e o processamento da ação penal; mas nada autoriza a leitura do dispositivo constitucional ao revés, ou seja, como se dele também constasse “sem prejuízo da ação não-penal cabível”. A ação penal, por si, já é adequada à imposição das sanções previstas no dispositivo constitucional, que deve, pois, ser harmonizado com a garantia universal, a fim de evitar a duplicidade de processos punitivos e o conseqüente excesso de poder punitivo estatal.

De outra parte, o *ne bis in idem* só atua nas ações punitivas, e não em ações de caráter compensatório (ressarcitório, reparatório ou indenizatório). Assim, por exemplo, no caso de

---

<sup>563</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... Op. cit.*, pp. 341-342.

sobreposição entre ação penal e ação de improbidade administrativa, é possível invocar a garantia, o mesmo não ocorrendo entre a ação penal e a *actio civis ex delicto*, e a ação penal e a ação civil pública para reparação do dano ao erário público.

Dúvidas podem surgir no caso de ações complexas que veiculam pedidos cumulados, como é o caso da própria ação penal (por força do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal) e da ação de improbidade administrativa, ambas com caráter punitivo e ressarcitório.<sup>564</sup>

Nos dois casos, a pretensão ressarcitória poderia ser veiculada mediante ação autônoma, dando ensejo, respectivamente, à *actio civis ex delicto* e à ação civil pública.

Se, não obstante, o autor decida cumular os pedidos numa só ação, indaga-se, a suspensão ou a extinção da causa punitiva prejudicada, em razão da garantia processual do *ne bis in idem*, autoriza o prosseguimento da ação não penal quanto ao pedido ressarcitório?

---

<sup>564</sup> “Quatro são os sistemas sobre o relacionamento entre a ação civil para reparação do dano e a ação penal para a punição do autor do crime: (1) o da confusão; (2) o da solidariedade; (3) o da livre escolha; e (4) o da separação. [...] O **sistema da confusão** é o mais antigo de todos e o único que existia na Antiguidade. Antes de o Estado chamar a si a solução dos conflitos, o ofendido buscava a reparação *lato sensu* do dano e a punição por meio da ação direta sobre o ofensor. Por esse sistema, a mesma ação visa à imposição da pena e ao ressarcimento. A própria “reparação” não era vista como uma forma de recompor os danos sofridos, mas possuía um caráter penal, repressivo, de um mal que se impõe a alguém pela autoria de um delito. [...] No **sistema da solidariedade**, há duas ações distintas, uma penal e outra civil, ambas exercidas no mesmo processo, e diante do juiz criminal. Há, pois, uma cumulação obrigatória de ações, perante o juízo penal. [...] De acordo com o **sistema da livre escolha**, se a parte quiser promover a ação de satisfação do dano na esfera civil, poderá fazê-lo, mas, neste caso, em face da influência que a sentença penal exerce sobre a civil, deverá o juiz cível paralisar o andamento da ação até o julgamento definitivo da ação penal para evitar decisões irreconciliáveis. Por outro lado, é possível cumular as duas ações no processo penal. Trata-se, portanto, de cumulação facultativa. [...] Finalmente, o **sistema da independência** é aquele em que as duas ações devem ser propostas de maneira independente, uma no juízo penal, outra no cível. A justificativa seriam as diferenças das duas ações, uma que versa sobre o direito público, de natureza não patrimonial, e outra, tendo por objeto questão de direito privado, de natureza patrimonial, o que desaconselharia que corresse juntas. [...] Predominava o entendimento de que o Código de Processo Penal brasileiro adotava o sistema da independência. O art. 63 do CPP, ao estabelecer que, “*transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*” (destacamos), sugeria que se adotava o sistema da solidariedade. Todavia, o art. 64, dispondo que, “*sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível [...]*” (destacamos), mostrava claramente que o sistema adotado era o da independência, embora com a peculiaridade de a sentença penal condenatória já conferir à vítima um título executivo judicial, porém ilíquido. Era, pois, um sistema da independência mitigado ou atenuado. [...] Todavia, com a reforma do CPP de 2008, houve, ainda, maior aproximação com o sistema da solidariedade, na medida em que a Lei 11.719/2008 acrescentou um parágrafo único ao art. 63, dispondo que: “*Transitado em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido*” (destacamos). De outro lado, a mesma lei deu nova redação ao inciso IV do art. 387, prevendo que o juiz, ao proferir sentença condenatória “*fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*” (destacamos). Em suma, a sentença penal condenatória passou a poder ser **título executivo líquido, ainda que parcialmente**. [...] Não há, porém, cumulação obrigatória ou facultativa. A vítima que desejar promover a ação de reparação do dano terá de fazê-lo perante o juiz cível. O Código de Processo Penal concedeu ao juiz a **faculdade** de suspender o julgamento definitivo da ação civil até o término da ação penal (CPP, art. 64, parágrafo único).” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 212-213). (grifos no original).

Araken de Assis explica que a questão era controversa no CPC/1973:

O art. 116, segunda parte, do CPC de 1939, com a redação reformada pelo Dec.-lei 4.565, de 11.08.1942, permitia ao juiz, antes de finda a instrução, de ofício ou a requerimento da parte, desmembrar ações cumuladas, regra invocável nos casos de pedidos incompatíveis ou de ações jungidas a procedimentos inconciliáveis (Jorge Americano, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 225 e Pedro Baptista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 2, nº 30, p. 51. No direito argentino, Atilio Carlos González, *La pluralidad em el proceso cil y comercial*, § 11, pp. 38 e 39). [...] Nada obstante, nenhuma explicação adicional se expunha quanto à reprodução da ação desmembrada. Insistia-se, porém, que ela prosseguia no mesmo juízo, cogitando-se do aproveitamento dos atos já praticados (Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, nº 342, p. 279). De Plácido e Silva, explicitando que a regra operava quando a cumulação era despida de fundamento legal, lembrava que, anteriormente ajuizadas as ações em um só “corpo de autos”, formar-se-iam a partir do desmembramento de autos próprios para cada uma das ações (De Plácido e Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, nº 296, p. 228). E Zótico Batista aduzia que, rescindida uma ação, o juiz se reservava a “principal” (Zótico Batista, *Código de Processo Civil anotado e comentado*, v. 1, p. 37). É inegável a falta de clareza dessas recomendações. De um lado, se por violação aos limites do art. 155 do CPC de 1939, que erigia os requisitos do cúmulo de pedidos naquele diploma, poder-se-ia imaginar que a ação sofreria o corte, de outro, a composição dos autos próprios, nos quais correria a ação desmembrada, permanece no oblívio. [...] O CPC de 2015, mesmo considerando o disposto no art. 113, § 1º, aqui aplicável por analogia, desconhece regra análoga ao art. 116 do CPC de 1939 (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 2, nº 567, p. 338, sugere o desmembramento, sem explicar todas as repercussões praticadas do ato ou conciliá-lo com o princípio da demanda (art. 2º do CPC de 2015)). Vigora, ao invés, o princípio da demanda, cuja compreensão refuga a hipótese de a demanda, de início cumulada, dividir-se em duas ulteriormente, porque esta não constitui a vontade do autor. Por isso, adota-se a tese que o preserva, ou seja, a ação desmembrada extingue-se-á, podendo ser proposta, *si et in quantum*, segundo os desígnios do autor<sup>565</sup>.

Portanto, extinto o processo da causa prejudicada, em razão do julgamento de mérito da prejudicial, eventual pretensão ressarcitória remanescente deverá ser deduzida em ação nova.

Entre processos punitivos instaurados dentro de um mesmo Poder incide o *ne bis in idem*, não havendo que se falar em violação ao princípio da separação de poderes.

No Supremo Tribunal Federal, o *leading case* sobre a independência da esfera cível em relação à penal e à administrativa, foi o MS 22899/SP, relatado pelo ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ de 16/05/2003, p. 279, de cuja ementa

<sup>565</sup> ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 266.

consta o seguinte: “É tranquila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. Precedentes do STF.” Ocorre que os *precedentes* a que se refere o acórdão são aqueles mesmos julgados que invocavam a independência das esferas penal e administrativo-disciplinar, à luz do princípio da presunção de inocência, sem nenhum outro fundamento, sem invocar, sequer, o art. 37, § 4º, da CF/88, que somente foi acrescido aos fundamentos em julgados mais recentes.

Ou seja, a partir de 2003, o STF estendeu o princípio da independência entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar aos processos civis punitivos, inclusive àqueles instaurados mediante ações de improbidade administrativa (fundadas na Lei 8.429/92, alterada pela Lei 14.230/2021), com fundamento na doutrina administrativista dos anos 1960 e 1970, que defendia a autonomia do Direito Administrativo sancionador, mesmo fundamento que vinha sendo utilizado para justificar a independência das esferas penal e administrativo-disciplinar.

A jurisprudência do STF mais se ocupou em identificar as hipóteses de *comunicabilidade* entre as esferas punitivas do que em fundamentar a independência entre elas<sup>566</sup>. Tais decisões foram proferidas pelo STF no exercício de sua função recursal, não constitucional, e nenhuma delas levou em conta a garantia processual do *ne bis in idem* como norma supralegal.

O princípio da independência das esferas punitivas, originado na jurisprudência do STF para reger a relação entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar, perdura desde os anos 1960 e 1970 com os mesmos fundamentos doutrinários, sendo utilizado para reger a relação entre novos processos punitivos criados após a CF/88, sobretudo pelos movimentos de desestatização (que redundaram na criação das agências

---

<sup>566</sup> Na Reclamação 2138/DF, relatada pelo ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, julgada em 13/06/2007, o Tribunal Pleno tratou da usurpação da competência constitucional do STF para o processo e julgamento de Ministro de Estado nos crimes de responsabilidade definidos na Lei nº 1.079/50. No ARE 683235 RG/PA, relatado pelo ministro Cezar Peluso, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, julgado em 30/08/2012, o Pleno do STF reconheceu a repercussão geral da questão da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 – a prefeitos, ocupando-se em definir a natureza da ação de improbidade administrativa e das sanções previstas na LIA. Na Pet 3240 AgR/PR, relatada pelo ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão o ministro Roberto Barroso, julgada em 10/05/2018, o Tribunal Pleno discutiu a sujeição dos agentes políticos ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade, e declarou que o foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às Ações de Improbidade Administrativa. Neste último julgado, ao assentar que “Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas [...]. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição”, o Tribunal Pleno, mais uma vez, não apresentou qualquer fundamentação para a proclamada independência entre as esferas punitivas.



reguladoras e na descentralização do poder punitivo estatal) e de combate à corrupção (que resultou na aprovação da Lei 8.429/92, alterada pela Lei 14.230/2021). Seus fundamentos foram transpostos para justificar a independência do processo civil punitivo sem qualquer reestruturação, e até mesmo, de forma acrítica, sem uma fundamentação clara e precisa<sup>567</sup>.

Só mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal apontou o art. 37, § 4º, da CF/88 como fundamento constitucional do “princípio” da independência das esferas punitivas<sup>568</sup>.

De fato, no campo da improbidade administrativa, tem-se o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e a pujança social de combate à corrupção<sup>569</sup>.

O Estado é uno, o que varia são as diversas formas de respostas estatais à corrupção, as quais independem umas das outras. Mas tal independência não é absoluta na medida em que o exercício do *jus puniendi* estatal por uma das vias (penal, civil ou administrativa) inibe a concomitância ou subsequências das demais. O manejo concomitante ou sucessivo das várias respostas estatais pelo mesmo fato representa excesso do poder punitivo. Não se trata de defender a teoria do poder punitivo estatal único, que rechaça a independência das esferas punitivas. Diferentemente, advoga-se que as esferas punitivas são independentes, enquanto o *ne bis in idem* impõe que não podem ser acionadas ao mesmo tempo. Do contrário, o art.

<sup>567</sup> Exemplificativamente, no HC 97567, relatado pela ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 de 21/05/2010, a independência entre as esferas administrativa e penal foi invocada no âmbito do processo administrativo sancionador geral, para concluir que “a decisão do Banco Central em procedimento administrativo não impede a atuação do Ministério Público, que é o titular da ação penal (art. 129, I, da CF)”. O mesmo princípio da independência das esferas punitivas também foi utilizado para justificar a tramitação conjunta do processo penal e do processo administrativo disciplinar militar (cita-se, entre muitos julgados, a título de exemplo: RMS 26510/RJ, relator o ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-055 de 26/03/2010; AI 681487 AgR/SP, relator o ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, DJe-022 de 01/02/2013; ARE 1244153 AgR/SP, relator o ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 03/03/2020, DJe-053 de 12/0/2020). Nenhum desses acórdãos, ao citar a independência das “instâncias” punitivas, apresentou qualquer fundamentação a respeito, limitando-se a justificá-la pela jurisprudência da Corte Suprema.

<sup>568</sup> O art. 37, § 4º, da CF/88 somente foi apontado como fundamento constitucional da “autonomia das instâncias” quando se discutiu a natureza da Ação de Improbidade Administrativa para afastar o foro por prerrogativa de função, e declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acrescentou o § 2º ao art. 84 do CPP (ADIs 2.797-2 e 2.860-0, em 15/09/2005), sendo recentemente reafirmado pelo Tribunal Pleno, no RE 976566, relatado pelo ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019, DJe de 26/09/2019, que assentou a seguinte tese: “processo e 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.” Há que se ver, contudo, que a questão debatida e decidida estava mais voltada à natureza jurídica dos ilícitos e das sanções do que propriamente à duplicidade de processos punitivos.

<sup>569</sup> “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 da 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.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988... Op. cit.*).

37, § 4º, da Constituição Federal, ao elevar o espectro de atuação do poder punitivo estatal, tornaria inócua a garantia universal do *ne bis in idem*.

No âmbito da improbidade, o art. 37, § 4º, da Lei Maior, contemplou não apenas um mandado de criminalização, mas, também, de imputação civil, político e administrativo. Esses, contudo, não podem ser cumpridos em sobreposição.

Do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, é possível extrair que: i) o ajuizamento de ação civil e administrativa punitiva, com vistas à imposição das penas de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública (visto que as medidas de indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário não têm caráter punitivo) independe de ação penal; e ii) nada impede o ajuizamento da ação penal, mas disso não deflui a possibilidade de concomitância das respostas punitivas.

A rigor, a Constituição Federal não prevê expressamente o princípio da independência das esferas punitivas, mas tão somente o sobreprincípio da independência dos poderes (art. 2º). O “princípio da independência das esferas punitivas”, construído pelo STF, com base na doutrina administrativista dos anos 1960 e 1970, que defendia a autonomia do Direito Administrativo sancionador antes da Constituição Federal de 1988, só recentemente passou a ser lastreado no seu art. 37, § 4º.

Dir-se-á que o princípio da independência das esferas punitivas está expresso no art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, que ressalva a possibilidade de aplicação de sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas, além daquelas sanções previstas na própria LIA. Contudo, o *status* hierárquico da garantia universal sobrepe-na às das leis ordinária e complementar (item 2.4).

Em 1992, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico interno o *ne bis in idem* com *status* de norma supralegal, que se desdobra em duas normas: (1) proibição contra a dupla imputação; e (2) proibição contra a dupla punição, pelos mesmos fatos. A primeira norma prevalece sobre a segunda, esta última aplicável aos casos em que a causa prejudicada for julgada antes da propositura da causa prejudicial, de processos punitivos transnacionais e de penas impostas em acordos, no âmbito da justiça consensual e da autonomia de vontades. No mesmo ano, o Congresso Nacional aprovou a Lei 8.429/1992, que regulamentou o art. 37, § 4º, da CF/88, abrindo ensanchas à profusão de processos, concomitantes e subsequentes, pelo mesmo fato, o que tornaria inócua o princípio universal do *ne bis in idem*.

Ocorre que causas punitivas de matizes diversos atraem a incidência da garantia universal do *ne bis in idem*, a qual proíbe a duplicidade de processos punitivos.

Acredita-se que seja possível harmonizar o princípio da independência das esferas punitivas com o princípio do *ne bis in idem*, de modo que a máxima aplicação daquele não acarrete o aniquilamento deste, e dos direitos albergados pela garantia universal.

O presente estudo não defende a teoria do poder punitivo estatal único, mas sim que o Estado pode punir por diversos instrumentos ao seu alcance. É possível, porém, desdobrar a fórmula do art. 37, § 4º, da Carta Magna para, sem refutar a preocupação do constituinte, harmonizá-la à norma supralegal.

De fato, as sanções de suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública independem do ajuizamento da ação penal e, por outro lado, o ajuizamento da ação penal também as assegura (art. 15, inc. III, da CF/88 e art. 92, inc. I, do CP).

O Estado não deixa de processar e punir, podendo fazê-lo por qualquer dos meios processuais ao seu alcance. Seus órgãos públicos, todavia, devem atuar coordenadamente (daí a importância da cooperação interna), de forma a evitar a concomitância de imputações, o que representaria excesso de poder estatal em detrimento dos direitos albergados pela garantia universal do *ne bis in idem*.

Enfatize-se que a vedação à multiplicidade de processos por um mesmo fato não esvazia o conteúdo da norma contida no art. 37, § 4º, da Constituição Federal<sup>570</sup>, tampouco deixa a descoberto os valores que ela visa a resguardar.

Veja-se: os atos de improbidade administrativa podem ou não configurar crime.

Assim, se o ato de improbidade administrativa não configura crime, a ação da LIA é cabível com vistas à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento de erário, na forma e gradação previstas na Lei de Improbidade Administrativa, tal como dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Se, porém, o ato de improbidade administrativa configurar crime, é cabível tanto a ação de improbidade administrativa quanto a ação penal, sendo esta última suficiente à suspensão dos direitos políticos e à perda da função pública, efeitos da condenação criminal previstos, respectivamente, no art. 15, inc. III, da Constituição Federal, e no art. 92, inc. I, alínea *a*, do Código Penal. Na ação penal, dois caminhos se abrem: (1) postular, na denúncia, a reparação do dano ao erário público; oportunizar o contraditório; e fixar, na sentença, o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal (art. 387, inc. IV), sem

---

<sup>570</sup> “Art. 37. [...]”

§ 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.” ((BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988... Op. cit.*).

prejuízo das medidas cautelares reais necessárias a assegurá-lo; ou (2) promover a ação civil pública com vistas a assegurar a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

O *ne bis in idem* não impede a tramitação concomitante da ação penal e a ação civil pública de ressarcimento ao erário público: a uma, o legislador, ao priorizar a celeridade da reparação do dano, não previu a suspensão do processo civil da ação civil pública reparatória do dano; a duas, a ação civil pública que veicula o pedido de reparação de dano não se confunde com a ação de improbidade administrativa porque não tem caráter punitivo, mas, sim compensatório e, assim, não atrai a incidência da regra do *ne bi in idem*.

Promovida a ação penal, uma eventual ação de improbidade administrativa concomitante ou subsequente resultará prejudicada em razão do *ne bis in idem*, nada obstando a propositura, a qualquer tempo, da *actio civis ex delicto*. Tal solução não retira a importância da ação de improbidade administrativa, sempre cabível se o ato ilícito não configurar crime ou, mesmo que o configure, se a ação penal não for promovida ou o processo penal for extinto sem resolução de mérito. Se, porém, a ação penal for extinta sem julgamento do mérito, a ação de improbidade administrativa poderá ser proposta ou retomar o seu andamento.

Desde logo é lícito concluir que o princípio constitucional da independência das esferas punitivas não é absoluto, e o art. 37, § 4º, da Constituição Federal merece uma releitura, de forma a harmonizá-lo à garantia universal, a fim de salvaguardar os direitos constitucionais implicados com o *ne bis in idem*.

O princípio da independência das esferas punitivas, de construção pretoriana, a despeito da falta de menção expressa nos acórdãos do STF que o invocam desde 1954, sempre esteve claramente ligado ao sobreprincípio da separação de poderes. Só mais recentemente o STF passou a justificá-lo com base no art. 37, § 4º, da CF/88.<sup>571</sup>

Tais fundamentos de validade do princípio da independência das esferas punitivas (a separação de poderes e o art. 37, § 4º, da CF/88), contudo, devem ser revisitados à luz da

---

<sup>571</sup> O Pleno do STF, no RE 976566, relatado pelo ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019, publicado no DJe de 26/09/2019, com base no art. 37, § 4º, da CF/88, firmou a tese de que os prefeitos municipais se sujeitam às ações de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92, sem prejuízo do processo de *impeachment* perante a Câmara Municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei nº 201/67). A Reclamação 41.577, porém, relatada pelo ministro Gilmar Mendes, julgada em 03/07/2020, concluiu que o Ministério Público não pode propor ação civil pública baseada nos mesmos fatos que constavam de ação penal trancada, sob pena de duplicidade de julgamento e ofensa ao *ne bis in idem*, a evidenciar a *independência mitigada* entre as esferas punitivas, com fundamento, segundo o acórdão, “nos princípios da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92)” (caso da “máfia da merenda”, envolvendo o ex-deputado estadual Fernando Capez).

norma supralegal do *ne bis in idem*, pelo manejo dos postulados da coerência, da proibição de excesso e da proporcionalidade.

Há, contudo, um completo distanciamento entre a jurisprudência do STF sobre o princípio da independência das esferas punitivas e a interpretação dada pela CEDH à garantia universal do *ne bis in idem*, previsto nos principais tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.



## CAPÍTULO 5 – DUPLICIDADE DE PROCESSOS JUDICIAIS E NÃO JUDICIAIS PUNITIVOS

### 5.1 INTRODUÇÃO

No capítulo anterior analisou-se a sobreposição de processos judiciais punitivos.

Neste capítulo busca-se sindicatar a relação existente entre processos judiciais punitivos e processos não judiciais punitivos, e entre processos não judiciais punitivos entre si.

São processos judiciais punitivos: o processo penal – punitivo por natureza –, o processo civil da ação de improbidade administrativa, e o processo judicial-administrativo sancionador da Lei Anticorrupção.

Os processos não judiciais punitivos compreendem: i) o processo administrativo-sancionador em suas três esferas (federal, estadual e municipal) e, entre esses, inclusive, o processo administrativo-disciplinar; ii) o processo político (de *impeachment*, por crimes de responsabilidade); e iii) o processo de contas.

A transposição de regras da Teoria Geral do Processo para a regência de relações entre processos judiciais e não-judiciais seria de duvidosa juridicidade, à míngua de uma teoria geral do processo punitivo, inclusive porque a autonomia entre essas esferas punitivas envolve a independência entre os Poderes da União, no exercício de suas funções jurisdicionais anômalas ou própria.

Sem embargo, não há como reverter a tendência universal de descentralização do poder punitivo estatal, como denota a criação de agências reguladoras, cujos estatutos legais constitutivos definem atos ilícitos e respectivas sanções administrativas, regras sobre a sindicância, o processo e o julgamento por autoridades administrativas.

De outra parte, a prevalência do poder punitivo estatal, num dado momento do processo de desenvolvimento humano, social, político e econômico de um Estado não pode solapar por completo as garantias individuais, sob pena de não valerem a pena os avanços no enfrentamento à corrupção, que acabam revertendo em desastrosos retrocessos legislativos e jurisprudenciais no compasso seguinte do movimento pendular que marca o processo evolutivo das sociedades modernas.

Histórica e universalmente, quatro sistemas jurídicos se formaram, visando ao equilíbrio entre a eficiência da máquina estatal punitiva e à garantia de direitos fundamentais

imbricados com o *ne bis in idem* (dignidade da pessoa humana, proibição do excesso de poder punitivo estatal, segurança jurídica, presunção de inocência, equidade e justiça).

Nesse caminho de busca do equilíbrio entre os limites do poder punitivo estatal e a preservação de direitos e garantias individuais, a proposta de James Madison – o “pai da Constituição” e, então, futuro presidente dos Estados Unidos da América – apresentada à Convenção da Philadelphia, em 1787, já ressaltava o processo de *impeachment* da incidência da proibição contra a *double jeopardy*, nos seguintes moldes: “*No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or trial for the same offense.*” A proposta foi aprovada pelos representantes do povo, mas durante a sua tramitação no Senado a redação foi simplificada para que constasse apenas: “*No person shall be twice put in jeopardy of life or limb*”, fórmula já então utilizada pela Constituição da Pensilvânia.

Em outra parte do mundo, no velho continente europeu, o Tribunal Constitucional (TC) e a Suprema Corte Constitucional (STC) espanhóis acolheram o *ne bis in idem* como garantia constitucional derivada dos princípios da tipicidade, legalidade, proporcionalidade e presunção de inocência, mas ressaltaram os processos administrativo-disciplinares de sua incidência<sup>572</sup>. No mesmo sentido, em *leading case* sobre a matéria, já havia decidido o Supremo Tribunal Federal, em precedente que estatuiu, entre os juristas brasileiros, o princípio da independência das esferas punitivas<sup>573</sup>.

Por outro lado, o CEDH, o TJUE, vários Estados europeus que internalizaram a garantia processual do *ne bis in idem* (alguns deles, em sua própria Constituição, como foi o caso de Alemanha e Portugal) afastaram a etiqueta legislativa aposta à sanção e respectivo ato ilícito para, reconhecendo-lhes a natureza penal, fazer incidir sobre o processo a garantia do *ne bis in idem*.

Sem embargo, fala-se, aqui, no dogma da independência das esferas punitivas.

---

<sup>572</sup> Tribunal Supremo: STS 833/2002, de 02/07/2002; Tribunal Constitucional: STC 177/1999, de 11/10/1999.

<sup>573</sup> Ao comentar o voto vencedor do ministro Celso de Mello, proferido no julgamento do MS 21.029/DF, publicado no DJU de 23/09/94, Sirlene Nunes Arêdes anotou: “É possível concluir que a teoria da independência entre as instâncias foi estabelecida, na jurisprudência do STF, em função de processos judiciais que envolvem punições de servidores públicos e com supedâneo na doutrina administrativa que defende a autonomia da responsabilidade administrativa disciplinar em relação à punição penal.” (ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Direito, Estado e Sociedade*. Belo Horizonte: UFMG, n. 52, jan./jun. 2018, pp. 204-240).



Sobre a crise do sistema punitivo, Fábio Medina Osório apresenta os seguintes dilemas: cuida-se de crise da dogmática ou de gestão do sistema punitivo?<sup>574</sup> A solução seria a utópica unificação do poder punitivo estatal? Como ficaria a independência dos Poderes?

A racionalização do sistema legal punitivo brasileiro de enfrentamento da corrupção demanda a harmonização: i) do princípio da separação de Poderes, que tem como uma de suas expressões o princípio da independência das esferas punitivas; ii) do princípio federativo; iii) das regras constitucionais de competência; iv) do art. 37, § 4º, da Constituição Federal; e v) da garantia do *ne bis in idem* e dos direitos constitucionais por ela albergados, pelo manejo dos postulados da coerência, da proibição do excesso e da proporcionalidade.

O Estado Democrático de Direito funda-se em sobreprincípios, entre os quais sugere Humberto Ávila: o da legalidade, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, da separação de Poderes e do devido processo<sup>575</sup>.

As relações jurídicas entre os Poderes, independentes e harmônicas no presidencialismo, e cooperativas no parlamentarismo, são regidas pelo sobreprincípio da separação de Poderes que, inclusive, constitui cláusula pétrea (CF/88, art. 60, § 4º, inc. III). Uma de suas expressões ou corolário é o princípio da independência das esferas punitivas, que não é absoluto, na medida em que deve ser flexibilizado por regras legais e jurisprudenciais que estabelecem: i) a supremacia da esfera penal sobre a cível<sup>576</sup>; ii) a possibilidade de controle judicial (de legalidade) das decisões administrativas; iii) a necessidade de exaurimento da esfera tributária-administrativa para a tipificação do crime material contra a ordem tributária (Súmula Vinculante 24); e iv) a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo como efeito secundário da sentença penal condenatória.

Nos Poderes Executivo e Legislativo, o princípio federativo assegura a autonomia dos entes federativos, de forma horizontal, ou seja, sem prevalência de qualquer um deles, de tal sorte que não é possível falar em preponderância de uma esfera punitiva sobre a outra, o que reforça a ideia de independência das esferas punitivas federal, estaduais, distrital e municipais. As competências legislativas e materiais da União, dos Estados, do Distrito

<sup>574</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 296.

<sup>575</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 126.

<sup>576</sup> O art. 935 do Código Civil assim dispõe: “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.” (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002... Op. cit.*) Outras hipóteses de comunicabilidade entre as esferas punitivas estão previstas no art. 125 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), no art. 82 da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), no art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e nos arts. 68 e 82 da Lei nº 12.529/11 (Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Federal e dos Municípios são ditadas pela Constituição Federal e, assim, não podem ser derogadas pela regra supralegal do *ne bis in idem*, ressalvada, aqui, a possibilidade de compensação de penas ao final, pela incidência da vertente material do *ne bis in idem* (eficácia horizontal).

As regras de competência [material] das Justiças comuns e especiais, federais e estaduais, também estão previstas na Constituição Federal. Assim, por exemplo, a competência material da Justiça Comum Federal é dada pelo art. 109 da Constituição Federal, sendo residual a competência material da Justiça Comum Estadual. A dignidade constitucional das regras de competência material da Justiça Comum Federal justifica o Enunciado 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça que, entre os juristas brasileiros, resolve uma dificuldade que é enfrentada pela Suprema Corte estadunidense quanto à antinomia entre a doutrina da dupla soberania e a cláusula da proibição da *double jeopardy*.

Assim como ocorre com as competências legislativas e materiais dos entes federativos, o *ne bis in idem* também não tem o condão de modificar regras de competência judicial ditadas pela Carta Magna. Se um fato é subsumido, ao mesmo tempo, a crime comum e a crime militar, é um problema de tipicidade a ser resolvido pelos princípios do aparente conflito de normas (especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade), o que não afasta a possibilidade de invocação da garantia processual do *ne bis in idem* a fim de evitar a dupla imputação nos casos de múltipla incidência normativa.

O *ne bis in idem*, em sua vertente processual, opera entre processos punitivos instaurados no âmbito de cada um dos Poderes (eficácia vertical<sup>577</sup>), de modo a evitar a dupla imputação. É discutível, porém, a possibilidade de transposição da garantia para alcançar – e evitar – a instauração de processos punitivos entre os Poderes (eficácia horizontal), porque isso esvaziaria o princípio da independência das esferas punitivas. Nesses casos, ganha relevância a vertente material do *ne bis in idem*, que conduz à compensação das penas ao final dos processos entre os Poderes.

À míngua de uma teoria geral do processo punitivo, a discussão consiste em saber: i) se há justa causa para a instauração e o prosseguimento de uma segunda ação punitiva, ante o resultado da ação punitiva que tramitou perante outro Poder; ii) se é possível, à luz do princípio da separação de Poderes, a edição de lei que prescreva regras de prejudicialidade

---

<sup>577</sup> Há hierarquia entre as instâncias, estabelecida por regras de competência funcional dos tribunais ditadas pela Constituição Federal, e supremacia da jurisdição penal (não propriamente pela graduação da jurisdição, mas em razão da matéria), decorrente de regras infraconstitucionais, materiais e processuais.

entre a causa judicial punitiva e a causa administrativa-sancionadora, bem como a construção de critérios, pelos tribunais para, nesses casos, aplicar a garantia<sup>578</sup>.

Em síntese, não se pode simplesmente transpor regras processuais previstas em leis ordinárias para a regência das relações entre processos judiciais punitivos e processos não judiciais punitivos, porque a sobreposição entre eles implica o princípio constitucional da separação de Poderes, o princípio federativo, as competências constitucionais, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e, por fim, a regra supralegal do *ne bis in idem*.

## 5.2 PROCESSO POLÍTICO (DE *IMPEACHMENT*)

### 5.2.1 Linhas gerais

O processo de *impeachment* nasceu na Inglaterra, no século XIV<sup>579</sup>.

Em 1376, o processo instaurado contra um mercador de Londres, chamado Richard Lyons, atingiu a pessoa de William, Lorde Latimer, o que deu notoriedade à causa e afirmou os contornos políticos do instituto<sup>580</sup>.

<sup>578</sup> Não obstante, dispõe a Lei nº 8.112/90, que trata do processo administrativo-disciplinar dos servidores públicos federais:

“Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.  
Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º. A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º. Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

**Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.**

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (incluído pela Lei nº 12.527, de 2011).” (BRASIL. *Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm)).

<sup>579</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o impeachment*. Disponível em: [www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont](http://www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont). Acesso em: 01 abr. 2020.

<sup>580</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o impeachment... Op. cit.*

Na Inglaterra, a competência para o processo penal e o de *impeachment* estava enfeixada sob um mesmo Poder. Durante o absolutismo na Inglaterra, o duplo controle do monarca sobre os atos dos administradores públicos (*high officials*) era exercido pela Casa dos Lordes, cujos membros eram nomeados pelo rei e podiam impor sanções tão severas quanto a pena de morte e a prisão, tanto no processo penal quanto no processo de *impeachment*, para o qual também eram competentes. “Para escapar a tais punições, os ministros renunciavam antes de ser instaurado o *impeachment*, evitando o processo diante da simples ameaça de serem processados. Gerou-se, aí, o hábito de renunciar ao cargo, definitivamente firmado como tradição do reino inglês”<sup>581</sup>. Não havia, na época, um duplo grau de jurisdição, mas, ao contrário, um duplo controle dos agentes políticos, indiretamente exercido pelo rei, por meio do Poder Judiciário, constituído por nobres por ele nomeados.

“O *impeachment* se tornou um dos principais instrumentos institucionais pelos quais se forjou o parlamentarismo na Inglaterra”<sup>582</sup>. Com o tempo, foi substituído pelo *bill of attainder* (que acabou por receber repulsa geral, pois negava ao acusado um processo adequado). E, embora tenha caído em desuso na Inglaterra, a partir do caso Lorde Melville, em 1806, foi transplantado para a Constituição norte-americana, com substanciais modificações, e hoje é considerado um dos mais importantes instrumentos do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos) que, inclusive, aperfeiçoou o da separação de Poderes na democracia norte-americana<sup>583</sup>.

O processo de *impeachment*, portanto, já possuía longa história na prática inglesa quando a cláusula foi introduzida na Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 1787, e ratificada em 1791.

Na era democrática, a grande inovação da cláusula de *impeachment* na Constituição norte-americana consistiu em separar as competências do processo penal e do processo de *impeachment*, afetando-as, respectivamente, ao Poder Judiciário e ao Senado Federal, bem como restringindo as espécies de sanções aplicáveis pelo Senado aos agentes públicos em geral, à perda do cargo e à inabilitação para o exercício de outro cargo, função ou mandato.

A perda do cargo, portanto, passou a ser possível tanto pela via do processo penal quanto pela via do processo de *impeachment*.

Na verdade, mais que uma simples divisão de jurisdição, a democracia norte-americana transferiu para a sociedade a tarefa de controlar os seus administradores públicos.

---

<sup>581</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o impeachment...* *Op. cit.*

<sup>582</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o impeachment...* *Op. cit.*

<sup>583</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o impeachment...* *Op. cit.*

O *impeachment* norte-americano fortaleceu os princípios democráticos e os da separação de Poderes, elevando o nível de controle sobre os agentes públicos e políticos em geral ao sujeitá-los ao processo penal e ao processo político. Outorgou, também, à Casa dos Representantes, a exclusividade da denúncia, e ao Senado a do julgamento (*article 1, section 3, clauses 6 e 7*) do presidente, vice-presidente e de todos os agentes públicos civis, a fim de serem afastados de seus cargos e funções por traição, suborno ou outros altos crimes ou más condutas (*article 2, section 4*).

A cláusula constitucional de *impeachment* foi concebida com os seguintes fins: i) assegurar a independência das Colônias contra a ameaça do imperialismo inglês ao reservar ao Senado norte-americano parcela do poder punitivo estatal contra agentes públicos, sobretudo detentores do poder; ii) reforçar o sistema de *checks and balances*, que significou o aprimoramento da separação de Poderes pela superfetação do poder punitivo estatal tanto ao Poder Legislativo quanto ao Poder Judiciário; e iii) controlar os agentes públicos. Por isso, a referida cláusula constou em diversas provisões na Constituição dos Estados Unidos da América<sup>584</sup>.

Por outro lado, a cláusula constitucional da *double jeopardy*, na sua redação original, proposta por James Madison aos Constituintes, em 1787, continha ressalva expressa ao processo de *impeachment*, a fim de deixar claro que uma absolvição no processo judicial (processo penal) não eximiria o agente público do processo de *impeachment* e respectivas sanções, nos seguintes termos: “*No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or trial for the same offense.*” Não obstante, a redação adotada foi a que constava na Constituição da Philadelphia (“*No person shall be twice put in jeopardy of life or limb*”).

---

<sup>584</sup> **Article 1, Section 2, Clause 5:**

“*The House of Representatives shall chuse their Speaker and other Officers, and shall have the sole power of Impeachment.*”

**Article 1, Section 3, Clauses 6 and 7:**

“*The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that purpose, they shall be on oath or affirmation. When the President of the United States is tried the Chief Justice shall preside; and no person shall be convicted without the concurrence of two thirds of the Members present.*

*Judgement in cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the party convicted shall nevertheless be liable and subject to indictment, trial, judgment and punishment, according to law.*

**Article 2, Section 4:**

“*The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and conviction of, Treason, Bribery, or other crimes and misdemeanors.*

**Article 3, Section 1:**

“*[...] the Judges, both of the Supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good behavior[...].*” (UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)).

Durante a tramitação na Assembleia Constituinte, a exceção ao processo de *impeachment* foi suprimida por três razões: i) os Constituintes acreditavam que a cláusula [constitucional] do processo de *impeachment* dispensava a ressalva da *double jeopardy clause* pois, segundo o princípio da *expressio unius*, quando a lei especifica exceções a uma regra, proíbe quaisquer outras<sup>585</sup>. Logo, se a Constituição estadunidense excepcionou da garantia da proibição contra a *double jeopardy* apenas o processo de *impeachment*, significava que implicitamente proibiu qualquer outra exceção à regra; ii) o princípio da separação de Poderes assegurava o exercício independente de parcela do poder punitivo estatal pelo Poder Judiciário, no processo penal, e pelo Poder Legislativo, no processo de *impeachment*; e, por fim, iii) a proibição contra a *double jeopardy* era entendida como garantia do processo penal, inclusive porque a fórmula constitucional incluía apenas as sanções de privação da vida e de membro do corpo (*life or limb*), ou seja, a *jeopardy* significava risco de vida e mutilação, o que não se apresentava no processo de *impeachment*<sup>586</sup>.

St. George Tucker, jurista e editor da *Blackstone's Commentaries*, reconheceu que “*a person convicted upon an impeachment shall nevertheless be liable and subject to indictment, trial, judgment, and punishment, according to law.*” E acrescentou: “*And as a conviction upon an impeachment is no bar to a prosecution upon an indictment, so perhaps, an acquittal may not be a bar*”<sup>587</sup>.

Nos Estados Unidos da América, a proibição à dupla imputação não impede a instauração concomitante ou sucessiva do processo de *impeachment*, qualquer que tenha sido o resultado do processo penal pelo mesmo fato e vice-versa.

Tema recentemente debatido naquele país por ocasião da absolvição do presidente Donald Trump no processo de *impeachment* contra ele movido, e que concerne à proibição à dupla imputação, refere-se à possibilidade de instauração de novo processo de

<sup>585</sup> A Suprema Corte já se apoiou no princípio da *expressio union canon* para interpretação de normas constitucionais: *U.S. Terms Limit, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779, 793 n. 9 (1995). O princípio da *expressio union* ampara o entendimento de que a cláusula constitucional de *impeachment* deve ser compreendida como uma exceção à regra [constitucional] que proíbe a *double jeopardy*: *Leatherman* (507 U.S. at 168; *TVA v. Hill*, 437 U.S. 153, 188 (1978); *City of Walla v. Walla Water Co.*, 172 U.S. 1, 22 (1898); *Arthur v. Cumming*, 91 U.S. 362, 363 (1875); *Sturges v. Collector*, 79 U.S. (12 Wall.) 19, 27 (1870)). Suporta o mesmo argumento o fato de que dos 45 Estados norte-americanos que preveem a cláusula de *impeachment*, todos eles ressalvam o processo de *impeachment* da proibição da *double jeopardy* (ISENBERG, Joseph. *Impeachment and presidential immunity from judicial process*. *Yale Law & Policy Review*, v. 53, n. 18, 1999, pp. 92-93).

<sup>586</sup> Somente a partir de meados do século XX é que se passou a discutir a possibilidade de extensão da garantia contra a dupla imputação para outros tipos de processos punitivos, ante a crescente utilização do processo civil como instrumento para imposição de sanções tão severas quanto as penais, salvo a pena privativa de liberdade.

<sup>587</sup> TUCKER, St. George. *Blackstone's Commentaries*. Philadelphia: William Young Birch, Abraham Small, 1803, reprint 1996.

*impeachment* contra o mesmo presidente da República. À luz de novos fatos, não há dúvida que sim, é possível a instauração de novo processo político contra o mesmo presidente. Mas, se os fatos forem os mesmos, ainda que haja alteração na composição do Senado e a despeito da inexistência de óbice constitucional, o *re-impeachment* pelo mesmo fato encontra óbice na V Emenda, ou seja, na garantia constitucional contra a *double jeopardy* e o princípio-regra universal do *ne bis in idem*.

No Brasil, todas as Constituições republicanas submeteram o presidente da República ao processo e às sanções de *impeachment*, cuja cláusula se encontra nos arts. 51, inc. I, e 52, inc. I, da Constituição Federal de 1988<sup>588</sup>. Trata-se, pois, de regra de competência funcional *ratione personae* estabelecida pela Constituição Federal.

O presidente da República e o seu vice-presidente, nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes conexos, podem ser processados e julgados pelos mesmos fatos dos quais foram absolvidos ou condenados pelo Senado Federal no processo de *impeachment*, e vice-versa, ou seja, podem ser processados por crime comum, mesmo que tenham sido absolvidos ou condenados no processo político.

A Câmara dos Deputados é competente para a instauração do processo contra o presidente da República, o seu vice-presidente e os ministros de Estado, mediante aprovação de dois terços de seus membros. O Senado Federal, por sua vez, é competente para o processo e julgamento do presidente da República e do seu vice-presidente, nos crimes de responsabilidade, bem como dos ministros de Estado e dos Comandantes das três Armas, nos crimes conexos (arts. 51, inc. I, e 52, inc. I).

A garantia processual do *ne bis in idem* não impede a instauração e a tramitação, concomitante ou subsequente, do processo de *impeachment*, por crime de responsabilidade, perante a respectiva Casa Legislativa, e do processo penal, por crime comum, perante o Poder Judiciário, pelos mesmos fatos. Em outras palavras, embora o fato seja o mesmo, sua desqualificação como crime de responsabilidade não afasta, por completo, a possibilidade de ocorrência de crime comum, e vice-versa, por razões que se complementam: i) *histórica*: a necessidade do *double check* já existia na Inglaterra, onde o *impeachment* foi considerado um dos principais instrumentos institucionais pelos quais se forjou o parlamentarismo inglês, como também nos Estados Unidos da América, onde foi reconhecido como um dos mais importantes mecanismos do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), que

---

<sup>588</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

aperfeiçoou o da separação de Poderes; ii) *sistemática*: a cláusula de *impeachment* está expressa na CF/88 e, como tal, não pode ser derogada pela regra supralegal; iii) *lógica*: a regra supralegal do *ne bis in idem* não tem o condão de invalidar regras constitucionais de competência funcional *ratione personae*, porque estas, em última análise, são ditadas em função de interesse público; iv) *política*: a dependência das esferas daria à Casa Legislativa o direito de conceder indiretamente o perdão judicial, o que é inadmissível, pois cada um dos processos – judicial e político – serve a finalidades distintas: o de *impeachment* tem por finalidade prevenir o mau exercício de um cargo ou função, de natureza política, com vistas a salvaguardar o Estado contra a ruína de seu governo e a deterioração de sua governabilidade, ao passo que o processo judicial punitivo visa a reprimir o agente político pela corrupção e improbidade administrativa; v) *epistemológica*: o julgamento político é regido por racionalidade diversa e influenciado por motivações políticas, as quais não constituem, necessariamente, fundamentos válidos para alicerçar uma condenação criminal; vi) *deontológica*: o insucesso do *impeachment* imunizaria o agente político das sanções penais pelo ato ilícito penal praticado e, por outra volta, encerrado o mandato, não seria mais possível responsabilizá-lo politicamente. Por fim, há uma relevantíssima distinção entre a ação por crime comum e a ação por crime político: a legitimidade ativa.

Dentre essas razões, sobrepõe-se destacar que a perda do mandato no julgamento político não é, necessariamente, baseada nos mesmos fundamentos que justificam o efeito secundário da condenação criminal (art. 92, inc. I, do Código Penal). Analogamente, no júri, o jurado pode absolver o réu por causas supraleais de exclusão da ilicitude (art. 483, inc. III do Código de Processo Penal). No processo político, diferentemente do processo judicial, o dever de motivação da decisão não está presente, o que evidencia que o julgamento político pode ser pautado por razões de conveniência política, as quais não constituem fundamentação idônea a embasar as decisões judiciais, que são tomadas com base em raciocínio lógico, jurídico e dedutivo, já que um processo e outro servem a finalidades diversas, assim como as respectivas sanções.

