



Reclamação 41.557/SP e o *ne bis in idem*: um bom começo

Em paradigmática decisão sobre o espectro de proteção do *ne bis in idem*

, em sua dimensão procedimental, o Min. Gilmar Mendes [deferiu medida cautelar](#) nos autos da Reclamação 41.557/SP para determinar a imediata suspensão da indisponibilidade de bens e o sobrestamento de ação civil de improbidade administrativa, por entender pela proibição de dupla persecução, penal e administrativa, pelo mesmo fato, após o arquivamento da ação penal no STF por não haver provas da autoria (HC 158.319/SP).

De acordo com a decisão, o recebimento de ação civil por ato de improbidade administrativa com base no mesmo liame temático, além de desrespeitar o julgamento do STF no HC 158.319/SP, violaria o *ne bis in idem*. A decisão também é relevante na medida em que admite a reclamação constitucional como via adequada para discussão sobre a vedação à dupla persecução, ainda que entre a esfera penal e administrativa.

É que, a despeito de alçado à categoria de direito fundamental, inexistente no Brasil uma clara acepção acerca do amplo espectro protetivo do *ne bis in idem*.¹ Daí representar a decisão uma importante inflexão na jurisprudência constitucional, em especial quanto à necessidade de reconstrução do sentido e do alcance do *ne bis in idem*, especialmente na relação Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador.

Como indicou o Ministro Gilmar Mendes, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), por pertencer ao Direito Administrativo Sancionador, em muito se aproxima do Direito Penal. Assim, considerou a ação civil por ato de improbidade administrativa uma extensão do poder punitivo estatal e do sistema criminal.² E, na interface entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, definiu o *bis in idem* “como a duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas”.³ Por consequência, admitiu a limitação do poder punitivo por meio “(1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador”.⁴



Como mencionado na decisão, a concepção unitária de sanção penal adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) funda-se em critérios substanciais e autônomos para a delimitação do que se deve entender por matéria penal, ao incluir dentro do regime jurídico próprio das sanções penais também as sanções administrativas, tendo sido destacado o caso Öztürk v. Alemanha (1984). Nesse julgamento, o TEDH afirmou que ofensa administrativa relativa às normas de trânsito equivaleria à matéria de natureza criminal, por serem aquelas regras gerais dirigidas não para um determinado grupo, mas para todos os cidadãos na qualidade de usuários de estradas.⁵

A propósito, a Corte de Estrasburgo, quanto à proibição de acumulação de consequências jurídico-repressivas de natureza penal e de natureza administrativa, faz uso, reiteradamente, de parâmetros formulados, pela primeira vez, no caso Engel e outros v. Países Baixos (1976) – e, por isso, conhecidos por critérios “Engel” –, segundo os quais, para interpretar os conceitos de “processo penal”, de “acusação em matéria penal” e de “pena”, deve-se observar: (i) a qualificação legal da infração, que, como reconhecido pelo TEDH, tem valor relativo, servindo apenas como ponto de partida para a análise? (ii) a natureza da infração, que deve ser compreendida com “carga punitiva” (*criminal charge*) nas hipóteses de violação de uma norma de caráter geral, revestida de aspectos dissuasivos e repressivos; e, por fim, (iii) a gravidade da sanção prevista.⁶

Outros marcos hermenêuticos importantes apresentados na decisão do STF, foram o reconhecimento de que o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal são manifestações de uma mesma singularidade ou de uma mesma unidade do poder punitivo; a necessidade de transposição matizada à seara administrativa sancionadora dos princípios cardeais do Direito Penal⁷ e a existência de círculos concêntricos de ilicitude⁸, bem como a possibilidade de comunicabilidade entre as instâncias estatais sancionadoras, por meio de uma independência mitigada entre essas esferas.

Emergiram, portanto, importantes balizas para o fortalecimento do espectro de proteção do *ne bis in idem*, com a sinalização de premissas estruturantes em busca de um efetivo reconhecimento do direito à unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa, com base nos mesmos fatos e sob os mesmos fundamentos.

Todavia, diante do exposto reconhecimento “da vedação de *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador”, há questões que poderiam ter sido enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, dada a transcendência das interdições decorrentes do *ne bis in idem*. É que a decisão tratou muito mais dos efeitos negativos da coisa julgada, e casos amplexivos da coisa julgada,⁹ tendo em vista a escorreita afirmação de que os efeitos da decisão de trancamento do processo por negativa de autoria, nos termos do art. 935 do Código Civil, espraia-se para além das fronteiras do caso julgado. E deixou de indicar o que poderia ser considerado decisão definitiva, como um dos pressupostos de aplicabilidade do *ne bis in idem*. Observe-se que não se nega a íntima conexão que guarda o *ne bis in idem* com a coisa julgada,¹⁰ mas não se há de confundir esses institutos.¹¹

Assim, no que diz respeito ao alcance do *ne bis in idem*, espera-se a elucidação de algumas perplexidades:



1. Diante da reconhecida unidade sistêmica do *poder punitivo* estatal e da relação de especialidade e/ou subordinação entre os círculos de ilicitude penal e administrativa sancionadora, ter-se-ia como evitar, coibir ou coordenar o risco de persecuções simultâneas contra a mesma pessoa e sobre os mesmos fatos?
2. Em caso de sobreposição da atuação da jurisdição penal e da potestade sancionadora da administração, diante da indicação de prevalência da esfera penal, seria possível desconto ou compensação, ao menos quando compatíveis, das sanções eventualmente aplicadas?
3. E o mais importante: apenas em caso de improcedência da persecução penal por negativa de autoria ou reconhecimento da inexistência dos fatos, haveria impedimento de novo procedimento?