Em síntese, a cláusula de *impeachment* – regra constitucional de competência funcional *ratione personae* – não pode ser derogada pela regra supralegal que proíbe o *bis in idem*, pelo que se mostra perfeitamente cabível a duplicidade entre o processo judicial punitivo e o processo político pelo mesmo fato.



### 5.2.2 Duplo regime sancionatório dos agentes políticos

Na Reclamação 2.138/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu que compete a este Tribunal, o processo e julgamento dos ministros de Estado nos crimes de responsabilidade por eles cometidos, os quais se encontram definidos na Lei nº 1.079/50, com fundamento no art. 102, inc. I, alínea *c*, da Constituição Federal<sup>589</sup>.

Bem entendido, extraiu-se do *v. acórdão*, que: i) compete ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento dos ministros de Estado nos crimes de responsabilidade definidos pela Lei nº 1.079/50, salvo nos crimes de responsabilidade conexos com os do presidente e o vice-presidente da República, os quais, por força da cláusula constitucional de *impeachment*, são processados e julgados pelo Senado Federal (art. 52, inc. I); ii) os ministros de Estado e os demais agentes políticos mencionados no art. 2º da Lei nº 1.079/50 (presidente da República, ministros do Supremo Tribunal Federal e procurador-geral da República) não se sujeitam à ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 14.230/21. Vale dizer que o STF equiparou crimes de responsabilidade [praticados por esses agentes políticos] com atos ilícitos contra o patrimônio público definidos na LIA, ao não admitir a concorrência entre os dois regimes de responsabilidade.

A razão subjacente à decisão colegiada, tomada por apertada maioria, encontra-se na indisposição de afetar a juízes de primeiro grau, o poder para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, inc. I, alínea *c*, da Constituição Federal.

A indisposição é compreensível, mas não as razões que justificaram a decisão. Crimes de responsabilidade nada têm a ver com atos ilícitos civis de improbidade administrativa, os quais têm definição própria e sujeitam-se a sanções civis, políticas e administrativas. Sem embargo, o que fez o Supremo Tribunal Federal, ainda que por via oblíqua, foi obtemperar o princípio da independência das esferas punitivas – a evidenciar que não se cuida de princípio absoluto –, por aplicação indireta da regra processual do *ne bis in idem*.

Já no caso emblemático da Pet 3.240 AgR/DF, julgada em 10/05/2018, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, orientação inversa, no sentido de que os

---

<sup>589</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional 2.138/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/06/2007, publicado no DJe de 18/04/2008.

agentes políticos se submetem ao duplo regime sancionatório (o da Lei nº 8.429/92 – atual Lei nº 14.230/21 - e o da Lei nº 1.079/50, que dispõem sobre crimes de responsabilidade). Todos os ministros do STF reconheceram no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, o fundamento constitucional para o duplo regime sancionatório (civil e penal)<sup>590</sup>.

As correntes de opinião buscaram superar a perplexidade de submeter agentes políticos detentores dos mais importantes cargos da organização estatal à possibilidade de sofrerem as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 (atual Lei nº 14.230/21), entre as quais constam a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos, em processo de competência de juiz de primeiro grau. Ao final, porém, por maioria, prevaleceu o entendimento de que nas ações de improbidade, os agentes políticos não fazem jus ao foro especial por prerrogativa de função<sup>591</sup>.

### 5.2.3 O *impeachment* de governadores, secretários de Estado, prefeitos e vereadores

É relevante pontuar, no âmbito da problemática atinente à duplicidade de processo punitivo judicial e processo político, que a cláusula de *impeachment*, prevista na Constituição Federal, somente se aplica ao presidente e vice-presidente da República, aos ministros de Estado e aos comandantes das Três Armas (art. 51, inc. I).

Quanto aos governadores, secretários de Estado, prefeitos e vereadores, não há regra constitucional que estabeleça a cláusula de *impeachment*.

Especificamente quanto aos prefeitos, em 13/09/2019, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, reconhecida a repercussão geral da matéria, decidiu que esses se sujeitam à aplicação da Lei nº 8.429/92 (atual Lei nº 14.230/21) e ao processo de *impeachment* perante a Câmara dos Vereadores, pelos crimes de responsabilidade definidos no Decreto-lei nº 201/67<sup>592</sup>. A tese firmada com fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previu:

<sup>590</sup> É pacífico, no Supremo Tribunal Federal, que os agentes políticos se submetam ao regime de dupla responsabilização política, mediante *impeachment* (Lei nº 1.079/50), desde que ainda titulares do mandato eletivo, quanto à disciplina normativa da responsabilização civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92). Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 3585 AgR*. Segunda Turma, relator o ministro Celso de Mello, julgado em 02/09/2014, processo eletrônico DJe-211 divulgado em 24/10/2014, publicado em 28/10/2014.

<sup>591</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3240 AgR/DF*. Tribunal Pleno, por maioria, relator ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão ministro Roberto Barroso, julgada em 10/05/2018, DJe de 22/08/2018.

<sup>592</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em RE 683.235/RG*, relator o ministro Cezar Peluso, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, julgado em 30/08/2012, publicado no DJe de 22/04/2013, e republicado no DJe-124 em 28/06/2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 976.566/RG*. Tribunal Pleno, relatado pelo ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019, DJe de 26/09/2019, reconhecida a repercussão geral em 20/06/2016 (Tema 576 – processamento e julgamento de prefeitos por atos de improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/92).

“processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei nº 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, em virtude da autonomia das instâncias”<sup>593</sup>.

De acordo com o Enunciado 722, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, convertida na Súmula Vinculante 46, compete à União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento, tendo sido declarados inconstitucionais preceitos contidos em Constituições Estaduais a respeito da matéria<sup>594</sup>.

<sup>593</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 976.566/RG... Op. cit.*

<sup>594</sup> “**Súmula 722.** São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 722*. Aprovada em: 26/11/2003. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/1542/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1542/Sumulas_e_enunciados)). “**Súmula Vinculante 46.** A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 46*. Aprovada em 17/04/2015. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2486/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2486/Sumulas_e_enunciados)). Nas ADIs 4791, 4792 e 4800, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional dispositivos das Constituições dos Estados do Paraná, Espírito Santo e Rondônia que definiam a competência das respectivas Assembleias Legislativas para o processo e o julgamento do governador nos crimes de responsabilidade, porque contrariavam a Lei nº 1.079/50 e a competência legislativa da União para a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento de normas de processo e julgamento. Mais recentemente, quanto a preceitos análogos da Constituição do Estado de Roraima, na ADI 4.805/RR, relatada pelo ministro Luiz Fux, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reafirmou a usurpação da competência privativa legislativa da União, como infere a Ementa do seguinte julgado: “CONSTITUCIONAL. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RORAIMA SOBRE TIPIFICAÇÃO, PROCESSO E JULGAMENTO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE. CONHECIMENTO PARCIAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSIÇÕES DO REGIME INTERNO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA REPRODUZ LEGISLAÇÃO FEDERAL DE REGÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Ação Direta não conhecida em relação ao inciso I do art. 65 da Constituição do Estado de Roraima, pois sua inconstitucionalidade já foi declarada no julgamento da ADI 4.805, relator o ministro LUIZ FUX. 2. Compete apenas à União (art. 22, I, c/c art. 85, parágrafo único, da CF) legislar sobre a definição de crimes de responsabilidade e sobre o processo e julgamento desses ilícitos. Essa competência foi exercitada pela edição da Lei Federal 1.079/1950, em grande parte recepcionada pela Constituição de 1988. (Enunciado 722 da Súmula do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, convertida na Súmula Vinculante 46). 3. No caso, são inconstitucionais os artigos 64 e 65, § 2º, da Constituição de Roraima, por afronta à competência legislativa da União para legislar sobre crimes de responsabilidade, seja tipificando os ilícitos ou disciplinando questões inerentes ao processo e ao julgamento. 4. A mera repetição, pela Assembleia Legislativa em seu Regime Interno, da legislação federal de regência – tanto do regramento da Lei 1.079/1950, como do conteúdo prescrito pelo precedente firmado pela CORTE na ADPF 378-MC – denota uma coerente harmonização das normas sobre o funcionamento interno da Casa Legislativa na apuração dos crimes de responsabilidade do Governador e dos Secretários de Estado, o que não se confunde com a alegada invasão de competência legislativa da União. 5. Ação conhecida parcialmente e, nessa parte, julgada parcialmente procedente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5895/RR*, relator o ministro Alexandre de Moraes, julgado em 27/09/2019, Tribunal Pleno, DJE-224, publicado em 15/10/2019). Os Estados pretenderam atribuir às Assembleias Legislativas competência para o processo e julgamento dos governadores nos crimes de responsabilidade, mas essas provisões foram declaradas inconstitucionais pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal que, ademais, já assentou a recepção, pela ordem constitucional vigente, do art. 78, § 3º, da Lei Federal nº 1.079/50, que “define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento”, no que prevê o processo e julgamento dos Governadores de Estado quanto aos crimes de responsabilidade, por um tribunal misto composto, em igual número, por membros do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Confira-se, nesse sentido: “[...] A competência para dispor legislativamente sobre processo e julgamento por crimes de responsabilidade é privativa da União, que o fez por meio da Lei 1.079/50, aplicável aos Governadores e Secretários de Estado [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4791/PR*. Tribunal Pleno, relator o ministro Teori Zavascki,

Sendo competência privativa da União legislar sobre o processo de *impeachment* dos agentes políticos estaduais e municipais – e sobre direito processual em geral (art. 22, inc. I) –, não cabe aos Estados e municípios o estabelecimento de regras processuais próprias sobre o processo de *impeachment*, mas tão somente a observância da lei federal.

Vale dizer que não cabe às Constituições estaduais disporem a respeito do processo de *impeachment* dos governadores e secretários estaduais, prefeitos e vereadores, porque compete privativamente à União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento de normas sobre o seu processo e julgamento.

Ante a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tornada vinculante, não há que fazer um sopesamento entre eventual cláusula de *impeachment* prevista em Constituições estaduais e a regra supralegal do *ne bis in idem*, contida nos decretos que promulgaram as convenções internacionais em que essa garantia se encontra prevista.

Na problemática atinente à sobreposição do processo punitivo judicial e do processo de *impeachment* dos agentes políticos estaduais e municipais, não há regra na Constituição Federal que excepcione a incidência do *ne bis in idem*, tampouco entra em voga o princípio federativo, porque os Estados e municípios não têm autonomia para legislar sobre o processo de *impeachment* de seus agentes políticos. Isso porque, ao interpretar as regras de competência legislativa previstas nos arts. 22 e 24 da Constituição Federal, repita-se, o Supremo Tribunal Federal decidiu que compete privativamente à União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das normas de processo e julgamento de agentes políticos nas esferas estadual e municipal.

Assim, a sobreposição entre o processo judicial punitivo (penal ou não penal) e o processo de *impeachment* de governadores, secretários de Estado, prefeitos municipais e vereadores deve ser analisada *somente* à luz do [conflito entre o] princípio constitucional da

---

DJe de 24/04/2015). “Lei Federal n. 1.079/50, que disciplina o processamento dos crimes de responsabilidade. Recebimento, pela Constituição vigente, do disposto no artigo 78, que atribui a um Tribunal Especial a competência para julgar o Governador. Precedentes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1628/SC*. Tribunal Pleno, relator o ministro Eros Grau, DJ 24.11.2006). Mais recentemente, a Suprema Corte decidiu converter a Súmula 722/STF em enunciado de matriz vinculante, a Súmula Vinculante 26 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PSV 106/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/04/2015). O verbete consagrou exegese dos arts. 22, inc. I, e 85, parágrafo único, da Constituição Federal, no sentido de que compete privativamente à União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo, o que impede a edição pelos Estados-membros e municípios de normas sobre a matéria. Nessa linha, o Tribunal Supremo reafirmou, em reiteradas ocasiões, a inconstitucionalidade de normas análogas em constituições estaduais (*ADI 4792/ES*, Tribunal Pleno, relatora a ministra Cármen Lúcia, DJe 24/04/2015; *ADI 4.791/PR*. Tribunal Pleno, relator o ministro Teori Zavascki, DJe de 24/04/2015; *ADI 2220/SP*. Tribunal Pleno, relatora a ministra Cármen Lúcia, DJe de 07/12/2011; *ADI 1628/SC*. Tribunal Pleno, relator o ministro Eros Grau, DJ de 24/11/2006; *ADI 1879/RO*, Tribunal Pleno, relator o ministro Joaquim Barbosa, DJ de 11/03/2005; *ADI 2050/RO*. Tribunal Pleno, relator o ministro Maurício Corrêa, DJ de 02/04/2004).

separação de Poderes (que tem como um de seus consectários o princípio da independência das esferas punitivas) e do princípio supralegal do *ne bis in idem*.

Como visto no capítulo anterior, o princípio constitucional da independência das esferas punitivas deve ser harmonizado com o princípio supralegal do *ne bis in idem*.

No caminho da racionalização da esfera punitiva judicial e política, vale destacar que, a doutrina estadunidense reconhece, desde longa data, uma função de garantia à cláusula de *impeachment*, ou seja, de que o Senado não possa impor sanções penais sem as garantias de um processo penal<sup>595,596</sup>.

De fato, o processo judicial punitivo, seja ele penal ou cível, reveste-se de garantias que não estão presentes no processo político e que podem salvaguardar o governador e o prefeito, que perderam sua sustentação política no parlamento, de um *impeachment* impulsionado por interesses políticos desvirtuados.

Quanto à proibição à duplicidade de processos punitivos judiciais e de *impeachment* contra governadores, secretários de Estado, prefeitos municipais e vereadores sobre um mesmo fato, três soluções são possíveis.

A primeira: a duplicidade de processos é possível pelas mesmas razões que a justificam quanto ao presidente da República, ao vice-presidente, aos ministros de Estado e aos comandantes das Três Armas, exceto a sistematológica, que deve ser substituída pelo princípio da simetria. Por essas razões, o princípio da independência das esferas punitivas, como expressão do princípio da separação de Poderes, deve prevalecer sobre a regra supralegal do *ne bis in idem*.

A segunda: a duplicidade de processo judicial punitivo e processo de *impeachment* contra governadores, secretários de Estado, prefeitos municipais e vereadores sobre um mesmo fato viola a garantia processual do *ne bis in idem*. O princípio da separação de Poderes não é absoluto, mas deve ser flexibilizado a fim de que sua aplicação à risca não viole os direitos individuais agasalhados pela garantia processual do *ne bis in idem*. O princípio da independência das esferas punitivas não pode inocular a garantia universal do *ne bis in idem* porque as duas normas são ditadas em defesa de direitos individuais. A norma supralegal do *ne bis in idem* sobrepõe-se à lei federal que estabelece o processo e o julgamento dos crimes de responsabilidade dos agentes políticos.

A terceira: o princípio da independência das esferas punitivas deve prevalecer sobre a garantia processual do *ne bis in idem* em razão da hierarquia e eficácia vertical entre as

<sup>595</sup> HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers* 65. Estados Unidos da América, 1788, p. 442.

<sup>596</sup> STORY, Justice. *Commentaries on the Constitution*. Estados Unidos da América, 1833, p. 250.

duas normas. Nada impede, contudo, que a *lei federal* (que disponha sobre o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade) ou a *jurisprudência dos tribunais* (a partir de critérios determinados, como os de *Engel e Kennedy*) estabeleça critérios para, reconhecendo o caráter penal das sanções políticas, aplicar a garantia universal do *ne bis in idem*, flexibilizando o princípio da independência das esferas punitivas.

Na busca pelos critérios que atraiam a incidência do *ne bis in idem*, algumas balizas devem ser estabelecidas: i) as esferas punitivas são independentes, sendo que cada uma delas pode exercer o seu poder punitivo, independentemente da outra; ii) a independência das esferas punitivas é relativa porque leis federais e a jurisprudência dos tribunais superiores reconhecem hipóteses de comunicabilidade entre elas; iii) ) juridicamente, não é possível a simples transposição de regras processuais a processos punitivos não judiciais, à míngua de uma teoria geral do processo punitivo prevista em lei multidisciplinar; iv) os limites do poder punitivo estatal à luz das garantias processuais devem ser fixados por lei ou pela jurisprudência dos Tribunais; v) a lei federal pode reconhecer a supremacia de uma esfera punitiva sobre a outra em razão da amplitude da prova, da largueza e profundidade da cognição, das garantias processuais e da espécie e severidade das penas; vi) a jurisprudência também pode estabelecer critérios para, reconhecida a natureza penal das sanções políticas, fazer incidir a garantia processual do *ne bis in idem* sobre o processo de *impeachment* instaurado contra governadores, secretários de Estado, prefeitos municipais e vereadores; vii) dogmaticamente, as sanções penais são mais severas que quaisquer outras; viii) as garantias do processo judicial punitivo são maiores que as do processo de *impeachment*, cuja decisão não precisa ser motivada.

Quando a lei reconhece a supremacia de uma esfera punitiva sobre a outra, obsta à instauração e ao prosseguimento desta última, mesmo que não mencione expressamente a vedação ao *bis in idem*.

Na busca por critérios norteadores para o reconhecimento do *ne bis in idem* entre a causa punitiva judicial e o processo de *impeachment*, dentre os parâmetros passíveis de valoração (valor do bem jurídico tutelado, desvalor da conduta, rótulo aposto pelo legislador, espécie, severidade, quantidade e finalidade da pena), é irrelevante a *quantidade* da pena prevista (valor da multa, prazo de duração, período de prova, anos, meses, dias, etc.) porque: i) a garantia processual do *ne bis in idem* se antecipa à vedação contra a duplicidade de punição sobre o mesmo fato; ii) do ponto de vista dogmático, as sanções penal, civil, administrativa e administrativa-disciplinar ou política são graduais, sendo a sanção penal a mais severa dentre elas; iii) em último caso, deve-se proceder ao cômputo ou desconto das

penas de mesma espécie, embora ao positivar a vertente material do *ne bis in idem*, o art. 22, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) tenha-se referido a penas da mesma “natureza”.

Da mesma forma que a *quantidade* da pena não parece ser um critério idôneo para o afastamento do *bis in idem*, a sua *finalidade* também não se mostra razoável a justificá-lo. Afirmar, portanto, que num processo punitivo, a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública têm finalidade punitiva e retributiva e, em outro processo punitivo, as mesmas penas têm caráter dissuasório e preventivo, é uma perspectiva estatal. Sob a ótica do indivíduo que sofre a punição, a constrição do direito é a mesma. De fato, não soa razoável a possibilidade de dupla persecução com vistas à imposição da pena de morte, porque num processo, a finalidade da pena é reprimir e, em outro, dissuadir ou prevenir. Na verdade, quando a doutrina e a jurisprudência estrangeira falam em “finalidade da pena”, querem se referir à “finalidade da medida”: sancionatória ou compensatória, pois o que a garantia processual do *ne bis in idem* assegura não é simplesmente a vedação do duplo processo por um mesmo fato (como ocorre, por exemplo, no caso da ação penal e da *actio civis ex delicto*), mas, sim, a proibição de duplicidade de processos *punitivos* sobre um mesmo fato. Isso revela a importância de saber a *finalidade* da medida: pena (caráter sancionatório) ou compensação pelos danos sofridos (caráter ressarcitório, reparatório ou indenizatório).

As sanções políticas de perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de qualquer função pública, que constituem objeto do processo de *impeachment*, têm *natureza penal*, tanto que também estão previstas no Código Penal (arts. 92, inc. I, e 47, inc. I). O mesmo ocorre com as penas, previstas como sanções civis na Lei nº 14.230/21 (art. 12, incs. I a III). Ou seja, a julgar pela natureza e severidade das penas, não há nenhuma dúvida de que as sanções políticas têm caráter penal, de modo que, adotados os critérios de *Engel*, seria indisputável a incidência da garantia processual do *ne bis in idem* proibir a tramitação do processo de *impeachment* contra governadores, secretários de Estado, prefeitos municipais e vereadores, concomitante ou subsequentemente ao Processo Penal.

Duas situações são possíveis: i) o processo judicial punitivo (penal ou civil) é julgado antes: nesse caso, incidiria a vertente processual do *ne bis in idem* para evitar o julgamento político; ii) o processo de *impeachment* é julgado antes: nesse caso, incidiria a vertente material do *ne bis in idem*, que determina o desconto das penas impostas num futuro e eventual processo judicial punitivo. Daí a importância de lei que discipline a relação de prejudicialidade entre as causas, para que estabeleça a subordinação jurídica da causa

judicial punitiva em relação à causa não-judicial punitiva, de modo que se o processo de *impeachment* vier a ser decidido antes, seja possível o processamento ulterior da causa prejudicial. O resultado, se absolutório, poderá constituir fundamento à rescisão do primeiro julgamento ou, se condenatório, ao desconto da pena imposta no processo judicial.

O prefeito municipal, absolvido no processo judicial (penal ou por improbidade administrativa) poderia invocar, em sua defesa, por ação judicial adequada, a garantia processual do *ne bis in idem* para obstar ao processo político pelo mesmo fato junto à Câmara Municipal, desde que o Tribunal de Justiça reconheça que as sanções de perda do mandato e inabilitação para o exercício de função pública tenham natureza penal. As garantias do processo judicial punitivo operariam como contenções do poder político sancionador e como proteção em favor do legítimo mandatário popular contra o oportunismo de vereadores da oposição, desde que a jurisprudência dos Tribunais reconheça o caráter penal das sanções políticas.

A Lei nº 1.079/50 deixa claro que a condenação política não afasta a ação judicial punitiva, o que chancela a orientação no sentido de que o julgamento da causa subordinada não impede a instauração da causa subordinante. Similarmente, o Decreto-Lei nº 201/67 prescreve que a extinção do processo político sem o julgamento não impede a ação penal pelos mesmos fatos<sup>597</sup>. Seja governador ou prefeito, se for condenado na instância política, a pena será descontada da que for imposta em sede judicial.

A vertente processual do *ne bis in idem* incidiria na via inversa para evitar a instauração do processo político contra governadores, secretários de Estado, prefeitos municipais e vereadores após o julgamento de mérito da causa judicial punitiva pelos mesmos fatos, qualquer que seja o seu desfecho.

---

<sup>597</sup> Os arts. 57, alínea *b*, e 78, *caput*, da Lei nº 1.079/50, prescrevem: “Art. 57. A decisão produzirá desde a data da sua intimação os seguintes efeitos contra o denunciado: [...] b) ficar sujeito à acusação criminal; [...]; Art. 78. O governador será julgado, nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado, e não poderá ser condenado, senão à perda do cargo, com inabilitação, até 5 (cinco) anos, para o exercício de qualquer pública, **sem prejuízo da ação da justiça comum.**” (BRASIL. *Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm)). Já o art. 5º, inc. VII, do Decreto-lei nº 201/67, estabelece: “Art. 5º. O processo de cassação do mandato do prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo: [...] VII – O processo, a que se refere este artigo, deverá estar concluído dentro em noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado. Transcorrido o prazo sem o julgamento, o processo será arquivado, **sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos.**” [g.n.]. (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm)). Evidentemente que a possibilidade de a Constituição do Estado determinar a forma do julgamento está superada pela Súmula Vinculante 46 e, de outra parte, a extinção do processo político sem julgamento de mérito não veda nova acusação.



Em última análise, a garantia processual do *ne bis in idem* não invalida o princípio da independência das esferas punitivas. Cada esfera estatal pode, dentro dos limites de sua competência ou atribuição, exercer o *jus puniendi* independentemente da outra (penal, civil, administrativa e política). Em determinadas circunstâncias, porém, não pode fazê-lo em duplicidade. Se lei federal reconhece a supremacia de uma esfera punitiva sobre a outra, ou se a jurisprudência dos Tribunais reconhece o caráter penal a determinadas sanções, o processo e o julgamento da causa judicial punitiva, qualquer que seja o seu resultado, impediria a instauração e o prosseguimento da causa política, com fundamento na vertente processual da garantia universal<sup>598</sup>.

Sem embargo das considerações anteriores, acredita-se que a melhor solução seja a primeira, no sentido de submeter os agentes políticos (*high officials*) ao *double check*. A solução prestigia o princípio da independência das esferas punitivas pelas razões que militam em prol da duplicidade de processos contra o presidente da República, o vice-presidente, os ministros de Estado e os comandantes das Três Armas (5.2.1). Esta foi a solução adotada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao reconhecer a possibilidade de dupla responsabilização dos prefeitos (tema 576) (tríplice, na verdade: por crime de responsabilidade, improbidade administrativa e crime comum).

#### 5.2.4 Perda do mandato parlamentar

Por fim, cumpre analisar se o Poder Judiciário pode suspender o exercício ou decretar a perda de mandato eletivo.

O Código de Processo Penal, com a reforma promovida pela Lei nº 12.403/2011, passou a prever, no inc. VI do *caput* do art. 319, entre as medidas cautelares alternativas à prisão, a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.”

A falta de clareza do dispositivo legal acerca do tipo de função pública que pode ser suspensa no curso do processo penal fez surgir dúvida sobre a possibilidade ou não de se

---

<sup>598</sup> Em síntese, o Estado pode punir pela via penal, civil, administrativa e política, à sua escolha, não se podendo afirmar, entretanto, que o poder punitivo estatal seja único. Cada ente público detém uma parcela do poder punitivo estatal, e todos eles podem exercê-lo com independência. O desejável equilíbrio entre o poder punitivo estatal e as garantias individuais, porém, conduzem a que esta independência seja relativa. Isso demonstra a importância da cooperação interna entre os órgãos persecutórios, de fiscalização, prevenção e investigação, para uma atuação conjunta ou cooperada, de modo a evitar a multiplicidade de investigações, acusações e processos pelo mesmo fato.

suspender o exercício de mandato eletivo. Para Gustavo Henrique Badaró, não deve prosperar o raciocínio de que, se possível a decretação da prisão preventiva, “*a fortiori*” não haveria restrições para medidas cautelares menos graves, a exemplo da suspensão do mandato eletivo<sup>599</sup>.

Formou-se grande polêmica em torno da questão da perda do mandato parlamentar em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado. Opiniões divergentes passaram a se disputar no Supremo Tribunal Federal, como no julgamento da AP 470 (“Mensalão”), da AP 565 e da AP 396, às quais se somou a proposta de exceção objetiva à regra geral, formulada no MS 32.326 e nas APs 694 e 863.

O art. 2º da Constituição Federal consagrou o princípio da separação dos Poderes, e o art. 60, § 4º, inc. III o erigiu à condição de cláusula pétrea.

Sem embargo da separação dos Poderes, a separação de funções não é absoluta. A Constituição Federal, nesse cenário, atribui a cada Poder o exercício de funções anômalas, inclusive de função jurisdicional ao Poder Legislativo.

Assim, a Constituição Federal prevê que a perda do mandato de deputado ou senador pode ser decretada: i) por declaração da Mesa da Casa Legislativa em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 55, inc. IV, c.c. o art. 15, inc. III); ii) por declaração da Casa Legislativa em razão de sentença civil condenatória transitada em julgado por improbidade administrativa (art. 55, inc. IV, c.c. o art. 15, inc. V); iii) por decisão do Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, tomada por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa: nas incompatibilidades (art. 55, inc. I e § 2º, c.c. o art. 54); por ofensa ao decoro parlamentar (art. 55, inc. II e § 2º); e por condenação criminal transitada em julgado (art. 55, inc. VI e § 2º); e iv) pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa, quando: deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada (art. 55, inc. III e § 3º); perder ou tiver suspensos os direitos políticos (art. 55, inc. IV e § 3º); e o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos na Constituição Federal (art. 55, inc. V e § 3º)<sup>600</sup>.

---

<sup>599</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.084.

<sup>600</sup> “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

[...]

No processo penal, a perda do mandato eletivo, como efeito da condenação criminal transitada em julgado, está prevista no art. 92, inc. I, alíneas *a* e *b*, do Código Penal<sup>601</sup>, no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97 e no art. 4º, inc. III, da Lei nº 13.869/19. Qualquer que seja o crime, a condenação criminal transitada em julgado opera a suspensão dos direitos políticos (art. 15, inc. III) que, segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, constitui efeito automático da condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, sem acarretar, contudo, a perda automática do mandato eletivo<sup>602</sup>.

---

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...]

§ 2º. Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa e de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa;

§ 3º. Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa.

§ 4º. A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988... Op. cit.*)

<sup>601</sup> “Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.” (BRASIL. *Lei n.º 2.848/1940... Op. cit.*)

<sup>602</sup> O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pela ministra Carmen Lúcia, no julgamento do RE 660.776-SP, expressa: “**A decisão recorrida diverge, frontal e expressamente, da jurisprudência deste Supremo Tribunal, consolidada no sentido de que a suspensão dos direitos políticos é automática em caso de condenação criminal, persistindo enquanto durarem os efeitos da condenação.**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 660.776-SP*. Segunda Turma, relatora a ministra Carmen Lúcia, julgado em 17/12/2013, publicado no DJe de 05/02/2014, g.n.). Com efeito, a Corte Suprema decidiu em diversos precedentes, que o art. 15, inc. III, da Carta Magna, é autoaplicável, independentemente, pois, de qualquer norma regulamentadora ou mesmo de qualquer outra fundamentação, decorrendo esta da própria previsão no Texto Maior: “Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração. A oposição de embargos declaratórios visando à solução de matéria antes suscitada basta ao prequestionamento, ainda quando o Tribunal *a quo* persista na omissão a respeito. II. Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença: o contrário implicaria retroação da lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade *in melius* já determinara. III. Suspensão de direitos políticos pela condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 15, III): interpretação radical do preceito dada pelo STF (RE 179.502), a cuja revisão as circunstâncias do caso não animam (condenação por homicídio qualificado a pena a ser cumprida em regime inicial fechado). IV. Suspensão de direitos políticos pela condenação criminal: direito intertemporal. À incidência da regra do art. 15, III, da Constituição, sobre os condenados na sua vigência, não cabe opor a circunstância de ser o fato criminoso anterior à promulgação dela a fim de invocar a garantia da irretroatividade da lei penal mais severa: cuidando-se de norma originária da Constituição, obviamente não lhe são oponíveis as limitações materiais que nela se impuseram ao poder de

reforma constitucional. **Da suspensão dos direitos políticos – efeito da condenação criminal transitada em julgado – ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição – resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 418876/MT*. Primeira Turma, relator o ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 30/03/2004, publicado no DJ de 04/06/2004, grifo nosso). “Agravos que se nega provimento, visto achar-se conforme o acórdão recorrido, com a **orientação do Plenário do Supremo Tribunal, no sentido da automaticidade dos efeitos da condenação criminal, em face do art. 15, III, da Constituição.**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 179502*. Tribunal Pleno, relator o ministro Moreira Alves, julgado em 31/05/1995, grifo nosso). (AGRAVO REG. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 185371-9/RONDÔNIA, RELATOR MIN. OCTAVIO GALLOTTI, PRIMEIRA TURMA. JULGAMENTO EM 27/08/1996. PUBLICADO NO D.J. DE 30.05.1997). “**PERDA DO MANDATO ELETIVO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E FUNÇÕES. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS DETENTORES DE MANDATO ELETIVO PELA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PENA APLICADA NOS TERMOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO PENAL PERTINENTE.** 1. O Supremo Tribunal Federal recebeu do Poder Constituinte originário a competência para processar e julgar os parlamentares federais acusados da prática de infrações penais comuns. Como consequência, é ao Supremo Tribunal Federal que compete a aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação. A perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), e deve ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, quando presentes os requisitos legais para tanto. 2. Diferentemente da Carta outorgada de 1969, nos termos da qual as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos deveriam ser disciplinadas por Lei Complementar (art. 149, § 3º), o que atribuía eficácia contida ao mencionado dispositivo constitucional, **a atual Constituição estabeleceu os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em norma de eficácia plena (art. 15, III). Em consequência, o condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, tem seus direitos políticos suspensos pelo tempo que durarem os efeitos da condenação.** 3. A previsão contida no artigo 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis. Entendimento que se extrai do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, § 3º, ambos da Constituição da República. Afastada a incidência do § 2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional. 4. Repugna à nossa Constituição, o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. **A perda dos direitos políticos é consequência da existência da coisa julgada.** Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo outra conduta senão a declaração da extinção do mandato (RE 225.019, Rel. ministro Nelson Jobim). Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado. 5. No caso, os réus parlamentares foram condenados pela prática, entre outros, de crimes contra a Administração Pública. Conduta juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo. Circunstâncias que impõem a perda do mandato como medida adequada, necessária e proporcional. 6. Decretada a suspensão dos direitos políticos de todos os réus, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal. Unânime. 7. Decretada, por maioria, a perda dos mandatos dos réus titulares de mandato eletivo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 470*. Tribunal Pleno, relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012, publicado no DJe de 22/04/2013, grifos nossos). Como bem lembra Alexandre de Moraes: “O art. 15, inciso III, da Constituição Federal, é autoaplicável, sendo consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, não havendo necessidade de manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão e prescindindo-se de

Como se vê, o constituinte consagrou uma antinomia e duas incongruências. A antinomia reside na possibilidade de o parlamentar perder o mandato por força de condenação criminal transitada em julgado: i) tanto por declaração da Mesa da Casa respectiva (art. 15, inc. III, c.c. o art. 55, inc. IV e § 3º), ii) quanto por decisão da Câmara

---

quaisquer finalidades.” (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 258). Na mesma direção, colhe-se o ensinamento de Pinto Ferreira: “A suspensão dos direitos políticos importa em privação temporária do direito de votar e de ser votado. Ela é determinada por decisão judicial, irrecurável e inimpugnável em processo, assegurando-se ampla defesa ao acusado. A incapacidade civil absoluta é definida no art. 5º do Código Civil; com sua verificação judicial, com a decretação de interdição do incapaz (CC, arts. 446 e 467) e das normas processuais pertinentes, pode decorrer a privação provisória da cidadania. Quanto à condenação criminal transitada em julgado, enquanto perdurarem os seus efeitos, tanto doutrina como a jurisprudência se fundamentavam no Código Penal (arts. 67 a 70) para a afirmação da possibilidade de eficácia imediata e integral das normas constitucionais sobre a matéria. A suspensão decorre da simples imposição da pena principal, e o *sursis* ou livramento condicional não impede a sua incidência. Era este o entendimento tomado por força do art. 144 da Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967, que foi modificado pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, na qual o art. 144 teve mudança de numeração, passando a ser o art. 149, e se inseria a exigência de lei complementar sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de quaisquer deles e os casos e as condições de sua requalificação. Por força deste dispositivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o *sursis* decorrente de condenação criminal não acarretava a suspensão dos direitos políticos, devido ao § 3º do art. 149 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (RTJ, 61:581 e 82:647; RT 280:396). No mesmo sentido, se orientou o Tribunal Superior Eleitoral (BE 256:328; BE do TER/SP, 15:11 e 16:11). Esclareceu ainda um dos acórdãos: a suspensão dos direitos políticos por meio de condenação criminal prevista na norma constitucional referida (art. 149, § 3º) não é autoaplicável. Pressupõe processo próprio, ainda não regulamentado em lei complementar, como determina o § 3º, do mesmo art. 149 (o texto atual, que é o art. 15, não se refere mais à lei complementar, de modo que se tornou autoaplicável. Destarte, afastando-se a exigência de uma lei integrativa (complementar, ordinária), a norma constitucional é evidentemente autoaplicável, como em 1946 e 1967 (redação original).” (PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989, pp. 316-317). Em consonância com a postura doutrinária citada, a orientação – hoje pacífica – vigente no Colendo Supremo Tribunal Federal, exposta na sessão plenária para julgamento do Recurso Extraordinário nº 179.502-6/São Paulo – ementa já transcrita anteriormente – é no sentido da autoaplicabilidade do art. 15, inc. III, da Carta Magna. Vale a pena a transcrição dos seguintes trechos do voto vencedor lançado naquele julgamento pelo eminente ministro Celso de Mello: “Hoje, contudo, sendo diversa a realidade normativa emergente do novo texto constitucional, torna-se inquestionável reconhecer-se, ante o que prescreve o art. 15, III, da Carta Política promulgada em 1988, que se reveste de autoaplicabilidade, o conteúdo normativo inscrito no preceito constitucional em questão. A condenação penal transitada em julgado implica, desse modo, como necessário efeito jurídico decorrente do preceito constitucional em referência, a suspensão temporária de direitos políticos, ainda que favorecido o condenado com o benefício legal do *sursis*. [...] Essa privação temporária de direitos políticos deriva da regra inscrita no art. 15, III, da Carta Federal, que constitui preceito revestido de suficiente densidade normativa, revelando-se, por isso mesmo, como já precedentemente enfatizado, cláusula dotada de eficácia plena e de aplicabilidade direta, integral e imediata.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 179.502*. Tribunal Pleno, relator o ministro Moreira Alves, julgado em 31/05/1995). O **Tribunal Superior Eleitoral** também decidiu que: “A suspensão dos direitos políticos, prevista no inc. III, do art. 15 da Constituição Federal, é efeito automático da condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Medida Cautelar 193-26/MG*. Tribunal Pleno, relator o ministro Arnaldo Versiani, julgado em 12/05/2011). No mesmo sentido, ver: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial n.º 13.324/BA*. Tribunal Pleno, relator o ministro Ilmar Galvão, julgado em 11/03/97. O **Superior Tribunal de Justiça** tem seguido a mesma orientação: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM VIRTUDE DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 15, III. AUTOAPLICABILIDADE. 1 – Não há de falar-se em negativa de prestação jurisdicional por ausência de manifestação do Tribunal quanto a matérias suscitadas em memoriais, na medida em que se trata de peças informais, que não integram o recurso de apelação, tampouco fazem parte do processo. 2 – O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento quanto à autoaplicabilidade da Constituição Federal, art. 15, III. 3 – Conheço do Habeas Corpus, mas indefiro o pedido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 14.616/MS*. Quinta Turma, relator o ministro Edson Vidigal, julgado em 13/12/2000).

dos Deputados ou do Senado Federal, em voto aberto, por maioria absoluta (art. 55, inc. VI e § 2º).

A primeira incongruência: por um ato ilícito grave, a perda do mandato somente pode ser imposta pelo Supremo Tribunal Federal, em processo de competência originária, ou pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal, por maioria absoluta, ao passo que, por um ato ilícito menos grave, de natureza cível, a perda do mandato parlamentar pode ser decretada por um juiz de primeiro grau, em processo por improbidade administrativa. Já a segunda incongruência se verifica na possibilidade de, por um crime grave, a perda do mandato parlamentar decorrer de decisão judicial que impossibilite o parlamentar de comparecer a um terço das sessões, ao passo que por um crime brando, tal decisão é relegada à respectiva Casa Legislativa, a fim de “assegurar a integridade do princípio da separação de Poderes”.

A proposta original do texto da Constituição Federal de 1988 previa que a perda do mandato parlamentar poderia ser decretada pelo Supremo Tribunal Federal, na sentença condenatória criminal, entretanto, ela foi alterada pela Emenda Modificativa nº 1.895, de autoria do deputado Antero de Barros, para constar o disposto no art. 55, § 2º, da Lei Maior, ou seja, nos casos de condenação criminal transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta.

A razão dessa modificação constou da ata da 224ª Sessão, como se infere do trecho a seguir destacado:

Neste caso, teríamos a seguinte hipótese absurda: um Deputado ou um Senador que viesse a ser condenado por acidente de trânsito teria imediatamente, como consequência da condenação, a perda do seu mandato, porque a perda do mandato é pena acessória à condenação criminal. [...] O Plenário é que deve julgar se um crime culposos, por acidente de trânsito, por atropelamento, implica perda de mandato parlamentar. [...] Por exemplo, se há uma briga e um Deputado é condenado porque deu uma bofetada, então ele perde o mandato. Ora, então ele tem que tomar a bofetada e ficar assim pensando: não posso revidar porque posso perder o mandato. Quer dizer, é um excesso<sup>603</sup>.

Como se vê, a preocupação do constituinte versava sobre a possibilidade de perda do mandato parlamentar por decisão judicial em crimes brandos, o que já não era possível à época da vigência da Lei nº 7.209/84, pois o seu art. 92, inc. I, previa a possibilidade de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo somente nos crimes praticados com abuso

---

<sup>603</sup> A Emenda Modificativa nº 1.895, do texto do “Centrão”, de autoria do constituinte Antero de Barros, destacada pelo constituinte Fernando Lyra, foi aprovada por 407 votos (16 contrários e seis abstenções, de um total de 429 votos).

de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada fosse superior a quatro anos. Posteriormente, a Lei nº 9.268/96 acrescentou as alíneas *a* e *b* ao inc. I do art. 92 do Código Penal.

Para dirimir a antinomia, vários entendimentos se formaram no Supremo Tribunal Federal, conforme se passa a descrever.

Primeiramente, prevalece a regra do art. 15, inc. III, c.c. o art. 55, inc. IV e § 3º, da Constituição Federal. De acordo com esse entendimento, a condenação por qualquer crime, mesmo que seja infração penal de menor potencial ofensivo, opera a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os seus efeitos e, conseqüentemente, a perda do mandato eletivo, por declaração da Mesa da Casa. *Ratio*: i) o sistema de freios e contrapesos; ii) a eficácia da sentença judicial não se sujeita à condição suspensiva da prévia aprovação do Poder Legislativo ou, em outras palavras, a decisão do Poder Judiciário não se sujeita à complementação pelo Poder Legislativo; iii) a competência funcional, por prerrogativa de função, do STF, para o processo e julgamento dos parlamentares por crimes comuns está prevista na Carta Magna (art. 102, inc. I, alínea *b*) (na AP 470, o voto vencedor do ministro relator Joaquim Barbosa – acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ayres Britto, que se aposentou compulsoriamente, sendo substituído pelo ministro Roberto Barroso – evidenciou clara preocupação com a incompatibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade e o exercício do mandato).

Em segundo, prevalece a regra do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal, a fim de submeter à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal a decisão sobre a perda do mandato parlamentar. Nessa posição, a condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos, mas não a perda do mandato parlamentar, que depende, qualquer que seja o crime, de decisão da maioria absoluta da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. *Ratio*: i) o princípio da unidade da Constituição Federal, segundo o qual deve ser interpretada como um todo, não havendo hierarquia entre normas constitucionais; ii) o princípio da separação dos Poderes; iii) a supremacia do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal em relação ao art. 92, inc. I, do Código Penal; iv) o princípio da especialidade da regra contida no art. 55, inc. VI e § 2º, em relação à regra geral do art. 15, inc. III, c.c. o art. 55, inc. IV, da Constituição Federal, referindo-se, esta última, às condenações criminais em geral, ao passo que a primeira refere-se às condenações criminais impostas a parlamentares (AP 565, voto vencedor da ministra relatora Carmen Lúcia,

acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Dias Tóffoli)<sup>604</sup>.

Em terceiro lugar prevalece a regra do art. 15, inc. III, c.c. o art. 55, inc. IV e § 3º, da Constituição Federal, nas hipóteses do art. 92, inc. I, alíneas *a* e *b*, do Código Penal. Para as demais infrações, de menor potencial ofensivo, aplica-se o art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal. *Ratio*: interpretação teleológica. Segundo esse entendimento, o Poder Legislativo pode decretar a perda de mandato parlamentar com fundamento na perda ou suspensão de direitos políticos, bem como em condenação criminal transitada em julgado (CF/88, art. 55, incs. IV e VI), mas somente nos casos em que a sentença condenatória não decretar a perda de mandato. Isso em razão de não estarem presentes os requisitos legais do art. 92, inc. I, alíneas *a* e *b*, do Código Penal, ou alguma legislação especial, como a Nova Lei de Abuso de Autoridade – art. 4º, incs. III e parágrafo único<sup>605</sup>, ou por ter sido proferida anteriormente à expedição do diploma, com o trânsito em julgado ocorrente em momento posterior (voto do ministro Celso de Mello, na AP 470).

Por fim, em quarto lugar, prevalece a regra do art. 55, inc. III, da Constituição Federal, nos casos em que, por força da condenação criminal que estabeleça o regime fechado, o parlamentar resulte impedido de comparecer à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer numa sessão legislativa. Nos demais casos, a do art. 55, inc. VI e § 2º (entendimento sugerido pelo ministro Roberto Barroso em decisão monocrática proferida no MS 32.326, julgado em 02/09/2013), que serviu de paradigma para novos pronunciamentos da Primeira Turma do STF no julgamento da AP 694 (relatada pela ministra Rosa Weber, julgada em 02/05/2017) e da AP 863 (relatada pelo ministro Edson Fachin, julgada em 23/05/2017), que estabeleceram a perda automática do mandato como resultado direto e inexorável da condenação.

Num primeiro momento, na AP 470/MG, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos (5 a 4), que a perda do mandato parlamentar decorria do efeito da condenação criminal prevista no art. 92, inc. I, do Código Penal, cabendo à Mesa da

---

<sup>604</sup> Esse era o entendimento do STF antes da AP 470: *MS 21.443/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Paulo Brossard, julgado em 22/04/1992; *RE 179.502*. Tribunal Pleno, relator o ministro Moreira Alves, julgado em 31/05/1995.

<sup>605</sup> O art. 4º, inc. III, da Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n.º 13.869/2019), define serem efeitos da condenação a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Esses efeitos, contudo, são condicionados à ocorrência de **reincidência em crime de abuso de autoridade**, não sendo automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença (art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 13.869/2019). Cabe observar que, em alguns crimes, o efeito decorre automaticamente da condenação, por exemplo, nos crimes de tortura, já que, segundo o art. 1º, § 5º, da Lei n.º 9.455/97, a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Não é o caso dos crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade.



Câmara dos Deputados ou do Senado Federal apenas declará-la, dando primazia ao art. 15, inc. III, c.c. o art. 55, inc. IV e § 3º, da Constituição Federal, e ao art. 92, inc. I, do Código Penal. Prevaleceu o entendimento do ministro relator Joaquim Barbosa, no sentido de que a sentença criminal é um ato jurídico perfeito e, como tal, não se sujeita à complementação pelo Poder Legislativo, o que, na sua visão, decorria do sistema de freios e contrapesos, que aperfeiçoou o princípio da separação de Poderes<sup>606</sup>.

---

<sup>606</sup> “PERDA DO MANDATO ELETIVO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E FUNÇÕES. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS DETENTORES DE MANDATO ELETIVO PELA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PENA APLICADA NOS TERMOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO PENAL PERTINENTE.

1. O Supremo Tribunal Federal recebeu do Poder Constituinte originário a competência para processar e julgar os parlamentares federais acusados da prática de infrações penais comuns. Como consequência, é ao Supremo Tribunal Federal que compete a aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação. A perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), e deve ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, quando presentes os requisitos legais para tanto.

2. Diferentemente da Carta outorgada de 1969, nos termos da qual as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos deveriam ser disciplinadas por Lei Complementar (art. 149, § 3º), o que atribuía eficácia contida ao mencionado dispositivo constitucional, a atual Constituição estabeleceu os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em norma de eficácia plena (art. 15, III). Em consequência, o condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, tem seus direitos políticos suspensos pelo tempo que durarem os efeitos da condenação.

3. A previsão contida no ar. 92, incs. I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de uma das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis. Entendimento que se extrai do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, § 3º, ambos da Constituição da República. Afastada a incidência do § 2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional.

4. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. A perda dos direitos políticos é “*consequência da existência da coisa julgada*”. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo “*outra conduta são a declaração da extinção do mandato*” (RE 225.019, rel. min. Nelson Jobim). Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado.

5. No caso, os réus parlamentares foram condenados pela prática, entre outros, de crimes contra a Administração Pública. Conduta juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo. Circunstâncias que impõem a perda do mandato como medida adequada, necessária e proporcional.

6. Decretada a suspensão dos direitos políticos de todos os réus, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal. Unânime.

No julgamento da AP 565/RO, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, também por maioria de votos (6 a 4), decidiu submeter ao Senado Federal a decisão sobre a perda do mandato do senador Ivo Cassol, que foi condenado a 4 anos, 8 meses e 26 dias de reclusão por infração à norma contida no art. 90 da Lei nº 8.666/93<sup>607</sup>.

Por fim, na AP 396/RO, após condenar o deputado federal Natan Donadon a 13 anos, 4 meses e 10 dias, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a orientação segundo a qual a decisão sobre a perda do mandato parlamentar competiria ao Plenário da Casa Legislativa, nos termos do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal<sup>608</sup>.

Ocorreu que, nesse último caso, em votação secreta<sup>609</sup> ocorrida em 28/08/2013, a Câmara dos Deputados, por decisão plenária, manteve o mandato do deputado federal Natan Donadon, que já cumpria a pena, o que gerou grande indignação popular, e levou não somente à promulgação da EC 76/2013 (“PEC do voto aberto”) como, também, à nova votação, desta vez “aberta”, ocorrida em 12/02/2014, em que a Câmara dos Deputados, por 467 votos favoráveis e uma abstenção, cassou o mandato do referido deputado federal. Repercutiu, ainda, na apresentação da PEC 18/2013, aprovada pelo Senado Federal e remetida à Câmara dos Deputados em 13/09/2013, onde recebeu o número PEC 313/2013. Atualmente, ela tramita em conjunto com a PEC 311/2013, esta última de iniciativa da Câmara dos Deputados, que acrescentou os incs. I e II ao § 3º do art. 55 da Constituição Federal para tornar automática a perda do mandato de parlamentar nas hipóteses condenação [civil] transitada em julgado por improbidade administrativa e condenação [penal] transitada em julgado nos seguintes casos: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados por abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) ano nos demais casos; c) em outros casos previstos em lei (*i.e.* art. 4º, inc. III e parágrafo único, da Lei nº 13.869/2019, art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97)<sup>610</sup>.

---

7. Decretada, por maioria, a perda dos mandatos dos réus titulares de mandato eletivo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Tribunal Pleno, relator ministro Joaquim Barbosa, julgada em 17/12/2012, publicada no DJe de 22/04/2013).

<sup>607</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 565/RO. Tribunal Pleno, relatora ministra Carmen Lúcia, julgada em 08/08/2013, publicada no DJe-098, de 23/05/2014.

<sup>608</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 396/RO. Tribunal Pleno, reatora ministra Carmen Lúcia, julgada em 28/10/2010, publicada no DJe-078, de 28/04/2011.

<sup>609</sup> Hoje, a votação é aberta em razão desse caso, que deu ensejo à promulgação da EC 76/2013 e alterou a redação do art. 55, § 2º para suprimir a expressão “em votação secreta”. Acrescentou, também, o § 4º ao art. 55, prescrevendo que a renúncia ao mandato parlamentar terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais sobre a perda do mandato.

<sup>610</sup> “Altera o art. 55 da Constituição Federal para tornar automática a perda do mandato de parlamentar nas hipóteses de improbidade administrativa ou de condenação por crime contra a Administração Pública. Art. 1º. O art. 55 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Por fim, em decisão monocrática proferida no MS 32.326, prolatada em 02/09/2013, o ministro Roberto Barroso sugeriu o critério da exceção objetiva à regra geral do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal, que foi acolhido pela Primeira Turma na AP 694, relatada pela ministra Rosa Weber, julgada em 02/05/2017, e na AP 863, relatada pelo ministro Edson Fachin, julgada em 23/05/2017. Segundo ação penal, a perda do cargo se opera por força do art. 55, inc. III, da Constituição Federal, ante a impossibilidade de comparecer à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, durante sessão legislativa, em razão do cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado.

Conforme expõe o ministro Roberto Barroso,

a Constituição prevê, como regra geral, que cabe a uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato do Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. Esta regra, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e física de seu exercício. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória<sup>611</sup>.

O ministro segue, ainda, em sua decisão monocrática, afirmando que:

[...] de acordo com a legislação em vigor e a interpretação judicial que lhe tem sido dada, o preso em regime aberto e semiaberto pode ser autorizado à prestação de trabalho externo, independentemente do cumprimento mínimo de 1/6 da pena. Este tem sido o entendimento pacífico do STJ,

---

Art. 55 [...]

§ 2º. Nos casos dos incisos I, II e VI do *caput*, ressalvado o previsto no inciso II do § 3º, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto da maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa.

§ 3º. A perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva:

I – nos casos previstos nos incisos III a V do *caput*, ressalvado o previsto no inciso II deste parágrafo, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político, representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa;

II – nas hipóteses dos incisos IV a VI do *caput*, imediatamente, mediante comunicação do Poder Judiciário, após o trânsito em julgado:

a) pela prática de improbidade administrativa, quando imposta a pena de perda do cargo ou da função pública;

b) quando a condenação criminal tenha por efeito a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nas hipóteses previstas em lei.

Art. 2º. Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 311 e 313/2013*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=591925>).

<sup>611</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 32.326*. Decisão monocrática proferida pelo ministro Luís Roberto Barroso, em 02/09/2013, fl. 17.

podendo-se citar, exemplificativamente, os acórdãos proferidos no HC 251.107 e no HC 255.781 [...]. Por outro lado, no tocante ao preso em regime fechado, a Lei de Execuções Penais (arts. 36 e 37) não apenas restringe o trabalho externo como exige o cumprimento mínimo de 1/6 da pena. Reiterando, o preso em regime fechado tem restrições severas ao trabalho externo, além de não poder prestá-lo antes do cumprimento do sexto inicial da pena. Disso resulta que o condenado em regime inicial fechado, cujo período remanescente de mandato seja inferior a 1/6 (um sexto) da pena a que foi condenado – isto é, ao tempo mínimo que terá de permanecer necessariamente na penitenciária (LEP, art. 87) –, não pode conservar o mandato. É que, nessa situação, verifica-se uma impossibilidade jurídica e física para o exercício do mandato. Jurídica, porque uma das condições mínimas exigidas pela Constituição para o exercício do mandato é o comparecimento às sessões da Casa (CF, arts. 55, III, e 56, II). E física, porque ele simplesmente não tem como estar presente ao local onde se realizam os trabalhos e, sobretudo, as sessões deliberativas da Casa Legislativa<sup>612</sup>.

Essa orientação, conforme já mencionado anteriormente, foi adotada em momento seguinte pela Primeira Turma, nas APs 694 e 863, tendo sido aplicado o art. 55, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, a perda do mandato foi comunicada à Mesa da Casa para que fosse declarada, e não ao Plenário para decisão.

Em síntese, fora das hipóteses da exceção objetiva apontada pelo ministro Roberto Barroso, a perda do mandato por condenação criminal não seria automática, eis que ela

depende de um juízo político do plenário da casa parlamentar. A Constituição outorga ao Parlamento a possibilidade da emissão de um juízo político de conveniência sobre a perda do mandato. Desta forma, a rigor, a condenação criminal, transitada em julgado, não causará a suspensão dos direitos políticos, tudo porque a perda do mandato depende de uma decisão da Casa parlamentar respectiva e não da condenação criminal<sup>613</sup>.

Assim sendo, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória praticada por detentor de mandato eletivo, serão remetidas certidões à Justiça Eleitoral que as encaminhará ao Juiz Eleitoral competente. Este, por sua vez, oficiará, no caso de se tratar de parlamentares, o presidente da respectiva Casa Legislativa para que submeta à decisão do Plenário ou à declaração da Mesa, conforme o caso, a extinção do mandato e, conseqüentemente, efetive o preenchimento da vaga.

A regra do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal também se aplica aos deputados estaduais e distritais, por força dos arts. 27, § 1º e 32, § 3º, que determinam a

<sup>612</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 32326...* *Op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>613</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 225.019/GO*. Tribunal Pleno, relator o ministro Nelson Jobim, julgado em 08/08/1999 (trecho do voto do Ministro Relator extraído do Informativo STF nº 162).

aplicação das mesmas regras referentes à perda do mandato do deputado federal. Não há, contudo, regra similar aos vereadores, prefeitos, governadores e ao presidente, os quais se sujeitam à imediata cessação do exercício do mandato em razão da suspensão dos direitos políticos operada pela condenação criminal<sup>614</sup>, além do processo de *impeachment*, ou seja, o duplo controle pelo regime dobrado de responsabilização.

Adotado o entendimento prevalente da regra do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal, somado à exceção objetiva apontada pelo ministro Roberto Barroso (art. 55, inc. III), tem-se que, nos crimes graves, o parlamentar pode perder o mandato por decisão judicial, ao passo que nos crimes brandos, a perda do mandato se dá por decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, tomada por maioria absoluta, em voto aberto.

Por exemplo, no caso que foi objeto da AP 396/RO, envolvendo a condenação do deputado federal Natan Donadon a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por formação de quadrilha e peculato, a perda do cargo foi automaticamente decretada pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 55, inc. III, da Constituição Federal. Por outro lado, se um parlamentar, dirigindo embriagado, causar acidente automobilístico com vítima, este dificilmente perderia o cargo por força do mesmo artigo da Constituição Federal. Ao ser julgado, porém, pela respectiva Casa de Lei, com fundamento no art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal, poderia, aí sim, perder o cargo em julgamento político, por crime comum, sem as garantias do processo penal.

Alexandre de Moraes explicou a adoção da regra geral do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal nos seguintes termos:

[...] percebe-se que a razão de existência do art. 55, inciso VI, e § 2º, da Constituição Federal é de garantir ao Congresso Nacional a durabilidade dos mandatos de seus membros (deputados federais e senadores da República), com a finalidade de preservar a independência do Legislativo perante os demais Poderes<sup>615</sup>.

À luz do princípio da separação dos Poderes não seria incongruente que, pelo crime mais grave, a perda do mandato pudesse ser decretada por decisão judicial enquanto, pelo crime brando, resultasse de decisão parlamentar? Não parece contraditório que o Poder Judiciário possa impor a pena privativa de liberdade que, inclusive, pode levar à perda do mandato (art. 55, inc. III), e não seja capaz de decretar a perda do mandato pelo argumento de preservação da separação dos Poderes? E mais: não parece ilógico que o Poder Judiciário

<sup>614</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 277.

<sup>615</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. cit.*, p. 276.

não possa decretar a perda do mandato parlamentar por condenação criminal na competência originária, mas consiga fazê-lo por condenação civil em primeiro grau?

Ainda: a exceção objetiva, por si só, já não deporia contra a ideia de preservação do princípio da separação de Poderes ao possibilitar que, nos crimes graves, o Poder Judiciário decida a sorte do parlamentar? Não parece desarrazoado que se afaste a incidência do art. 92, inc. I, do Código Penal (por se tratar de norma infraconstitucional) e se admita a exceção objetiva, dado que a impossibilidade de comparecimento à terça parte das sessões também decorre de preceitos infraconstitucionais (que definem os crimes e suas respectivas penas, e disciplinam os requisitos legais para o trabalho externo)? Esse modelo punitivo atende ao princípio da separação dos Poderes? O que mais assegura a separação dos Poderes: o julgamento do parlamentar por seus pares, em voto aberto, sem o devido processo legal, em função anômala do Poder Legislativo, em duplicidade; ou o julgamento do parlamentar pelo Poder Judiciário, no foro especial por prerrogativa de função, em decisão fundamentada, asseguradas as garantias do devido processo legal, inclusive a do duplo grau de jurisdição?<sup>616</sup>

---

<sup>616</sup> Depois do caso *Mohamed vs. Argentina*, julgado em 23/11/2012 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 96, inc. I, da Constituição Federal, editou a Emenda Regimental n.º 49, de 3 de junho de 2014, para incluir a alínea *j* ao inc. I do art. 9º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e deslocar às Turmas a competência funcional para o processo e julgamento das ações originárias por crimes comuns praticados por Deputados e Senadores, antes afetada ao Plenário (art. 5º, inc. I, da antiga redação). Com isso, além do agravo regimental (art. 8º), os processos decididos pelas Turmas passaram a se sujeitar à apreciação do Plenário ao menos em grau de embargos (art. 6º, inc. IV). No caso citado, a CIDH concluiu que o recurso extraordinário não se prestava à finalidade de revisão e de correção de questões fático-jurídicas, pois a matéria passível de impugnação por seu intermédio é muito restrita: questões constitucionais e arbitrariedade manifesta. Violado o art. 8º, inc. 2º, *h* da CADH, a Corte entendeu que teriam ocorrido violações ao direito de defesa pela falta do recurso apto a impugnar amplamente a condenação havida em Segunda Instância. Em razão disso, a Corte condenou a Argentina por infração ao art. 8º, inc. 2º, *h* da CADH (direito ao recurso a Órgão Superior), bem como a adotar medidas para assegurar a Mohamed o direito de recorrer do acórdão condenatório proferido pela “*Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones*”, suspendendo os efeitos práticos da condenação até o julgamento do recurso (especialmente no tocante aos antecedentes criminais); e condenou a pagar a Mohamed US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares) a título de danos morais e materiais, e mais US\$ 3.000,00 (três mil dólares) pelas custas processuais da tramitação do processo na Corte Interamericana. Eis o histórico do caso: Carlos Alberto Mohamed (Sr. Mohamed) era um motorista de ônibus que se envolveu em um acidente automobilístico. O veículo por ele conduzido atropelou e matou uma senhora, fato ocorrido em 16 de março de 1992. Em primeira instância, discutida a imputação de homicídio culposo, a acusação pediu o arquivamento do caso, mas, ainda assim foi proferida sentença absolutória, tendo em vista que as testemunhas não presenciaram o fato, com exceção de uma delas, que, segundo o magistrado, havia caído em graves contradições. Dessa sorte, como inexistiam provas de que o Sr. Mohamed estava em alta velocidade ou de que havia atravessado o sinal vermelho, ele foi absolvido. Contra essa sentença, o Ministério Público interpôs recurso, que foi provido pela “*Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones*” para condenar o Sr. Mohamed a 3 (três) anos de prisão, mais 8 (oito) anos de inhabilitação para dirigir. O fundamento da condenação foi a violação de um dever objetivo de cuidado, obrigação estabelecida em legislação não vigente à época do fato (Decreto n.º 692, que entrou em vigor em 30 de abril de 1992). Ademais, o Tribunal atribuiu valor probatório à testemunha – a mesma que o juiz de primeira instância havia considerado ser de pouca credibilidade pelas contradições em que esta incorreu. Como consequência da condenação, o Sr. Mohamed foi demitido em 17 de julho de 1995. O ponto central do caso surge exatamente nesse ponto: ao ser condenado em Segunda Instância, após absolvição em primeira, o Sr. Mohamed não teve direito a um Recurso Ordinário, de simples interposição, a ser julgado por Órgão Superior, para rediscussão ampla dos fatos e do direito. Isso porque o Ordenamento Jurídico argentino prevê que o

Por fim: que processo é mais garantista: o político ou o judicial? Se o parlamentar pudesse escolher o juiz natural, qual deles escolheria? E para a sociedade, o que seria mais conveniente? O duplo julgamento do parlamentar pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo pelo mesmo fato violaria a garantia processual do *ne bis in idem*?

Em primeiro lugar, a ofensa à vertente processual do *ne bis in idem* é patente<sup>617</sup>, mas a garantia supralegal não socorre o parlamentar porque os processos judicial e político têm naturezas distintas e constitucionais são os seus fundamentos. Solução diversa esvaziaria o art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal.

Por segundo, acredita-se que não se trata de preservar o princípio da separação dos Poderes – como se fosse um dos princípios do garantismo de Ferrajoli a que o parlamentar pudesse se socorrer, para sua defesa, no processo judicial –, mas de assegurar a respeitabilidade da Casa Legislativa e a representatividade do mandato popular.

O princípio da separação dos Poderes, em sua origem, foi concebido para proteger o indivíduo em face do Estado absolutista.

A sujeição do parlamentar ao processo político não está voltada à sua defesa, mas a assegurar a representatividade do mandato popular e a respeitabilidade do Poder Legislativo, ou seja, do próprio Estado.

Os chefes do Poder Executivo sujeitam-se ao *double check* (regime da tríplice responsabilização, na verdade), pois são julgados, nos crimes comuns e por improbidade administrativa, pelo Poder Judiciário, e nos crimes de responsabilidade, pelo Poder Legislativo, sem que jamais tenha sido declarada ofensa ao princípio da separação dos Poderes, embora, assim como os parlamentares, também sejam detentores de mandato eletivo. Pelo mesmo fato, estão sujeitos a duplo regime de responsabilidade – judicial e político –, cujas naturezas são distintas e as competências previstas na Constituição Federal, o que afasta a incidência da garantia do *ne bis in idem*.

---

Recurso Extraordinário, única opção naquele cenário, se voltava a questões de direito, não havendo possibilidade de serem questionadas questões de fato. Levada a questão à Corte Interamericana, alegou-se, dentre outras teses, as seguintes: violação do direito ao recurso a órgão de hierarquia superior (art. 8º, inc. 2º, *h* da CADH), uma vez que a condenação se ultimou em segunda instância; violação ao princípio da legalidade (art. 9º da CIDH), tendo em vista que a condenação se pautou em legislação não vigente à época dos fatos; violação do direito a um recurso simples e rápido para se verificar a observância de garantias (art. 25, inc. 1, da CADH); violação à garantia de tempo hábil à elaboração da defesa (art. 8º, inc. 2º, *c* da CADH), o que decorreu, principalmente, da invocação da norma não vigente à época dos fatos; violação ao *ne bis in idem*, em razão da absolvição em primeira instância (art. 8º, inc. 4º, da CADH).

<sup>617</sup> Outra solução seria entender que o processo na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal não é um novo processo, mas uma nova fase do mesmo processo, voltada à aplicação da pena de perda do mandato (como se fosse a do *sentencing* do processo norte-americano).

Os parlamentares, diferentemente, não estão sujeitos à Lei nº 1.059/50<sup>618</sup>, e não há lei que defina crimes de responsabilidade de parlamentares.

Entende-se, por isso, que, similarmente, em razão da relevância da função que exercem e da responsabilidade pela representação popular, os parlamentares também se sujeitam ao *double check* pelos atos ilícitos por eles praticados, podendo perder o mandato tanto pelo processo penal perante o Supremo Tribunal Federal quanto pelo processo político perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal.

Essa interpretação não fere a Constituição Federal; ao contrário, sistematiza-a, unificando as suas disposições pertinentes à matéria. Além disso, essa orientação se harmoniza com os entendimentos formados no Supremo Tribunal Federal, aglutinando-os, sem exclusão de qualquer um.

Na Inglaterra, onde surgiu o processo de *impeachment*, o rei controlava os seus administradores públicos, sujeitando-os a duplo controle – pelo processo penal e pelo processo de *impeachment* –, ambos perante a Casa dos Lordes, em única ou última instância, que podia levar até mesmo à pena de morte e de prisão do administrador público ímprobo. O sistema foi transplantado às Colônias inglesas, onde a democracia norte-americana dividiu as tarefas entre o Poder Judiciário e o Senado Federal, submetendo a um e outro Poder, respectivamente, o julgamento do processo penal e do processo político, aperfeiçoando a repartição de poderes e de funções pelo sistema de freios e contrapesos.

Os constituintes norte-americanos, entretanto, deixaram claro, em três cláusulas constitucionais que versam sobre o *impeachment* (*article 1, section 3, clauses 6 e 7, e article 2, section 4*), que a perda do cargo ou mandato pode ser decretada tanto no processo penal, pelo Poder Judiciário, quanto no processo de *impeachment*, pelo Senado Federal, porque acreditavam que os administradores públicos (presidente e vice-presidente da República e os *civil officers*), responsáveis pela gerência do erário público, deveriam sujeitar-se ao duplo controle. Em sua redação original, a VIII Emenda ressaltava expressamente o processo de *impeachment* da proibição contra a *double jeopardy*. A ressalva acabou sendo suprimida na redação final porque se entendeu que era dispensável em face das cláusulas expressas de *impeachment*. As razões, porém, que embasaram a redação original permaneceram íntegras, e aqui são acolhidas, porque melhor espelham o espírito de justiça.

---

<sup>618</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 6254*. Tribunal Pleno, relator o ministro Gilmar Mendes, julgada em 15/07/2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3.92-SP-QO*. Tribunal Pleno, relator o ministro Joaquim Barbosa, julgado em 13/06/2007, DJE-182, publicado em 26/09/2008.



Segundo o entendimento aqui esposado, todas as proposições que se formaram no Supremo Tribunal Federal estão corretas, bem como os seus fundamentos, que não se excluem, mas, ao contrário, devem ser somados e harmonizados.

Assim, se a perda do mandato for imposta por decisão judicial (com fundamento no art. 92, inc. I, do Código Penal; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97; no art. 4º, inc. III, da Lei nº 13.869/19, ou por efeito da sentença condenatória previsto em outro diploma legal), cabe à Mesa simplesmente declará-la (art. 15, inc. III, c.c. o art. 55, inc. IV e § 3º).

Se, por outra volta, a perda do mandato não for decretada na sentença judicial, caberá, ainda, à respectiva Casa Legislativa decidi-lo, em votação aberta, por maioria absoluta, em razão da condenação criminal transitada em julgado (art. 55, inc. VI e § 2º), tudo sem prejuízo da exceção objetiva, fundada no art. 55, inc. III (tese defendida pelo ministro Roberto Barroso e pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal).

A suspensão dos direitos políticos, por si, como efeito da condenação criminal, não acarreta, necessariamente, a perda do mandato parlamentar. Essa depende, em qualquer caso, de decisão judicial fundamentada – salvo no caso da exceção objetiva (com fundamento no art. 55, inc. III, da Constituição Federal) -, nas hipóteses previstas em lei infraconstitucional (com fundamento no art. 92, inc. I, do Código Penal; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97; no art. 4º, inc. III, da Lei nº 13.869/19, ou por efeito da sentença condenatória previsto em outro diploma legal), casos em que cabe à Mesa simplesmente declará-la (art. 15, inc. III, c.c. o art. 55, inc. IV e § 3º).

De modo geral, a perda do mandato parlamentar pode ser decretada, nos crimes graves, por decisão judicial e por decisão parlamentar (art. 55, inc. III; art. 55, inc. IV e § 3º; e art. 55, inc. VI e § 2º), e nos crimes brandos, por decisão parlamentar, após a condenação criminal transitada em julgado (art. 55, inc. VI e § 2º).

Não se aplica, nesses casos, a garantia processual do *ne bis in idem*, porque: i) a norma supralegal do *ne bis in idem* não tem o condão de derrogar regras constitucionais de competência; ii) os processos judicial e político têm naturezas distintas.

Os princípios sensíveis, aqui, são o da justiça, da simetria, da proteção ao erário público, da legalidade e da própria separação dos Poderes, porque, afinal, cabe ao Poder Judiciário a função de julgar, cuja competência, no caso de parlamentares-réus, está prevista na própria Constituição Federal.

Pergunta-se: e na improbidade administrativa?

Os atos ilícitos civis definidos nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA podem ou não configurar crime. Caso a improbidade administrativa configure crime, o parlamentar responde pelo

crime comum, na competência originária do STF (processo penal), e pelo ato ilícito civil, em primeira instância (processo civil punitivo).

Há, contudo, relação de prejudicialidade entre as causas penal e civil pelo mesmo fato, ditada pela garantia processual do *ne bis in idem*, que determina a suspensão da relação jurídico-processual prejudicada até o julgamento definitivo da causa prejudicial (*i.e.* a causa penal), que pode resultar na decretação da perda do mandato eletivo, com fundamento no art. 92, inc. I, alínea *a*, do Código Penal, c.c. o art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Isso ocorre porque nos casos de improbidade administrativa, a perda da função pública por decisão judicial tem amparo constitucional (art. 37, § 4º, CF/88), e sequer haveria razão para cogitar a supremacia da regra do art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal em detrimento do art. 92, inc. I, alínea *a*, do Código Penal.

Já nas hipóteses do art. 92, inc. I, alínea *b*, do Código Penal, assim como nas demais hipóteses de perda de mandato por condenação criminal previstas em lei ordinária, acredita-se que a perda do mandato parlamentar possa ser decretada no processo penal, sem ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pelas razões já sustentadas: i) os parlamentares sujeitam-se a um *double check*, por razões históricas que motivaram o duplo processo judicial e político e por interpretação sistematológica dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria; ii) a decisão judicial não se sujeita à complementação pelo Poder Legislativo, pelos fundamentos alinhados pelo ministro Joaquim Barbosa no julgamento da AP 470, que autorizam o STF a decretar a perda do mandato parlamentar; iii) a competência do STF para o processo penal, assim como a da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para o processo político, também está prevista na Constituição Federal, e a supressão de uma ou outra dessas competências funcionais violaria o princípio da separação de Poderes; iv) o processo penal e o processo político têm naturezas diversas e cláusulas constitucionais que os amparam e afastam a incidência da garantia processual do *ne bis in idem*; v) o duplo controle assegura não apenas a separação dos Poderes, como, também, o princípio da isonomia entre seus membros, assim como a dignidade da função pública, a respeitabilidade da respectiva Casa Legislativa e a representatividade do mandato popular.

Repisa-se, o parlamentar sujeita-se à duplicidade de processos punitivos pelo mesmo fato, segundo o sistema do *double check*, podendo perder o mandato por decisão judicial proferida no bojo de processo penal em competência originária, ou por decisão parlamentar no processo político perante a respectiva Casa Legislativa (art. 55, inc. VI e § 2º).

Comunga dessa conclusão Daniel Marchionatti, que a sintetizou com maestria:

Em meu ponto de vista, o Tribunal deu ao art. 55, § 2º, da CF um escopo que ele não tem. O mencionado artigo versa sobre o relacionamento da Casa Legislativa com seus membros. Para assegurar a independência do mandatário, o mandato parlamentar é, em princípio, protegido contra ataques da maioria da Casa. Entretanto, nas hipóteses do art. 55, e apenas nelas, a Casa Legislativa pode cassar o mandato de seus membros. Trata-se, portanto, de uma garantia do mandato parlamentar frente à Casa, e apenas a ela. [...] O art. 55, VI, que trata da perda do mandato em caso de condenação criminal, é uma novidade no texto de 1988. O dispositivo visa a permitir ao Parlamento cassar o parlamentar condenado criminalmente, ainda que o juiz não tenha aplicado a pena de perda do mandato. Exige-se que os membros do Congresso Nacional mantenham-se nos mais altos padrões de conduta. Certificado pela condenação judicial um desvio, ainda que por um delito que não tenha dado ensejo à decretação judicial da perda do mandato, a Casa pode proceder à cassação. [...] O art. 55 não protege o mandato parlamentar contra decisões de outros poderes, adotadas de acordo com o direito. A Constituição Federal e a legislação preveem hipóteses de cassação de mandatos eletivos pelo Poder Judiciário, inexistindo exceção quanto ao mandato legislativo. Na Constituição, há previsão das ações de impugnação ao mandato eletivo (art. 14, § 10) e de improbidade administrativa (art. 37, § 4º). Na legislação, há menção à ação de investigação judicial eleitoral (arts. 1º, I, “d” e “h”, 19 e 22, XIV, da LC 64/90) e da pena de perda de cargo público ou mandato eletivo (art. 92, I, do CP, e legislação penal especial). Todas elas são impostas por juízes e não se submetem a qualquer deliberação da Casa Parlamentar<sup>619</sup>.

De outra parte, se o fato configura apenas ato ilícito civil de improbidade administrativa, sem definição correlata na ordem jurídico-penal, abre-se a possibilidade de decretação da perda do mandato por decisão de primeiro grau.

Nessa hipótese, impende analisar, à luz do princípio da separação dos Poderes e das regras constitucionais de competência, se a alçada para a decretação da perda do mandato parlamentar por ato ilícito civil de improbidade administrativa seria do juiz de primeiro grau, ou se, proferida a sentença condenatória, a decisão caberia à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal.

Cabe lembrar que a genealogia da regra insculpida no art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal era evitar que o parlamentar perdesse o mandato por decisão judicial por crime brando (o que dificilmente ocorrerá após a alteração do art. 92, inc. I, alíneas *a* e *b*, do Código Penal). Além disso, há gradação ontológica de reprovabilidade e severidade entre ato ilícito penal e ato ilícito civil e suas respectivas penas: se o legislador não se valeu da melhor técnica ao rotular o ilícito e a sua respectiva sanção, cabe ao aplicador do Direito fazê-lo, por meio do manejo do postulado da proporcionalidade.

---

<sup>619</sup> MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 106.

Numa análise preliminar, perfunctória, o manejo do postulado da proporcionalidade levaria à conclusão de que cabe à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, por maioria absoluta, em voto aberto, a decisão sobre a perda do mandato parlamentar.

Não há, contudo, previsão constitucional a respeito, pois o art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal, cuida apenas da hipótese de condenação criminal transitada em julgado, não fazendo qualquer menção à condenação civil. Seria de todo conveniente a aprovação da PEC 313/2013, que tramita em conjunto com a PEC 311/2013 e acrescenta os incs. I e II ao § 3º do art. 55 da Constituição Federal, que eliminam essa distorção.

Não obstante, o art. 15, inc. V, da Constituição Federal estabelece que a condenação por improbidade administrativa acarreta a suspensão dos direitos políticos, sujeitando o parlamentar à perda do mandato por força do art. 55, inc. IV e § 3º, por declaração da respectiva Mesa da Casa.

A condenação civil transitada em julgado, assim como a condenação penal definitiva, gera a suspensão dos direitos políticos (art. 15, incs. III e V). A perda do mandato parlamentar, contudo, não é automática, mas deve ser declarada pela Mesa da Casa Legislativa, por força do art. 55, inc. IV e § 3º, da Constituição Federal.

Em resumo, a perda do mandato parlamentar pode ser assim decretada: inicialmente, por decisão do STF, com fundamento no art. 55, inc. III e § 3º, da Constituição Federal, seguida de declaração da Mesa da Casa nas seguintes hipóteses da exceção objetiva sugerida pelo ministro Roberto Barroso: a) quando a sexta parte da pena privativa de liberdade, imposta em regime inicial fechado, exceder prazo superior ao período remanescente do mandato; b) quando o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado leve o parlamentar a se ausentar, em qualquer sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer (art. 55, inc. III); e c) todas as situações em que a condenação criminal transitada em julgado impuser ao parlamentar o afastamento por prazo superior a 120 dias (art. 56, II).

A perda do mandato parlamentar também pode ocorrer por decisão do STF, com fundamento no art. 55, inc. IV e § 3º, c.c. o art. 15, inc. III, seguida de declaração da Mesa da Casa, nas hipóteses: a) do art. 92, inc. I, do Código Penal; b) do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97; e c) do art. 4º, inc. III, da Lei nº 13.869/19.

Ela também pode ocorrer por decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, com fundamento no art. 55, inc. VI e § 2º, da Constituição Federal, em qualquer caso de condenação criminal transitada em julgado, por maioria absoluta, em votação aberta, no processo político, caso não tenha sido imposta no processo penal e sem prejuízo desse,

posto que os parlamentares estão sujeitos ao **duplo controle** (*double check*) pelos atos ilícitos por eles praticados;

Por fim, ela pode ocorrer, também, por declaração da Mesa da Casa Legislativa em razão da suspensão dos direitos políticos em condenação por improbidade administrativa desqualificada como ato ilícito penal, com fundamento no art. 55, IV e § 3º, c.c. o art. 15, V, da Constituição Federal.

A solução ora alvitrada busca harmonizar os diversos entendimentos que se formaram no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, e aglutinar todos eles, sem exclusão de qualquer um, compatibilizando-os às regras de competência constitucional, à garantia processual do *ne bis in idem* e aos direitos por ela implicados, bem como aos princípios da isonomia, da separação dos Poderes e da unidade da Constituição.

Elimina-se, com isso, a incongruência de se expandir o foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, sepultada pela decisão proferida pelo Pleno do STF no julgamento da Pet 3240<sup>620</sup>.

Em síntese, a garantia processual do *ne bis in idem* não impede que a perda do mandato parlamentar seja decretada no processo judicial e no processo político, por força de cláusulas de competência constitucional que superam a garantia supralegal, sujeitando os parlamentares a um duplo controle pelos atos ilícitos por eles praticados.

### 5.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

#### 5.3.1 Sobreposição das esferas punitivas judicial e administrativo-disciplinar

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – que sucedeu a Constituição da Virgínia - foi inspirada nos ideais iluministas que deflagraram a Revolução Francesa.

Uma das conquistas históricas dos revolucionários consistiu na criação do Conselho de Estado francês (que retirou do Poder Judiciário – cujos membros eram nobres nomeados pelo rei – parcela do poder jurisdicional), afetando-lhe a função de julgar os atos administrativos praticados pelos agentes públicos, isto é, as relações entre o Estado e o indivíduo.

---

<sup>620</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3240 AgR/DF*. Tribunal Pleno, por maioria, relator o ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10/05/2018, DJe de 22/08/2018.

A jurisprudência que se formou a partir de reiteradas decisões do Conselho de Estado francês propiciou o surgimento e a autonomia do Direito Administrativo.

No âmbito desse novo ramo do Direito, a teorização acerca do poder de polícia deu origem, ao seu turno, ao processo administrativo sancionador, fenômeno relativamente recente da Ciência Jurídica<sup>621</sup>.

O fenômeno da administrativização, ou simplesmente, descentralização do poder punitivo estatal – antes exclusivamente concentrado nas mãos do Estado-juiz –, associado à ideia de eficiência da máquina administrativo-punitiva, fez com que os Estados Unidos da América afetassem às agências reguladoras, por seus respectivos estatutos constitutivos, parcela do poder punitivo estatal, pela tipificação de infrações e sanções administrativas a serem impostas por autoridades administrativas, em processos administrativos sancionadores<sup>622</sup>.

Esse movimento transpôs-se ao Brasil com a democratização ocorrida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo a partir da Lei nº 9.491/97, que estatuiu o Programa Nacional de Desestatização, não na mesma escala, é verdade, da experiência estadunidense<sup>623</sup>.

<sup>621</sup> Alejandro Nieto explica que, na Espanha, os primeiros trabalhos sobre o tema remontam aos anos 1960 e 1970; antes disso, tratava-se de uma zona intermediária que não interessava muito aos penalistas e nem aos administrativistas (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 15). No Brasil, a primeira monografia sobre o Direito Administrativo Sancionador foi escrita por Régis Fernandes de Oliveira, em 1985 (*Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012). Em 2000, foi publicada a primeira edição da obra intitulada *Direito Administrativo Sancionador*, de autoria de Fábio Medina Osório (atualmente na 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019). Seguiram-se os trabalhos de Daniel Ferreira (*Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001), Heraldo Garcia Vitta (*A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003) e Rafael Munhoz de Mello (*Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007).

<sup>622</sup> Nos Estados Unidos da América, a garantia contra a *double jeopardy* está prevista na Constituição Federal (V Emenda) e, mesmo assim, a Suprema Corte enfrenta, há décadas, a questão da transposição das esferas punitivas (tendo enunciado os sete fatores de Mendoza-Martinez).

<sup>623</sup> As *agências reguladoras* são autarquias especiais, federais, estaduais ou municipais, pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, que integram a administração pública indireta, com a finalidade de fiscalização, controle e regulação da prestação de serviços públicos ou do exercício de atividades econômicas delegadas a empresas privadas mediante concessão, permissão ou autorização, tais como energia elétrica, telecomunicações, produção e comercialização de petróleo, recursos hídricos, mercado audiovisual, planos e seguros de saúde, mercado de fármacos e vigilância sanitária, aviação civil, transportes terrestres ou aquaviários, etc. Os dirigentes das agências reguladoras federais são nomeados pelo presidente da República para um mandato, com prazo fixo, após prévia aprovação do Senado Federal, e só deixam o cargo por renúncia ou condenação judicial. A Lei nº 13.848/19 dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social dessas entidades da administração indireta. As agências reguladoras federais atualmente existentes são: Anatel, Aneel, Ancine, Anac, Antaq, ANTT, ANP, Anvisa, ANS, Ana e ANM. São exemplos de agências reguladoras estaduais: Arsesp, Arce e Agergs. E, na esfera municipal, Agersa. O Banco Central do Brasil (BC), a Superintendência de Seguros Privados (Susep) e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Cade), entidades da administração pública direta, também exercem funções de fiscalização, controle e regulação dentro de suas respectivas áreas. As leis federais que criaram as agências reguladoras federais com disposições a respeito de infrações, sanções e processo administrativo sancionador, são as seguintes: **Lei nº 9.427/96** (Aneel – a Resolução Normativa nº 846/19 dispõe sobre procedimentos e critérios à imposição de penalidades aos

Paralelamente, no pós-guerra, a internacionalização dos direitos humanos e, com ela, também a do direito punitivo, praticada por mandados de criminalização expedidos pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, levou a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia a enfrentarem o problema da duplicidade de imputação e de punição entre as ordens jurídicas internas e a nova ordem jurídica internacional e regional. O TJUE (Tribunal de Luxemburgo) e a CEDH (Corte de Estrasburgo), com base em diferentes dispositivos convencionais (arts. 54-58 do CIAS e 7.4 da CEDH), assentados na teoria unitária ou monista da ordem jurídica internacional, interpretam o *ne bis in idem* como princípio universal, sobreposto às ordens jurídicas internas de cada um dos 27 Estados-membros, de forma a não conflitar com a divisão de Poderes e com a ordem constitucional interna de cada um deles. Trata-se, portanto, de obrigação *erga omnes* de direitos humanos que, em sua dimensão vertical, vincula os órgãos e os agentes dos Estados-membros nas relações com os indivíduos<sup>624</sup>.

A interpretação do *ne bis in idem* como *direito humano* contra a dupla persecução e a dupla punição não apenas em relação às infrações penais, mas, também, por atos ilícitos em geral, conduz à sua independência e indivisibilidade, podendo ser restringido apenas por outros direitos humanos atingidos<sup>625</sup>.

---

agentes do Setor de Energia Elétrica); **Lei nº 9.472/97** (Anatel); **Lei nº 9.478/97** (ANP – a Portaria ANP nº 234/03 aprova o regulamento que define o procedimento de imposição de penalidades aplicáveis aos infratores das disposições e termos constantes dos contratos de concessão, dos editais de licitações e na legislação aplicável); **Lei nº 9.782/99** (Anvisa – as infrações à legislação sanitária federal e respectivas penalidades aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas estão previstas nas Leis 6.360/76, 6.437/77 e 7.889/89); **Lei nº 9.961/00** (ANS – os arts. 25 a 29-A, da Lei nº 9.656/98, definem as sanções aplicáveis às operadoras de planos de saúde e seguros privados de assistência à saúde e seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados, por infração a dispositivos da respectiva lei, bem como do processo administrativo sancionador e do termo de compromisso de acordo); **Lei nº 9.984/00** (Ana – os arts. 49 e 50 da Lei nº 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e regulamentou o art. 21, inc. XIX, da Constituição Federal, definindo infrações e penalidades); **Lei nº 10.233/01** (ANTT, Contran, DNIT E CTB – definem infrações administrativas aplicáveis a pessoas físicas); **Lei nº 11.182/05** (Anac – a Resolução nº 25/08 dispõe sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades aplicáveis a pessoas físicas ou jurídicas); **Lei nº 12.485/11** (Ancine – os arts. 35 e 36 dispõem sobre as sanções e penalidades aplicáveis a pessoas jurídicas e físicas); **Lei nº 13.575/17** (ANM – os arts. 63 a 69 do Decreto-lei nº 277/67 deram nova redação ao Código de Minas (Decreto-lei nº 1.985/40, e tratam das sanções, nulidades e do processo administrativo para aplicação das sanções de anulação ou caducidade da concessão de lavra); e, para finalizar o rol exemplificativo: **Lei nº 13.709/18** (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – o art. 52 trata das sanções administrativas por violação às normas previstas na lei, aplicáveis pela autoridade nacional, e do processo administrativo sancionador; e o art. 53 estabelece que a autoridade nacional definirá, por meio de regulamento próprio, as sanções administrativas e infrações à lei).

<sup>624</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 52.

<sup>625</sup> Sobre o caráter de independência e indivisibilidade dos direitos humanos: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 116.

A aplicação do *ne bis in idem* nos processos sancionatórios em geral sujeita-se, segundo a jurisprudência da CEDH e do TJUE, aos critérios de *Engel*.<sup>626</sup> Tal entendimento da CEDH e do TJUE levou vários Estados-membros da União Europeia, por intermédio de seus poderes Legislativo e Judiciário, a revisarem e reinterpretarem suas Constituições, a fim de harmonizarem seus ordenamentos jurídicos internos à garantia universal do *ne bis in idem* (Alemanha e Portugal positivaram a garantia em suas Constituições Federais; França, Itália e Bélgica, em suas legislações infraconstitucionais; e a Espanha internalizou a garantia por meio de interpretação da Constituição espanhola de 1978, dada pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal Supremo<sup>627</sup>, e adotou o sistema punitivo baseado na teoria do poder punitivo estatal único).

No Brasil, a garantia do *ne bis in idem* não está expressa na Constituição Federal e, diferentemente do que ocorre na União Europeia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e parte da doutrina, de forma acrítica, abraçaram a ideia de uma quase absoluta autonomia e independência das esferas e instâncias punitivas estatais. Isso levou a doutrina pátria a qualificá-la como *dogma da independência das esferas punitivas*.<sup>628</sup>

Nesse panorama, descortina-se a complexidade da tarefa de racionalização do sistema punitivo nacional.

<sup>626</sup> No *leading case Engel and Others v. Netherlands*, julgado em 1976, a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu três critérios para aferição da natureza penal de uma infração penal e sua respectiva pena, a fim de concluir sobre a incidência ou não da garantia do *ne bis in idem*, a saber: i) a classificação da infração, conforme o Direito nacional; ii) a natureza da infração; e iii) a severidade da pena prevista para a infração. Outros parâmetros foram apontados em casos mais recentes: i) se a norma em questão é direcionada a um grupo específico ou tem caráter geral vinculante (*Bendenoun v. France*, n. 47); ii) se o procedimento foi instituído por um órgão público com poderes para impor a sanção aplicada (*Benham v. the United Kingdom*, n. 56); iii) se a norma violada tem finalidade punitiva ou dissuasória (*Oztürk v. Germany*, n. 53); iv) se a aplicação da pena está atrelada à noção de culpabilidade (*Benham v. the United Kingdom*, n. 56); e, ainda, v) se outros Estados-membros rotulam a infração como criminal ou administrativa (*Oztürk v. Germany*, n. 53). Posteriormente, o TJUE passou a adotar os mesmos critérios de *Engel*.

<sup>627</sup> As consequências do reconhecimento do *ne bis in idem* na Ordem Jurídica interna da Espanha trouxeram as seguintes consequências: i) supremacia da esfera penal sobre a administrativo-sancionadora; ii) aplicação “matizada” das garantias do processo penal ao processo administrativo-sancionador. O conjunto de regras criadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores espanhóis pode resumida da seguinte forma: “se a Administração tem conhecimento de fato que possa constituir infração penal e administrativa, deve remeter os autos à autoridade judicial. Se a sentença penal for condenatória, a Administração Pública não poderá impor sanções administrativas pelos mesmos fatos. Mas se a sentença penal for absolutória, esta última poderá instaurar o processo administrativo-sancionador, desde que respeitado o que ficou decidido no juízo penal.” (MOLINÉ, José Cid. *Garantías y sanciones* (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*. Madri, n. 140, maio/ago. 1996, pp. 131-172. Disponível em: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059>. Acesso em: 14 abr. 2020).

<sup>628</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44. No mesmo sentido: ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro*. *Direito, Estado e Sociedade*. Belo Horizonte: UFMG, n. 52, jan./jun. 2018.



Antes, porém, de se passar à análise crítica da sobreposição entre as esferas punitivas judicial e administrativa, duas distinções são necessárias.

A primeira: uma coisa é a sanção administrativa decorrente do exercício do poder de polícia do Estado, e que, portanto, se reveste das características do ato administrativo (autoexecutoriedade, presunção de legalidade e imperatividade), sujeito ao controle judicial posterior de legalidade, em que não há processo administrativo sancionador propriamente dito, mas mera atuação e autuação de ofício por parte do agente ou poder público. Outra, é a sanção administrativa imposta no processo administrativo sancionador, instaurado por autoridade administrativa para apuração de ato ilícito administrativo definido em lei.

A segunda: o processo administrativo sancionador pode ser geral ou disciplinar<sup>629</sup>.

Neste tópico, analisa-se apenas a sobreposição existente entre as esferas judicial-punitiva e administrativo-disciplinar. Discute-se, também, se o processo administrativo-disciplinar, por tratar de *relação especial de sujeição* entre o servidor e a autoridade administrativa, escaparia da incidência da garantia processual do *ne bis in idem*, doutrina encampada pelo Tribunal Constitucional (TC) e Tribunal Supremo (TS) espanhóis como exceção à teoria do poder punitivo estatal único.

A STC 2/1981 excluiu da incidência do *ne bis in idem* o processo administrativo disciplinar por tratar de *relação de sujeição especial*, embora parte da doutrina defenda que, na verdade, a exceção ao *ne bis in idem* decorre: i) da ausência da tríplice identidade (sujeito, fatos e fundamento da pena) porque o *fundamento das sanções disciplinares* é diverso do das sanções penais e administrativas gerais<sup>630</sup>; ii) da diferença entre os bens jurídicos tutelados; e iii) da diversidade do componente ético entre as sanções disciplinares e penais<sup>631</sup>.

<sup>629</sup> No Direito Administrativo, o sistema jurídico de controle do ato administrativo não se confunde com o sistema jurídico de responsabilização do gestor público.

<sup>630</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 503 e ss.

<sup>631</sup> Na **STC 2-1981**, o Tribunal Constitucional reconheceu a supremacia da sentença penal e adotou a teoria do poder punitivo estatal único: “A subordinação dos autos da Administração de imposição de sanções à autoridade judicial exige que a colisão entre uma atuação jurisdicional e uma atuação administrativa tenha de resolver-se em favor da primeira. Desta premissa derivam as seguintes consequências: a) o necessário controle *a posteriori* pela autoridade judicial dos atos administrativos mediante o oportuno recurso; b) a impossibilidade de que os órgãos da administração levem a cabo atuações ou procedimentos sancionadores, naqueles casos em que os fatos podem ser constitutivos de crime segundo o Código Penal ou as leis penais especiais, enquanto a autoridade judicial não se tenha pronunciado sobre ele; c) a necessidade de respeitar a coisa julgada.” No **Acórdão nº 177/1999**, o Tribunal Constitucional decidiu que, apesar da supremacia da esfera penal sobre a administrativa, o *ne bis in idem* impede a imposição de sanção penal a quem já tenha sido punido administrativamente sobre o mesmo fato, nos seguintes termos: “[...] e menos ainda da eventual inobservância, pela Administração sancionadora, da legalidade aplicável, o que significa que a preferência da jurisdição penal sobre a potestade administrativa sancionadora há de ser entendida como uma garantia do cidadão, complementar de seu direito a não ser punido duas vezes pelos mesmos fatos, e nunca como uma circunstância limitadora da garantia que implica aquele direito fundamental.” Sem embargo, acredita-se que a solução mais razoável seria a de descontar a sanção administrativa da sanção penal, fazendo incidir, nesse caso, a vertente

A solução de atribuir dignidade constitucional à garantia do *ne bis in idem* não nos parece válida, porque não está expressa na Constituição Federal e já foi reconhecido o seu *status* de norma supralegal.

Outros autores enfrentaram o estigma da utilização de processos judiciais punitivos não penais, defendendo a *aplicação matizada das garantias do processo penal aos processos punitivos não penais*.

O fundamento dogmático que possibilitaria a transposição das garantias do processo penal ao processo sancionatório não penal não seria a analogia, mas, sim, decorreria da garantia constitucional do devido processo legal, com incidência matizada à luz do direito material e da relação processual<sup>632</sup>.

Passa-se a analisar, a seguir, a razoabilidade de excluir os processos administrativo-disciplinares do espectro de incidência da garantia processual do *ne bis in idem*, à luz dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais elencados.

### **5.3.2 Origem do princípio da independência das esferas punitivas na jurisprudência do STF e sua releitura à luz do *ne bis in idem***

No Brasil, assim como na Espanha, o precedente mais remoto de que se tem conhecimento sobre a independência das esferas punitivas também se refere a um caso que versava sobre a relação entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar.

Surpreendentemente, o *leading case* no STF sobre a questão da sobreposição do processo penal e do processo administrativo reconheceu a prejudicialidade entre as causas, sem, contudo, nominá-la. Com efeito, no MS 2.490/DF, relatado pelo ministro Nelson Hungria, julgado em 02/09/1954, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não apenas reconheceu a repercussão da sentença penal no processo administrativo

---

material da garantia. A propósito, Rosario de Vicente Martínez observa que o § 86 da Owig (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), sob a rubrica “Anulação da decisão sobre a imposição de uma multa no processo penal”, estabelece que se contra um sujeito recai uma decisão administrativa e, posteriormente, o mesmo sujeito é condenado pelo mesmo fato em um processo penal, a sanção administrativa é nula (se já foi paga, seu valor será deduzido da sanção penal), com base na supremacia da jurisdição penal e na maior gravidade das consequências jurídico-penais) (MARTÍNEZ, Rosario de Vicente. *Teoría y práctica de el Dr. Jekyll y Mr Hyde. Actualidad Penal*. Madri: La Ley, n. 22, maio/jun. 2000). Em decisão posterior (STC 2/2003), o Tribunal Constitucional procedeu ao desconto da pena imposta no processo administrativo anterior, na pena aplicada no processo penal posterior, mantendo íntegra a regra do *ne bis in idem* em sua vertente material, bem como reafirmando a regra da prevalência da jurisdição penal sobre a administrativa (CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2007, pp. 144-146).

<sup>632</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 45-46.

disciplinar, como, também, a necessidade de se aguardar o término do processo penal, ou seja, o trânsito em julgado da sentença penal para o julgamento do processo administrativo disciplinar<sup>633</sup>.

Nos casos que se sucederam, entretanto, o STF passou a sustentar a independência das esferas punitivas simplesmente com base na doutrina administrativa dos anos 1960 e 1970.

Rigorosamente, antes da Constituição de 1988, no HC 62.196/MG, relatado pelo ministro Rafael Mayer, o STF justificou a autonomia entre as sanções aplicadas na via penal e administrativa geral por sofismas que acobertavam a fraqueza dos critérios de discrimen: i) objeto jurídico; ii) natureza da norma; iii) autoridade competente; e iv) finalidade da pena (de multa, no caso concreto): preventivo-pedagógica (administrativa) ou retributiva-repressiva (penal).

Após a promulgação da Constituição de 1988, no MS 21.029/DF, relatado pelo ministro Celso de Mello, julgado em 23/09/94, o STF concluiu que a independência entre as instâncias havia sido estabelecida na jurisprudência desse Tribunal para resolver a questão da sobreposição entre processos judiciais e processos administrativo-disciplinares que envolviam punições de servidores públicos, com supedâneo na doutrina administrativa da época, que defendia a autonomia da responsabilidade administrativo-disciplinar em relação à penal.<sup>634</sup>

Com efeito, dos 86 acórdãos encontrados sobre o tema da independência entre as esferas penal e administrativo-disciplinar (excluídos, portanto, os acórdãos referentes aos processos administrativos sancionatórios gerais, administrativo-disciplinares militares e processos civis e eleitorais punitivos), desde 1954 até 2005, apenas 13 acórdãos apresentaram fundamentação doutrinária a respeito da independência entre as esferas

---

<sup>633</sup> Eis o teor da ementa do respectivo acórdão: “Ílícito administrativo e ilícito penal. Se em relação a este é absolvido o acusado, não persistindo qualquer *residuum* justificativo de penalidade de demissão imposta na instância administrativa, subverte-se tal penalidade, devendo ser o acusado reintegrado no cargo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 2490/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Nelson Hungria, julgado em 02/08/1954, DJ de 04/11/1954, p. 13.514). O eminente ministro relator havia publicado artigo, em 1945, em que defendia a ausência de distinção ontológica entre ilício penal e ilícito administrativo (HUNGRIA, Nelson. *Ílícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945). Posteriormente, em sessão plenária de 13/12/1963, o STF enunciou: “**Súmula 18.** Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 18*. Tribunal Pleno, sessão plenária de 13/12/1963, publicado na *Imprensa Nacional* em 1964, p. 38) (precedentes: AR 598, DJ 17/10/1963, RTJ 30/291; RE 50722 EI, DJ 22/08/1963, RTJ 25/260; AI 27358, DJ 13/03/1963, RTJ 26/290; RE 42168 EI, DJ 26/08/1961). O tema do empréstimo de provas do processo penal para o processo administrativo-disciplinar passou a ser tratado somente a partir de 2003 (50 anos depois) (Rcl 11675 AgR).

<sup>634</sup> Observa-se que essas decisões são anteriores às primeiras Ações de Improbidade Administrativa, baseadas na Lei nº 8.429/92.

punitivas, dos quais 12 acórdãos – alguns deles anteriores à Constituição de 1988 – continham as mesmas citações doutrinárias dos precedentes, em publicações dos anos 1960 e 1970.<sup>635</sup>

Isso confirma a premissa de que o “princípio da independência das esferas punitivas” originou-se no Supremo Tribunal Federal em causas que envolviam o conflito entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar de servidores públicos, com base na doutrina administrativista da época.

Autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld e Odete Medauar defendiam a autonomia do Direito Administrativo – e, por consequência, inclusive do Direito Administrativo Sancionador – inspirados no sistema francês da dualidade de jurisdições.<sup>636</sup>

Ocorre que o sistema francês da *dualidade de jurisdições*, nascido dos ideais libertários, visava à tutela do indivíduo em face do Estado, que é justamente o oposto de se defender o interesse estatal punitivo.

Cabe rememorar que o Conselho de Estado francês foi criado após a Revolução Francesa para julgar as relações entre o Estado e o indivíduo, como uma garantia para o indivíduo, e não em defesa dos interesses do Estado, muito menos do poder punitivo estatal.

Além da autonomia do Direito Administrativo, outros fundamentos foram utilizados pelo STF para justificar a independência das esferas penal e administrativo-disciplinar: i) a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo-disciplinar<sup>637</sup>; ii) a natureza da sanção

---

<sup>635</sup> Hely Lopes Meirelles foi citado nos MS 16404, MS 21294, MS 21293, MS 21332, MS 21705, MS 22155, MS 21798 e MS 23401 (nesse último acórdão, o doutrinador não é citado diretamente pelo ministro, mas por outros documentos, copiados em seu voto, que embasam a sua decisão). Cretella Jr. foi citado nos MS 21293 e MS 27967. O MS 21294 citou Hely Lopes Meirelles e, também, Guimarães Menegale, Victor Nunes Leal, Diogo Figueredo e Celso Antonio Bandeira de Mello. Para as inferências traçadas doravante a partir da análise de julgados do STF, valeu-se, nesta tese, de percuciente e valiosa monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), sob a orientação da professora Carolina Dalla Pacce, produzida por: PARÍSIO, Isabela de Oliveira. *Independência entre esferas versus comunicabilidade de instâncias*: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal. São Paulo, 2016.

<sup>636</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 827; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 43-44; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 47-49.

<sup>637</sup> MS 21.293. Há autores que sustentam a independência das esferas punitivas sob o fundamento da *diferenciação ontológica entre infrações e sanções penais e administrativas* (CERVEIRA, Fernanda Pessoa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador e exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, fl. 134), a partir da teoria *qualitativa* de James Goldschmidt. O jurista aponta a existência de diferenças *substanciais* entre ilícitos penais e ilícitos administrativos, em que os primeiros seriam marcados por um desvalor ético, ao passo que os segundos seriam infrações eticamente neutras, voltadas à proteção das estruturas do Estado (MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*: contribution à l'étude du *jus puniendi* de l'État dans démocraties contemporaines. Paris: Economica, 1993, p. 50).

cominada ao ato ilícito<sup>638</sup>; iii) o art. 935 do Código Civil, o art. 66 do Código de Processo Penal e o art. 125 da Lei nº 8.112/90; e iv) a diferença de jurisdições<sup>639</sup>.

A esses fundamentos, contrapõem-se: i) não existe diferença ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo-disciplinar<sup>640</sup>; ii) a distinção baseada no componente ético das sanções disciplinares e penais é bastante discutível, sobretudo porque, para o réu, nada importa o *fundamento* e a *finalidade* da pena, como, por exemplo, no caso da demissão (ou perda do cargo ou da função pública, como efeito secundário da sentença penal condenatória), pois a restrição ao direito individual é a mesma<sup>641</sup>; iii) a legislação infraconstitucional não serve de fundamento para justificar a existência do princípio “constitucional” da independência das esferas punitivas; e, por fim, iv) excepcionadas as competências constitucionais<sup>642</sup>, as demais regras de competência estão previstas em leis

<sup>638</sup> Em alguns julgados, o ministro Sepúlveda Pertence consignou que “o que determina o caráter do ilícito é a sanção a ele cominada.” (MS 21.294 e MS 22.076). Tal compreensão é válida em se tratando de pena privativa de liberdade, exclusiva do Direito Penal. Em se tratando de outras penas, contudo, não é possível identificar o seu caráter a partir, meramente, de sua espécie. É o caso, por exemplo, das penas de demissão (perda do cargo ou da função pública) e multa, que podem ter caráter tanto penal quanto civil ou administrativo. É bem verdade que as penas de advertência e suspensão não estão previstas nos estatutos penais e civis, mas o grau de severidade delas não justifica a violação da garantia contra a dupla imputação. Subsistem, ainda, penas severas, como a de cassação da aposentadoria, mas é importante anotar que a doutrina majoritária identifica o caráter do ilícito administrativo não pela sanção, mas pela autoridade [administrativa] que a impõe.

<sup>639</sup> AI 25578, MS 21705, ARE 691306, MS 2490, MS 21321, MS 21545, MS 21029, MS 22155, MS 22438 e MS 21708.

<sup>640</sup> No caso *Oztürk v. Germany*, julgado em 1984, o TJUE reconheceu a falta de distinção ontológica entre delitos e infrações administrativas. Na doutrina nacional prevalece a tese da ausência de distinção ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-27; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 863; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 59-60). Em contraposição à teoria *qualitativa*, desenvolveu-se a chamada teoria *quantitativa*, segundo a qual não haveria distinção ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo: a diferença estaria na gravidade da sanção imposta pelo legislador. Franck Moderne também conclui que não é mesmo possível estabelecer uma separação radical entre ilícito penal e administrativo (MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 133).

<sup>641</sup> O que é realmente relevante para estabelecer um critério distintivo válido entre a sanção penal e a sanção administrativa é o direito individual restringido ou, simplificadamente, a *espécie de pena*: a pena privativa de liberdade é exclusiva do Direito Penal e as penas de advertência, suspensão e cassação da aposentadoria são tipicamente administrativo-disciplinares. De qualquer modo, para a doutrina em geral, o critério distintivo entre sanção penal e sanção administrativa é puramente formal: a autoridade que as impõe (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El problema jurídico de las sanciones administrativas. Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 10, 1976, pp. 399-430; ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino, Italy: Fratelli Bocca, 1924, p. 40; NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 182; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 863-864; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 62-68).

<sup>642</sup> Como, por exemplo, do processo de *impeachment* do presidente e do vice-presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e dos ministros de Estado e dos comandantes da Marinha, do Exército e da

federais, enquanto as regras de divisão de atribuições, em leis federais, estaduais e municipais<sup>643</sup>. As regras de divisão da jurisdição, por estarem previstas em leis infraconstitucionais, não se sobrepõem à regra supralegal do *ne bis in idem*.

Sem dúvida alguma, o fundamento principal do princípio da independência das esferas punitivas (de criação pretoriana) repousa no sobreprincípio da separação dos poderes e, como tal, guarda relação hierárquica em relação à norma supralegal do *ne bi in idem*<sup>644</sup>.

Ocorre que, como bem assinalou Sirlene Nunes Arêdes,

O princípio da separação de poderes firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas contra a arbitrariedade dos detentores do poder e como mecanismo de contenção do poder. Sua utilização para limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais, como ocorre no direito brasileiro, é contrária à finalidade para a qual esse princípio foi concebido<sup>645</sup>.

Mais adiante, a autora complementa:

A ordem jurídica brasileira reconhece a interdependência entre as instâncias apenas em razão de raras situações legalmente determinadas, caracterizadas, não como direitos constitucionais das pessoas submetidas a processos punitivos, mas como liberdade do Poder Legislativo [...]. Portanto, a legislação brasileira incorpora a teoria da independência de instâncias em modelo quase absoluto e de forma contrária aos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil<sup>646</sup>.

A impossibilidade de resolver a crise de sobreposição das esferas punitivas judicial e não judicial pela aplicação, à risca, do princípio da separação de poderes, foi bem colocada por Eduardo García de Enterría, nos seguintes termos:

É inviável construir e sustentar a independência das instâncias com base numa estreita visão, já superada na Teoria Política, em torno ao princípio da separação de poderes, onde as Instituições e os Poderes atuam

---

Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, inc. I, da Constituição Federal). São, também, constitucionais as regras de competência material das Justiças especial e comum federal e competência funcional, horizontal (recursal, dos Tribunais Superiores) e vertical (originária, *ratione materiae* e *ratione personae*).

<sup>643</sup> Ao prescreverem as competências materiais, os arts. 21 e 23 da Constituição Federal não estabeleceram diretamente atribuições punitivas dos entes federativos, relegando-as a leis infraconstitucionais.

<sup>644</sup> A noção de monismo ou unitarismo da Ordem Jurídica supranacional ainda é insípida no Brasil, e não foi contemplada pela jurisprudência constitucional.

<sup>645</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. *Direito, Estado e Sociedade*. Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2018, pp. 204-240, p. 219.

<sup>646</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental... *Op. cit.*, p. 223.

isoladamente, sem comunicações recíprocas e sem responsabilidades que transcendam suas esferas de intervenção<sup>647</sup>.

Viu-se, no capítulo anterior, que o princípio da independência das esferas punitivas não é absoluto, mas deve ser flexibilizado pela garantia processual do *ne bis in idem*, de modo a evitar que a sua aplicação “à tesoura” conduza a injustiças.

Concebida a possibilidade de flexibilização do sobreprincípio da separação de poderes, acredita-se que leis infraconstitucionais e a jurisprudência dos Tribunais, a partir de critérios determinados, possam reconhecer relações de supremacia entre as esferas punitivas (como já ocorre em várias situações), sem que se cogite a inconstitucionalidade material dessas leis ordinárias, por ofensa ao sobreprincípio da separação de poderes.

O reconhecimento de relações de supremacia entre as esferas punitivas – por lei ordinária ou pela jurisprudência dos Tribunais – constitui exceção ao princípio da independência das esferas punitivas.

A “comunicabilidade”<sup>648</sup> entre as esferas punitivas – como exceção à regra da independência – consiste em reconhecer, por razões de justiça e de equidade que remontam ao direito romano, a despeito das diferentes taxonomias apostas pelo legislador ao ato ilícito e da distinção de competências/atribuições para o processo e julgamento, não apenas a influência entre as esferas punitivas, sobretudo ditada pela supremacia da esfera penal sobre as demais, mas, também, a vedação do duplo processo.

Ora, a identidade dos fatos somada à diversidade de fundamento jurídico (ilícito penal *versus* ilícito administrativo-disciplinar), do ponto de vista conceitual (dogmático), caracteriza *conexão* (entre ações, causas, pontos ou questões). A supremacia de uma esfera punitiva sobre a outra denota a existência de uma causa ou relação jurídica subordinante e outra, subordinada<sup>649</sup>.

A importância de se reconhecer a *prejudicialidade* entre causas punitivas está em se estabelecer seus efeitos, como, por exemplo, a suspensão do processo da causa prejudicada.

---

<sup>647</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2005.

<sup>648</sup> O termo “comunicabilidade” entre as instâncias punitivas – como exceção à regra da independência – passou a ser empregado pelo STF a partir de 2012 (RE 640972 (2012), RMS 31515 (2015) e MS 32806 (2016)).

<sup>649</sup> A jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que “Ante a independência e a supremacia da instância penal, qualquer julgamento em outra esfera administrativa, civil ou eleitoral, não tem o condão de sobrepujá-la ou de algum modo comprometer-la.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 2903/AC*. Tribunal Pleno, relator o ministro Teori Zavascki, unânime, DJe de 27/06/2014). No mesmo sentido, citando o aludido precedente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 4210/MT*. Primeira Turma, relator o ministro Luiz Fux, julgado em 20/03/2018, DJe-080 de 25/04/2018.

Evidentemente que os efeitos da prejudicialidade dependem de lei. Se, porém, houver lei que reconheça a supremacia da sentença penal sobre a não penal, é lícito afirmar que a regra legal de subordinação já está posta. Quanto aos seus efeitos, cumpre analisá-los à luz da vertente processual da garantia supralegal do *ne bis in idem*, que impede a dupla imputação pelo mesmo fato, qualquer que seja a natureza do ilícito.

A jurisprudência da CEDH e do TJUE não vincula o sistema judicial pátrio, mas lhe serve de baliza, na medida em que pode influenciar futuras e eventuais decisões da CIDH. Afinal, o art. 8.4 da CADH estabelece a mesma garantia plasmada nas convenções europeias e aplicadas por aquelas Cortes. Vale dizer que se a CIDH adotar a mesma linha de interpretação do *ne bis in idem* como obrigação *erga omnes* dos direitos humanos, será imperiosa a releitura do princípio constitucional da independência das esferas punitivas (de criação pretoriana) à luz da garantia universal, aplicável a todos os tipos de processos punitivos, conquanto em sua origem seja concebida apenas como garantia do processo penal.

Entre os critérios determinantes a serem estabelecidos pela jurisprudência dos tribunais para o reconhecimento do caráter penal de sanções não penais (com vistas à atração da garantia do *ne bis in idem*) não nos parecem idôneos: i) o rótulo apostado pelo legislador – porque possibilita a burla de etiquetas e, conseqüentemente, a violação de garantias processuais; ii) a quantidade da pena de uma determinada espécie – porque a garantia processual do *ne bis in idem* se antecipa à dupla punição para evitar a persecução dobrada pelo mesmo fato; iii) a finalidade da pena – porque seu caráter punitivo afasta a finalidade compensatória e, por outro lado, a restrição de direitos é a mesma, nada importando para o réu a sua finalidade punitiva, dissuasória, preventiva, disciplinar, ética, etc.; e iv) a competência ou atribuição para o processo e julgamento, ressalvados os casos de competência constitucional.

No âmbito do processo administrativo-disciplinar, especificamente, não constituem fundamentos idôneos a sustentar a independência das esferas penal e administrativo-disciplinar: i) a relação específica de sujeição entre o servidor e a autoridade administrativa; ii) a diversidade do componente ético, do fundamento e da finalidade da sanção; iii) a autonomia do Direito Administrativo em relação ao Direito Penal; iv) a distinção ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo; e v) a distinção de competência/atribuição.

De fato, o rótulo apostado pelo legislador ao ato ilícito e à respectiva sanção não pode servir de justificativa para afastar o *ne bis in idem*, sob pena de homenagear uma “*labelling fraud*”, em prejuízo das garantias do processo penal, que foi justamente o que a CEDH e o TJUE procuraram evitar.



A finalidade da pena como critério distintivo decorre de uma leitura histórica do conceito de punição. O referido critério somente se justifica para discernir a pretensão punitiva da pretensão ressarcitória, o que é impertinente à aplicação do *ne bis in idem*, que somente incide sobre ações punitivas. A mora estipulada em ação ressarcitória é punição pela demora, e não pelo fato ou pela conduta em si.

Por fim, o afastamento do *ne bis in idem* sob o fundamento da existência de uma relação especial de sujeição do administrador ao administrado (critério adotado pela jurisprudência do TS e do TC espanhóis para afastar a incidência do *ne bis in idem* dos processos administrativos sancionadores disciplinares) não tem nenhum amparo jurídico ou científico, nem mesmo na doutrina administrativista que prega, acertadamente, a autonomia do Direito Administrativo.

Por outro lado, a *natureza e a severidade da pena* são os critérios adotados pela CEDH e pelo TJUE para reconhecer o caráter penal de determinada sanção administrativo-disciplinar – como é o caso da pena de demissão ou perda do cargo, função ou mandato – para, com isso, atrair a incidência da proibição contra a dupla imputação<sup>650</sup>.

Assim, por exemplo, as penas de advertência e suspensão por 30 dias não têm caráter penal por não terem definição correlata na lei penal e em razão da mínima severidade e restrição a direitos individuais, o que possibilita a instauração de processos punitivos judicial e administrativo pelo mesmo fato. Já em se tratando da pena de demissão que, na esfera judicial corresponde à de perda do cargo ou da função pública, a natureza e o grau de severidade recomendam o reconhecimento de seu caráter penal, o que atrai a incidência da vertente processual do *ne bis in idem* sobre o processo administrativo sancionador. No caso da multa, se for excessiva, é perfeitamente possível se lhe reconhecer o caráter penal. Nesse caso, se o processo administrativo sancionador for instaurado e concluído antes do processo judicial punitivo, a única solução possível será proceder-se, neste último, ao desconto das penas, não se podendo admitir que o prévio julgamento da relação jurídico-processual subordinada confira ao réu imunidade em relação à causa subordinante. Por fim, em se tratando da sanção administrativa de cassação da aposentadoria, apesar de sua natureza puramente administrativa, a severidade dessa sanção reclama a incidência da garantia processual para trancar o processo administrativo sancionador. Em qualquer situação, entende-se que se deva levar em conta a pena máxima prevista para o ilícito administrativo.

---

<sup>650</sup> Alejandro Huergo Lora anota que, no sistema alemão, a única sanção administrativa é a multa, salvo no âmbito disciplinar. Em caso de não pagamento da multa, porém, a sanção se transforma em pena privativa de liberdade (HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007, pp. 66-69).

De volta à pesquisa de julgados, as vias impugnativas usadas para alcançar o STF evidenciou que o “princípio” da independência das esferas punitivas foi edificado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, e não por Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ou seja, no exercício do papel recursal da Corte, e não de seu papel constitucional<sup>651</sup>.

Em relação ao *ne bis in idem*, dos 86 acórdãos pesquisados, apenas um deles, de 1989, fez menção expressa ao princípio, levado em conta em sua acepção material<sup>652</sup>.

Dos 60 acórdãos que trataram do tema da repercussão da sentença penal no processo administrativo-disciplinar, 44 apontaram algum tipo de repercussão possível que sujeitaria a esfera administrativa ao decidido na esfera penal<sup>653</sup>, e outros 16 acórdãos não chegaram a atestar hipóteses de repercussão da sentença penal no processo administrativo-disciplinar, referindo-se apenas à independência entre as instâncias penal e administrativa.<sup>654</sup>

Em relação aos 44 acórdãos, a maioria deles reconheceu que a comunicabilidade entre as duas esferas punitivas tem lugar nas hipóteses em que a sentença penal absolve o réu por: (i) inexistência do fato; ou (ii) negativa de autoria, com fundamento no art. 935 do Código Civil, e no art. 66 do Código de Processo Penal. Isso não ocorre, porém, quando a absolvição é fundada em insuficiência probatória.<sup>655</sup>

Os acórdãos, porém, nem sempre foram unânimes.

Até 2005, em vários julgados, o ministro Marco Aurélio sustentou a tese vencida pela maioria, da necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal para o início do processo administrativo-disciplinar, invocando, como fundamento, o princípio da

<sup>651</sup> 53 MS e RMS, 12 HC e RHC, 7 AI, 8 RE, 2 Rcl, 3 ARE, 1 Inq., 1 SS, 1 Pet e 1 AP.

<sup>652</sup> “O impetrante subordina inquérito administrativo ao processo criminal e seu desfecho condenatório quando são autônomas a responsabilidade disciplinar e a criminal e independentes as respectivas sanções, que podem coincidir ou não, sem que haja *bis in idem*, no caso da coincidência – Lei 1.711/1952, art. 200, Decreto 59.310/1966, art. 369.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20947/DF. Relator o ministro Paulo Brossard, julgado em 19/10/1989, p. 6).

<sup>653</sup> RE 85191, MS 22534, MS 23188, RMS 26226, AI 521569, AI 807190, AI 856126, RE 640972, RMS 27967, RE 430386, RMS 26951, RMS 31515, MS 32806, RHC 116204, MS 16404, RE 75421, MS 21113, MS 21294, SS 284, MS 21332, MS 21321, MS 21545, MS 22076, MS 22155, MS 22656, MS 22362, MS 23242, MS 23401, MS 24293, MS 22438, MS 22796, MS 20947, MS 21029, MS 21708, RMS 4727, MS 2490, RHC 91110, RE 785677, MS 32806, RE 1044681, RMS 30376, ARE 1110082, RMS 30295 e RMS 32357.

<sup>654</sup> MS 8369, MS 22755, HC 76157, AI 783997, RHC 111931, RMS 28208, RE 785677, RMS 34401, RE 736351, MS 22899, AI 747753, AP 568, RE 785677, RMS 28919, HC 88950 e HC 86568.

<sup>655</sup> Outros acórdãos entenderam que a sentença penal repercute na esfera administrativa quando “reconhecer a inocência total do funcionário” (RMS 4727, 1957, p. 15, *a contrariou sensu* da Súmula 18 do STF; MS 20947, 1989); também nas hipóteses em que se encontra presente uma causa excludente da ilicitude (MS 21029, 1994; MS 21708, 2000).

presunção de inocência e o do devido processo legal<sup>656</sup>. A preocupação que norteou os votos vencidos do ministro Marco Aurélio era legítima, porque traduzia o respeito aos direitos individuais assegurados pelas garantias constitucionais do processo penal, os quais não estão presentes no processo administrativo-disciplinar. O art. 5º, inc. LV, introduzido pela Constituição Federal de 1988, contudo, assegura o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral, tanto no processo judicial quanto no processo administrativo.

A partir de 2005, o ministro Marco Aurélio passou a votar com a maioria, fazendo simples menção, como os demais ministros, à independência entre as esferas penal e administrativa<sup>657</sup>.

Formada a unanimidade em torno da questão, sem embargo, nas decisões posteriores o STF, ao mencionar a independência das esferas punitivas como fundamento de decidir, ressaltou a ausência de violação aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, e acrescentou o art. 37, § 4º, da CF como fundamento da independência das esferas punitivas.<sup>658</sup>

Desse modo é possível traçar um divisor de águas na jurisprudência do STF que, até 2005, ainda que em apenas 13 julgados, empenhou-se em justificar a independência das esferas punitivas pela doutrina administrativa. Somente a partir de 2005, os acórdãos passaram a justificar a independência das esferas punitivas com base no princípio da separação de poderes e **no art. 37, § 4º, da Constituição Federal**.

Com essa orientação, o STF igualou-se às primeiras decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal Supremo espanhóis, que ressaltaram o processo administrativo-disciplinar da incidência do *ne bis in idem* em razão da relação de sujeição especial e do componente ético das sanções administrativas disciplinares de servirem a finalidades diversas.<sup>659</sup>

---

<sup>656</sup> O primeiro julgado em que o ministro Marco Aurélio levantou esta tese foi o MS 21294 (1991, pp. 18-19). No mesmo sentido: MS 21293 (1992) e 21330 (1992). Neste último, o ministro Marco Aurélio destacou: “Ora, se ao funcionário público é imputado procedimento passível de ser tido como configurador de delito penal, não se pode, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, assentar a culpa via mero processo administrativo e concluir pela demissão. [...] havendo coincidência de tipos, especialmente com tomada de empréstimo da própria definição penal, a previsão em norma de estatura administrativa não pode servir ao afastamento das garantias constitucionais atinentes ao juiz natural, ao devido processo legal e à impossibilidade de alguém ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21330/DF*. Tribunal Pleno, relator ministro Marco Aurélio, julgado em 08/10/1992, DJ 11-12-1992 PP-23662 EMENT VOL-01688-01 PP-00119 RTJ VOL-00144-02 PP-00476, pp. 16-17).

<sup>657</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 86568/CE*. Primeira Turma, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 18/10/2005, DJ de 02/12/2005, p. 13; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 88950/RS*. Primeira Turma, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 25/09/2007, DJe-018 de 01/02/2008.

<sup>658</sup> *RHC 91110* (2008), *AI 747753* (2010) e *RMS 28919* (2014).

<sup>659</sup> STC 2/1981.

Como antes dito, tanto a jurisprudência do TC e TS espanhóis quanto a do STF brasileiro se formaram para resolver a questão da sobreposição entre o processo penal e o processo administrativo disciplinar.

A base dogmática do TC e TS espanhóis consistiu em atribuir dignidade constitucional ao *ne bis in idem*, extraída da interpretação de princípios constitucionais (tipicidade, legalidade, presunção de inocência e justiça), sendo não apenas duvidosa a constitucionalidade da garantia, como criticável a sua exceção aos processos administrativo-disciplinares.

Já a base dogmática do STF, na perspectiva da independência entre as esferas punitivas judicial e administrativo-disciplinar, firmou-se na doutrina administrativista dos anos 1960 e 1970, que defendia a autonomia do Direito Administrativo em publicações anteriores à edição da Lei n.º 8.429/92, e no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Até o presente, essa base dogmática vem sendo utilizada para sustentar a independência entre as esferas penal, civil e administrativa (geral e disciplinar), sem outra fundamentação clara a precisa, e sem qualquer referência à garantia universal do *ne bis in idem*, incorporada ao Ordenamento Jurídico brasileiro em 1992 (pelos Decretos n.º 592 e 678), reinterpretada pela CEDH e pelo TJUE (no caso *Sergey Zolotukhin v. Russia* (Appl. n.º 1493/03), em 10 de fevereiro de 2009, que reafirmou os critérios de *Engel*).

A autonomia entre as sanções penal, civil e administrativa geral e disciplinar originou-se na jurisprudência do STF de forma acrítica, sem uma fundamentação precisa e clara, e se consolidou como dogma, levando o ministro Marco Aurélio, em voto vencido, a defender a revisão do princípio da independência das esferas punitivas (MS 21293/DF, relator o ministro Octavio Gallotti, julgado em 03/08/1992)<sup>660</sup>.

Como afirmado anteriormente, somente a partir de 2005 o Supremo Tribunal Federal passou a apontar o art. 37, § 4º, da Carta Magna, além do princípio da separação de poderes, como fundamento constitucional do “princípio” da independência das esferas punitivas.<sup>661</sup>

---

<sup>660</sup> O Código de Defesa do Consumidor (CDC), art. 56, Lei n.º 8.078/90; a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), art. 12, *caput*, Lei n.º 8.429/92; e o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), art. 256, § 1º, Lei n.º 9.503/97, reafirmam a autonomia e a independência entre as instâncias penal e administrativa, relativizada pelo art. 935 do CC, art. 125 da Lei n.º 8.112/90, o art. 82 da Lei n.º 8.666/93, os arts. 68 e 82 da Lei n.º 12.529/11 e o art. 22, § 3º, do Decreto-lei n.º 4.657/42, incluído pela Lei n.º 13.655/18. Este último estatuto acolheu o *ne bis in idem*, em sua perspectiva material, na ordem jurídica interna que, de resto, já se encontrava positivada no art. 8º do CP. Ainda que se afirme o caráter de supralegalidade do CDC, como fazem alguns autores, impõe-se reconhecer a especialidade da regra processual contida no art. 8.4 do Decreto n.º 678/92 e na cláusula 14.7 do Decreto n.º 591/92 em relação à autonomia e à independência entre as instâncias penal e administrativa previstas naqueles estatutos.

<sup>661</sup> O art. 37, § 4º, da CF/88 somente foi apontado como fundamento constitucional da “autonomia das instâncias” quando se discutiu a natureza da Ação de Improbidade Administrativa para afastar o foro por prerrogativa de função, e declarar a inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/2002, que acrescentou o § 2º ao

Tais fundamentos de validade do princípio da independência das esferas punitivas (a separação de Poderes e o art. 37, § 4º, da CF/88), contudo, devem ser revisitados à luz do princípio supralegal do *ne bis in idem*, pelo manejo dos postulados da coerência, da proibição de excesso e da proporcionalidade.

A vedação à multiplicidade de processos punitivos por um mesmo fato não esvazia o conteúdo da norma contida no art. 37, § 4º, da Constituição Federal<sup>662</sup>, porque a intenção do constituinte foi a de punir o agente ímprobo e ressarcir o prejuízo causado ao erário público, não importando por qual via.

A releitura do princípio da independência das esferas punitivas à luz do *ne bis in idem* conduz a que, sem prejuízo da autonomia do poder punitivo estatal, as esferas judicial e administrativa não podem exercer o seu *jus puniendi* em duplicidade.

O equilíbrio entre o princípio constitucional da separação de poderes e a garantia supralegal do *ne bis in idem* reclama o manejo dos postulados da ponderação, da proibição do excesso e da proporcionalidade.

Identificada a comunicabilidade entre ações punitivas intentadas perante o Poder Judiciário e a Administração Pública, a *lei ordinária* ou a *jurisprudência dos tribunais*, a partir de critérios previamente definidos, devem estabelecer os efeitos da prevalência de uma esfera punitiva sobre a outra, tais como a supremacia da sentença penal, a suspensão e a extinção do processo da causa subordinada e, em último caso, a compensação de penas, o que é desejável à preservação da garantia universal do *ne bis in idem* e dos direitos fundamentais implicados.

A aventada inconstitucionalidade material da *lei ordinária* – fruto de uma teoria geral do Direito Sancionador – pode ser superada pelo manejo dos mesmos aludidos postulados, os quais, segundo Humberto Ávila, operam como mecanismos de resolução de conflitos entre princípios e regras, nos quais as regras têm primazia sobre os princípios (e não o inverso) e a eficácia entre as espécies normativas é circular, e não apenas vertical.<sup>663</sup>

---

art. 84 do CPP (ADIs 2.797-2 e 2.860-0, em 15/09/2005), sendo recentemente reafirmado pelo Tribunal Pleno, no RE 976566, relatado pelo ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019, DJe de 26/09/2019, que assentou a seguinte tese: “processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei n.º 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei n.º 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias.”

<sup>662</sup> “Art. 37. [...]”

§ 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.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.*).

<sup>663</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

Conclusão diversa levaria à declaração de inconstitucionalidade de diversas leis existentes, que flexibilizam a noção absoluta de separação de poderes ao reconhecerem a influência da sentença penal sobre a decisão da causa administrativa.<sup>664</sup>

Analogamente ao que se propõe em relação ao sobreprincípio da separação dos poderes, o mesmo ocorre quanto ao sobreprincípio do devido processo legal, cuja efetivação, na prática, é restringida por regras infraconstitucionais que prescrevem as condições da ação e dos recursos, os pressupostos processuais e recursais, além dos prazos processuais e recursais, e das nulidades pela inobservância dessas formas.

Quanto à perspectiva material do *ne bis in idem*, não há dúvidas de que a pena imposta no processo punitivo não judicial deve ser descontada da pena da mesma espécie aplicada no processo judicial punitivo, pelo mesmo fato e contra o mesmo réu (art. 22, § 3º, da LINDB)<sup>665</sup>.

A garantia do *Erledigungsprinzip*, porém, se antecipa à do *Anrechnungsprinzip* para evitar a dupla persecução, o que não reduz a importância da vertente material do *ne bis in idem*, incidente: i) quando a causa prejudicada for posta e julgada antes da instauração da causa prejudicial; ii) entre processos punitivos transnacionais; e iii) nos casos de punições aplicadas sem processo, mediante acordo, no âmbito da justiça punitiva consensual.

Quanto à perspectiva processual da garantia, não é possível estender, pura e simplesmente, as regras de prejudicialidade e seus efeitos, aplicáveis aos processos judiciais punitivos também aos processos administrativos sancionadores. Para tanto, haveria necessidade de lei ordinária e de uma teoria geral do processo punitivo que possibilitasse a transposição de institutos típicos do processo judicial e outros tipos de processos punitivos, uma vez que não se pode, simplesmente, aplicar preceitos da teoria geral do processo para reger relações jurídicas entre Poderes diversos. Os códigos de processo disciplinam o processo judicial e não o processo administrativo, político, de contas etc., salvo disposição legal expressa que determine a aplicação supletiva daqueles diplomas.

É perfeitamente possível, porém - e até desejável -, que lei ordinária ou a jurisprudência dos Tribunais, a partir de critérios determinados (como, por exemplo, os critérios de *Engel* e os do caso *Kennedy* ou *Mendoza-Martínez*), estabeleçam os efeitos da subordinação jurídica da decisão proferida no processo administrativo sancionador à

---

<sup>664</sup> Vide art. 126 da Lei nº 8.112/90.

<sup>665</sup> A positivação da vertente material do *ne bis in idem* (art. 22, § 3º, da LINDB) conduz a que, no âmbito das sanções aplicadas ao agente público, havendo lei específica que estabeleça os efeitos da prejudicialidade entre as esferas punitivas, se possa cogitar de ausência de justa causa (interesse processual) para a instauração, concomitante ou sucessiva, de processo administrativo sancionador sobre o mesmo fato entre os Poderes.

sentença penal. A subordinação jurídica está prevista, por exemplo, no art. 126 da Lei nº 8.112/90 e na Súmula Vinculante 24, que constituem mitigações à independência das esferas punitivas estabelecidas pelo próprio legislador e pelo STF, respectivamente.

A prejudicialidade que desautoriza a instauração ou o prosseguimento do processo administrativo-disciplinar concomitante ao processo judicial punitivo depende de lei expressa, ou que os Tribunais definam critérios para, reconhecendo o caráter penal de uma sanção administrativa, façam incidir a garantia processual do *ne bis in idem* sobre a causa subordinada.

Se a *comunicabilidade* entre as esferas punitivas estiver prevista em lei<sup>666</sup>, o próprio legislador terá flexibilizado validamente o sobreprincípio da separação de poderes, de modo a permitir a interferência da jurisdição do Poder Judiciário sobre a do Poder Executivo. Nesse caso, é lícito afirmar que: i) as esferas punitivas são independentes porque uma não depende da outra para o exercício do *jus puniendi*; ii) a independência entre as esferas punitivas é *relativa*, porque embora as causas punitivas judicial e administrativo-disciplinar possam ser instauradas separadamente, não podem sê-lo em duplicidade, ou seja, concomitante ou sucessivamente; iii) a relação de preponderância de uma esfera punitiva sobre a outra, reconhecida por lei, aponta a existência de subordinação legal; iv) se a causa subordinada for concluída antes da instauração da causa subordinante, em caso de condenação criminal, a solução será a compensação de penas, por aplicação da vertente material do *ne bis in idem* e, em caso de absolvição criminal, a anulação da sentença administrativo-disciplinar – soluções que prestigiam a segurança jurídica; v) se as causas forem instauradas concomitante, a garantia processual do *ne bis in idem* impõe a necessidade de suspensão e posterior extinção da causa prejudicada<sup>667</sup>.

Por outro lado, entende-se que a ausência de lei que reconheça a relação de prejudicialidade entre as causas punitivas judicial e administrativo-disciplinar não impede a

---

<sup>666</sup> Como ocorre entre o processo penal e o processo administrativo disciplinar do servidor público federal, por força do art. 126 da Lei n.º 8.112/90, que dispõe: “Art. 126. A responsabilidade do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.” (BRASIL. *Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990... Op. cit.*)

<sup>667</sup> A retomada da causa prejudicada depende do resultado da causa prejudicial e do que prevê a lei. No caso do servidor público federal, não apenas a absolvição por negativa de autoria ou materialidade obstruirá o prosseguimento da causa prejudicada (que tramita no bojo do processo administrativo-disciplinar), como, também, eventual condenação, qualquer que seja a pena imposta, por força da garantia processual do *ne bis in idem*. Dúvida pode surgir nos casos de absolvição criminal por insuficiência de provas. Nesses casos, no processo penal estadunidense, a solução é o *dismissal*, que equivale à extinção do processo sem resolução de mérito, a fim de que a acusação reúna um “*stronger case*”, o que não obsta a novo oferecimento da denúncia, lastreada em prova nova. Entre nós, a dúvida não decorre da interpretação do *ne bis in idem*, mas, sim, de uma anomalia do sistema normativo brasileiro, que poderia ter sido corrigida pela Lei nº 11.690/2008, mas manteve a hipótese de absolvição do réu por insuficiência de prova para a condenação (art. 386, inc. VII, do CPP).

jurisprudência dos Tribunais de estabelecer critérios (a exemplo do que ocorreu na CEDH, no TJUE e na Suprema Corte dos Estados Unidos da América) para, reconhecendo o caráter penal de determinada sanção administrativa, sujeitar o processo administrativo-disciplinar à incidência da garantia processual do *ne bis in idem*.

Alguma dificuldade, todavia, pode surgir quanto às ações civis punitivas.

Novamente, entende-se plenamente possível que *lei ordinária* estabeleça os efeitos da proibição da concomitância entre a causa civil punitiva e a causa administrativo-disciplinar, prescrevendo, inclusive, a relação de supremacia de uma sobre a outra, a exemplo do que ocorre entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar por força do art. 126 da Lei nº 8.112/90.

A questão que se coloca é como seria possível que a jurisprudência dos tribunais, ao reconhecer o caráter penal de uma sanção administrativo-disciplinar, pudesse suspender o processo administrativo-disciplinar na pendência de um processo judicial punitivo não penal.

O “caráter penal” da sanção extrapenal deve ser entendido por seu grau de severidade e por sua natureza. Aqui, além da severidade, não basta saber se determinada espécie de sanção administrativo-disciplinar (como, por exemplo, a demissão) também está prevista no ordenamento jurídico como sanção penal, mas se está prevista como sanção civil para o mesmo fato.

Assim, por exemplo, se um servidor público federal pratica um ato ilícito definido como crime, improbidade administrativa e falta disciplinar, sujeitar-se-á às responsabilidades penal, civil e administrativo-disciplinar. O art. 126 da Lei nº 8.112/90 estabelece uma relação de comunicabilidade entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar, mas não há qualquer previsão legal quanto à influência da sentença civil sobre a decisão administrativa. Admitindo que o processo penal não seja instaurado, caberia a suspensão do processo administrativo-disciplinar em razão do ajuizamento da ação de improbidade administrativa? Levando em conta que o *ne bis in idem* não é uma garantia apenas do processo penal, mas, sim, do processo punitivo em geral, impõe-se analisar a severidade da pena prevista para a falta disciplinar. Se a sanção administrativa for severa e estiver definida na LIA para o mesmo fato, adotados os critérios de *Engel* por exemplo, incidiria a garantia processual do *ne bis in idem* a barrar o prosseguimento da causa prejudicada.

Evidentemente que, à míngua de previsão legal, a suspensão da causa prejudicada demanda a construção pretoriana de balizas, a exemplo das que foram analisadas neste estudo, como são os critérios de *Engel*.



Dogmaticamente, a causa penal é sempre a prejudicial, porque as penas são as mais severas, tanto que podem chegar à privação da liberdade em razão da magnitude dos bens jurídicos protegidos, o que demanda maior aprofundamento da pesquisa probatória e a incidência das garantias do processo penal.

Por outro lado, por razões dogmáticas análogas, o processo judicial punitivo não penal se reveste de maiores garantias que o processo administrativo, seja ele geral ou disciplinar, conclusão alcançada, por exemplo, à luz do sistema acusatório: normalmente, a autoridade administrativa que instaura o processo administrativo também tem atribuição para a aplicação da pena. É bem verdade que, sob a perspectiva do réu, este preferiria responder a um processo administrativo a sofrer as agruras de um processo judicial, por maiores que sejam as garantias do processo judicial. Mas não se pode conceber que

o prévio exercício do poder sancionador administrativo criasse, se levada a decisão da corte constitucional espanhola às últimas consequências [STC 177/1999], uma espécie de imunidade judicial ao autor de um ilícito – eventualmente muito grave – simplesmente porque, em razão de mero acaso, foi primeiramente sancionado em seara administrativa<sup>668</sup>.

Em síntese, a lei ordinária e a jurisprudência dos tribunais podem reconhecer validamente hipóteses de comunicabilidade das esferas punitivas entre Poderes, e estabelecer critérios para a incidência do *ne bis in idem*.

O reconhecimento, por lei ordinária ou pela jurisprudência dos Tribunais da “comunicabilidade” entre esferas punitivas judicial e administrativo-disciplinar e da supremacia de uma esfera punitiva sobre a outra, conduz ao reconhecimento também de uma relação de prejudicialidade entre elas por força do *ne bis in idem*, em que a causa preponderante figura como prejudicial e a causa administrativo-disciplinar como prejudicada.

A suspensão do processo relativo à causa prejudicada até o julgamento da causa prejudicial, e a extinção do mesmo processo após o julgamento do mérito da causa prejudicial, são efeitos jurídicos da prejudicialidade, decorrentes da aplicação da garantia processual do *ne bis in idem*, que mitigam o princípio da independência das esferas punitivas.

---

<sup>668</sup> MARTÍNEZ, Rosario de Vicente. Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr Hyde. *Actualidad Penal*, n. 22. Madri: La Ley, maio/jun. 2000.

### 5.3.3 A duplicidade de processos correicionais

Ainda quanto ao processo administrativo-disciplinar, as disposições contidas nos arts. 103-B, § 4º, inc. V, e 130-A, § 2º, inc. IV, da Constituição Federal, demandam uma releitura à luz da garantia universal, e supralegal, do *ne bis in idem*.

As funções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), embora tenham finalidade correicional, contêm viés claramente punitivo. A possibilidade de se lhes aplicar a mesma lógica da cláusula de *impeachment* não resistiria a uma análise detida da CIDH, admitindo que esta Corte seguirá o mesmo tratamento jurisprudencial dado ao *ne bis in idem* pela CEDH e pelo TJUE.

A atuação supletiva ou subsidiária do CNJ e do CNMP sobre a das respectivas Corregedorias somente se justifica no caso de desídia ou inércia. Isso, porém, não ocorre nos casos de condenação ou absolvição, tampouco para reforma ou revisão das sanções impostas. Há clara sobreposição de processos punitivos entre o processo correicional instaurado perante a Corregedoria da Magistratura e do Ministério Público e aquele instituído perante o Conselho Nacional.

Sobre esta relação incide o *ne bis in idem*, a fim de evitar a dupla imputação ou punição pelo mesmo fato.

O CNJ exerce atribuição punitivo-disciplinar (art. 103-B, § 4º, inc. V, da Constituição Federal), entendida como subsidiária à das Corregedorias da Magistratura (art. 93, inc. X). O mesmo ocorre por simetria entre o CNMP e as Corregedorias do Ministério Público, sujeitos a regime jurídico análogo ao do Estatuto da Magistratura (previsto nas Leis Orgânicas) e à observância dos mesmos princípios, inclusive, pois, ao da motivação das decisões disciplinares, tomadas em sessão pública, por maioria absoluta dos membros dos respectivos órgãos especiais, por força do art. 129, § 4º, c.c. o art. 93, inc. X, da Constituição Federal.

Logo, a instauração, concomitante ou sucessiva, de processos administrativo-disciplinares perante as Corregedorias internas e os Conselhos Nacionais, não escapa à observância da garantia processual do *ne bis in idem*.

O princípio da separação de Poderes não interfere na incidência da garantia do *ne bis in idem* entre processos disciplinares instaurados perante a Corregedoria Geral de Justiça e o CNJ, por ser, este último: “órgão integrante do Poder Judiciário, sua composição

apresentar maioria absoluta de membros do Poder Judiciário e possibilidade de controle de suas decisões pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (STF)<sup>669</sup>.

Em suma, a independência entre as esferas administrativo-disciplinares também é relativa, porque se sujeitam à garantia processual do *ne bis in idem*, que proíbe a duplicidade de processos administrativo-disciplinares pelo mesmo fato, em razão de seu caráter punitivo.

## 5.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GERAL

### 5.4.1 Sobreposição do processo administrativo sancionador

Neste tópico pretende-se analisar a sobreposição entre o processo judicial punitivo e o processo administrativo sancionador geral, bem como entre processos administrativos sancionadores federal, estadual e municipal, à luz da garantia processual do *ne bis in idem*.

O *ne bis in idem* está previsto em diversos tratados internacionais: no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1948), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1959), na Convenção Americana de Direitos Humanos (1965), na Convenção para Implementação do Acordo de Schengen (1985), no Estatuto de Roma (1998) e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Paradoxalmente, em 1992, o Brasil internalizou a garantia do *ne bis in idem*, por intermédio do art. 14.7 do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos)<sup>670</sup> e do art. 8º, item 4, do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana de Direitos Humanos)<sup>671</sup>.

Não obstante, como se viu no item 5.1, quatro sistemas se formaram quanto à possibilidade de dupla imputação, pelo mesmo fato, nas esferas punitivas judicial e administrativa.

O STF adotou o “princípio da independência relativa das esferas punitivas” em causas que envolviam o conflito entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar de servidores públicos, com base na doutrina administrativista de 1960 e 1970, e passou a aplicá-lo como regra geral entre as esferas penal, civil e administrativa, disciplinar

<sup>669</sup> ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reforma do Judiciário. *Enfoque Jurídico*, ago. 1997, p. 10. No mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 548.

<sup>670</sup> “7. 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.”

<sup>671</sup> “Art. 8º. Garantias Judiciais. [...] 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

e geral, a fim de permitir a instauração, concomitante ou sucessiva, de processos punitivos nas diversas esferas. O *leading case* sobre a matéria foi o MS 2.490/DF, relatado pelo ministro Nelson Hungria, julgado em 1954 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal<sup>672</sup>; mas o caso mais emblemático, contudo, que envolveu a cassação de um agente policial federal foi o MS 21.029/DF, relatado pelo ministro Celso de Mello, julgado em 1994, em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal fez expressa alusão ao princípio da independência relativa das esferas punitivas e sua base dogmática<sup>673</sup>. A partir dessa última decisão, a jurisprudência do STF passou a adotar o *princípio da independência das esferas punitivas* sem qualquer fundamentação clara e precisa, de forma acrítica, limitando-se a citar a jurisprudência vigente nesse Tribunal.

Um segundo sistema se formou no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos a partir do *leading case Engel and Others v. the Netherlands*, julgado em 1976<sup>674</sup>. A jurisprudência da CEDH construiu os chamados “critérios de *Engel*” (*Engel criteria*) para, reconhecendo o caráter penal de determinada sanção civil ou administrativa, fazer incidir sobre o respectivo processo punitivo – qualquer que seja a natureza que lhe for atribuída pela legislação interna – a garantia do *ne bis in idem*. Os três critérios de *Engel* são: i) a classificação legal do ato ilícito dada pela legislação nacional; ii) a natureza da infração em si; e iii) o grau de severidade da pena. Pela aplicação dos critérios de *Engel*, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos evoluiu no sentido de reconhecer o caráter penal de uma sanção civil ou administrativa imposta por um dos Estados-membros em razão da natureza da ofensa ou da severidade da pena – qualquer que seja o rótulo apostado pela lei nacional – para, com isso, invocar a garantia do *ne bis in idem*, e assegurar a proibição de um novo processo ou de nova punição pela mesma ofensa.

Em diversos casos posteriores, a CEDH reafirmou a vertente processual do *ne bis in idem*, dentre os quais se destaca o caso *Öztürk v. Germany*<sup>675</sup> e o caso *Sergei Zolotukhin v. Russia*<sup>676</sup>.

---

<sup>672</sup> O *leading case* sobre a independência das esferas punitivas no STF foi o MS 2.490, julgado em 1954, relatado pelo ministro Nelson Hungria, em que se decidiu ser necessário esperar o resultado da ação penal para o início do processo administrativo com vistas à imposição da respectiva sanção administrativa.

<sup>673</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21029/DF. Tribunal Pleno, relator o ministro Celso de Mello, DJ 23/09/1994, pp 25326, ement. v. 01759-02, pp-00366, j. em 15/06/1994.

<sup>674</sup> ECHR, *case of Engel and Others v. the Netherlands* (Application n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), j. em 08/06/1976 (os critérios estão especificados nos parágrafos 82 e 83).

<sup>675</sup> ECHR, *case of Öztürk v. Germany* (article 50) (Application n. 8544/79), j. em 23/10/1984.

<sup>676</sup> ECHR, *case of Sergey Zolotukhin v. Russia*, (Appl. n. 1493/03), j. em 10/02/2009.

Em 2005, no caso *Bonda*, o TJUE recorreu aos critérios de *Engel*<sup>677</sup>, ditados pela jurisprudência da CEDH, para analisar – e rechaçar – o caráter penal de sanções administrativas impostas a um fazendeiro polonês, por declaração falsa prestada com o fim de obter financiamento agrícola. A partir desse paradigma, a jurisprudência do TJUE alinhou-se à da CEDH no tocante à aplicação e à extensão da garantia processual do *ne bis in idem*, a fim de assegurar a proteção contra a dupla persecução pelo mesmo fato, desde que reconhecido o caráter penal das sanções previstas em lei, de acordo com os critérios de *Engel*, qualquer que fosse o rótulo apostado pelo legislador nacional.

Vários Estados europeus alteraram as suas legislações internas no intuito de adequá-las à jurisprudência da CEDH, como Alemanha e Portugal, que inseriram o *ne bis in idem* em suas Constituições Federais, enquanto outros Estados positivaram a garantia por lei infraconstitucional (Itália, França e Bélgica). A Espanha incorporou-a ao seu ordenamento jurídico por meio da leitura dos princípios constitucionais da legalidade, tipicidade e presunção de inocência feita pelo Tribunal Supremo e pelo Tribunal Constitucional, a partir do *leading case* STC 2/1981.

Com isso, a Espanha adotou um terceiro sistema, baseado na “teoria do poder estatal punitivo único”, segundo a qual, tomando conhecimento de uma infração administrativa que pode, também, configurar ato ilícito penal, a Administração Pública deve remeter os autos ao Ministério Público, sob pena de violação ao princípio constitucional do *ne bis in idem* que, conquanto não esteja expresso na Constituição Federal de 1978, deriva dos princípios constitucionais da legalidade, da tipicidade e da presunção de inocência<sup>678</sup>. Ocorre que tal solução esvazia o princípio da independência das esferas punitivas, cujo fundamento de validade repousa no sobreprincípio constitucional da independência entre os Poderes e, pois, não pode ser simplesmente desprezado. Além disso, o *ne bis in idem* é uma regra universal voltada ao processo *judicial* punitivo, e não ao processo administrativo sancionador.

Por fim, um quarto sistema defendido por autores brasileiros e espanhóis, também derivado do sistema adotado pelo TC espanhol, recomenda a “aplicação matizada das

---

<sup>677</sup> Critérios de *Engel*: i) a classificação da infração, segundo a lei nacional; ii) a própria natureza da infração; e iii) a natureza e o grau de severidade da pena.

<sup>678</sup> A Espanha adota, com apoio na jurisprudência constitucional, a prevalência da esfera penal diante da dupla subsunção de fatos em ilícitos penal e administrativo. Assim, “caso a administração vislumbre a possibilidade de se estar diante de um delito, deverá suspender seu procedimento e enviá-lo ao Ministério Público, que analisará a questão. E, d’outro lado, se o processo penal findar com o reconhecimento de que a conduta examinada não constitui crime, a autoridade administrativa poderá processar e eventualmente aplicar sanções em decorrência da prática dos fatos. Caso haja absolvição por inexistência do fato, não poderá haver processo administrativo, em decorrência de uma das vertentes do *ne bis in idem*, qual seja, a proibição de revisão.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo sancionador... Op. cit.*, p. 197).

garantias do processo penal aos processos punitivos em geral, judiciais e não judiciais”, deixando claro que o fundamento de validade dessa teoria não se encontra na analogia com o Direito Penal e Processual Penal, mas, sim, na própria Constituição Federal<sup>679</sup>. Tal modulação, contudo, não compreende a garantia do *ne bis in idem*, à qual se reconhece o *status* de supralegalidade.

A ausência de um fundamento constitucional de validade para a regra universal do *ne bis in idem*, entretanto, não impede os Tribunais de criarem “regras processuais ou procedimentais que potencializem o *ne bis in idem* dentro do devido processo legal, independentemente de previsões em textos legais ou constitucionais”<sup>680</sup>, a exemplo do que fizeram a CEDH e o TJUE.

De um lado, o princípio universal do *ne bis in idem* encontra limitação no princípio da independência das esferas punitivas, cujo fundamento de validade repousa no sobreprincípio da separação de poderes<sup>681</sup>.

De outro, é inviável construir e sustentar a independência das instâncias punitivas com base, apenas, no princípio da separação de poderes, sem levar em conta os mecanismos legais e constitucionais de contenção do poder punitivo estatal<sup>682</sup>.

A *comunicabilidade* entre as esferas punitivas, como exceção à independência entre si, depende de lei expressa ou que a jurisprudência dos Tribunais estabeleça critérios para a transposição de uma esfera a outra. As instâncias se comunicam, pela supremacia de uma sobre a outra, reconhecida por lei e pela jurisprudência dos Tribunais.

O *ne bis in idem* obsta à instauração e ao prosseguimento da causa punitiva subordinada, relativa a um mesmo fato, a fim de evitar a duplicidade de imputação.

Ocorre que o princípio-garantia tem *status* supralegal e, como tal, não pode simplesmente revogar o princípio da independência das esferas punitivas que, conquanto não esteja expresso na Constituição Federal, constitui uma das expressões do sobreprincípio da separação de Poderes.

---

<sup>679</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000, p. 157; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo sancionador...* *Op. cit.*, pp. 173-178. No mesmo sentido: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodium, 2018, pp. 117-123.

<sup>680</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal...* *Op. cit.*, pp. 306-307.

<sup>681</sup> No Brasil, “o que tem prevalecido é uma dinâmica restritiva em torno à hermenêutica acerca do *non bis in idem*, encartada no princípio de separação de Poderes, dentro da ideia de independência das instâncias e autoridades, da autonomia das infrações e dos fundamentos do poder punitivo.” (MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal...* *Op. cit.*, p. 319).

<sup>682</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal...* *Op. cit.*, p. 301.

### 5.4.2 Processo judicial punitivo e processo administrativo sancionador sobre o mesmo fato

Em se tratando de sobreposição entre o processo judicial punitivo e o processo administrativo sancionador, impõe-se conciliar o princípio [constitucional] da separação de Poderes com o princípio [supralegal] do *ne bis in idem*.

Há leis que já o fizeram, como é caso do art. 126, da Lei nº 8.112/90, sem que jamais se lhes tivesse declarado a inconstitucionalidade. O próprio STF, ao edificar o princípio da independência das esferas punitivas, reconheceu as exceções estabelecidas pelo art. 935, do CC, e pelo art. 66, do CPP, e que tais exceções se aplicam não somente à prejudicialidade entre a causa penal e a causa civil, mas, também, entre a causa penal e a do processo administrativo sancionador.

A sentença penal faz coisa julgada no cível quanto à autoria, à materialidade e às causas excludentes da ilicitude, com fundamento no art. 935, do CPP, e nos arts. 65 e 66, do CPP. Pergunta-se, então: também faz coisa julgada no processo administrativo sancionador? Ou seja, tais dispositivos se estendem ao processo administrativo sancionador?

No item anterior, em que se analisou a jurisprudência do STF quanto aos processos administrativo-disciplinares, viu-se que 31 acórdãos<sup>683</sup> adotaram o entendimento, segundo o qual duas são as hipóteses em que a sentença penal se vincula à Administração Pública: i) a do art. 935 do Código Civil<sup>684</sup>; e ii) a do art. 66 do Código de Processo Penal<sup>685</sup>.

À luz desses julgados, é válido afirmar que a jurisprudência do STF reconhece a comunicabilidade entre as esferas penal e administrativa sancionadora, como via de uma mão, ou seja, a causa penal como principal e a causa administrativa como subordinada, com fundamento na interpretação extensiva do art. 935 do CC e do art. 66 do CPP ao Direito Administrativo Sancionador, admitindo a autonomia desse direito que, inclusive, inspirou a criação pretoriana da independência das esferas punitivas.

<sup>683</sup> RE 85191, MS 22534, MS 23188, RMS 26226, AI 521569, AI 807190, AI 856126, RE 640972, RMS 27967, RE 430386, RMS 26951, RMS 31515, MS 32806, RHC 116204, MS 16404, RE 75421, MS 21113, MS 21294, SS 284, MS 21332, MS 21321, MS 21545, MS 2276, MS 22155, MS 22656, MS 22362, MS 23242, MS 23401, MS 24293, MS 22438 e MS 22796.

<sup>684</sup> “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.” (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil).

<sup>685</sup> “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.” (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal).

Assim, a sentença penal faz coisa julgada não somente no processo civil punitivo, mas, também, no processo administrativo sancionador quanto à autoria, à materialidade e às causas excludentes da antijuridicidade, por força dos arts. 935 do CC e 65 e 66 do CPP.

Cuida-se, agora, de prejudicialidade de mérito.

Uma vez reconhecida a comunicabilidade entre as esferas penal e administrativa sancionadora, por lei e pela jurisprudência dos Tribunais, os efeitos da prejudicialidade gerada pelo *ne bis in idem* constituem uma decorrência lógica.

Sem embargo, entende-se que compete aos Tribunais a determinação de critérios para, reconhecido o caráter penal de determinada sanção administrativa, atrair a incidência sobre o processo administrativo sancionador geral, da garantia processual e, conseqüentemente, suspendê-lo até o julgamento da causa prejudicial.

Resta saber se a ação de improbidade administrativa, entre outras ações civis punitivas, também tem o condão, a exemplo da causa penal, de suspender a causa administrativa sancionadora.

A lei não previu, pelo que a incidência do *ne bis in idem* – para suspender o processo administrativo sancionador em razão da concomitante tramitação do processo judicial punitivo não penal – depende de construção jurisprudencial de critérios determinados que flexibilizem o princípio da independência das esferas punitivas, a fim de evitar que a sua incidência à risca conduza à iniquidade da dupla imputação.

Nesse caso, entretanto, é necessário que se faça dupla inferência: a primeira, para reconhecer o caráter penal da sanção administrativa prevista em lei, a fim de obstar a instauração ou o prosseguimento do processo administrativo sancionador em razão da pendência do processo judicial punitivo não penal; a segunda, para reconhecer, pelos mesmos critérios jurisprudenciais, o caráter penal das sanções previstas na LIA.

Busca-se, com isso, evitar não apenas a dupla punição, mas, também, o duplo processo, e preservar a garantia do *ne bis in idem* e os direitos por ela albergados (dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, proibição do excesso, eficiência, economia processual, presunção de inocência, justiça e equidade).

Em suma, a transposição de institutos processuais entre sistemas jurídicos depende de lei ou da jurisprudência dos Tribunais, que estabeleça: i) os critérios que a autorizam; ii) a causa subordinante e a causa subordinada, bem como os limites da supremacia de uma sobre a outra; iii) a proibição da dupla imputação e da dupla punição em decorrência da garantia universal do *ne bis in idem*; iv) os efeitos da prejudicialidade impeditiva entre causas



punitivas concomitantes, notadamente a suspensão e posterior extinção do processo da causa prejudicada, uma vez julgado o mérito da causa prejudicial.

A causa penal, do ponto de vista dogmático e ontológico, e por sua natureza, é sempre prejudicial em relação às demais causas punitivas em razão da magnitude dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, da severidade das sanções penais, da amplitude dos meios de pesquisa da verdade no processo penal, ainda que nem sempre o legislador se valha da melhor técnica ao tipificar ilícitos e respectivas penas<sup>686</sup>. Com efeito, “os processos penais, como regra geral, uma vez tramitando concomitantemente com processos administrativos punitivos, podem repercutir na paralisação deste, de modo fundamentado, desde que [...] presente a tríplice identidade”<sup>687</sup>.

A causa cível utilizada com finalidade punitiva, assim como a causa penal, também é prejudicial em relação à causa administrativa sancionadora geral, assentada a premissa de ambos tratarem dos mesmos fatos. Os *efeitos* da prejudicialidade, porém, dependem de lei ou de critérios jurisprudenciais.

*Nas hipóteses legais, observando-se uma cadeia decrescente de influência, constatamos que a decisão proferida na seara penal produzirá efeitos nas esferas cível e administrativa; e a decisão proferida na esfera cível repercutirá na administrativa. Caso a prolação das decisões não observe referida ordem cronológica, será possível, com a utilização dos instrumentos adequados (v.g.: ação rescisória), a revisão das que se apresentem dissonantes daquelas que ocupem um grau mais elevado na cadeia de influência. Assim, a sentença penal absolutória possibilitará, nos casos previstos em lei, a revisão das decisões condenatórias anteriormente proferidas nos processos cível e administrativo; o mesmo ocorrendo com a sentença cível em relação à decisão administrativa. A sentença cível absolutória, por falta de provas, não impedirá seja perquirida a responsabilidade do agente na seara penal ou administrativa. [g.n.]<sup>688</sup>.*

Entende-se que a comunicabilidade entre as instâncias punitivas judicial e administrativa depende de lei ou de construção jurisprudencial a partir de critérios determinados que flexibilizem o princípio da independência das esferas punitivas. Não se pode simplesmente transpor regras ditas para o processo judicial às esferas punitivas não judiciais sem balizas legais ou jurisprudenciais, sob pena de ofensa ao princípio da independência das esferas punitivas.

<sup>686</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal... Op. cit.*, p. 340.

<sup>687</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal... Op. cit.*, p. 335.

<sup>688</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 722-725.

Ademais, a Administração Pública é regida pelo *princípio da legalidade*, inclusive no âmbito de sua atuação no processo administrativo sancionador (geral ou disciplinar), pelo que não se vislumbra a possibilidade de a autoridade administrativa que o preside suspendê-lo ou extingui-lo sem lei expressa, invocando o *ne bis in idem*.

É claro que o *ne bis in idem* está previsto em lei expressa, mas este princípio-garantia é dirigido ao processo judicial, ao juiz ou Tribunal, e não ao administrador público.

Mesmo que as garantias constitucionais do processo penal incidissem sobre o processo administrativo sancionador, o *ne bis in idem* não seria uma delas, porque não está previsto na Constituição Federal, pelo que a autoridade administrativa não poderia simplesmente aplicar o *ne bis in idem* sem lei que previsse a sua incidência sobre o referido processo.

O princípio-garantia do *ne bis in idem* foi estabelecido, originalmente, para o processo penal e, depois, estendido aos processos punitivos em geral pela jurisprudência da CEDH e do TJUE. É vocacionado ao processo judicial e não ao processo administrativo sancionador. Dessa forma, a autoridade administrativa não pode simplesmente emprestá-lo para suspender o processo administrativo sancionador geral em razão da pendência de processo judicial punitivo pelo mesmo fato.

De outro lado, o Poder Judiciário, *a partir de critérios definidos pela jurisprudência dos tribunais*, reconhecendo o caráter penal da sanção máxima prevista em abstrato para determinada infração administrativa, cujo fato constitua objeto de processo judicial punitivo em andamento, pode perfeitamente invocar o princípio-garantia para conceder a segurança e suspender o processo administrativo sancionador geral até o julgamento da causa prejudicial. A autoridade administrativa pode até deixar de instaurar o processo administrativo, mas a motivação para a não instauração seria a jurisprudência dos Tribunais, e não diretamente o *ne bis in idem*<sup>689</sup>, salvo se existir outra previsão legal específica. As esferas punitivas são independentes, mas essa independência é relativa.

Insista-se: o *ne bis in idem* é norma jurídica dirigida ao juiz ou Tribunal, e não ao administrador público, pelo que este não pode simplesmente invocar os arts. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e 8.4 da Convenção Americana de Direitos

---

<sup>689</sup> Dispõe o **art. 14.7 do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**: “7. 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.” (BRASIL. *Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992*). O **art. 8º, item 4, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**, estabelece: “Art. 8º. Garantias Judiciais. [...] 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” (BRASIL. *Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*).

Humanos para suspender ou extinguir o processo administrativo sancionador em razão da pendência ou do julgamento do processo judicial punitivo pelos mesmos fatos.

Além disso, o legislador constituinte enunciou o sobreprincípio da separação de Poderes, do qual o princípio da independência das esferas punitivas é corolário, pelo que somente o próprio *legislador* pode excepcioná-lo validamente, estabelecendo as hipóteses em que a comunicabilidade é admissível a bem da eficiência da máquina administrativa e dos direitos individuais amparados pela garantia universal.

Quem aplica o *ne bis in idem* é o juiz ou Tribunal que, reconhecendo o caráter penal de determinada sanção administrativa, concede a segurança para suspender o processo administrativo sancionador até o desfecho da causa judicial punitiva e, uma vez julgado o mérito desta última, ordenar a extinção da causa prejudicada.

Em conclusão, o *ne bis in idem* é uma garantia do processo judicial punitivo, seja ele penal ou não penal, não extensível aos processos punitivos não judiciais que dependem de lei para que o administrador público possa suspendê-los ou extingui-los em razão do *ne bis in idem*, sob pena de ofensa aos princípios da independência das esferas punitivas e da legalidade.

Entende-se, todavia, que isso não impede que a jurisprudência dos Tribunais edifique critérios para a incidência do *ne bis in idem* entre o processo judicial punitivo – seja ele penal ou não penal – e o processo administrativo sancionador geral, a exemplo dos critérios adotados pela CEDH, pelo TJUE e pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América para, reconhecendo o caráter penal de uma sanção administrativa sobre o respectivo processo administrativo sancionador, faça incidir a garantia universal.

O fundamento jurídico para a suspensão e a extinção da causa prejudicada está na garantia processual do *ne bis in idem*, que proíbe a concomitância de imputação pelo mesmo fato, qualquer que seja a sua natureza jurídica.

O mais importante, no contexto de primazia do Direito Penal, é que as instâncias se harmonizem, dentro de critérios racionais e justos. Não se vê horizonte favorável à multiplicação indefinida e desmedida de processos punitivos pelos mesmos fatos, sujeitos e fundamentos, com a finalidade de gerar sobrecarga acusatória contra os imputados, no afã de reduzir supostos índices de impunidade. A valorização do processo com um fim em si mesmo, com enorme carga aflitiva, é outra distorção que não encontra guarida no ordenamento jurídico, menos ainda horizonte favorável<sup>690</sup>.

---

<sup>690</sup> MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal... Op. cit.*, pp. 335-336.

Ações punitivas perante Poderes distintos, interligadas pelo mesmo liame fático, sujeitam-se, invariavelmente, à garantia processual do *ne bis in idem*? A suspensão da causa prejudicada depende: i) de *lei*, que flexibilize o princípio da independência das esferas punitivas, estabeleça as hipóteses de comunicabilidade, bem como os efeitos da prejudicialidade, inclusive a supremacia de uma esfera sobre a outra, a suspensão e eventual extinção da causa prejudicada, a suspensão da prescrição, prazos e assim por diante; ou ii) de *jurisprudência*, que estabeleça critérios determinados, a exemplo dos critérios de *Engel*, *Kennedy* e *Ward*.

Quaisquer que sejam os critérios adotados, é inafastável a conclusão de que existem sanções administrativas que têm caráter penal, como é o caso da pena de demissão, e até mesmo da multa, quando excessiva, ainda que o legislador lhes tenha atribuído natureza diversa.

Ontologicamente, o legislador define os atos ilícitos e suas respectivas penas como penal, civil e administrativa, segundo uma escala de valor dos bens jurídicos tutelados pela norma (ou, *a contrario sensu*, gradação de desvalor das condutas praticadas), mas nem sempre se vale da melhor técnica. A possibilidade de a jurisprudência dos Tribunais estabelecer critérios para a aplicação do *ne bis in idem* é uma forma oblíqua de, pela via judicial, corrigir distorções provocadas por leis punitivas, aprovadas para atender ao clamor social.

A aplicação do *ne bis in idem* não conflita com o princípio da legalidade.

De fato, o princípio da legalidade expressa simplesmente que não há crime sem lei anterior que o defina (CF/88, art. 5º, inc. XXXIX), pelo que a supressão de esfera judicial punitiva resultante da incidência do *ne bis in idem* não constitui afronta ao princípio constitucional.

O princípio da obrigatoriedade, ao seu turno, é que impõe a compulsoriedade da ação judicial punitiva. De se ver, contudo, que tal princípio não tem expressão constitucional.

Do analisado anteriormente, é lícito concluir que nem todo processo administrativo sancionador está sujeito à paralisação por força do *ne bis in idem*, pela pendência de processo judicial punitivo. Isso somente ocorre quando a jurisprudência, a partir de critérios determinados, reconhecer o caráter penal da sanção administrativa, o que não ocorre, *v.g.*, no caso de sanções brandas, de natureza claramente administrativa, como são as penas de advertência e de suspensão por 30 dias, ainda que se refiram ao mesmo fato.

Em síntese, a influência da sentença judicial, penal ou civil sobre o processo administrativo sancionador geral depende de *lei* ou *jurisprudência*, que estabeleça critérios

determinados, não sendo possível a mera transposição de regras do processo judicial aos processos punitivos não judiciais.

A vertente material do *ne bis in idem* tem relevância: i) no processo penal transnacional; ii) no caso em que a pena é imposta em acordo (de leniência, de colaboração premiada e de não persecução penal ou civil), negócios jurídicos processuais, regidos pelo princípio da autonomia da vontade, no novo modelo de Justiça Consensual; iii) nos casos em que a causa prejudicada é julgada antes da instauração da causa prejudicial; e, por fim, iv) nos casos em que, percorridos os critérios adotados pela jurisprudência dos Tribunais, não for possível reconhecer caráter penal a uma determinada sanção administrativa, o que, é verdade, abre ensanchas à duplicidade de processo judicial punitivo e processo administrativo sancionador pelo mesmo fato<sup>691</sup>.

### 5.4.3 Duplicidade de processos administrativos sancionadores

No âmbito do Poder Executivo, o problema da sobreposição das esferas punitivas federal, estaduais e municipais deve ser analisada à luz do princípio federativo e das regras de competência constitucional.

O *princípio federativo* expressa que os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) têm autonomia no âmbito de suas competências constitucionais legislativas (arts. 22 e 24, CF/88) e materiais (arts. 21 a 23, CF/88).

No âmbito da *competência legislativa*, compete, privativamente, à União legislar sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho (art. 22, inc. I, CF/88).

Ao dispor sobre a competência legislativa privativa da União, o art. 22, inc. I, da Carta Magna não faz nenhuma menção ao *direito administrativo*, o que leva a concluir que a competência para legislar sobre o direito administrativo sancionador é concorrente dos entes federativos. Com isso, os Estados, o Distrito Federal e, também, os Municípios (art. 30, incs. I e II), em defesa de seus interesses, podem dispor sobre infrações e sanções administrativas, como ocorre, em regra, nos estatutos constitutivos das agências reguladoras federais, estaduais e municipais<sup>692</sup>.

<sup>691</sup> Embora o art. 22, § 3º, da LINDB fale em “mesma natureza”, evidentemente que somente é possível a compensação de penas de mesma grandeza, ou seja, da mesma espécie.

<sup>692</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

Dúvida, entretanto, pode surgir quanto à competência legislativa para o processo administrativo sancionador, já que o art. 22, inc. I afeta à União competência legislativa privativa sobre o *direito processual*. De outra parte, porém, o art. 24, inc. I, da Magna Carta atribui competência legislativa concorrente aos entes federativos para disporem sobre *procedimentos* em matéria processual<sup>693</sup>.

Não há sobreposição entre a competência legislativa privativa da União em matéria de direito processual e a competência concorrente dos entes federativos sobre o processo administrativo sancionador, porque esta disciplina integra o direito administrativo que, por sua vez, constitui ramo autônomo da ciência jurídica<sup>694</sup>.

No âmbito dessa competência legislativa concorrente, compete à União estabelecer normas gerais de uma *teoria geral do processo sancionador*, dentre as quais a garantia processual do *ne bis in idem*, conclusão reforçada pelo fato de que *processo* (art. 22, inc. I) não é o mesmo que *procedimento* (art. 24, inc. XI).

Enquanto a *norma geral* não for editada, administrativistas brasileiros seguem defendendo a aplicação matizada das garantias penais e processuais penais ao direito punitivo em geral, o que se mostra razoável por derivação da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. LV), não propriamente por analogia ao direito penal e processual penal<sup>695</sup>. Cabe lembrar que o *ne bis in idem* não está previsto na Constituição Federal.

---

<sup>693</sup> “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]. XI – procedimentos em matéria processual;” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

<sup>694</sup> Segundo a doutrina administrativista que embasou a criação do princípio da independência das esferas punitivas no Supremo Tribunal Federal.

<sup>695</sup> No sentido de que “O conjunto de garantias do direito administrativo sancionador emerge da cláusula do devido processo legal”, e que “tratando-se de direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionador, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal e o direito processual penal”, inclusive a culpabilidade, a legalidade, a presunção de inocência, o dever de fundamentação das decisões, a irretroatividade das normas que definem ilícitos administrativos e sanções de direito administrativo entre outras garantias (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 210-213). Similarmente, Hely Lopes Meirelles leciona que: “O regime jurídico brasileiro dispõe de um conjunto de leis que formam um sistema usualmente denominado de *Direito Administrativo Sancionador*, cujas normas se aproximam do Direito Penal. Esse conjunto busca a punição de condutas lesivas ao dever de probidade e contrárias aos princípios, especialmente o da moralidade. Por isso, as sanções ao *agente público* e ao *terceiro* previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), na Lei da Ação Popular e na Lei n.º 12.846/2013 (LAC) também devem ser interpretadas à luz dos princípios atinentes aos direitos fundamentais que informam o Direito Penal, destacando-se o princípio da culpabilidade, cujo teor prega que a punição ou a sanção só têm base constitucional para a conduta dolosa ou culposa.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação das Leis 8.112/90<sup>696</sup> e 9.784/99<sup>697</sup> (*federais*, e não nacionais), subsidiariamente aos processos administrativos sancionadores estaduais e municipais, disciplinares ou gerais. Nenhuma dessas leis, contudo, faz qualquer alusão ao *ne bis in idem*, embora fosse de todo conveniente que o fizessem.

Apenas o art. 126 da Lei n.º 8.112/90 prescreve a comunicabilidade entre as esferas penal e administrativo-disciplinar que, uma vez reconhecida por lei, autoriza a invocação do *ne bis in idem* para a sustação do processo administrativo-disciplinar federal na pendência do processo penal.

De outro lado, à mingua de previsão legal expressa, a comunicabilidade não ocorre entre o processo judicial punitivo e o processo administrativo sancionador geral.

No âmbito do enfrentamento da corrupção, Aloísio Zimmer Júnior destaca que alguns dispositivos da Lei n.º 12.846/13 dependem de regulamentação, entre eles, os que tratam da instauração, condução e julgamento do procedimento administrativo de responsabilização.<sup>698</sup>

Na mesma linha, Juliano Heinen sustenta que o Decreto Federal n.º 8.420/15 – que regulamentou a responsabilização objetiva administrativa e estabeleceu critérios de cálculo da pena de multa da Lei Anticorrupção – somente se aplica no âmbito da Administração Pública Federal<sup>699</sup>, eis que não pode ser utilizado nas esferas estaduais, municipais e do Distrito Federal, tampouco no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário<sup>700</sup>.

O Capítulo IV da Lei n.º 12.846/13 trata da instauração e do julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, por cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa, com disposições a respeito da competência, da

<sup>696</sup> A Lei n.º 8.112/90 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, inclusive sobre o processo administrativo disciplinar *federal*. (BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990).

<sup>697</sup> A Lei n.º 9.784/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sendo aplicável, inclusive, ao processo administrativo sancionador *federal*. (BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

<sup>698</sup> ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 107.

<sup>699</sup> HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei n.º 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 158-159.

<sup>700</sup> Alguns Estados e Municípios editaram seus próprios decretos regulamentadores, disciplinando o procedimento, o acordo de leniência, a dosimetria das sanções administrativas, entre outros institutos do processo administrativo sancionador geral, mas nada dispuseram sobre o *ne bis in idem*. Estados: São Paulo (Decreto n.º 60.106/2014); Paraná (Decreto n.º 10.271/2014); Minas Gerais (Decreto n.º 46.782/2015); Tocantins (Decreto n.º 4.954/2013); Maranhão (Decreto n.º 31.215/2015); Espírito Santo (Decreto n.º 3.956-R/2016); Mato Grosso (Decreto n.º 522/2016); Alagoas (Decreto n.º 48.326/2016). Municípios: São Paulo (Decreto n.º 55.107/2014); Rio Branco (Decreto n.º 948/2014) e Goiânia (Decreto n.º 985/2015).

composição da comissão responsável, do prazo máximo de conclusão, da desconsideração da personalidade jurídica e da atribuição da Controladoria-Geral da União (CGU) no âmbito federal. Não foram, porém, disciplinados os direitos do investigado, inclusive o direito à prova, aos recursos, à celebração de acordos de leniência e à garantia processual do *ne bis in idem*.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, enquanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não editarem o decreto (Poder Executivo) e a resolução legislativa (Poder Legislativo) regulamentar do processo administrativo sancionador geral, previsto na Lei nº 12.846/13, nada impede que utilizem, subsidiariamente, as normas constantes da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.<sup>701</sup>

Nesse sentido, “a Lei nº 9.784/99 serve para a aplicação subsidiária no âmbito federal, e aceita a utilização da analogia para eventuais necessidades dos Estados e dos Municípios”<sup>702</sup>.

Entende-se, portanto, que ao Poder Executivo de cada uma das unidades federativas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no exercício de suas competências legislativas concorrentes, cabe a regulamentação do processo administrativo sancionador e dos procedimentos de *compliance* nas suas respectivas esferas de administração pública, em razão da autonomia político-administrativa dessas unidades e do princípio federativo, albergados pelos arts. 18, 24, §§ 1º, 2º e 3º, 25, § 1º, e 30, incs. I e II, da Constituição de 1988.<sup>703</sup>

<sup>701</sup> “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999 POR ANALOGIA. POSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que mesmo os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei Federal 9.784, de 1º.2.1999, estão sujeitos ao prazo de decadência quinquenal contado da sua entrada em vigor. A partir de sua vigência, o prazo decadencial para a Administração rever seus atos é de cinco anos, nos termos do art. 54. 2. Na hipótese dos autos, a administração passou a pagar, por ato unilateral, vantagens ao servidor decorrentes de portarias emitidas nos anos de 1996 e 1998. Em 2002, a administração reviu seu ato e cancelou o pagamento de vantagem. Logo, a revisão foi feita dentro do prazo de cinco anos, a contar da data em que vigente a lei supracitada. 3. Ademais, ao contrário da tese defendida pelo agravante, **a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a Lei 9.784/1999 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros e Municípios, se ausente lei própria que regule o processo administrativo local**, como ocorre na espécie. 4. Agravo regimental não provido.” [g.n.] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 263.635/RS*. Segunda Turma, relator ministro Herman Benjamin, julgado em 16/05/2013, DJe de 22/05/2013).

<sup>702</sup> ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa...* *Op. cit.*, pp. 113-114.

<sup>703</sup> “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] Art. 24. Compete à união, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.



Em síntese, no âmbito da competência legislativa, compete à União estabelecer normas gerais do processo administrativo sancionador geral, dispondo, inclusive, sobre a relação entre o processo judicial punitivo e o processo administrativo sancionador geral, e entre os processos administrativos sancionadores gerais entre si, nas esferas federal, estaduais, distrital e municipais, bem como sobre os efeitos da prejudicialidade decorrente da proibição contra a dupla imputação. Inexistindo lei federal sobre normas gerais do processo administrativo sancionador geral, cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o exercício da competência legislativa plena para atender seus interesses político-administrativos.

No âmbito da *competência material* – que mais interessa a este estudo –, que também pode ser exclusiva da União ou concorrente dos entes federativos, conforme dispõem, respectivamente, os arts. 21 e 23 da Constituição Federal, verifica-se que o direito de punir administrativamente não é uma competência constitucional, tampouco exclusiva da União, mas, sim, derivada de leis infraconstitucionais, e decorrente do federalismo cooperativo, da autonomia e da capacidade de autogoverno e autoadministração dos entes federativos.

O direito de punir administrativamente integra a competência material (não legislativa) comum (cumulativa, concorrente ou paralela) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e não decorre diretamente da Constituição Federal, mas de leis infraconstitucionais.

Não há cláusula constitucional que atribua competência ao processo administrativo sancionador a um ou mais entes federativos ou a qualquer de seus órgãos.

As atribuições das Receitas, do Banco Central, do Cade, das Corregedorias, das agências reguladoras e demais órgãos e entes públicos que exercem função punitiva estão disciplinadas em leis infraconstitucionais.

A garantia universal incide sobre o processo administrativo sancionador geral, sujeitando-o ao *ne bis in idem*, porque não há, repise-se, uma afetação, pela Constituição Federal, do *jus puniendi* à Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, mas somente por leis infraconstitucionais.

---

§ 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. [...]

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. [...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...].” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

Para que o *ne bis in idem*, entretanto, possa ser invocado nos processos administrativos sancionadores, há necessidade de *lei complementar*, a teor do art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal.<sup>704</sup>

A lei complementar regulamentará a relação de prejudicialidade existente entre os processos administrativos sancionadores federal, estadual, distrital e municipal sobre um mesmo fato, estabelecendo, inclusive, a relação jurídico-processual prevalente, os efeitos da prejudicialidade, não apenas quanto ao mérito, mas, também, quanto ao sobrestamento e eventual extinção da causa prejudicada. Visa, com isso, a evitar violação ao *ne bis in idem* e aos direitos por ele albergados e, também, a bem da eficiência da Administração Pública, princípio expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a multiplicidade de investigações e processos punitivos sobre um mesmo fato.

Quando se trata de competência comum dos entes federativos, o objetivo claro das referidas leis complementares “é evitar não só conflitos como, também, a dispersão de recursos, procurando estabelecer mecanismos de otimização dos esforços”<sup>705</sup>.

À míngua de lei, observam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que,

se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do *critério da preponderância de interesses*. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)<sup>706</sup>.

Cabe, portanto, à lei complementar resolver a crise da multiplicidade de processos administrativos sancionadores gerais nas órbitas federal, estadual e municipal. A União é

<sup>704</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

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.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

<sup>705</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 505.

<sup>706</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 820. “O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 482). O Supremo Tribunal Federal tem adotado o *critério de prevalência de interesses* para solucionar o conflito, sustentando a competência da União quando a matéria transcender interesses locais e regionais para que haja um tratamento nacional uniforme (ADIs 3.835, 5.356, 5.253, 5.327 e 4.861, j. 03/08/2016).

competente para editar a norma geral, competindo aos Estados e aos Municípios a atividade legislativa suplementar, por força do art. 24, § 2º, e do art. 30, inc. II, da Constituição Federal. Enquanto a norma geral não for editada, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender aos seus interesses político-administrativos (art. 24, § 3º), o mesmo ocorrendo em relação aos Municípios (art. 30, inc. I).

A lei complementar disporá sobre os efeitos da prejudicialidade, a causa subordinante e a causa subordinada, o sobrestamento e a extinção desta última por força da vertente processual do *ne bis in idem*; a influência da sentença proferida numa esfera sobre a outra e, em razão disso, a possibilidade de interveniência do Estado e do Município que demonstrarem interesse jurídico.

Convém lembrar que o *ne bis in idem* incide somente sobre as ações punitivas, o que não impede, portanto, que o Estado e o Município promovam ações de reparação dos danos decorrentes do ato ilícito administrativo fundadas na responsabilidade aquiliana, dependendo do resultado da sentença proferida na causa prejudicial, ou mesmo concomitantemente a ela.

Daí o interesse jurídico em se habilitar no processo da causa prejudicial como assistentes litisconsorciais, ou intervenientes adesivos, obrigatórios ou facultativos, dependendo do que dispuser a lei complementar.

Tudo isso revela a importância da regulamentação da matéria.

Sem embargo, enquanto não for editada a lei complementar, e sem prejuízo da iniciativa legiferante dos Estados e Municípios, o critério da preponderância de interesses, adotado pela jurisprudência do STF, indica um norte à resolução do conflito entre as esferas punitivas federal, estadual, distrital e municipal no âmbito do processo administrativo sancionador geral.

Tome-se, como exemplo, um desastre ambiental que atinja bens jurídicos das três esferas federativas. A sobreposição de investigações e processos administrativos punitivos deve ser resolvida em favor da União, com fundamento no *critério da preponderância de interesses*, cujas razões remontam à origem do federalismo brasileiro, formado por desagregação – modelo adotado desde a Constituição de 1891 – e marcado pela centralização do poder político na União.

No exemplo citado, caberá à autoridade administrativa federal avocar para si a atribuição à investigação, ao processo e ao julgamento da causa punitiva, restando sobrestadas as demais sindicâncias e processos administrativos sancionadores instaurados nas esferas estadual e municipal concomitante ou sucessivamente sobre o mesmo fato, até o

juízo do mérito da causa prejudicial. Julgado o mérito desta, será decretado extinto qualquer que seja o resultado do processo federal, a fim de evitar violação ao *ne bis in idem*<sup>707</sup>.

Não há que se falar em desconto de penas, porque a proteção contra a dupla imputação se antecipa à da dupla punição.

Por outra via, se a causa prejudicial for instaurada e julgada antes da causa prejudicial, vindo esta última a ser julgada posteriormente, nesse caso a pena imposta ao segundo processo será descontada da pena aplicada no primeiro, por força do *ne bis in idem*, em sua vertente material. Evidentemente que tal solução não evita a duplicidade de processos e julgamentos, mas não se pode conferir ao réu, que não suscitou a garantia em seu favor, imunidade à causa prejudicial por sua vontade.

A solução apontada à resolução do conflito entre as esferas administrativas sancionadoras federal, estadual e municipal é análoga à hipótese de conexão entre crimes de competência federal e estadual, dada pelo Enunciado 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do Poder Judiciário não há que se falar em princípio federativo.

Nas palavras do ministro Cezar Peluso, “o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas ou metonímias, ‘Judiciários estaduais’ ao lado de um ‘Judiciário federal’”<sup>708</sup>.

Existem, contudo, regras constitucionais de competência funcional dos Tribunais, que compreendem a competência recursal e a competência originária, *ratione personae* e *ratione materiae*, que não podem ser suprimidas pela norma supralegal do *ne bis in idem*.

Da mesma forma como regras de conexão e continência, por serem infraconstitucionais, não podem derrogar regras de competência ditadas pela Constituição Federal, a garantia supralegal do *ne bis in idem* também não pode modificar aquelas regras constitucionais dos Tribunais, de competência funcional, recursal ou originária.

---

<sup>707</sup> É importante ressaltar que o fundamento jurídico da solução ora apresentada se encontra no critério da preponderância de interesses, adotado pela jurisprudência do STF, e não na proibição do *bis in idem*, porque esta norma não é dirigida à autoridade administrativa, mas, sim, à autoridade judicial, eis que se trata de regra do processo judicial, não podendo ser trasladada ao processo administrativo sancionador sem lei expressa. Obviamente que, para o detalhamento das consequências da adoção do critério jurisprudencial empresta-se não propriamente a norma jurídica universal, mas as noções dela derivadas, por equidade e justiça, que alicerçam a própria norma universal.

<sup>708</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional. Relator: ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, julgado em 13/04/2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterinteiroTeor.asp?id=363371&codigoClasse=504&numero=3367&siglaRecurso&classe=ADI>. Acesso em: 05 maio 2020. No mesmo sentido: ADC-MC 12 e ADI-MC 3854.

Em síntese, na esfera administrativa, prevalece a atribuição do ente federativo de “interesse preponderante” entre os processos administrativos sancionatórios federal, estadual e municipal, segundo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que dá primazia ao *ne bis in idem* sem nominá-lo, revelando o espírito de equidade e justiça que subjaz à origem romana dessa garantia.

#### 5.4.4 Conclusão parcial

Em síntese, a solução da crise da sobreposição entre processos administrativos sancionadores gerais federal, estaduais, distrital e municipais depende da edição de lei complementar. Enquanto não for editada a lei complementar federal de que trata o art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal, sem prejuízo do exercício do poder legiferante pleno por parte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é válida a adoção do critério jurisprudencial da preponderância de interesses, que resulta na prevalência da competência punitiva da União, em prejuízo das demais esferas. Nessas esferas serão decretados extintos os processos sancionadores após o julgamento de mérito da causa prejudicial, com fundamento no princípio da eficiência, na garantia universal do *ne bis in idem*, e no espírito de equidade e de justiça que a subjaz.

### 5.5 PROCESSO DE CONTAS (TRIBUNAL DE CONTAS)

Neste tópico pretende-se analisar a sobreposição que ocorre entre o processo de contas sancionador e os processos judiciais punitivos pelo mesmo fato, à luz da garantia processual do *ne bis in idem*.

Giuseppe Giamundo Neto bem ilustrou a possibilidade do *ne bis in idem*:

[...] tome-se como exemplo a conduta de combinação de preços entre licitantes. Tal ato é enquadrado, na LOTCU, como *fraude à licitação* (art. 46). Na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), corresponde ao ilícito de ‘frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público’ (art. 5º, IV, *a*). Ao mesmo tempo, constitui infração à ordem econômica assim prevista na Lei 12.529/11: ‘acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: *d*) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública’ (art. 36, § 3º, I, *d*). Já pela Lei 8.429/92, o ato constitui improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei 8.429/92: ‘frustrar a licitude de processo licitatório’). Na esfera penal, é crime contra a administração pública (arts. 328 a 337-A do Código Penal), assim como crime contra as licitações (arts. 89 a 98 da Lei 8.666/93). E tudo isso sem

contar a aplicabilidade da Lei 4.717/65, que disciplina a ação popular (art. 1º. ‘Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio [público]’)<sup>709</sup>.

O Tribunal de Contas, criado em 1890, constitucionalizado em 1891 (art. 89), está previsto na Constituição Federal como órgão auxiliar do Poder Legislativo, responsável pelo controle externo das contas do chefe do Poder Executivo e da Administração Pública em geral. Não é um Poder, não integra nenhum dos Poderes, tampouco se subordina a qualquer um deles, tendo autonomia no desempenho de suas funções<sup>710</sup>.

O atual sistema dos Tribunais de Contas no Brasil é

*integrado por 33 (trinta e três) órgãos, assim identificados: (i) Tribunal de Contas da União (TCU), no plano federal; (ii) seus congêneres nos Estados-membros, estruturados nos 26 (vinte e seis) Tribunais de Contas de cada unidade federativa estadual (TCEs); (iii) o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF); (iv) três Tribunais de Contas estaduais com jurisdição exclusiva sobre as contas municipais (TCMs), existentes na Bahia, em Goiás e no Pará; (v) e, finalmente, dois Tribunais de Contas municipais (TCMs) preservados pela Constituição da República, existentes no Município do Rio de Janeiro e no Município de São Paulo<sup>711,712</sup>.*

As competências constitucionais dos Tribunais de Contas podem ser divididas em: i) competências auxiliares do Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública

<sup>709</sup> GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 221.

<sup>710</sup> “[...] inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais e possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura. Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a ideia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4190/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Celso de Mello, julgado em 10.03.2010).

<sup>711</sup> WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 182.

<sup>712</sup> Seguindo o princípio da simetria, dispõe o art. 75 da Constituição Federal: “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.” Nos termos do art. 31, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, a fiscalização municipal é exercida pelo respectivo Poder Legislativo, mediante controle externo, “com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos municípios, onde houver.” Logo em seguida, o § 4º do mesmo dispositivo veda a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais. Subsistem os que já existiam à data em que foi promulgada a Constituição Federal de 1988. A despeito de o modelo federal ser seguido pelos Estados e pelos Municípios, o Tribunal de Contas da União não se configura como instância recursal das decisões dos Tribunais de Contas dos demais entes federados, na medida em que o sistema é federativo, não hierarquizado. Cada Tribunal de Contas é competente no âmbito da unidade federativa em que se encontra instalado (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicado e liberdade igual – Ensaio sobre direito financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 449).

direta e indireta; e ii) competências autônomas *ex propria autoritate*, todas elas previstas no art. 71, incs. I a XI, da Constituição Federal<sup>713</sup>. Tais competências visam a julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, previsto no art. 71, inc. II, da Constituição Federal.

As contas de que trata o art. 71, inc. II, da Constituição Federal, abrangem tanto as *contas de gestão* – também chamadas “contas dos ordenadores de despesa” – quanto as *contas de governo*, reguladas pelo art. 71, inc. I, c.c. o art. 49, inc. IX, da Constituição Federal – que se referem à prestação de contas anuais realizada pelo Chefe do Poder Executivo. Ambas são apreciadas pelos Tribunais de Contas, mas apenas as *contas de gestão* são julgadas pelo próprio órgão, no exercício de sua competência autônoma. As *contas de governo* são julgadas pelo Congresso Nacional, pelas Assembleias Legislativas e pelas Câmaras Municipais, depois de *parecer* prévio elaborado pela Corte de Contas, no exercício de sua competência auxiliar<sup>714</sup>.

Dentre as competências autônomas *ex propria autoritate* do Tribunal de Contas, previstas no art. 71 da Constituição Federal, incluem-se:

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional aos danos causados ao erário; [...] XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados<sup>715</sup>.

<sup>713</sup> Para um exame detalhado das competências dos Tribunais de Contas e sua divisão dicotômica, ver: WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability* democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 249-339.

<sup>714</sup> Com a superveniência da Lei Complementar nº 135/2010 – conhecida como “Lei da Ficha Limpa” – o STF decidiu, em sede de repercussão geral, que compete aos Tribunais de Contas o julgamento das contas de prefeitos quando estes atuam na qualidade de ordenadores de despesas, tornando possível que a inelegibilidade decorra de decisão irrecurável proferida pela Corte de Contas, sem a necessidade de deliberação parlamentar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 848.826 RG/DF*. Plenário Virtual, relatado pelo ministro Roberto Barroso, julgado em 27.08.2015 – tema nº 835).

<sup>715</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

A função sancionadora do Tribunal de Contas está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 71, inc. VIII), que inovou ao alargar sensivelmente as competências desse órgão<sup>716</sup>.

Quanto à natureza jurídica da função sancionadora do Tribunal de Contas, para alguns, trata-se de natureza jurisdicional<sup>717</sup>; para outros, é função administrativa<sup>718</sup>. Há,

---

<sup>716</sup> Para uma análise histórica e comparada das competências constitucionais dos Tribunais de Contas desde a sua criação pela Constituição Federal de 1891 (art. 89) ver: GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 39-58.

<sup>717</sup> Nesse sentido, José de Castro Nunes afirma que: “[...] as decisões proferidas na jurisdição constitucional de contas, que têm, naquele Tribunal o seu órgão privativo, condicionam a instauração da ação penal e não podem ser revistas, quer no juízo penal, quer no juízo cível da execução. [...] o Tribunal de Contas estatui somente sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base de acusação. Não julga a esse, não o condena nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe apenas a responsabilidade material, apurado o alcance. Outros aspectos da imputação pertencem por inteiro à justiça comum, que pode absolver o responsável alcançado, contanto que não reveja o julgado de contas, não negue a existência material da infração financeira. A jurisdição de contas é o juízo constitucional de contas. A função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. O Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para os liberar. Essa função é ‘própria e privativa’ do Tribunal de Contas.” (NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 30). No mesmo sentido, Pontes de Miranda assinala que: “[...] desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos que interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz julgasse novamente depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julgava ou não julgava.” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t. III [arts. 32-117], p. 251). E Seabra Fagundes, esposando o mesmo entendimento, complementava: “Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas, sim, pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170).

<sup>718</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles: “Não se confunda jurisdição com judicial. Jurisdição é atividade de dizer o direito e tanto diz o direito o Poder Judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. É por isso que a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas à correção pelo Poder Judiciário quando lesiva de direito individual, como já foi sumulado pelo STF (Súmula 6) e reiteradamente decidido pela nossa Justiça.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 764). Na dicção de Fernando Facury Scaff, há que se ter “a necessária cautela com a expressão jurisdição administrativa, pois essa não afasta a jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição, que garante ao Poder Judiciário a análise de quaisquer lesões ou ameaça de lesão a direitos.” (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual – ensaio sobre direito financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 450). Defendendo a corrente hoje majoritária, sobre a corrente que defende a natureza jurisdicional das decisões proferidas pelo Tribunais de Contas, Giuseppe Giamundo Neto contra-argumenta: “Não nos convence [...]. Fosse assim, toda e qualquer decisão administrativa advinda de processo administrativo, regulado pela Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal) seria irreatável e definitiva, como o são as decisões judiciais transitadas em julgado.” E, mais adiante, o mesmo autor conclui: “[...] tais decisões são plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário, que sobre elas pode exercer amplo e irrestrito controle por força do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, plasmado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal [...]. Nesse sentido, tal controle não encontra limitações, podendo alcançar, para além de vícios de procedimentos e de formalidade do ato, o próprio mérito [...]” (GIAMUNDO NETO, Giamundo. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 61).



ainda, quem entenda que as decisões do Tribunal de Conta se colocam “em meio caminho entre uma e outra” natureza jurídica<sup>719</sup>.

O que se pode extrair desse debate de interesses é que as competências de julgar e de aplicar sanções não são funções *judiciais*, apesar da qualificação do órgão que as desempenha (“Tribunal”) e das prerrogativas constitucionais de seus membros. Além disso, não parece que ao julgar as contas e aplicar sanções, os Tribunais de Contas exerçam *jurisdição*, porque as decisões por eles proferidas no desempenho dessas competências carecem de definitividade e coercitividade, que são características da jurisdição. Com efeito, tais decisões não fazem coisa julgada, na medida em que se sujeitam, por imperativo constitucional (art. 5º, inc. XXXV), em maior ou menor extensão, ao controle judicial; e tais decisões somente podem ser executadas *judicialmente*. A orientação vigente no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que falta competência aos Tribunais de Contas e, legitimidade ativa aos Ministérios Públicos de Contas para a ação de execução fiscal ou fundada em título executivo extrajudicial – eficácia que lhes atribui o art. 71, § 3º, da Constituição Federal –, tarefas a cargo das Varas de Execução Fiscal, da AGU e das Procuradorias.

A tendência doutrinária moderna é atribuir natureza administrativa à função de julgar as contas e de aplicar sanções.

As atividades sancionadoras da Administração Pública em geral, das Receitas, do Cade e dos Tribunais de Contas se equiparam, por serem não judiciais, desprovidas de definitividade, sujeitas ao controle externo do Poder Judiciário e processualizadas<sup>720</sup>.

A processualização e procedimentalização do exercício do poder sancionatório administrativo é um fenômeno recente, derivado do aperfeiçoamento do poder de polícia estatal, cujos atos administrativos se caracterizam pela imperatividade, presunção de legalidade e boa-fé, discricionariedade (regrada) e autoexecutoriedade. Diferentemente do Estado-juiz, o exercício de parcela do poder punitivo estatal pela Administração Pública, até recentemente, independia de um processo. A descentralização do poder punitivo estatal e a

---

<sup>719</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista dos Tribunais de Contas da União*, out-dez. 1996.

<sup>720</sup> Odete Medauar já apontava, em estudo específico, esse fenômeno da processualização do *jus puniendi* na esfera administrativa (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993), mas a provocação desse alcance mais ambicioso, com a nomenclatura “direito administrativo sancionador”, foi primeiramente lançada no Brasil por Fábio Medina Osório, em trabalho intitulado “O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro”. In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo – Anais, Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha, homenagem a Eduardo Garcia de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

administrativização da Justiça levaram à criação de garantias aos administrados, dentre os quais se destaca a do processo administrativo sancionador<sup>721</sup>.

Se, por um lado, esse fenômeno moderno da processualização do *jus puniendi* administrativo tornou mais burocrático o exercício do poder de polícia, por outro aumentou as garantias dos administrados, as quais emergem, segundo Fábio Medina Osório, da cláusula constitucional do devido processo legal: “O conjunto de garantias do direito administrativo sancionador emerge da cláusula do devido processo legal”<sup>722</sup>.

O *processo de contas* está disciplinado na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n.º 8.443/92) e em seu respectivo Regimento Interno.

O *processo bifásico* é assim constituído: a primeira fase é a do *processo de tomada de contas*, que resulta num julgamento das contas como regulares, regulares com ressalva ou irregulares (art. 16); a segunda fase é a do *processo de tomada de contas especial* (arts. 6º ao 16), que somente é instaurado quando se verifica (art. 8º): i) omissão no dever de prestar contas; ii) não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União; iii) desvio de dinheiro, bens e valores públicos; iv) prática de qualquer ato ilegal lesivo ao erário.

Uma vez *julgadas irregulares as contas de gestão* (o julgamento das contas de governo compete ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais), é instaurado o segundo processo, denominado *processo de tomada de contas especial*.

O *processo de tomada de contas especial* tem por *objeto* a apuração dos fatos, a identificação dos responsáveis, a quantificação dos danos, a aplicação de sanções e a cominação da obrigação de ressarcimento ao erário público (arts. 144 a 187 do Regimento Interno).

Cuida-se de *processo híbrido*, porque em parte é sancionador (aplica sanções) e, em outra parte, é cominatório ou executivo (impõe aos responsáveis a obrigação de ressarcimento do dano causado ao erário público com eficácia executiva).

---

<sup>721</sup> “[...] Não se deve desprezar a íntima conexão do poder de polícia com as sanções administrativas, tampouco se pode conectá-los de forma a dissipar o conceito e a autonomia da atividade sancionadora, a qual está regida por princípios e regras específicos. É verdade, não obstante, que o poder sancionador derivou do poder de polícia, dele se tornando autônomo, para adquirir contornos jurídicos mais próximos ao Direito Penal. [...] se é certo desvincular, teoricamente, Direito Sancionador e poder de polícia, porquanto ambos possuem regimes jurídicos distintos, não menos certo será reconhecer o íntimo parentesco entre tais institutos, cujas conexões remontam às origens do Direito Punitivo e Estado de Polícia, confluindo na constitucionalização dos direitos fundamentais e na expansão dos mecanismos estatais de proteção desses direitos.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 110).

<sup>722</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa – Má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 210.

De maneira geral, as *decisões dos Tribunais de Contas* podem acarretar: i) a rejeição das contas, se confirmada pelo Legislativo, nas hipóteses em que a confirmação é necessária; ii) a expedição de recomendações ao ordenador de despesa (que previne o dolo e impõe obrigação de fazer); iii) a anulação do ato (v.g. do contrato); iv) a cominação da obrigação de ressarcimento do dano causado ao erário público; e v) a imposição de sanções aos responsáveis.

Quanto à *efetividade das decisões* proferidas pelas Cortes de Contas, conquanto a própria Constituição Federal lhe atribua eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º), a execução forçada da sanção e da reparação do dano somente pode ser feita judicialmente. O STF, por sua vez, não reconhece competência aos Tribunais de Contas, tampouco legitimidade ativa aos Ministérios Públicos (MP) de Contas, cabendo à Advocacia-Geral da União (AGU) e às Procuradorias a promoção da *actio judicati*.

*Responsáveis* podem ser a pessoa física ou a pessoa jurídica, de direito público ou privado. Sujeitam-se, portanto, às sanções, sem prejuízo da obrigação de reparação do dano causado ao erário público, tanto o agente público quanto o particular que se beneficiou do ato ilícito causador do dano, solidariamente (art. 16, § 2º)<sup>723</sup>.

As *sanções* aplicáveis são (arts. 57 a 61 da Lei nº 8.443/92, e os arts. 266 a 271 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União – RITCU): i) multa de até 100% do valor do dano ao erário; ii) inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por um período de cinco a oito anos; iii) inidoneidade do licitante para participar de licitação na Administração Pública por até cinco anos; e iv) inelegibilidade, se o Poder Legislativo mantiver a rejeição das contas.

Na dosimetria das sanções, à míngua de previsão na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, aplicam-se os parâmetros previstos no art. 22, §§ 2º e 3º da LINDB e os critérios do art. 128, *caput*, da Lei nº 8.112/90, a saber: i) a natureza e a gravidade da infração; ii) os danos causados à administração pública; iii) as circunstâncias agravantes e atenuantes; iv) os antecedentes do agente; v) as sanções já aplicadas ao agente, de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Logo, o Processo de Contas Sancionador foi supostamente regulado pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU) – aplicável por simetria a todos os

---

<sup>723</sup> “**Súmula vinculante 3.** Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 3*. Aprovada em Sessão Plenária em 30/05/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>).

Tribunais de Contas – e seu respectivo Regimento Interno. Importante destacar que esse sistema legal prevê não apenas a possibilidade de aplicação de sanções a pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, agentes públicos e beneficiados pelo ato ilícito lesivo, como, também, de fixação da obrigação de reparação do dano causado ao erário público, lembrando que o *ne bis in idem* incide apenas para evitar a duplicidade de sanções e de processos punitivos.

Várias são as *deficiências do processo de contas* - disciplinado pela Lei n.º 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) e pelo Regimento Interno do Tribunal de Contas da União -, as quais se repetem na LC 709/93 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo) e em seu respectivo Regimento Interno: i) ausência de lide, de ação, de partes e de contraditório; ii) caráter inquisitivo, não acusatório, tampouco adversarial; iii) falta de oportunidade para a produção de provas e contraprovas, testemunhal e pericial; iv) inversão do ônus da prova, como regra; v) ausência da obrigatoriedade de defesa técnica e possibilidade de julgamento à revelia; vi) inexistência de audiências e de interrogatório; vii) ausência de duplo grau de jurisdição, pois não há previsão legal ou regimental de recurso cabível para um Tribunal Superior e imparcial (o julgamento do “recurso” de reconsideração (art. 32, I) e do pedido de reexame (art. 48) competem ao mesmo membro prolator da decisão, assim como compete ao mesmo órgão o julgamento do agravo (art. 285, todos do RITCU)); viii) descabimento de recursos para os Tribunais Superiores; ix) ausência de critérios objetivos para a dosimetria das sanções; x) interpretação ampliada da independência das esferas punitivas.

Com efeito, o *processo de tomada de contas especial* (que aqui se passa a denominar “processo de contas sancionador”) é desprovido de garantias constitucionais, porque: i) as funções fiscalizatória/investigativa, acusatória, instrutória, de valoração da prova e decisória estão enfeixadas num mesmo órgão – o Tribunal de Contas e seus auditores auxiliares; ii) aos fiscalizados/investigados/acusados não é oportunizada a produção de contraprova pericial, tampouco a formulação de quesitos aos peritos pertencentes aos quadros do próprio Tribunal quando da elaboração de seus relatórios técnicos; iii) não há audiências e, portanto, oportunidade para produção de prova oral, como, por exemplo, oitiva de testemunhas ou dos peritos-auditores, para que se possa ao menos produzir o contraditório sobre a prova; iv) o processo não é dialético, acusatório ou adversarial, mas puramente inquisitivo, caracterizado pela instauração *ex officio*, com inexistência de ação e de partes; ausência de contraditório e de possibilidade de autodefesa e de defesa técnica, de isonomia e de imparcialidade do juiz, psicologicamente ligado, desde o início, a uma hipótese acusatória.

Ante a ausência dessas garantias, quatro correntes se formaram a fim de salvar a constitucionalidade do processo de contas sancionador e, pois, de emprestar validade e legitimidade às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

A primeira corrente defende a aplicação verticalizada das garantias processuais previstas na Constituição Federal ao processo de contas. Sob essa ótica, o fundamento de validade do processo de contas sancionador repousaria nos princípios processuais previstos na Constituição Federal, aplicáveis por força das competências constitucionais atribuídas aos Tribunais de Contas<sup>724</sup>.

A segunda corrente advoga a transposição das normas (princípios e regras) do CPC e das normas processuais em geral ao processo de contas, com fulcro nas *regras de conectividade* previstas no art. 15 do CPC e no art. 298 do RITCU<sup>725</sup>.

Uma terceira corrente parte da premissa de que o processo de contas sancionador tem natureza administrativa para sustentar a sua sujeição à Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo federal.

Por fim, há quem defenda que o processo de contas sancionador, da maneira como se encontra disciplinado na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, é flagrantemente inconstitucional, razão pela qual urge edição da norma geral faltante<sup>726</sup>.

O processo de contas especial, aqui denominado “processo de contas sancionador”, por seu caráter sancionatório e sua natureza híbrida, da forma como foi regulado pela LOTCU e respectivo Regimento Interno, está longe de assegurar o exercício dos direitos constitucionais e legais albergados pela cláusula do devido processo legal. Ou seja, embora a Constituição Federal de 1988 tenha afetado importantes competências aos Tribunais de Contas, dentre as quais a de aplicar sanções, essa função é exercida pelo Tribunal de Contas dentro de um processo desprovido das garantias processuais previstas na própria Constituição Federal.

---

<sup>724</sup> Contrário a essa corrente, Fernando Facury Scaff afirma que: “Não se pode afirmar a esta altura dos estudos jurídicos, que exista um *direito processual nos Tribunais de Contas*, gerador de uma teoria específica. [...] não existe um *sistema de Tribunais de Contas* no Brasil, [...] sem que exista, tal como na jurisdição cível, órgão de instância superior que revise os julgamentos adotados *a quo*. Nem no processo administrativo-tributário existe uma peculiaridade semelhante a essa.” (SCAFF, Fernando Facury. Apresentação. In: GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 10-11).

<sup>725</sup> Nesse sentido: GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas ... Op. cit.*

<sup>726</sup> SALLES, Alexandre Aroeira. *A necessária reformulação da organização e do processo nos Tribunais de Contas para efetivo alcance dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

Nesse panorama, interessa a este estudo saber como se relacionam o processo de contas sancionador e os processos judiciais punitivos.

Evidentemente, que a existência de um processo de contas sancionador aumenta as chances de multiplicidade de processos punitivos e de sanções pelo mesmo fato.

A LOTCU e o RITCU não preveem qualquer regra de prejudicialidade ou de supremacia entre as esferas punitivas.

De qualquer forma, a inexistência de uma *ação de contas* dificulta falar em prejudicialidade entre causas punitivas. Mesmo que assim não fosse, a transposição das regras de prejudicialidade previstas no CPC ao processo de contas sancionador não resolveria o problema da sobreposição entre este e outros processos punitivos, uma vez que tais regras, por seu anacronismo, não se aplicam aos processos punitivos em geral em razão do tempo em que foram editadas.

Logo, seria de todo desejável que, ao ensejo da edição da norma geral faltante, as regras do processo de contas sancionador, inicialmente, reconhecessem a supremacia da esfera judicial punitiva em relação à de contas e, em seguida, estabelecessem regras de comunicabilidade entre as esferas, a fim de evitar a multiplicidade de processos punitivos.

As normas sancionadoras nem sempre guardam coerência entre si, seja porque editadas em momentos históricos distintos, ou por possuírem escopos diversos, pelo que cabe ao aplicador da lei um exame holístico dos processos punitivos sobrepostos, e o exercício de um juízo de ponderação, pelo manejo da proporcionalidade, ínsito e subjacente à regra do *ne bis in idem*<sup>727</sup>.

À míngua da edição da lei processual faltante, cabe aos Tribunais a formulação de critérios para, reconhecendo o caráter penal de determinadas sanções não penais sobre os

---

<sup>727</sup> Nesse sentido, cumpre transcrever a valiosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito do princípio da proporcionalidade: “enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhe corresponderiam. Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrictões em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. [...] Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se desse defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequado à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando possível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 113).

respectivos processos punitivos não penais, fazerem incidir a garantia processual do *ne bis in idem*. Nessa tarefa, é possível recorrer aos parâmetros adotados pela CEDH e o TJUE (critérios de *Engel*) e pela Suprema Corte Americana, assim como àqueles prescritos no art. 22, §§ 2º e 3º, da LINDB e no art. 128, *caput*, da Lei n.º 8.112/90.

A sanção aplicada ao processo de contas sancionador deve ser descontada da sanção de mesma espécie imposta ao processo judicial punitivo, por força da vertente material do *ne bis in idem*, positivada no art. 22, § 3º, da LINDB.

Aplicada a sanção pelo Tribunal de Contas, evidentemente que não é possível invocar a garantia processual do *ne bis in idem* para obstaculizar a instauração de processo judicial punitivo pelo mesmo fato. A punição pelo ato ilícito financeiro-orçamentário não confere ao agente público ou particular um “alvará” ou “mandado de imunização” contra uma possível instauração de processo judicial punitivo pelo mesmo fato, restando apenas proceder ao desconto das penas, dando, assim, efetividade à vertente material do *ne bis in idem*. A aplicação de sanção ao processo de contas sancionador não imuniza o indivíduo de sofrer processo judicial punitivo pelo mesmo fato, sob pena de ofensa à proporcionalidade, postulado ínsito e subjacente ao *ne bis in idem*.

Por outro lado, dificilmente ocorrerá de o processo judicial punitivo ser instaurado e julgado antes do processo de contas sancionador sobre os mesmos fatos. Isso porque a representação ao Ministério Público de que trata o art. 16, § 3º, da Lei n.º 8.443/92, para as providências penal e cível cabíveis, somente é determinada pelo Conselheiro relator ou presidente na decisão final do processo de contas sancionador.

Além disso, a prática revela que os Tribunais de Contas são bastante parcimoniosos em determinarem a extração e remessa de cópias do processo de contas sancionador aos Ministérios Públicos Estaduais e Federal para as providências penal e cível cabíveis.

A perseverar o atual modelo de fluxo de informação entre os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos Estaduais e Federal, não se vislumbra a possibilidade de *bis in idem* entre processos judiciais punitivos e o processo de contas sancionador.

Isso revela a importância da *atuação cooperada* entre os Ministérios Públicos a fim de encurtar o caminho e o prazo entre o término do processo de contas e o encaminhamento da representação ao Procurador-Geral de Justiça ou da República para a instauração do procedimento investigatório criminal ou do inquérito civil público com vistas ao oferecimento da denúncia ou da petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa, após esvaziadas as tentativas de solução negocial, o que culmina, ao menos em sede de crimes contra as finanças públicas, inexoravelmente, em prescrição.

Sem embargo, se o processo judicial punitivo for instaurado e concluído antes da imposição da sanção de contas, estará precluso o exercício do poder sancionador pelo Tribunal de Contas sobre o mesmo fato, porque, nesse caso, a competência constitucional dada pelo art. 71, inc. VIII da Constituição Federal, é flexibilizada pela garantia processual do *ne bis in idem*.

Em outras palavras, a instauração de processo judicial punitivo pelo mesmo fato obsta a que o Tribunal de Contas exercite a sua competência sancionadora até o final do julgamento da causa judicial e, uma vez julgado o mérito desta causa, impõe o arquivamento da pretensão punitiva pelo órgão de contas, qualquer que seja o resultado da causa judicial (não se aplicando sequer a sistemática da coisa julgada *secundum eventum litis*). Ou seja, mesmo que o réu seja absolvido por insuficiência de provas, ressalvadas apenas as hipóteses de absolvição por atipicidade e de extinção da punibilidade.

Esta solução é ditada pela garantia processual do *ne bis in idem*, e não invalida a competência dada aos Tribunais de Contas pelo art. 71, inc. VIII, da Constituição Federal. A competência sancionadora, entretanto, por restringir direitos fundamentais, deve ser interpretada restritivamente pelo manejo dos postulados na coerência, da proibição do excesso e da proporcionalidade. O excesso normativo de poder estatal punitivo é equilibrado pelo manejo desses postulados. Os Tribunais de Contas, portanto, sempre poderão exercer a sua competência sancionadora no âmbito das infrações financeiro-orçamentárias, porém, se essas infrações configurarem, ao mesmo tempo, ato ilícito penal e/ou civil, sujeito a sanções penais e/ou civis, a instauração do processo judicial punitivo obsta ao exercício da função sancionadora pelos Tribunais de Contas em razão do *ne bis in idem* e da supremacia da esfera judicial sobre a de contas, pelo manejo daqueles postulados, ínsitos à garantia universal.

Como se vê, esse entendimento não esvazia a competência prevista no art. 71, inc. VIII da Constituição Federal. Diferentemente, harmoniza o sistema punitivo como um todo, dando efetividade ao *ne bis in idem*, segundo um modelo de hierarquia circular das normas jurídicas e não apenas vertical. Afinal, entre duas interpretações possíveis da norma jurídica deve-se preferir aquela que não invalida outras normas integradoras do mesmo sistema normativo.

Em suma, a garantia processual do *ne bis in idem*, aplicada no âmbito do processo de contas, não esvazia a competência sancionadora dos Tribunais de Contas, prevista no art. 71, inc. VIII, da Constituição Federal. Se, porém, o ato ilícito financeiro-orçamentário também configurar ato ilícito penal e/ou civil, a mesma garantia impede a tramitação concomitante ou subsequente do processo de contas sancionador.



Se o processo judicial punitivo for instaurado antes da imposição da sanção no processo de contas, a única solução consentânea com o *ne bis in idem* é a suspensão do poder punitivo do Tribunal de Contas no caso concreto até o julgamento definitivo da ação penal e/ou de improbidade administrativa, por força da garantia processual do *ne bis in idem* e da supremacia da esfera judicial punitiva sobre a de contas.

A supremacia da esfera judicial punitiva sobre a de contas independe de lei e decorre: i) da soberania dos Poderes sobre os demais entes públicos; ii) do controle judicial das decisões administrativas; iii) do reconhecimento do caráter penal de determinadas sanções de contas, por sua severidade e seu escopo repressivo; iv) do manejo dos postulados da coerência, da proibição do excesso e da proporcionalidade na resolução da antinomia entre a competência constitucional prevista no art. 71, inc. VIII, da Constituição Federal e a regra supralegal do *ne bis in idem*.

De fato, as decisões dos Tribunais de Contas sujeitam-se ao controle judicial, e a execução forçada de suas decisões só pode ser obtida judicialmente. Somente a jurisdição judicial é dotada de coercitividade e definitividade na medida em que pode ser imposta ao indivíduo independentemente de sua vontade e faz coisa julgada.

Discute-se a extensão desse controle judicial sobre as decisões dos Tribunais de Contas e, pois, sobre as sanções a eles impostas.

Para alguns, o art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, possibilita não apenas o controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas sob o aspecto da forma, como, também, sobre o mérito.

Outros, levando em conta a natureza [administrativa] que se lhes atribui, equiparam a extensão desse controle judicial a que se sujeitam às decisões e aos atos administrativos, o que exclui a possibilidade de revisão quanto ao mérito, ressalvadas excepcionalíssimas hipóteses, como ocorre, *v.g.*, quanto às sanções disciplinares, sujeitas à revisão não apenas sob o aspecto de sua legalidade, mas, também, quanto à razoabilidade e proporcionalidade.

Toda sanção imposta pelos Tribunais de Contas está sujeita à anulação judicial, seja pela via de ação anulatória, seja por meio de mandado de segurança, por inobservância dos princípios processuais previstos na Constituição Federal, nos estatutos processuais e nos principais tratados internacionais de direitos humanos. Vale dizer, a processualização da atividade sancionadora estatal, como nova expressão do poder de polícia, à míngua de regulamentação adequada, abre a possibilidade de anulação judicial do ato, antes mesmo que se pretenda discutir o seu mérito.

É copiosa a jurisprudência dos Tribunais Superiores que reconhece a competência do Poder Judiciário para anular decisões dos Tribunais de Contas proferidas sem a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Mesmo que assim não fosse, tais decisões estariam sujeitas ao controle por sua natureza administrativa, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal.

O estancamento da via de contas sancionadora em razão da pendência ou do julgamento de processo judicial punitivo pode ser buscado por ação anulatória ou mandado de segurança. O fundamento jurídico para isso é o *ne bis in idem*, garantia processual mais forte e mais ampla que a da coisa julgada.

Em último caso, resulta que se o agente público ou terceiro beneficiado sofrer sanção imposta pelo Tribunal de Contas por ato ilícito que não transcenda a esfera financeiro-orçamentária, sempre poderá se valer da ação anulatória e do mandado de segurança para anulá-la judicialmente, dadas as deficiências do processo de contas sancionador. Por outro lado, se o ato ilícito de contas também configurar ato ilícito penal e/ou improbidade administrativa, o *ne bis in idem* obsta não somente à dupla punição, como, também, à duplicidade processos e, pois, ao exercício da função punitiva pelo Tribunal de Contas, se já houver sido instaurado o processo penal e/ou o processo de improbidade administrativa.

Em conclusão, entende-se que não seja caso de aperfeiçoamento legislativo do processo de contas sancionador, tampouco de se lhe conectar as garantias processuais previstas na Constituição Federal e nos estatutos processuais, mas tão somente reconhecer que a atividade sancionadora dos Tribunais de Contas tem natureza administrativa, manifestação aperfeiçoada do poder de polícia pelo processo administrativo sancionador, sujeito ao controle judicial, que, inclusive, veda o *bis in idem*.

Imagine-se que fosse editada lei que revestisse o processo de contas sancionador de todas as garantias processuais asseguradas aos processos judiciais punitivos, inclusive a do duplo grau, e dotasse a jurisdição de contas das características de coercitividade e definitividade próprias da jurisdição judicial, no âmbito das competências constitucionais jurisdicionais afetadas às Cortes de Contas. Ademais, que atribuísse ao MP de Contas legitimidade ativa para promover, no próprio Tribunal de Contas, a execução das decisões da Corte de Contas, sujeitando os acórdãos aos recursos de sobreposição perante os tribunais superiores. Ter-se-ia, então, uma nova Justiça. Ocorre que a criação de uma nova Justiça, dotada de jurisdição e seus predicados, esbarra no óbice do art. 60, § 4º, incs. III e IV da Constituição Federal, na medida em que demandaria nova repartição de poderes.

Ora, dado que, a despeito de sua autonomia – as decisões dos Tribunais de Contas sujeitam-se ao controle judicial – mostra-se de todo inadequado, do ponto de vista da eficiência e da economicidade, revestir o processo de contas sancionador de todas as garantias asseguradas aos processos judiciais punitivos.

Analogamente, seria o mesmo que dotar os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal de um corpo de auditores altamente gabaritados e encarregá-los das mesmas inspeções e relatórios já elaborados pelos profissionais que oficiam junto aos Tribunais de Contas.

Por mais que se aperfeiçoe o processo de contas sancionador, as decisões nele tomadas sempre estarão sujeitas ao controle externo, o que leva a repensar a necessidade de maior burocratização do exercício da função punitiva de contas, até porque a função pedagógica – no contexto das chamadas “teorias do diálogo institucional” –, aprimorada pelo instrumento denominado “Termo de Ajustamento de Gestão” (TAG), de que trata Marianna Montebello Willeman<sup>728</sup>, é muito mais importante no controle dialógico de políticas públicas pelo Tribunal de Contas do que a sancionadora.

Em suma, o *ne bis in idem*, em sua vertente material do art. 22, § 3º, da LINDB, impõe o desconto das penas e, em sua perspectiva processual, obsta ao Tribunal de Contas a aplicação de sanção na pendência de processo judicial punitivo pelo mesmo fato.

Por fim, a cominação, pelos Tribunais de Contas, da obrigação de reparação do dano e seu respectivo valor, também está sujeita ao controle judicial. O mandado de segurança, por certo, não constitui a via adequada ao reexame desse mérito, por ausência de um direito líquido e certo a ser amparado. O remédio adequado é a ação anulatória ou, ainda, a defesa de mérito, direta ou indireta, ofertada na ação de execução fundada no título executivo extrajudicial. O *ne bis in idem* não atua sobre essas medidas ressarcitórias e seus respectivos processos que, por outra volta, sujeitam-se à sindicalização à luz de outros institutos, como ao da coisa julgada e, no campo dos negócios jurídicos processuais, ao princípio da autonomia da vontade.

---

<sup>728</sup> WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability* democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 302-319.

## 5.6 CONTRIBUIÇÕES DO *NE BIS IN IDEM* NOS ACORDOS

### 5.6.1 Panorama geral dos acordos

Os *acordos* são negócios jurídicos bilaterais, comuns no Direito Privado, regidos pelos princípios da autonomia da vontade, boa-fé objetiva e lealdade. Trazidos do Direito estadunidense, a partir de 1995 passaram a ser incorporados ao Direito Público brasileiro, com contornos próprios.

O *direito punitivo* – ramo do Direito Público que regulamenta o exercício do *jus puniendi* estatal – conhece dois tipos de acordos precedentes à sentença judicial: acordos para a composição da lide, que são, na verdade, formas alternativas [ao processo] de pacificação social; e acordos para obtenção de elementos de informação e fontes de prova, que são meios de obtenção da prova para a prevenção e repressão de atos ilícitos.

As espécies de acordos para composição da lide são: a transação penal (art. 76 da Lei n.º 9.099/95); a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/95); o acordo de não persecução penal (art. 28-A, do Código de Processo Penal); e o acordo de não persecução civil (art. 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/92), também regidos pelo princípio do *nolo contendere*.

As espécies de acordos para obtenção de elementos de informação e fontes de prova são: a colaboração premiada (arts. 4º a 7º, da Lei n.º 12.850/2013); o acordo de leniência da Lei Antitruste (arts. 86 e 87, da Lei n.º 12.529/2011); e o acordo de leniência da Lei Anticorrupção (arts. 16 e 17, da Lei n.º 12.846/2013).

Os acordos para composição da lide sujeitam-se à satisfação de determinados requisitos legais (pressupostos e condições), e têm por objetivo a imposição de pena e a reparação do dano. Os acordos para obtenção da prova, inclusive a confissão (que é um dos requisitos para a sua celebração), podem, também, prescrever obrigações, como a reparação do dano, a cessação da conduta ilícita e a adoção de mecanismos de *compliance*.

O espaço de consenso ou *objeto* desses acordos são: i) da transação penal: as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, da Lei n.º 9.099/95); ii) da suspensão condicional do processo: os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano (art. 89, *caput*, da Lei n.º 9.099/95); iii) do acordo de não persecução penal: as infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos; iv) do acordo

de não persecução civil: os atos de improbidade administrativa definidos nos arts. 9º, 10, 10-A e 11, da Lei n.º 8.429/92; v) do acordo de colaboração premiada: os crimes praticados por organização criminosa (art. 1º, da Lei n.º 12.850/2013); vi) do acordo de leniência da Lei Antitruste: os crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137/1990, os crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n.º 8.666/1993, e os tipificados no art. 288 do Código Penal (art. 87, *caput*, da Lei n.º 12.529/2011); e vii) do acordo de leniência da Lei Anticorrupção: os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, praticados por pessoas jurídicas (sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades, estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente) que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos no art. 5º, incs. I a V, da Lei n.º 12.846/2013 (art. 5º, c.c. o art. 1º, parágrafo único).

A *reparação do dano* só não figura como condição legal no acordo de leniência do Cade, mas a Lei Antitruste ressalva a possibilidade de propositura da ação civil, se necessário.

A atribuição para o oferecimento da proposta de acordo à composição da lide é do Ministério Público, inclusive no âmbito da Lei n.º 8.429/92, em que sua intervenção é obrigatória sob pena de nulidade, mesmo quando a proposta é formulada pela pessoa jurídica de Direito Público interessada e colegitimada (art. 17, *caput* e §§ 1º e 4º)<sup>729</sup>.

<sup>729</sup> Esta é a única interpretação compatível com as razões do veto ao art. 17-A, acrescentado à Lei n.º 8.429/92 pela Lei n.º 13.964/19):

“ Art. 17-A (vetado por inteiro). O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I – o integral ressarcimento do dano;

II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III – o pagamento de multa até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente;

§ 1º. Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

§ 2º. O acordo também poderá ser celebrado no curso da ação de improbidade.

§ 3º. As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 4º. O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquérito civil.

§ 5º. Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.” (BRASIL. *Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992*).

Quanto aos acordos de leniência, na Lei Antitruste, a iniciativa cabe à Superintendência do Cade, com a participação do Ministério Público Federal ou Estadual e, na Lei Anticorrupção, na esfera federal, a atribuição é da CGU (art. 16, § 10), com a adesão da AGU (Portaria Interministerial CGU/AGU n.º 2.278/2016) e fiscalização do TCU (Instrução Normativa n.º 83/2018)<sup>730</sup>, mas não raramente são celebrados pelo MPF, porque

---

Eis as razões dos vetos: “A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não ser apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.” Em síntese, o trecho foi vetado por se considerar que não seria justificável atribuir essa competência exclusivamente ao MP, já que outras pessoas jurídicas de direito público vítimas do ato de improbidade também possuem legitimidade ativa para a AIA. Os oito vetos foram derrubados pela Câmara dos Deputados, mas em 19 de abril de 2021, o Senado Federal os manteve, sob as seguintes razões: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público, por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.” Em que pesem as razões do veto ao art. 17, § 2º, entende-se que, desde que justificado o interesse público, é juridicamente possível o acordo de não persecução cível no curso da ação de improbidade. Esta solução se compatibiliza com o art. 139, inciso V, do Código de Processo Civil que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a despeito da ausência de previsão legal expressa, aplica-se subsidiariamente à ação de improbidade administrativa (REsp 1.098.669/GO, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12-11-2010; REsp 1.337.911/PE (2011/0173874-0), relator ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8-9-2015, DJe 16-9-2015). Na lição do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em julgamento sobre a possibilidade da homologação de acordo celebrado em ação de improbidade administrativa no Superior Tribunal de Justiça: “[...] não se pretende aprofundar em demasia o assunto, até porque é unânime entre os operadores do Direito, seja qual for a sua esfera de atuação, que os meios democráticos de solução dos conflitos são muito mais eficientes do que um pronunciamento jurisdicional puro e simples [...]” (AgRg no AREsp 780.833/MT, DJe de 24/05/2016).

<sup>730</sup> O TCU condicionou a eficácia dos acordos de leniência à sua homologação pela Instrução Normativa (IN) n.º 74/2015. Antes, porém, que fosse julgada a ADI 5.294, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) contra referida instrução, a mesma foi revogada pela IN n.º 83/2018, que manteve o autorreconhecimento da competência do TCU para fiscalizar a celebração de acordos de leniência, sem, contudo, condicionar-lhe a eficácia à sua homologação. Isso porque tal competência foi questionada, por várias razões, que foram elencadas por Amanda Athayde, para quem: “[...] melhor seria que o TCU exercesse, portanto, um controle *a posteriori* de legalidade, mas não concomitante, bem como circunscrevesse sua atuação na análise dos danos ao erário.” (ATHAYDE, Amanda, *Manual dos acordos de leniência no Brasil – teoria e prática* (Cade, BC, CVM, CGU, AGU, TCU e MP). Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 255-258). Remanesce, contudo, o desejo de o TCU poder acompanhar a legalidade das negociações em curso na CGU e na AGU, no exercício do controle externo, porque “em diversos acórdãos, vem reconhecendo que os acordos de leniência firmados perante a Controladoria-Geral da União, com base na Lei n.º 12.846/2013, possuem aptidão para trazer repercussões, em alguma medida, sobre os processos em trâmite perante a Corte no exercício de suas atribuições constitucionais e legais.” (WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability* democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 322). Além disso, o TCU vem entendendo pela viabilidade de utilização das provas apresentadas pelo colaborador para instaurar procedimentos em face de outros agentes públicos ou particulares responsáveis pelo ato ilícito ou investigar outros fatos que não aquele objeto da colaboração, deixando de aplicar sanções ao colaborador a partir da efetiva relevância da colaboração prestada: “A fim de preservar a incolumidade do acordo de leniência e da delação premiada, pode o TCU, com base na aplicação analógica do art. 17 da Lei n.º 12.846/2013 e do art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei 12.850/2013, deixar de sancionar o colaborador com a penalidade especificada no art. 46 da Lei 8.443/1992, protegendo assim sua legítima expectativa de não ser prejudicado pelas provas que

as infrações administrativas definidas na Lei Anticorrupção também podem configurar ilícitos penais e civis (Estudo Técnico n.º 1/2017 da 5ª CCR do MPF).

Os acordos penais (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e colaboração premiada) somente podem ser oferecidos a pessoas físicas, enquanto o acordo civil e os acordos administrativos (acordo de não persecução civil e acordos de leniência) podem ser oferecidos tanto às pessoas jurídicas quanto às pessoas físicas. Sem embargo, rigorosamente, o art. 16, *caput*, da Lei n.º 12.846/2013 prevê apenas a possibilidade de celebração de acordo de leniência anticorrupção com pessoas jurídicas, mas a Nota Técnica n.º 1/2010, da 5ª CCR do MPF, consolidou a participação de pessoas físicas (dirigentes, sócios, administradores e funcionários que tiverem concorrido para a prática do ato ilícito, como corolário do princípio da coautoria necessária).

Excetuados os acordos de leniência (o do Cade alcança as esferas administrativa e penal e o da CGU, as esferas administrativa e civil), todos os demais acordos sujeitam-se à homologação judicial e, por isso, assumem a natureza de *negócios jurídicos processuais*<sup>731</sup>.

No *juízo de homologação* compete ao juiz ou relator sindicalizar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo<sup>732</sup>.

A importância prática de se reconhecer a *natureza jurídica dúplice* do acordo reside em identificar o regime jurídico aplicável – de direito material e de Direito Processual,

---

ele mesmo forneceu. Nada obsta a que o Tribunal utilize os elementos de prova fornecidos pelo colaborador, em razão daqueles institutos, para exercer suas atribuições sobre outros responsáveis e/ou apurar novos fatos.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 1.214/2018*. Plenário, relator o Ministro Benjamin Zymler. Processo n.º 021.226/2017-2, julgado em 30/05/2018).

<sup>731</sup> O Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido essa natureza jurídica à colaboração premiada (HC 127.483/PR, relator o ministro Dias Tóffoli, julgado em 27/08/2015, pp. 23-24), quando o *pacote anticrime* (Lei n.º 13.964/2019) a positivou (art. 3º-A, da Lei n.º 12.850/2013). A existência dos *negócios jurídicos processuais* passou a ser aceita pela doutrina processualista civil em geral com o advento do CPC de 1973. Tanto assim que, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, a discussão passou aos limites da negociação processual e às hipóteses de rescindibilidade do acordo. Embora a categoria tivesse se difundido no processo civil, paradoxalmente originou-se na ciência processualista penal, pois o Anteprojeto do Código de Processo Penal de Hélio Tornaghi já a consagrava: “Art. 180. Negócio jurídico processual é toda manifestação de vontade de que resulta consequência relevante para o processo.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. Salvador: *JusPodium*, 2018, pp. 171-183). A tendência de ampliar os espaços de consenso no processo punitivo é inequívoca. Especificamente no processo penal, Antonio Scarance Fernandes destacou que “a aceitação de acordos mesmo no âmbito penal é uma tendência da doutrina moderna.” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 265). O novo modelo de justiça consensual, segundo Andrey Borges de Mendonça, “se baseia no princípio do devido processo consensual, cujos princípios estruturantes são a autonomia da vontade – como decorrência do princípio da liberdade –, a eficiência, a boa-fé objetiva e a lealdade.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 53-105).

<sup>732</sup> Dispõe o art. 4º, § 7º, da Lei n.º 12.850/2013, que o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, “ao qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade.”

concomitantemente – e, conseqüentemente, os vícios a que se sujeita e a forma de sua rescindibilidade.

Quanto aos *vícios*, sob o aspecto material, os acordos se sujeitam às anulabilidades (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude) e nulidades (incapacidade absoluta do colaborador, ilicitude do motivo, inobservância da forma ou das renúncias prescritas em lei, que tiverem por objetivo fraudar lei imperativa, taxativamente declarada por lei, sendo, também, nulo o negócio jurídico simulado, caso em que subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma) dos negócios jurídicos em geral (CC, arts. 138-184); e, sob o aspecto processual, sujeitam-se às nulidades processuais.

Na vigência do CPC de 1973, discutia-se a via adequada à rescisão dos atos judiciais sujeitos à sentença meramente homologatória, à luz do art. 486<sup>733</sup>. Tal dispositivo, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira, singularizaria a figura da ação anulatória brasileira no plano comparatístico<sup>734</sup>. O dispositivo legal foi substituído pelo art. 966, § 4º, do CPC de 2015<sup>735</sup>.

Entende-se que a *rescindibilidade* dos acordos pode ser buscada tanto pela via da ação rescisória quanto pela da ação anulatória, dependendo do vício alegado.

O descumprimento da transação penal e do acordo de não persecução pode acarretar o oferecimento da denúncia e, analogamente, o oferecimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa<sup>736</sup>. O descumprimento das condições, facultativas ou obrigatórias, da suspensão condicional do processo, pode ou deve acarretar, conforme o caso, o prosseguimento da ação penal. O descumprimento dos acordos para obtenção de prova tem, como consequência, a perda do direito aos benefícios e, no caso dos acordos de leniência, a proibição de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos (art. 86, inc. III, § 12, da Lei do Cade, e art. 16, § 8º, da Lei Anticorrupção).

<sup>733</sup> “Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.” (BRASIL. *Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*).

<sup>734</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 163.

<sup>735</sup> “Art. 966 [...] § 4º. Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.” (BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*).

<sup>736</sup> “Súmula vinculante 35. A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei n.º 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 35*. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953). “Art. 28-A [...] § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.” (BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal).



Por outro lado, o cumprimento dos acordos acarreta: i) na transação penal, a extinção da pena; ii) na suspensão condicional do processo e nos acordos de não persecução, a extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei n.º 9.099/95; art. 28-A, § 13 e art. 87, parágrafo único, da Lei n.º 12.529/2011); iii) na colaboração premiada, dependendo do grau de colaboração e do momento processual em que é prestada, o não oferecimento da denúncia, a extinção da punibilidade, pelo perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou substituição por penas restritivas de direitos, e a progressão de regime (art. 4º, *caput* e § 5º, da Lei n.º 12.850/2013); iv) nos acordos de leniência antitruste, a extinção da ação punitiva da administração pública e a extinção da punibilidade dos crimes (arts. 86, § 4º, e 87, parágrafo único, da Lei n.º 12.529/2011); v) no acordo de leniência anticorrupção, a redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável e a isenção ou atenuação de sanções (art. 16, § 2º, da Lei n.º 12.846/2013).

Como se vê, todos os acordos têm um *viés punitivo* na medida em que o cumprimento dos acordos pode acarretar desde a extinção da punibilidade até a isenção ou redução de sanções penais, civis e administrativas.

### 5.6.2 Contribuições do *ne bis in idem*

O *princípio universal* do *ne bis in idem*, estendido pela jurisprudência da CEDH e do TJUE aos processos punitivos em geral, desdobra-se, na verdade, em duas regras: i) a da proibição contra múltiplos processos punitivos; ii) a da proibição contra múltiplas punições, pelo mesmo fato<sup>737</sup>.

A garantia processual veda a multiplicidade de processos punitivos pelo mesmo fato, não atuando para evitar a multiplicidade de processos reparatórios.

O processo penal obsta à instauração e ao prosseguimento do processo civil sancionatório pelo mesmo fato, como efeito da garantia processual do *ne bis in idem*.

Pergunta-se: o acordo penal também teria o condão de produzir o mesmo efeito? Ou seja, o acordo penal suspenderia o processo civil da ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato? Haveria que se falar em prejudicialidade? Evidentemente que não: celebrado um acordo penal e instaurado o processo civil punitivo, não se pode falar em duplicidade de processos pelo mesmo fato, tampouco em prejudicialidade de causas.

<sup>737</sup> Keity Saboya fala da “tríplice dimensão” do *ne bis in idem*: processual, material e *transversal*, esta última relacionada “à impossibilidade de sobreposição de sanção administrativa e sanção penal pela mesma conduta objetivada juridicamente e com os mesmos fins.” (SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* – história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 167).

A pena imposta no acordo penal deve ser descontada da pena da mesma espécie aplicada na esfera cível, com fundamento no art. 22, § 3º, da LINDB, dando efetividade à vertente material do *ne bis in idem*, positivada pelo citado dispositivo legal.

Sem embargo, no caso da “Operação Publicano”, os réus firmaram acordos de colaboração premiada (na esfera criminal), e o MPE requereu apenas o reconhecimento da prática de atos de improbidade na ação de improbidade administrativa, sem a imposição das penalidades correspondentes, solução que parece ser mais acertada<sup>738</sup>.

De fato, a possibilidade de transformar a ação de improbidade administrativa em ação declaratória se compatibiliza com o *ne bis in idem*, tendo em vista que o acordo de colaboração premiada – a despeito de seu caráter como meio de obtenção de prova – acaso descumprido, enseja a instauração do processo penal e, se for cumprido, acarreta o não oferecimento da denúncia, a diminuição ou a substituição da pena, o perdão judicial ou, ainda, a progressão de regime, dependendo do grau de relevância e efetividade da colaboração (art. 4º, *caput* e §§ 4º e 5º, da Lei n.º 12.850/2013).

Se o acordo penal for descumprido e a ação penal intentada ou reiniciada, estando em curso o processo civil da ação de improbidade administrativa, este será suspenso a fim de evitar a duplicidade de processos (punitivos) pelo mesmo fato. Uma vez transitada em julgado a ação penal, o processo civil será extinto sem resolução de mérito, por ausência do pressuposto processual objetivo (inexistência do *bis in idem*), mesmo que a sentença penal tenha sido absolutória, qualquer que seja o seu fundamento, salvo nas hipóteses de atipicidade ou de extinção da punibilidade.

Como visto anteriormente, ao *ne bis in idem* não se aplica a sistemática da coisa julgada *secundum eventum litis*, pois a garantia processual é mais forte e mais ampla, incidindo até mesmo nas hipóteses de absolvição por insuficiência probatória.

A suspensão do processo civil não constitui efeito de acordo penal celebrado durante a sua tramitação ou efeito de prejudicialidade, somente podendo ser obtida mediante acordo civil no curso do processo civil, celebrado com fundamento no art. 17, § 1º, da LIA, introduzido pela Lei n.º 13.964/2019 (“pacote anticrime”).

A iniciativa da proposta do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC) cabe ao MP e à pessoa jurídica interessada, a quem a Lei n.º 8.429/92 confere legitimidade ativa concorrente para a propositura da ação de improbidade administrativa (art. 17, *caput*). Se o

---

<sup>738</sup> FERRAZ, Luciano. Acordos de leniência – a teoria do diálogo das fontes e a analogia *in bonam partem*. *Consultor Jurídico*, publicado em 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/interesse-publico-leniencia-teria-dialogo-fonte-analogia-in-bonam-parte>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MP não for o autor da proposta do acordo, deverá firmá-lo, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade, por analogia ao art. 17, § 4º, da LIA.

Isso porque o que legitima a pessoa jurídica de direito público interessada (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por sua administração direta, indireta ou fundacional) a agir relativamente a condutas ímprobas que tenham repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerado, é a defesa do interesse público secundário, ainda que indiretamente acabe, também, por defender o interesse público primário. Cuida-se de legitimação extraordinária e substituição processual *sui generis*<sup>739</sup>.

Sem embargo, a questão sobre os “efeitos de eventual colaboração premiada, realizada pelo Ministério Público em relação a ações de improbidade movidas pelos mesmos fatos, em virtude da existência de legitimidade concorrente (CF, art. 129, § 1º)” teve sua repercussão geral reconhecida<sup>740</sup>.

De outra parte, o acordo civil, celebrado com fundamento no art. 17, § 1º, da LIA, por si só não afasta a responsabilidade penal. Em outras palavras, a imposição de sanção não penal não torna o agente público ou particular imune ao processo penal. A sanção civil é computada na sanção penal, quando idênticas, por analogia ao art. 8º, do CP, vertente material do *ne bis in idem* na esfera penal. Aqui, não há que se falar em prejudicialidade, mas em proporcionalidade.

O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, pode celebrar acordo de leniência com extinção da ação punitiva da Administração Pública ou redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que foram autoras de: i) crimes tipificados na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n.º 8.137/1990); ii) crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei n.º 8.666/1993) e no art. 288 do Código Penal (associação criminosa), nos termos dos arts. 86, *caput*, e 87, *caput*, da Lei n.º 12.529/2011.

O acordo de leniência celebrado pelo Cade constitui meio de obtenção de prova, pois tem por finalidade (segundo a Lei n.º 12.529/2011): i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (art. 86, incs. I e II).

A confissão é um dos requisitos do acordo de leniência (art. 86, § 1º, inc. IV); por outro lado, a reparação dos danos não é um deles. A intervenção obrigatória do MPF ou do

---

<sup>739</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 943-944.

<sup>740</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1.175.650-PR RG*. Relator o ministro Alexandre de Moraes, julgado em 25/04/2019, processo eletrônico DJe-093, divulgado em 06/05/2019, publicado em 07/05/2019.

MPE na celebração do acordo de leniência assegura a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência (art. 87, *caput*), ambos da Lei n.º 12.529/2011.

Cumprido o acordo, não somente será decretada extinta a ação punitiva da Administração Pública em favor do infrator (art. 86, § 4º, inc. I), como, também, se extinguirá, automaticamente, a punibilidade dos crimes (art. 87, parágrafo único, da Lei n.º 12.529/2011).

Vale dizer, então, que a iniciativa da proposta do acordo de leniência cabe ao Cade, com a participação do Ministério Público.

A Lei do Cade estende seus efeitos à esfera penal e administrativa, e não penetra na esfera cível.

O acordo de leniência do Cade não obsta a que as empresas sejam acionadas na Justiça Civil para reparação dos danos. A própria Lei é expressa no sentido de que, na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial (art. 18, Lei n.º 12.529/2011).

O descumprimento do acordo acarreta o impedimento de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento (art. 86, § 12, da Lei n.º 12.529/2011).

Entre os benefícios do acordo de leniência do Cade, portanto, encontram-se: i) a redução em até 100% da multa; ii) a extensão do acordo aos funcionários e diretores da empresa; iii) a extinção da ação punitiva da administração pública; iv) a redução das penas; e v) a extinção da punibilidade dos crimes.

A atuação conjunta, adesiva e obrigatória da autarquia federal responsável pela prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica (Cade) e do órgão público que tem legitimidade ativa exclusiva à ação penal e concorrente à ação de improbidade administrativa (MP) no acordo de leniência antitruste inibe, no âmbito do sistema brasileiro de defesa da concorrência, a possibilidade de múltiplas punições e processos punitivos pelo mesmo fato.

O mesmo não ocorre com o acordo de leniência celebrado no âmbito da defesa do patrimônio público contra atos de corrupção. Isso porque a Lei n.º 12.846/2013, também conhecida como “Lei Anticorrupção” (LAC): i) ao estatuir a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, não compreendeu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a responsabilidade administrativa, civil e penal das pessoas físicas (arts. 1º, *caput*, e 2º),

colocando em xeque a atratividade, a previsibilidade e a efetividade do acordo<sup>741</sup>; ii) ao afetar a iniciativa do acordo de leniência à “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” (art. 16, *caput*) e eleger, no âmbito do Poder Executivo federal, a CGU como órgão competente para a celebração dos acordos de leniência (art. 16, § 10), não abarcou o MP, titular exclusivo da ação penal pública e colegitimado à propositura da ação de improbidade administrativa; iii) ao prescrever a reparação integral do dano como requisito à celebração do acordo de leniência (art. 16, § 3º), elevou a complexidade do acordo de leniência da LAC, na medida em que, diferentemente da Lei Antitruste, agregou a finalidade compensatória ao escopo de: i) identificação dos demais envolvidos na infração; e ii) obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ato ilícito sob apuração. Com isso, envolveu interesses tutelados por outros órgãos públicos, notadamente a AGU e o TCU na esfera federal, despertando a necessidade de serem chamados como atores para a negociação do pacto, agravando o problema da atratividade, previsibilidade e efetividade do acordo de leniência, ante a inexistência de um “balcão único” para as negociações.

A necessidade de atuação conjunta com a AGU na negociação dos acordos de leniência anticorrupção foi disciplinada pela Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016.

O TCU firmou posicionamento institucional por meio da já revogada IN nº 74/2015, que condicionou a eficácia dos acordos de leniência à homologação desse Tribunal sob os seguintes fundamentos: “[...] por não afastar a reparação de danos ao erário, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n.º 12.846/2013, a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da administração pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do TCU quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade [...]”. Sem dúvida alguma, o requisito da reparação do dano introduziu no acordo de leniência anticorrupção a complexa questão sobre o cálculo do dano, em cuja direção o TCU tem desenvolvido aprofundados estudos.

Cabe lembrar que a Lei Antitruste não condiciona a assinatura do acordo de leniência à compensação civil, limitando-se a ressaltar que a sua celebração não impede que o beneficiário seja responsabilizado no âmbito civil.

---

<sup>741</sup> A possibilidade de adesão de pessoas físicas (dirigentes, administradores e empregados que tenham concorrido para a prática do ato ilícito) nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção (LAC) foi destacada na Nota Técnica nº 1/2020, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF), que contemplou, inclusive, orientações a respeito de acordos com repercussões criminais, incluindo aspectos relativos à necessidade de homologação judicial, competência, forma, normativa aplicável, entre outros. A questão, porém, ainda padece da edição de lei.

Além disso, o art. 17, § 2º, da Lei nº 8.429/1992, prescreve que “A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”, cabendo lembrar que essa ação é imprescritível. Obtempera-se que o acordo de não persecução civil, firmado com fundamento no art. 17, § 1º, da mesma lei, uma vez homologado judicialmente, faz coisa julgada, o que obsta ao posterior ajuizamento de ação com vistas à complementação do valor do dano. Note-se que o óbice à duplicidade de processos reparatórios é a coisa julgada, e não o *ne bis in idem*.

O acordo de leniência, da forma como foi regulamentado pela Lei Anticorrupção, gera uma série de questões que podem comprometer a sua atratividade, previsibilidade e efetividade: i) quanto à sua extensão objetiva (*i.e.* aos ilícitos penal e civil e respectivas responsabilidades abarcadas); ii) quanto à sua extensão subjetiva (*i.e.* à possibilidade de alcançarem as pessoas físicas envolvidas na prática da conduta ilícita); iii) quanto aos atores legitimados nas esferas federal (CGU, AGU, TCU e MPF), estaduais e municipais (*i.e.* à atribuição para celebrá-los); iv) quanto à conveniência da chancela pelos Tribunais de Contas; v) quanto à necessidade de homologação judicial e respectiva competência; vi) quanto à coisa julgada e à possibilidade de complementação do valor da reparação do dano.

Raquel de Mattos Pimenta, em sua tese de doutorado intitulada *Reformas Anticorrupção e Arranjos Institucionais: o caso dos Acordos de Leniência*, a partir da experiência brasileira nos acordos de leniência celebrados, analisa a factibilidade da proposta de divisão das funções entre os atores envolvidos e de instituir uma coordenação central a fim de evitar sobreposições geradas pela interdependência e discricionariedade da atuação das autoridades no desempenho das funções de: i) obtenção da informação; ii) reparação do dano; e iii) alteração da conduta da pessoa jurídica pela cessação da prática do ato ilícito e adoção de mecanismos de *compliance*, que caberiam, respectivamente, na esfera federal, ao MPF, ao TCU e à CGU/AGU. Essa solução, entretanto, é inviável porque viola as atribuições constitucionais desses órgãos<sup>742</sup>.

De outra parte, Luciano Ferraz, com lastro na teoria do diálogo das fontes, vislumbra juridicidade na proposta de intercambiamento entre diferentes esferas de responsabilidade e subscreve a aplicação de analogia *in bonam partem* do art. 86, § 6º (extensão dos efeitos do acordo de leniência às pessoas físicas), do art. 87, *caput* (suspensão do curso do prazo prescricional e impedimento do oferecimento da denúncia em relação ao agente beneficiário

---

<sup>742</sup> PIMENTA, Raquel de Mattos. *Reformas anticorrupção e arranjos institucionais: o caso dos acordos de leniência*. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp, área de concentração Direito Econômico e Economia Política, sob a orientação do professor Associado Diogo Rosenthal Coutinho. São Paulo, 2019.

da leniência nos crimes por ele praticados), e o do art. 87, parágrafo único (extinção da punibilidade dos crimes como consequência do cumprimento do acordo de leniência), todos da Lei n.º 12.529/2011, ao sistema jurídico da defesa do patrimônio público<sup>743</sup>.

Contra-argumenta-se: i) no acordo de leniência do Cade, o Ministério Público – titular da ação penal pública – está presente, por imperativo legal, o que legitima a avocação da responsabilidade penal, inclusive das pessoas físicas; ii) a teoria do diálogo das fontes, idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, e trazida por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, fomenta a ideia de que o Direito deve ser interpretado como um todo; nas palavras de Flávio Tartuce, “surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierarquia, especialidade e cronologia)”<sup>744</sup>. Não se vislumbra, no ponto de interesse, antinomia entre a Lei Antitruste e a Lei Anticorrupção (LAC), aliás, seria uma contradição invocar a teoria do diálogo das fontes onde se aponta lacuna de lei; iii) não há lacuna involuntária na Lei Anticorrupção que abra espaço à analogia: ao contrário, o art. 1º, *caput*, da Lei n.º 12.846/2013 é expresso: “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

O art. 16, § 10, da Lei n.º 12.846/2013, ao dispor: “A Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira”, não excluiu a atribuição do MP de celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Judiciário, o que vem ocorrendo normalmente. Ao contrário, o art. 18 dispõe: “Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.”

Ora, só pode celebrar acordo o titular do direito material nos casos de legitimação ordinária, ou aquele a quem a lei confira expressa legitimidade (extraordinária). A legitimidade extraordinária do MP para a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis advém da própria Constituição Federal (art. 127, *caput*).

Por isso, o acordo de leniência celebrado pela CGU não estende seus efeitos às esferas penal e civil, sem a participação do MP.

---

<sup>743</sup> FERRAZ, Luciano. Acordos de leniência – a teoria do diálogo das fontes e a analogia in bonam partem. *Consultor Jurídico*, publicado em 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/interesse-publico-leniencia-teria-dialogo-fonte-analogia-in-bonam-parte>.

<sup>744</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 66.

Sendo o MP titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, inc. I, da CF/88), e colegitimado à propositura da ação de improbidade administrativa (art. 17, *caput*), é perfeitamente possível, e até conveniente, que seja chamado a participar do acordo de leniência, quando a iniciativa não couber a ele próprio.

A vantagem da participação ou iniciativa do MP no acordo de leniência decorre de sua legitimidade no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e no Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), os quais abrem a possibilidade de extensão de seus efeitos sobre as esferas penal e civil, além da administrativa, evitando, com isso, a imposição de múltiplas sanções pelo mesmo fato. Note-se que o art. 19 da Lei n.º 12.846/2013 conferiu ao MP legitimidade ativa para ajuizar ação judicial com vistas à aplicação das sanções administrativas previstas na LAC às pessoas jurídicas, a evidenciar a sua atribuição para celebrar acordos de leniência para responsabilização das pessoas jurídicas em todas as esferas<sup>745</sup>.

O MP pode celebrar o ANPP, o ANPC e o acordo de leniência, em síntese, com base em diferentes provisões legais que abarquem as responsabilidades penal, civil e administrativa das pessoas físicas e jurídicas e, com isso, afastar a possibilidade de múltiplas punições e processos por um mesmo fato.

Por outro lado, o acordo de leniência celebrado pela CGU/AGU, com a imposição de sanções administrativas, não isenta a pessoa jurídica (e a pessoa física) da responsabilidade penal e civil. O *ne bis in idem* é, a um só tempo, expressão e consectário da proporcionalidade que enxerga uma gradação entre as esferas penal, civil e administrativa. Não seria razoável que a aplicação de uma sanção administrativa eximisse o beneficiário do acordo da responsabilidade penal e civil por sua conduta ilícita<sup>746</sup>. Nesse caso, porém, a sanção

---

<sup>745</sup> Não obstante, na Operação Lava Jato, em 22 de março de 2017, o Plenário do Tribunal de Contas da União decidiu que os acordos de leniência celebrados somente no âmbito do Ministério Público Federal não teriam o condão de excluir a possibilidade de aplicação de penalidades por aquele órgão, mas tão somente de influir na dosimetria e efeito das penalidades aplicadas no âmbito da referida instância de controle político-administrativo (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 016.991/2015-0*. Julgado em: 22/03/2017. Acórdão 483/12, íntegra. Disponível em: <http://www.portal.tcu.gov.br>).

<sup>746</sup> “Para muitos, o fundamento do *ne bis in idem* seria a contenção ou a limitação de resposta punitiva por parte do Estado frente ao cidadão infrator, refletido no princípio da proporcionalidade das sanções.” (SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2018, pp. 71-92). Para Helena Regina Lobo da Costa, “[...] o fundamento mais firme e seguro para o reconhecimento do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa reside no princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (concurso de Livre-Docência em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013, p. 183). “A soma da pluralidade de sanções cria uma sanção alheia ao juízo de proporcionalidade considerado pelo



administrativa será descontada da sanção penal ou civil imposta, dando efetividade à vertente material do *ne bis in idem*.

Resta, ainda, a possibilidade de sobreposição de sanções administrativas por um mesmo fato, aplicadas por diversos órgãos administrativos, em acordos de leniência ou não (CGU, AGU, TCU e Receita Federal).

Como visto anteriormente, o STF enunciou o princípio do interesse de maior abrangência para solucionar a questão da sobreposição de competências administrativas punitivas. No caso, contudo, a abrangência é a mesma (federal), razão porque a questão também deve ser analisada à luz do *ne bis in idem*, que impede a duplicidade de processos e punições pelo mesmo fato.

O art. 22, § 3º, da LINDB, determina o desconto das penas. A mesma regra, em sua vertente processual, impediria a instauração de múltiplos processos administrativos sancionadores pelo mesmo fato, porém, o instrumento não obsta à celebração de múltiplos acordos.

Já a transposição da garantia processual do *ne bis in idem* ao processo administrativo sancionador é de discutível juridicidade, pois demandaria, ao menos, o reconhecimento do caráter penal da sanção administrativa, segundo determinados critérios, como os estabelecidos pela CEDH, o TJUE e a Suprema Corte estadunidense.

À preservação da segurança jurídica, contudo, melhor seria a formulação de uma teoria geral do processo punitivo ou a edição de lei geral sobre o processo administrativo sancionador, que dispusessem, inclusive, sobre a proibição de sobreposição de processos punitivos e sobre a prejudicialidade entre eles.

Enquanto isso não ocorre, cabe lembrar que os atos e os processos administrativos sujeitam-se ao controle judicial. A ação anulatória e o mandado de segurança constituem as vias impugnativas adequadas para invocar, em juízo, a aplicação do *ne bis in idem*.

A questão da aplicação do *ne bis in idem* aos acordos, entretanto, ainda não foi apreciada pela CEDH e pelo TJUE.

Sobre a possibilidade de invocação da garantia contra a *double jeopardy* após um acordo penal (*guilty plea*), há dissenso na jurisprudência norte-americana. As Cortes federais de cinco Regiões (*Circuits*) (Segunda, Quinta, Sexta, Nona e Décima Primeira) e de vários

---

legislador.” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. *Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es>).

Estados consideram que a garantia incide num processo punitivo subsequente à homologação de um acordo penal<sup>747</sup>.

De outro lado, as Cortes federais da Primeira e Terceira Região (*Circuits*), e de pelo menos quatro Estados, defendem que o acordo penal não induz a duplicidade de processos e, pois, não obsta ao ajuizamento de uma segunda ação punitiva pelo mesmo fato<sup>748</sup>.

A questão ainda não foi apreciada pela Suprema Corte estadunidense.

---

<sup>747</sup> *United States v. Macintosh*, 580 F.3d 1222 (11<sup>th</sup> Cir. 2009); *United States v. Patterson*, 381 F.3d 859 (9<sup>th</sup> Cir. 2004); *United States v. Ursery*, 59 F.3d 568, 572 (6<sup>th</sup> Cir. 1995); *United States v. Sanchez*, 609 F.2d 761, 762 (5<sup>th</sup> Cir. 1980); *United States v. Cambindo Valencia*, 609 F.2d 603, 637 (2<sup>th</sup> Cir. 1979); *Peiffer v. State*, 88 S.W.3d 439, 444 (mo. 2002); *State v. McAlear*, 519 N.W.2d 596, 599 (S.D. 1994).

<sup>748</sup> *United States v. Santiago Soto*, 825 F.2d 616, 620 (1<sup>th</sup> Cir. 1987); *Gilmore v. Zimmerman*, 793 F.2d 564, 571 (3<sup>th</sup> Cir. 1986); *State v. Stone*, 400 P.3d 692 (Mt. 2017); *State v. Thomas*, 995 A.2d 65, 71-79 (Conn. 2010); *State v. Angel*, 51 P.3d 1155, 1159 (N.M. 2002); *Myers v. Frazier*, 319 S.E.2d 782, 798 (W.Va. 1984).

## CONCLUSÕES

1. O princípio da independência das esferas punitivas não é absoluto, pois além das hipóteses de comunicabilidade previstas em leis ordinárias, deve ser compatibilizado com a garantia processual do *ne bis in idem*, pelo manejo dos postulados da coerência, da proibição do excesso e da proporcionalidade, na medida e extensão apresentadas neste trabalho.

Ontologicamente, o legislador define ilícitos e suas respectivas sanções baseado em uma escala de gravidade, levando em conta o valor do bem jurídico tutelado pela norma (ou o desvalor da conduta praticada). As normas sancionadoras, entretanto, nem sempre guardam coerência entre si, cabendo ao aplicador da lei um exame holístico, um juízo de ponderação. A possibilidade de a jurisprudência estabelecer critérios para a aplicação do *ne bis in idem* é uma forma oblíqua de, pela via judicial, corrigir distorções.

2. Mais preocupante que a supercriminalização de condutas que não deveriam ultrapassar a esfera administrativa é a crescente utilização do processo civil para fins punitivos, como forma de burla às garantias do processo penal.

3. A aproximação dos sistemas processuais, desde que o processo civil passou a servir também a fins punitivos, deu surgimento às chamadas “ações punitivas”, que inauguram processos sancionatórios híbridos.

4. A garantia processual do *ne bis in idem* está prevista no art. 8.4, do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), e no art. 14.7, do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), paradoxalmente aprovados no mesmo ano em que foi editada a Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa). Esses dispositivos convencionais são enunciados de um *princípio* universal que, entre nós, possui dignidade *supralegal*.

5. O *ne bis in idem* é pressuposto processual objetivo semelhante à coisa julgada (em sua eficácia negativa), mas com esta não se confunde, por ser mais forte e mais amplo, na medida em que impede a renovação da ação, mesmo quando a coisa julgada é afastada pelo vício de inexistência do processo e quando o fato é subsumido a uma nova definição jurídica (penal ou extrapenal), e abrange não apenas ações idênticas, mas também ações semelhantes, como é o caso de ações punitivas de matizes diversos sobre um mesmo fato.

6. No âmbito do processo penal transnacional, não existe *ne bis in idem* internacional, por falta de transnacionalidade dos tratados internacionais que internalizaram a garantia, aplicando-se, entre processos penais instaurados perante Estados estrangeiros sobre um mesmo fato, a vertente material do *ne bis in idem*, prevista no art. 8º, do CP. Não obstante, é possível invocar a garantia processual *interna*, isto é, os arts. 8.4 da CADH e 14.7 do PIDCP, para obstar a homologação da sentença estrangeira civil punitiva.

7. No âmbito do processo penal supranacional, a fórmula demasiadamente ampla do art. 20 do Estatuto de Roma tornou letra morta o *ne bis in idem*, pois o Tribunal Internacional Penal sempre encontrará um fundamento convencional para concluir que o processo penal interno foi utilizado como simulacro para assegurar a impunidade, ou foi injusto, ou não se revestiu das garantias processuais convencionais e, com isso, afastar a coisa julgada interna e instaurar o processo penal junto ao TIP.

8. Conquanto o *ne bis in idem* seja reconhecido pela doutrina universal como um princípio *do processo penal*, foi estendido pela jurisprudência da CEDH e do TJUE para os processos punitivos em geral. O *leading case* sobre a matéria foi o paradigmático caso *Engel and Others v. The Netherlands*, julgado em 1976, em que a CEDH adotou os critérios de *Engel* para o fim de, reconhecendo o caráter penal de determinada sanção não penal, afastar o rótulo apostado pelo legislador interno, e fazer incidir sobre o respectivo processo a garantia do *ne bis in idem*.

Paralelamente, desde 1963, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao seu turno, vem estabelecendo diferentes fórmulas para identificar o caráter penal de uma sanção rotulada como não-penal e, com isso, reconhecer a incidência da V Emenda, que estabelece a *double jeopardy prohibition clause* (casos *Kennedy vs. Mendoza*, 1963; *United States vs. Ward*, 1980; *United States vs. Halper*, 1989; e *Hudson vs. United States*, 1997).

Aplicados os critérios de *Engel*, *Kennedy* e *Ward* conclui-se que as sanções previstas na Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.230/2021, têm caráter penal, ainda que o rótulo apostado pelo legislador lhes tenha atribuído natureza diversa, o que atrai a incidência da proibição do duplo processo (punitivo) – penal e não-penal – pelo mesmo fato.

9. O princípio do *ne bis in idem*, recepcionado pelo art. 8.4, da CADH, e pelo art. 14.7 do PIDCP, impede a instauração e a tramitação, concomitante ou subsequente à ação penal, da ação de improbidade administrativa.

Se a sentença penal já transitou em julgado, findo o processo penal o *ne bis in idem* opera como pressuposto processual objetivo, podendo se constituir em questão preliminar, a

obstar a instauração de um novo processo punitivo pelo mesmo fato, com fundamento nos citados dispositivos convencionais.

Sem embargo, a garantia processual do *ne bis in idem* se antecipa à imposição da pena e ao trânsito em julgado da sentença penal, por medida de justiça, equidade, economia processual, segurança jurídica, e para evitar o constrangimento decorrente do excesso de poder punitivo estatal que atenta contra a dignidade da pessoa humana.

Na concomitância de causas judiciais punitivas de matizes diversos, a prejudicialidade jurídica gerada pela garantia processual do *ne bis in idem* determina a suspensão da causa punitiva prejudicada até o julgamento da causa prejudicial e, uma vez julgado o mérito desta última, a extinção daquela sem resolução de mérito, qualquer que seja o resultado da ação penal, ressalvados apenas os casos de absolvição por atipicidade e de extinção da punibilidade.

Conquanto os dispositivos legais que tratam da suspensão do processo civil, por serem anacrônicos em razão do tempo em que foram editados, não tenham previsto o uso do processo civil para fins punitivos e, pois, não tenham concebido a suspensão do processo em razão do *ne bis in idem*, é possível invocar, além da garantia processual do *ne bis in idem*, por analogia o art. 313, inciso V, alínea “a”, c.c. o artigo 337, inciso VII, do Código de Processo Civil, para suspender o processo civil na pendência da causa penal.

Existe *conexão* entre ações punitivas referentes a um mesmo fato, qualquer que seja o conceito doutrinário de conexão adotado (o tradicional, o de Carnelutti ou o materialista ou substancialista, este último vazado no fato de que as duas causas derivam de uma mesma relação jurídica de direito material, o ato ilícito), todos eles contemplados pelo CPC em dispositivos diversos, que devem ser aplicados por analogia, enquanto não for edificada uma teoria geral do processo punitivo.

Há *prejudicialidade impeditiva* entre a causa penal e a causa de improbidade administrativa, uma vez que estão reunidos os seus elementos ou requisitos essenciais a saber: i) a autonomia da causa subordinante; ii) a subordinação jurídica da causa civil à sentença penal; e iii) a necessariedade, ditada pelo *ne bis in idem*, que impõe o julgamento anterior da causa prejudicial, cuja solução pode tornar dispensável ou impossível o conhecimento da causa prejudicada. A prejudicialidade é parcial, porque não impede o ajuizamento e o processamento da ação civil pública para ressarcimento do dano ao erário público, caso a mesma pretensão tenha sido veiculada na ação de improbidade administrativa, que foi julgada extinta sem resolução de mérito em razão do *ne bis in idem*.

A prejudicialidade que se instaura entre causas punitivas de matizes diversos em razão da garantia processual do *ne bis in idem* é do tipo jurídica, externa, processual, heterogênea e impeditiva, podendo ser total ou parcial.

Reconhece-se também a existência de *conexão por prejudicialidade* entre causas judiciais punitivas de matizes diversos (*impeditiva*, porque o julgamento da causa prejudicial define o destino da causa prejudicada; e *heterogênea*, de modo que, a despeito da conexão, as causas não podem ser reunidas num só processo para decisão conjunta em razão da crise competência).

Por fim, se a ação prejudicada (*i.e.* a ação de improbidade administrativa) for julgada antes do ajuizamento da ação prejudicial (a ação penal), a solução será a aplicação da vertente material do *ne bis in idem*, que determina a compensação de penas.

A condenação civil não confere um mandado de imunização em favor do réu contra a responsabilização penal.

Esta última conclusão é reforçada por uma releitura atenta do art. 37, § 4º, da Constituição Federal que contém a ressalva “sem prejuízo da ação penal cabível”, a qual não deve ser lida como se também constasse “sem prejuízo da ação civil e administrativa-sancionadora cabível”, a revelar que a norma regente da sobreposição do processo civil pelo processo penal é realmente a proporcionalidade, como entendem os autores que a identificam como o fundamento constitucional de validade do *ne bis in idem* (item 2.4).

10. A transposição de regras processuais sobre prejudicialidade para solucionar o problema da sobreposição entre processos judiciais punitivos e processos não judiciais punitivos depende de aprovação de lei ou de balizas jurisprudenciais, porque implica o sobreprincípio da separação de Poderes, que constitui um dos fundamentos constitucionais de validade do princípio da independência das esferas punitivas.

A ausência de um fundamento constitucional de validade para o princípio universal do *ne bis in idem* não impede que os tribunais estabeleçam critérios para a sua aplicação, a exemplo dos critérios de Engel, fixados pela CEDH, e adotados pelo TJUE e por vários Estados europeus, aptos a disciplinarem as relações de comunicabilidade entre as esferas punitivas, como exceção ao princípio da independência ente elas.

11. O *ne bis in idem* não obsta à instauração do processo penal e do processo político pelos mesmos fatos, por várias razões: histórica, sistemática, lógica, política, epistemológica e deontológica. A cláusula de *impeachment* – regra constitucional de competência *ratione personae* – não pode ser derogada pela norma supralegal que proíbe o *bis in idem*, sendo,

pois, perfeitamente possível a duplicidade entre o processo judicial punitivo e o processo político pelo mesmo fato.

No caso de governadores, prefeitos, secretários de Estado e vereadores, à míngua de uma cláusula constitucional de *impeachment*, conquanto seja possível, em tese, obstar à instauração do processo político na pendência de um processo ou após absolvição penal pelo mesmo fato em razão do *ne bis in idem*, a melhor solução é a de sujeitar os agentes políticos (*high officials*) ao *double check*. Tal solução prestigia o princípio da independência das esferas punitivas pelas mesmas razões históricas que militam em prol da duplicidade de processos contra o presidente da República, vice-presidente, ministros de Estado e comandantes das três Armas, que inclusive foram adotadas pelo Pleno do STF, em sede de repercussão geral, ao reconhecer a possibilidade da tríplice responsabilização dos prefeitos (tema 576).

12. A respeito da perda do mandato parlamentar, a Constituição Federal consagrou uma antinomia e duas incongruências que levaram à formação de quatro entendimentos no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. A antinomia se verifica na possibilidade de o parlamentar perder o mandato por condenação criminal transitada em julgado: i) por declaração da Mesa da Casa respectiva (art. 55, IV e § 3º); e ii) por decisão do Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por maioria absoluta e em voto aberto (art. 55, VI e § 2º). As incongruências: i) por ilícito penal, a perda do mandato parlamentar somente pode ser decretada pelo Supremo Tribunal Federal ou pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao passo que por ato ilícito civil, pode ser imposta por juiz de primeiro grau; ii) por crime grave, a perda do mandato parlamentar pode ser decretada por decisão judicial que prescreva pena e regime que impossibilitem o comparecimento a um terço das sessões plenárias (art. 55, III e § 3º), ao passo que por crime brando, somente pode ocorrer por decisão da respectiva Casa Legislativa, a fim de “assegurar a separação de Poderes”. A melhor solução é aquela análoga à do sistema do *double check*, aplicável aos agentes políticos, e que harmoniza todos os entendimentos que se formaram no Excelso Pretório sobre a questão. Ou seja, a perda do mandato parlamentar pode ocorrer: i) por força da exceção objetiva alvitada pelo ministro Roberto Barroso no julgamento do MS 32.326/2013; ii) por decisão judicial (art. 55, IV e § 3º, c.c. o disposto na legislação penal infraconstitucional); iii) por decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, tomada por maioria absoluta e em votação aberta (art. 55, VI e § 2); e iv) por declaração da Mesa da Casa Legislativa, em razão da suspensão dos direitos políticos por condenação por

improbidade administrativa desqualificada como ato ilícito penal (art. 55, IV e § 3º, c.c. o art. 15, V), não se aplicando o foro especial e o *ne bis in idem*.

13. Quanto à sobreposição entre o processo judicial punitivo e o processo administrativo disciplinar, não se desconhece que o Tribunal Constitucional espanhol, ao examinar a questão, adotou a teoria do poder punitivo estatal único, reconheceu a dignidade constitucional do *ne bis in idem* (conquanto não esteja expresso na CF de 1978), mas eximiu de sua incidência o processo administrativo disciplinar, por entender que a relação especial de sujeição introduz um componente ético à sanção administrativo-disciplinar, o qual justifica a isenção. Contudo, não se percebe razão para tal discrimen que, de resto, também não encontra respaldo unânime na doutrina espanhola (STC 2/1981).

Nada obsta a que a lei ou a jurisprudência estabeleçam critérios para, reconhecendo o caráter penal de determinadas sanções administrativas, sobre o respectivo processo administrativo disciplinar ou geral façam incidir a garantia processual do *ne bis in idem*.

14. No Brasil, coincidentemente, o *leading case* sobre a independência das esferas punitivas envolveu, justamente, a análise da sobreposição entre processo penal e processo administrativo-disciplinar. De fato, no MS 2.490/DF, relatado pelo ministro Nelson Hungria, julgado em 02/09/1954, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela suspensão do processo disciplinar-militar até o julgamento do processo penal. Somente depois da CF/88, no MS 21.029/DF, relatado pelo ministro Celso de Mello, julgado em 23/09/1994, que envolvia, também, a sobreposição entre o processo penal e o processo administrativo-disciplinar de servidores públicos, o STF enunciou, pela primeira vez, o princípio da independência das esferas punitivas, com base na doutrina administrativista dos anos 1960 e 1970, que defendia a autonomia da responsabilidade penal e administrativa. A partir de então, em 86 julgados que se seguiram, o STF passou a se referir ao princípio da independência das esferas punitivas, fazendo-o, contudo, de forma acrítica, sem qualquer outra fundamentação, mais se ocupando em identificar as hipóteses de comunicabilidade entre as esferas punitivas que propriamente justificar o princípio. Somente a partir das ADIs 2.797-2 e 2.860-0, relatadas pelo ministro Sepúlveda Pertence, julgadas em 15/09/2005, em que declarou a inconstitucionalidade do art. 84, § 2º, do CPP, o Pleno do STF passou a apontar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal como um dos fundamentos do princípio.

Tais fundamentos de validade do princípio da independência das esferas punitivas devem ser revistados à luz da norma supralegal do *ne bis in idem*. A vedação à multiplicidade de processos punitivos por um mesmo fato não esvazia a regra do art. 37, § 4º, da Carta Magna, que deve ser interpretado como a possibilidade de o Estado punir as condutas lesivas



ao patrimônio público por várias vias: penal, civil e administrativa autonomamente, porém não concomitante ou sucessivamente; e, de outro lado, tampouco o sobreprincípio da separação de Poderes deve constituir seu único fundamento, sob pena de se conferir maior valor à norma que à sua *ratio*.

15. O prévio exercício do poder sancionador pela autoridade administrativa não confere imunidade judicial ao autor do ilícito. Nesse sentido, a norma regente é a proporcionalidade, ínsita ao *ne bis in idem*. Defende-se que a lei e a jurisprudência podem estabelecer que, do processo judicial punitivo ao processo administrativo sancionador deva incidir a garantia processual do *ne bis in idem*. No sentido inverso, porém, ou seja, do processo administrativo sancionador ao processo judicial punitivo, a única solução compatível com a proporcionalidade consiste na compensação de sanções da mesma espécie, por aplicação da vertente material da mesma garantia universal.

A vertente material do *ne bis in idem* tem importância: i) no caso do processo administrativo sancionador ser instaurado e concluído antes da instauração do processo judicial punitivo; ii) nos processos transnacionais; iii) nos acordos; e iv) quando não for reconhecido o caráter penal a uma determinada sanção administrativa.

16. O *ne bis in idem* é norma jurídica dirigida ao juiz ou tribunal e não ao administrador público. Por esta razão, este não pode simplesmente invocar o art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou o art. 8.4 da CIDH a fim de suspender ou extinguir o processo administrativo sancionador em razão da pendência ou do julgamento do processo judicial punitivo pelos mesmos fatos. Quem aplica o *ne bis in idem* é o juiz ou o tribunal, que concede a segurança para trancar o processo administrativo sancionador instaurado pelo mesmo fato, até o julgamento do processo judicial punitivo e, conforme a solução dada a este, extingui-lo.

17. A exigência do trânsito em julgado para a caracterização do *bis in idem* é justificável na CEDH e no TJUE, cujas jurisdições têm caráter subsidiário, mas não se compadece num sistema que conhece quatro graus de jurisdição, e não permite a execução provisória da pena. Mostra-se aí, mais adequado à efetividade da norma jurídica o conceito adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América para entender que o indivíduo processado criminalmente é entendido *in jeopardy* a partir do juramento e da constituição do *Petit Jury*. Entre nós, este momento processual deve ser entendido como o do segundo recebimento da denúncia, depois de superada a questão da existência da justa causa para a acusação, sob pena de inocuidade da garantia processual do *ne bis in idem*.

18. No âmbito do Poder Executivo, o problema da sobreposição das esferas punitivas federal, estaduais e municipais envolve o princípio federativo e as regras constitucionais de competência legislativa e material. Cabe à Lei Complementar resolver a crise da multiplicidade de processos administrativos sancionadores gerais nas três esferas. Somente a União é competente para editar a norma geral. Enquanto isso não ocorrer, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão competência legislativa plena. À míngua de lei, o Supremo Tribunal Federal enunciou o “critério da preponderância de interesses”, segundo o qual, embora não exista hierarquia entre os entes federativos, é possível falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) preferem os menos amplos (dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios). Destaca-se, contudo, que o *ne bis in idem* só atua em ações punitivas e, pois, não impede que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promovam ações de reparação dos danos decorrentes do ato ilícito administrativo ou se habilitem no processo da causa prejudicial. Exemplo: no caso de um desastre ambiental, as investigações, as ações e os processos punitivos instaurados pela União não impedem que os demais entes federativos promovam, individual e separadamente, ações para reparação dos danos sofridos.

19. Os Tribunais de Contas exercem função sancionadora, prevista no art. 71, inc. VIII, uma inovação da CF/88. Não se cuida de jurisdição, porque suas decisões carecem de *coercitividade e definitividade*, que são características da jurisdição.

Entende-se que não seja caso de aperfeiçoamento legislativo do processo de contas sancionador. Tampouco de se lhe conectar garantias processuais previstas na CF/88, no CPC e em outros estatutos processuais, mas tão somente reconhecer que a atividade sancionadora dos Tribunais de Contas tem natureza meramente administrativa, manifestação aperfeiçoada do poder de polícia pelo processo administrativo sancionador e, como tal, sujeito ao controle judicial, que veda, inclusive, o *bis in idem*.

Por mais que se revistam de garantias, as decisões dos Tribunais de Contas sempre estarão sujeitas ao controle externo, o que leva a repensar a necessidade de maior burocratização do exercício da função punitiva de contas, até porque sua função pedagógica e preventiva, defendida pelas teorias do diálogo institucional, é muito mais importante.

A cominação da obrigação de reparação do dano e seu valor também estão sujeitos ao controle judicial, mas o *ne bis in idem* não atua sobre as medidas ressarcitórias e seus respectivos processos.

20. Todo acordo, como forma de composição da lide ou como meio de obtenção da prova, tem um viés punitivo, o que atrai a incidência do *ne bis in idem*.

O acordo penal não obsta ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a instauração do processo administrativo sancionador, salvo expressa disposição em contrário no instrumento, assim como os acordos civil e administrativo não excluem a possibilidade de ajuizamento da ação penal.

Só pode celebrar acordo e dispor do direito, o legitimado ativo à propositura da respectiva ação punitiva. Neste caso, somente o MP tem legitimidade ativa à propositura de ação judicial com vistas à aplicação de sanções penais, civis e administrativas e, portanto, ao oferecimento da proposta de acordo nas três esferas (ANPP, o ANPC e o acordo de leniência).

Logo, para que o acordo estenda seus efeitos às esferas penal, civil e administrativa é indispensável a participação do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, inc. I, da CF/88), colegitimado à propositura da ação de improbidade administrativa (art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92) e legitimado à ação judicial com vistas à aplicação das sanções administrativas às pessoas jurídicas (art. 19, da Lei nº 12.846/2013).

O acordo civil, celebrado com fundamento no art. 17, § 1º, da LIA, não afasta a responsabilidade penal pelo mesmo fato, assim como o acordo de leniência celebrado pela CGU/AGU, com a imposição de sanções administrativas, não imuniza a pessoa jurídica e física da responsabilidade penal e civil, salvo disposição em contrário nos respectivos instrumentos, e desde que celebrados com a participação do MP, legitimado exclusivo à propositura da ação penal pública e colegitimado ativo da ação de improbidade administrativa.

A sanção civil e administrativa imposta no acordo civil e no acordo de leniência será descontada da sanção penal de mesma espécie, por analogia ao art. 8º do CP, e da sanção civil da mesma espécie (art. 22, § 3º, da LINDB) – dispositivos legais que positivaram a vertente material do *ne bis in idem*.

O acordo de leniência celebrado pela Superintendência do Cade, com a participação do Ministério Público, pode produzir efeito penal (como a extinção da punibilidade) e administrativo (a extinção da ação administrativa), mas não obsta ao ajuizamento da ação civil reparatória, por expressa disposição do art. 18 da Lei Antitruste. Não há, contudo, que se cogitar *ne bis in idem* porque a regra não se aplica às ações ressarcitórias, mas somente às ações punitivas.

A atuação conjunta do Cade e do MP inibe a multiplicidade de sanções, ações e processos punitivos no âmbito do sistema de defesa da concorrência. O mesmo, porém, não ocorre quanto ao acordo de leniência da LAC, porque a Lei nº 12.846/2013: i) não compreendeu a responsabilidade penal das pessoas físicas e jurídicas, tampouco a responsabilidade civil e administrativa das pessoas físicas (NT nº 1/2020 da 5ª. CCR/MPF); e ii) outorgou a iniciativa da proposta para o acordo à CGU ou à entidade máxima do ente público (art. 16, *caput*) (a reparação do dano é requisito para a celebração do acordo).

A LAC elevou a complexidade do acordo de leniência para obtenção da prova e reparação do dano por não prever a participação do MP.

A falta de um “balcão único” para a negociação compromete a atratividade, previsibilidade e efetividade do acordo de leniência da Lei Anticorrupção.

O problema da sobreposição de sanções administrativas e de processos administrativos sancionadores por um mesmo fato, impostos ou instaurados por entes públicos federais (CGU, AGU, TCU e Receita Federal), que envolvem, pois, interesses de mesma abrangência, desafia o legislador e os tribunais a estabelecerem critérios à aplicação do *ne bis in idem*.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Deutscher Bundestag. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.
- ALMEIDA JÚNIOR, Antonio. *Lições de Medicina Legal*. 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1962.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reforma do Judiciário. *Enfoque Jurídico*, ago. 1997.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALVIM, Thereza Celina de Arruda. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- AMARAL, Claudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1940.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva*. 2 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro*. *Direito, Estado e Sociedade*. Belo Horizonte: UFMG, n. 52, jan./jun. 2018, pp. 204-240.
- ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ARRUDA ALVIM, Thereza Celina. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ATHAYDE, Amanda, *Manual dos acordos de leniência no Brasil – teoria e prática* (Cade, BC, CVM, CGU, AGU, TCU e MP). Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal. *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, set. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins, 1940.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

\_\_\_\_\_. *Manual dos recursos penais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Correlação entre acusação e sentença*, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Questões prejudiciais e questões preliminares*. In: Direito Processual Civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

\_\_\_\_\_. *Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. p. 21-29. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsói, 1967.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o impeachment*. Disponível em: [www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont](http://www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont). Acesso em: 01 abr. 2020.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*. Milão, Italy: Giuffrè, 1985.

BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BATTAGLINI, Giulio. *Il diritto di querela secondo la nuova legislazione*. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1939.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade*. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/tribunal-penal-internacional-e-o-principio-da-complementariedade/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BECHARA, Fabio Ramazzini. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Mauricio Zanoide (Coords.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BECHARA, Fábio Ramazzini. MEDEIROS, Thamara Duarte Cunha. Capítulo V – Brasil. In: OLASOLO, Héctor; BUITRAGO DÍAZ, Esperanza; GRANADOS, Carmen Suleika Mané; SARMIENTO, Andrés Sánchez (Coords.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción – particular atención al ámbito iberoamericano*. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 175-193.

BENACCHIO, Marcelo. *A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil*. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2012.

BENEVIDES FILHO, Maurício. *O que é sanção?* In: Revista da Faculdade de Direito, v. 34, n. 1. Fortaleza, jan./jun., 2013.

BERTELOTTI, Mariano. El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada. In: HENDLER, Edmundo (Org.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2001.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, 1772 (reimpresso em 1967).

BOCKEL, Bas van. The *ne bis in idem* principle in EU Law. *Kluwer Law International*. Holanda: Wolters Kluwer, 72 European Monographs, 2010.

BRASIL. (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm).

BRASIL. *Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm).

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm).

BRASIL. *Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm).

BRASIL. *Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm).

BRASIL. *Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992*. Decreta o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

BRASIL. *Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm).

BRASIL. *Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992*. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm).

BRASIL. *Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm).

BRASIL. *Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm).

BRASIL. *Resolução n.º 63, de 2000*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 nov. 2000. Seção 1, p. 1. Diário Oficial de 17/08/1991.



BRASIL. *Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm).

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

BRASIL. *Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm).

BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext 977*. República Portuguesa, rel. min. Celso de Mello, Plenário, j. em 25/05/2005.

BRASIL. *Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm).

BRASIL. *Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Lei anticorrupção. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm).

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 311 e 313/2013*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=591925>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ementa da Extradicação n.º 1.223/DF*, relator o ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 28/02/2014.

BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Lei de Improbidade Administrativa – obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes-justica-pesquisa/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n.º 174, de 4 de julho de 2017*. Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, ed. 21/07/2017.

BRASIL. *Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm).

BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CAMPOS, Tomás Cano. *Non bis in idem*, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*. Madri, n. 156, set./dez. 2001, pp. 191-249. Disponível em: <http://www.cepc.es/es>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el processo penal*, v. 1. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950.

\_\_\_\_\_. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiado Sentis Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, v. I. Pádua: CEDAM, 1931.

CARPIO BRIZ, David. Europeización y reconstitución del *non bis in idem*: efectos em España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Russia de 10 de febrero de 2009. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CASTRO, César E. San Martín. Peru. In: MAIER, Julio B.J.; AMBOS, Kay; WOISCHNICK, Jan (Coords.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

CATHREIN, Victor. *Filosofía del Derecho*. Madri: Instituto Editorial Reus, 1945.

CEDH. Caso *Amrollahi v. Denmark*, nº 56811/00, j. em 28/06/2001, p. 8. Disponível em: [https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/2001-06-28\\_56811.00\\_amrollahi\\_v.\\_denmark.pdf](https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/2001-06-28_56811.00_amrollahi_v._denmark.pdf).

CEDH. *Caso Sergey Zolotikhin v. Russia*, j. em 10/02/2009, Appl. nº 1493/03. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/e6d5dc/pdf/>.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador e exame da culpabilidade na infração administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell' azione nascente dal contratto preliminare*. In: Riv. di dir. comm., 1911, e depois nos *Saggi de diritto processuale civile*. v. 1. Roma, 1930, p. 110, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Nápoles, Italy: Jovene, 1933.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COFFEE JR, John C. Paradigms lost: the blurring of the criminal and civil law models – and what can be done about it. *The Yale Law Journal*. Symposium: Punishment, v. 101, n. 8, jun./1992.

COGAN, Neil H. *The complete Bill of Rights: the drafts, debates, sources, and origins*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997, pp. 297-314.

CONVENTION IMPLEMENTING THE SCHENGEN AGREEMENT of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders. *Official Journal*, L 239, 22/09/2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A42000A0922%2802%29>.

COOTER, Robert. Prices and sanctions. *Columbia Law Review*, v. 84, 1984, pp. 1523-1560.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 4 ed. CORDEIRO, Antônio Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CORTE EUROPEIA de Direitos Humanos. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH*. 1959. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/\\_convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/_convention_por.pdf).

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (concurso de Livre-Docência em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2013.

COSTA, José da Silva. *Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado delo delicto*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1867. Disponível em <<https://biblioteca.digital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/592>>. Acessado em 27/01/2022.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2007.

CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Danos extrapatrimoniais e função punitiva*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista dos Tribunais de Contas da União*, out-dez. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel.. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. *A fixação do valor indenizatório na sentença condenatória penal à luz do devido processo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2019.

DONNINI, Rogério. *Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere*. In: Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Viana. NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ELLIOT, F. Stewart. Constitutional Law – double jeopardy and the fourteenth amendment. *University of Miami Law Review*, v. 7, n. 4, 1953.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Pleno. *Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es>. Acesso em: 21 abr. 2021

ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso 5810/1992*, rel. D. Rafael Fernandez Montalvo, Sala 3ª, Sección 4ª, j. em 17/05/1996, publicada na RJ 1996/4480.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 1, 1954.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Sergey Zolotukhin v. Russia*. Appl. nº 14939/03, 10.fev.2009. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/e6d5dc/pdf/>.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES, Luciano. *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Barcelona: Labor, v. II, 1952.

FERNANDES, Alceu Cordeiro. Da influência do julgado criminal sobre a ação civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, pp. 481-494.

FERNANDÉZ, Gonzalo D. Uruguay. In: MAIER, Julio B.J.; AMBOS, Kay; WOISCHNICK, Jan (Coords.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2 ed. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; e GOMES, Luiz Flávio (trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Luciano. Acordos de leniência – a teoria do diálogo das fontes e a analogia *in bonam partem*. *Consultor Jurídico*, publicado em 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/interesse-publico-leniencia-teria-dialogo-fonte-analogia-in-bonam-parte>. Acesso em: 21 abr. 2021.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1942.

FRIC, Pavol. *What is systemic corruption and can it be analyzed by system dynamics modelling?* Sept./2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/post/what-is-systemic-corruption-and-can-it-be-analyzed-by-system-dynamics-modelling/57ee51e396b7e43dc11127a1/citation/download>.

FRIEDLAND, Martin L. *Double jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969, pp. 1-16.

FURTADO, Márcio Medeiros. *Limites à faculdade de o juiz suspender a ação civil em face da ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, n. 717, jul. 1995, pp. 62-64.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 10, 1976, pp. 399-430.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2005.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, 5. ed. HESPANHA, A. M.; MACAÍSTA MALHEIROS, L. M. (trads.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Madri: Editorail B. de F., 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 42, 1994.

GONÇÁLVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. 2 ed. BERLINER, Claudia (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

\_\_\_\_\_. SCARANCE FERNANDES, Antonio. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. In: *Revista de Processo*, n. 97. São Paulo, jan./mar., 2000.

\_\_\_\_\_. DINAMARCO, Cândido Rangel. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. *Teoria geral do processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. *As condições da ação*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

\_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*. In: *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v. 15, n. 1, p. 159-206, 2001.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers* 65. Estados Unidos da América, 1788.

HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, 1968.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei n.º 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HENDLER, Edmundo S. Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales e procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, pp. 131-148.

HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, t. 2, 1971.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, 1945.

HUNTER, Jill. The development of the rule against double jeopardy. *Journal of Legal History*, v. 5, n.º 3, 1984, pp. 3-19.

HURSON, Daniel J. Limiting the Federal Mail Fraud Statute – A legislative approach. *American Criminal Law Review*, v. 20, 1983, pp. 423-433.

ISENBERG, Joseph. Impeachment and presidential immunity from judicial process. *Yale Law & Policy Review*, v. 53, n. 18, 1999.

ITÁLIA. *Codice Di Procedura Penale 2021*. Aggiornato al D.L. 17 marzo 2020, n. 18 Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

JHERING, Rudolf von. *Der Zureck in Rechet* (L'evolution du Droit), trad. de Meulerrasse. Paris, 1901.

KANT, Immanuel. *Introducion a la Teoria Del Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1954.

KASER, Max. *Direito privado romano*. RODRIGUES, Samuel; HAMMERLE, Ferdinand (trads.), 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulkenkian, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KIRK, Manon. Jeopardy during the period of the Year Books. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 82, 1934.

KLEIN, Susan R. Civil *in rem* forfeiture and double jeopardy. *Iowa Law Review*, v. 82, 1996.

KLEIN, Susan R. Redrawing the criminal-civil boundary. *Buffalo Criminal Review*. New York: State University of New York Press, v. 2, 1999, pp. 679-721.

LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEONE, Giovanni. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. 8. ed. Nápoles, Italy: Jovene, 1971.

LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Nápoles, Italy: Casa Editrice Dr. Eugenio Jovene, 1961.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A eficácia da sentença penal no processo civil*. In: Revista dos Tribunais, v. 772, fev./2000.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. DINAMARCO, Cândido Rangel. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Teoria geral do processo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Maíra Rocha. *A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 65, mar./abr., 2007.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, pp. 11-75.

MALATESTA, Nicola Framarino de. *Lógica delle prove in criminale*. Torino: Utet, v. 1, 1895.

MANZANO, Camila Corbucci Monti. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Manual de Processo Civil*. São Paulo: Verbatim, 2010.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MANZINI, Vincenzo. *La questioni pregiudiziali di diritto Civile, commerciale ed amministrativo nel processo penale*. Florença: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1889.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Jurisprudência anotada no art. 110 do Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da Justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese (apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – Fadusp. São Paulo, 2008.



MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARINANGELO, Rafael. *A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. *A instituição do júri*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1963.

MARSICO, Alfredo de. *Diritto Processuale Penale*. 4. ed. Nápoles, Italy: Jovene, n. 99, 1966.

MARTÍNEZ, Rosario de Vicente. Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr Hyde. *Actualidad Penal*. Madri: La Ley, n. 22, maio/jun. 2000.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRA, José de Castro. *O ilícito civil e o ilícito penal*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 18, n. 70, abr./jun. 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELNYZER, Lisa. Double jeopardy protection from civil sanctions after Hudson v. United States. *J. Crim. L. & Criminology*, v. 89, arts. 7, 89, 1999, pp. 1007-1046.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Diego Leonardo Machado de. *Ainda sobre a função punitiva na reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art. 883, parágrafo único, do Código Civil)*. In: Revista de Direito Privado, v. 7, n. 26, p. 105-145. São Paulo, abr./jun., 2006.

MELO FILHO, Álvaro. *Teoria e prática dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coords.). *Colaboração premiada*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 53-105.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milão: Guiffrè, 1963.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodium, 2018.

MÉXICO. Gaceta del Senado. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diciembre de 2011. Disponível em: [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/33261](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/33261).

MODERNE, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993.

MOLINÉ, José Cid. Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*. Madri, n. 140, maio/ago. 1996, pp. 131-172. Disponível em: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. DORADO, p. (trad.). Bogotá: Editorail Tennis, 1991.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. International Legal Cooperation in Car Wash Operation. In: BECHARA, Fabio Ramazzini; GOLDSCHMIDT, Paulo C. (Orgs.). *Lessons of operation Car Wash – A legal, institutional and economic analysis*. Wilson Center, Mackenzie, FGV e USP. Washington, DC: Brazil Institute/Woodrow Wilson Center, nov. 2020, pp. 52-67. Disponível em: <https://bit.ly/3kChVKj>. Acesso em: 24 nov. 2020.

NEAGU, Norel. The *ne bis in idem* principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation. *Leiden Journal of International Law*. Romênia, Bucareste: Centre for Legal, Economic and Socio-Administrative Studies, Nicolae Titulescu University, 2012, pp. 955-977.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005.

- NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2018.
- NOLAN, Patrick S. Double jeopardy's multipunishment protection and regulation of civil sanctions after United States v. Ursery. *Marquette Law Review*, 80, 1997.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH*. Convenção assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais, Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha, homenagem a Eduardo Garcia de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- OTTAVIANO, Santiago. *Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem*. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge; LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolas D. (Coords.). *Derecho penal empresario*. Montevideu: B. de F., 2010.

PALIERO, Carlo Enrico. The definition of administrative sanctions – general report. In: JANSEN, Oswald (Coord.). *Administrative sanctions in the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2013.

PARÁ FILHO, Tomás. *Estudos sobre a conexão de causas no processo civil*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, V. Saraiva: São Paulo, 1964.

PARAGUAI. *Constitución de la República del Paraguay*, 1922. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/py\\_3054.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/py_3054.pdf).

PARÍSIO, Isabela de Oliveira. *Independência entre esferas versus comunicabilidade de instâncias: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. Comissão Europeia. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 2016/C 202/02, 7.6.2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Processo e democracia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PERU. *Constitución Política del Perú*. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_peru\\_1004.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_peru_1004.pdf).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Comentários ao art. 6º. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; MARRARA, Thiago (Coords.). *Lei Anticorrupção comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIMENTA, Raquel de Mattos. *Reformas anticorrupção e arranjos institucionais: o caso dos acordos de leniência*. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Econômico e Economia Política, sob a orientação do professor Associado Diogo Rosenthal Coutinho. São Paulo, 2019.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda I*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. III [arts. 32-117], 1973.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

PÜSCHEL, Flavia Portella. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único, do Código Civil*. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, mai., 2005.

PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil*. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/recons\\_dogmatica\\_flavia\\_puschel\\_e\\_marta\\_machado.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/recons_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf)

RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba *et al.* (Orgs.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 451-468.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *A. A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

RAVASI, Elisa. *Human rights protection by the ECtHR and the ECJ: a comparative analysis in light of the equivalence doctrine*. Leiden: Brill, 2017.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC*. Revista de Processo, n. 248, out 2015.

ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, v. 2, 1932.

ROSA, Antônio José M. Feu. A coisa julgada penal. *Revista Forense*, ano 86, v. 311, jul./ago./set. 1990, pp. 307-312.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo – causas, consequências e reforma*. Rio de Janeiro: FGV, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Tiago Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

RUDSTEIN, David S. *A brief history of the fifth amendment guarantee against double jeopardy*. 14 Wm. & Mary Bill Rts., j. 193, 2005.

RUDSTEIN, David S. *Double jeopardy: a reference guide to the United States Constitution*. Westport, Connecticut: Praeger, 2004, pp. 1-15.

SABATINI, Giuseppe. *Tratato dei procedimenti incidentali nel processo penale*. Torino: UTET, 1953.

\_\_\_\_\_. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 3. ed. Catania: Casa del Libro, 1948 e 1949.

\_\_\_\_\_. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*. Catanzaro: Gaetano Silipo, v. 2, 1911.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem – história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

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

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade administrativa. In: NUNES JR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de direitos difusos*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, pp. 653-710.

SALLES, Alexandre Aroeira. *A necessária reformulação da organização e do processo nos Tribunais de Contas para efetivo alcance dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodium, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Apresentação. In: GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual – ensaio sobre direito financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCARANCE FERNANDES, Antonio; VILARES, Fernanda Regina; LOPES, Mariângela Tomé. Competência internacional. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ZILLI, Marcos Alexandre (Coords.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Prejudicialidade – conceito, natureza jurídica e espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GLADINO, Flavio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, Rio de Janeiro, p. 45-69, abr./jun., 2005.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano classico*. TEIGEIRO, José Santa Cruz (trad.). Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960.

SIGLER, Jay A. A history of double jeopardy. *American Journal of Legal History*, v. 7, 1963.

SIGLER, Jay A. *Double jeopardy*. The development of a legal and social policy. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1969.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madri: Civitas, 2001.

SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas – aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.º 798, 2002.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. Da prejudicialidade jurídica heterogênea no processo penal. *Estudos de Direito Processual in memoriam do ministro Costa Manso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp. 179-215.

SOTERO, Paulo; PRUSA, Anya. Prefácio. In: BECHARA, Fabio Ramazzini; GOLDSCHMIDT, Paulo C. (Orgs.). *Lessons of operation Car Wash – A legal, institutional and economic analysis*. Washington, DC: Woodrow Wilson Center, nov. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kChVKj>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madri: Iustel, 2008.

SOYER, Jean-Claude. *Droit penal et procedure penale*. Paris: LGDJ, 1973.

STORY, Justice. *Commentaries on the Constitution*. Estados Unidos da América, 1833.

SUMMERS, Brian L. Double jeopardy: rethinking the parameters of the multiplicity prohibition. *Ohio State Law Journal*, 56, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil*, vol. ún. 11. ed. São Paulo: Método, 2021.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano, Italy: Giuffrè, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GLADINO, Flavio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. 63 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THOMAS III, George C. *Double jeopardy*. The history, the law. New York: NYU Press, 1998.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Questões prejudiciais. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1978.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo penal*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis (Doctoral) – Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes\\_ramirez\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2011.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL Brasil (ONG). *Índice de Percepção da Corrupção 2020*. Disponível em: [https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm\\_source=Ads&utm\\_medium=Google&utm\\_campaign=Índice%20de%20Percepção%20da%20Corrupção&utm\\_term=Ranking%20da%20Corrupção&gclid=Cj0KCQjwiYL3BRDVARIsAF9E4GfOh51JPm-XcroKf8de9mXlfatCzsG0YRpwAY7PjKIY0B5wN-rDzrkaAjZzEALw\\_wcB](https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=Índice%20de%20Percepção%20da%20Corrupção&utm_term=Ranking%20da%20Corrupção&gclid=Cj0KCQjwiYL3BRDVARIsAF9E4GfOh51JPm-XcroKf8de9mXlfatCzsG0YRpwAY7PjKIY0B5wN-rDzrkaAjZzEALw_wcB). Acesso em: 10 jun. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *What is corruption*. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption/#>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *STC 234, de 10 de diciembre de 1991*. Recurso de Amparo n.º 1473/1989, 2ª Sala, ponente: Don Francisco Rubio Llorente.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA da União Europeia. *Klaus Bourquain*, C-297/07, j. e 11/12/2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62007CJ0297>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA da União Europeia. *Lukasz Marcin Bonda*. C-489/10, j. 05/06/2012, §§ 16-19, 25. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0489>.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – TPI. *Resolution RC/RES.6, de 11 de junho de 2010*. The crime of aggression. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>.

TUCCI, Rogerio Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.



TUCKER, St. George. *Blackstone's Commentaries*. Philadelphia: William Young Birch, Abraham Small, 1803, reprint de 1996.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2 ed. Paris: Economica, 1999.

UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: UBERTIS, Giulio. *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano, Italy: Giuffrè, 1992.

ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva* (tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm).

US SUPREME COURT. *Benton v. Maryland*: 395 U.S. 784, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/784/>.

US SUPREME COURT. *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S., 1994, p. 801. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/767/>.

US SUPREME COURT. *North Carolina v. Pearce*, 395 US 711, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/711/>.

US SUPREME COURT. *United States v. Halper*, 490 U.S. 435, n.º 87-1383. Argued January 17, 1989, decided May 15, 1989.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VENEZUELA. *Constitución de Venezuela de 1961*. Capítulo III. Derechos Individuales. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=DaGrAQAQAQBAJ&pg=PT16&pg=PT16&dq=Venezuela,+Nadie+podr%C3%A1+ser+sometido+a+juicio+por+los+mismos+hechos+em+virtude+de+los+cuales+hubiere+sido+juzgado+anteriormente&source=bl&ots=rOWSaMBg6u&sig=ACfU3U2dPHJIKn00HPR5rSfA50CcPkiItQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwj4yNianyAhVJHrkGHtScBrkQ6AF6BAGOEAM#v=onepage&q=Venezuela%20Nadie%20podr%C3%A1%20ser%20sometido%20a%20juicio%20por%20los%20mismos%20hechos%20em%20virtude%20de%20los%20cuales%20hubiere%20sido%20juzgado%20anteriormente&f=false>.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: la responsabilité: conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WATTERSON, Sarah Jean. Putting the *Halper* genie back in the bottle: examining *United States v. Ursery* in light of *Halper*, *Austin* and *Kurth Ranch*. *BYU Law Review*, 1997.

WEYENBERGH, Anne. La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem: une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle em matière pénale. In: COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on Sixty Years of case-law – La Cour de Justice et la construction del'Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*. The Hague: TMC Asser Press, 2013, pp. 539-559.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

WOLTERS KLUWER. Caso *Veermäe v. Finland*, nº 38704/03, j. em 1503/2005. Disponível em: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/38704-03-veerma-e-v-finlandia-decyzja-europejskiego-520375798>.

ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino, Italy: Fratelli Bocca, 1924.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O Tribunal Penal Internacional. Jurisdição permanente para os crimes internacionais. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coords.). *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Mulheres em Atenas, meninos no Brasil*. In: IBCCRIM, São Paulo, n. 220, mar. 2011. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4305-Mulheres-de\\_Atenas-meninos-do-Brasil](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4305-Mulheres-de_Atenas-meninos-do-Brasil). Acessado em 22/01/2022.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

## Súmulas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 3*. Aprovada em Sessão Plenária em 30/05/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*. Corte Especial, data da decisão: 28/06/1990, publicada no DJ em 03/07/1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 18*. Tribunal Pleno, data da aprovação: sessão plenária de 13/12/1963, publicado na Imprensa Nacional em 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 24*. DJe nº 232/2009, em 11/12/2009. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe16/2328/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe16/2328/Sumulas_e_enunciados).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 35*. Aprovada em: 23/10/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 46*. Aprovada em 17/04/2015. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2486/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2486/Sumulas_e_enunciados).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 122*. Terceira Seção, data da decisão: 01/12/1994, publicado no DJ de 07/12/1994. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_8\\_capSumula122.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula122.pdf)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado 160*. Aprovada em 13 dez. 1962. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula160/false>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 208*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15\\_capSumula208.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula208.pdf).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 209*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15\\_capSumula209.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula209.pdf).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Tribunal Pleno, data da aprovação: sessão plenária de 13/12/1963; publicada na Imprensa Nacional, 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 722*. Tribunal Pleno, data da aprovação: sessão plenária de 26/11/2003, publicada no DJ de 09/12/2003, p. 1; DJ de 10/12/2003, p. 1; DJ de 11/12/2003. Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/1542/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1542/Sumulas_e_enunciados).

## **Jurisprudência**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1244153 AgR/SP*. Relator o ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 03/03/2020, DJe-053 de 12/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp 1806025/SP*. Relator o ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 05/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1175650-PR RG*. Relator o ministro Alexandre de Moraes, julgado em 25/04/2019, processo eletrônico DJe-093, divulgado em 06/05/2019, publicado em 07/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 78684-SP*. Relator o ministro Joel Ilan Paciornik TE-Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe de 08/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 488320/PR*. Relator o ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe de 01/04/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 976566-RG*. Tribunal Pleno, relatado pelo ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019, DJe de 26/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 15825 AgR*. Segunda Turma, relatora a ministra Carmen Lúcia, julgada em 06/11/2018, DJe de 26/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 171.118-SP*. Relator o ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12/11/2019, v.u.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5895/RR*. Relator o ministro Alexandre de Moraes, julgado em 27/09/2019, Tribunal Pleno, DJe-224, publicado em 15/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3150*. Tribunal Pleno, relator ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão o ministro Roberto Barros, julgada em 13/12/2018, publicada no DJe-170 em 06/08/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 937*. Tribunal Pleno, relator o ministro Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018, DJe de 11/12/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1214/2018*. Plenário, relator o ministro Benjamin Zymler. Processo n.º 021.226/2017-2, julgado em 30/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1643051/MS*. Terceira Seção, relator ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia (Tema 983), j. em 08/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3240 AgR/DF*. Tribunal Pleno, por maioria, relator o ministro Teori Zavascki, relator para o acórdão Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10/05/2018, DJe de 22/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 4210/MT*. Primeira Turma, relator o ministro Luiz Fux, julgado em 20/03/2018, DJe-080 de 25/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EP 14 IndCom-AgR*. Tribunal Pleno, relator ministro Roberto Barroso, julgado em 18/12/2017, publicado no DJe-035 em 23/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Resp 1645255/AP*. Relator o ministro Mauro Campbell Marques, T2-Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, Dje de 23/08/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 016.991/2015-0*. Julgado em: 22/03/2017 (acórdão 483/12).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 14954 AgR*. Primeira Turma, relatora a ministra Rosa Weber, julgado em 15/03/2016, processo eletrônico DJe-070, divulgado em 14/04/2016, publicado em 15/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 362474/SP*. Relatora a ministra Maria Thereza de Assis Moura, T6-Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 06/12/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 0014743-02.2013.8.26.0053*. 3ª Câmara de Direito Público, Des. Marrey Unt, j. em 29/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 127483/PR*. Tribunal Pleno. Relator ministro Dias Tóffoli, j. em 27/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 848826 RG/DF*. Plenário Virtual, relatado pelo ministro Roberto Barroso, julgado em 27.08.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EP 16 ProgReg-AgR*. Tribunal Pleno, relator ministro Roberto Barroso, julgado em 15/04/2015, publicado no DJe-093 de 20/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PSV 106/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4791/PR*. Tribunal Pleno, relator o ministro Teori Zavascki, DJe de 24/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4792/ES*. Tribunal Pleno, relatora a ministra Cármen Lúcia, DJe 24/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1519777/SP*. Terceira Seção, relator o ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia (Tema 931), j. em 10/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 277866/SP*. Relator o ministro Newton Trisotto, Des. convocado do TJ/SC), T5-Quinta Turma, julgado em 12/05/2015, DJe de 19/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 46666/MS*. Relator o ministro Sebastião Reis Júnior, T6-Sexta Turma, julgado em 05/02/2015, DJe de 28/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EP 22 ProgReg-AgR*. Tribunal Pleno, relator ministro Roberto Barroso, julgado em 17/12/2014, publicado no DJe-052, de 18/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 786438 AgR*. Primeira Turma, relator o ministro Dias Tóffoli, julgado em 04/11/2014, acórdão eletrônico DJe-228, divulgado em 19/11/2014, publicado em 20/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 3585 AgR*. Segunda Turma, relator o ministro Celso de Mello, julgado em 02/09/2014, processo eletrônico DJe-211, divulgado em 24/10/2014, publicado em 28/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 221108-PR*. Relator o ministro Jorge Mussi, T5-Quinta Turma, julgado em 11/03/2015, DJe de 25/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 377114 AgR*. Primeira Turma, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 05/08/2014, DJe de 29/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 806293 ED*. Segunda Turma, relatora a ministra Carmen Lúcia, julgado em 03/06/2014, processo eletrônico DJe-114, divulgado em 12/06/2014, publicado em 13/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 2903/AC*. Tribunal Pleno, relator o ministro Teori Zavascki, unânime, DJe de 27/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 660776-SP*. Segunda Turma, relatora a ministra Carmen Lúcia, julgado em 17/12/2013, publicado no DJe de 05/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 565/RO*. Tribunal Pleno, relatora ministra Carmen Lúcia, julgada em 08/08/2013, publicada no DJe-098, de 23/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 32326*. Decisão monocrática proferida pelo ministro Luís Roberto Barroso, em 02/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em RE 683235/RG*. Tribunal Pleno, relator o ministro Cezar Peluso, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, julgado em 30/08/2012, publicado no DJe de 22/04/2013, e republicado no DJe-124 em 28/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 470*. Tribunal Pleno, relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012, publicado no DJe de 22/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 681487 AgR/SP*. Primeira Turma, relator o ministro Dias Toffoli, julgado em 20/11/2012, DJe-022 de 01/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 263635/RS*. Segunda Turma, relator o ministro Herman Benjamin, julgado em 16/05/2013, DJe de 22/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3030-QO/RO*. Tribunal Pleno, votação unânime, relator o ministro Marco Aurélio, julgada em 23/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 31234 MC*. Primeira Turma, relator ministro Luiz Fux, DJe de 27/03/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2220/SP*. Tribunal Pleno, relatora a ministra Cármen Lúcia, DJe de 07/12/2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Medida Cautelar 193-26/MG*. Tribunal Pleno, relator o ministro Arnaldo Versiani, julgado em 12/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 396/RO*. Tribunal Pleno, reatora ministra Carmen Lúcia, julgada em 28/10/2010, publicada no DJe-078, de 28/04/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 97567*. Segunda Turma, relatado pela ministra Ellen Gracie, julgado em 27/04/2010, DJe-091 de 21/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 26510/RJ*. Tribunal Pleno, relator o ministro Cezar Peluso, julgado em 17/02/2010, DJe-055 de 26/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4190/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Celso de Mello, julgado em 10.03.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1103011-ES*. Primeira Turma, relator o ministro Francisco Falcão, julgado em 12/05/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466343-I-SP*. Tribunal Pleno, relator o ministro Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 392-SP-QO*. Tribunal Pleno, relator o ministro Joaquim Barbosa, julgado em 13/06/2007, DJe-182, publicado em 26/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 6254*. Tribunal Pleno, relator o ministro Gilmar Mendes, julgada em 15/07/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3211 QO/DF*. Tribunal Pleno, relator para o acórdão ministro Menezes Direito, julgado em 13/03/2008, DJe de 27/06/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 2138/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/06/2007, DJe de 18/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 88950/RS*. Primeira Turma, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 25/09/2007, DJe-018 de 01/02/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 860097-PI*. Relator o ministro Castro Meira, DJe de 21/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC 91016/MT*. Relator o ministro Paulo Gallotti, S3-Terceira Seção, julgado em 27/02/2008, DJe de 25/03/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 2138/DF*. Tribunal Pleno, relatada pelo ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, julgada em 13/06/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 22128-MT*. Relatora a ministra Laurita Vaz, DJ de 10/09/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1628/SC*. Tribunal Pleno, relator o ministro Eros Grau, DJ 24/11/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2797*. Tribunal Pleno, relator o ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 86568/CE*. Primeira Turma, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 18/10/2005, DJ de 02/12/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3367-1/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional. Relator: ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, julgado em 13/04/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1879/RO*. Tribunal Pleno, relator o ministro Joaquim Barbos, DJ de 11/03/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 41892-SP*. Relator o ministro Arnaldo Esteves Lima, T5- Quinta Turma, julgado em 02/06/2005, DOU de 22/08/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 418876/MT*. Primeira Turma, relator o ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 30/03/2004, publicado no DJ de 04/06/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2050/RO*. Tribunal Pleno, relator o ministro Maurício Corrêa, DJ de 02/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 22899/SP*. Relatado pelo ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ de 16/05/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 79785-RJ*. Tribunal Pleno, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29/03/2000, DJ de 22/11/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS 7861-DF*. Quinta Turma, relator o ministro Gilson Dipp, DJ de 07/10/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 14616/MS*. Quinta Turma, relator o ministro Edson Vidigal, julgado em 13/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 225019/GO*. Tribunal Pleno, relator o ministro Nelson Jobim, julgado em 08/08/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no AI 185371-9-RO*. Relator o ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 27/08/1996, publicado no DJ de 30/05/1997.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 13324/BA*. Tribunal Pleno, relator o ministro Ilmar Galvão, julgado em 11/03/97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 179502*. Tribunal Pleno, relator o ministro Moreira Alves, julgado em 31/05/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21029/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Celso de Mello, DJ 23/09/1994, pp 25326, ement. v. 01759-02, pp-00366, j. em 15/06/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21443/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Paulo Brossard, julgado em 22/04/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21330/DF*. Tribunal Pleno, relator ministro Marco Aurélio, julgado em 08/10/1992, DJ 11/12/1992, pp. 23662, Ement. V. 01688-01, pp. 00119, RTJ, v. 00144-02, pp. 00476.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 20947/DF*. Relator o ministro Paulo Brossard, julgado em 19/10/1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 2490/DF*. Tribunal Pleno, relator o ministro Nelson Hungria, julgado em 02/08/1954, DJ de 04/11/1954.