Aguarda-se que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal deslinde essas questões na esteira do amplo reconhecimento emancipatório assegurado pelo TEDH¹² e pelo TJUE¹³, de forma a ser possível a revisão das premissas de aplicação do *ne bis in idem* no direito brasileiro, solucionando-se as recorrentes disfunções observadas nesse tema, sobretudo no âmbito de aplicação material da proibição de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.

¹ A individuação do que é proibido pelo *ne bis in idem* apresenta tanto uma dimensão processual, indicada pela máxima *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (interdição de mais de um procedimento de natureza punitiva pelos mesmos fatos), como uma dimensão material, traduzida na expressão *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (que proíbe a sobreposição de sanções, seja de natureza penal em sentido estrito seja de natureza administrativa sancionadora, desde que por uma só conduta e pelos mesmos fundamentos, assim como a proibição do cúmulo de qualificações jurídicas). Por isso é que se entende o *ne bis in idem* como a garantia de interdição, diante do mesmo sujeito e do mesmo substrato fático, contra novos processos ou contra riscos de novos processos, contra uma segunda condenação ou contra uma segunda sanção, e também contra qualquer nova pretensão com sentido punitivo. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e agências de controle punitivo*. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. n. 1, p. 71-92, jul.- dez. 2018. Em sentido semelhante, Juliette Lelieur-Fischer traz três diferentes definições do *ne bis in idem*, sintetizadas como a proibição do: a) cúmulo de ações de natureza punitiva contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos; b) cúmulo de qualificações jurídicas por uma só conduta e; c) cúmulo de sanções. LELIEUR-FISCHER, Juliette. *La Règle Ne Bis in Idem: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*. 2005. (Tese de doutoramento). Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005. p. 21.



2 Na mesma esteira do decidido na Medida Cautelar na RCL. 41.557/SP, o Ministro Eros Grau já havia reconhecido que, apesar de a ação por ato de improbidade administrativa ser apurada no juízo cível, não se haveria de negar sua nítida natureza punitiva. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em: 15 set. 2005, DJ 19 dez. 2006.

3 Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na RCL. 41.557 São Paulo. Relator Min. Gilmar Mendes. Reclte.: Fernando Capez. Adv.: Alberto Zacharias Toron. Recldo.: Juiz Federal da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo. Publicação, DJE nº 169, divulgado em 03/07/2020.

4 Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na RCL. 41.557 São Paulo. Relator Min. Gilmar Mendes. Reclte.: Fernando Capez. Adv.: Alberto Zacharias Toron. Recldo.: Juiz Federal da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo. Publicação, DJE nº 169, divulgado em 03/07/2020.

5 No mesmo contexto, pode-se entender como sanções administrativas de heterotutela as previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), aqui compreendidas como aquelas aplicadas tendo como fundamento relações gerais de sujeição. SABOYA, Keity. *Idem*. p. 142. SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 99-100.

6 O TEDH estabelece uma relação de alternatividade entre o segundo e o terceiro critérios. Cf.: Caso Sergey Zolotukhin v. Russia (2009). In: *Guide on Article 4 of Protocol N. 7 to the European Convention on Human Rights*. Right not to be tried or punished twice. Updated on 30 April 2020. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2020. Essa amplitude conceitual para a identificação do conceito de sanção de natureza criminal também é aceita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Alinhando-se aos critérios “Engel”, para a Corte de Luxemburgo também são três os referenciais alternativos para a determinação substancial do conceito de penalidade: a) a classificação legal da infração; b) sua natureza intrínseca; e c) o grau de penalidade. Cf. a propósito a decisão do Caso 617/10, *A?kerberg Fransson* (2013). In: *Case law by the Court of Justice of the European Union on the principle of ne bis in idem in criminal matters*. April 2020. Disponível em: <<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Pages/Case-law-analysis.aspx>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

7 Nessa relação, deve haver “adaptação” funcional e nunca “supressão” substancial. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006. v. 2. p. 171.

8 Para o Ministro Gilmar Mendes, “círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito a? persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na RCL. 41.557 São Paulo. Relator Min. Gilmar Mendes. Reclte.: Fernando Capez. Adv.: Alberto Zacharias Toron. Recldo.: Juiz Federal da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo. Publicação, DJE nº 169, divulgado em 03/07/2020. Ainda a propósito da inexistência de diferenças estruturais entre o ilícito penal e o administrativo, percuente é o pensamento de Nelson Hungria, para quem a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, em sua essência, é o dever jurídico, razão pela qual não se há de falar em um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de Direito Administrativo*. Seleção histórica, 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 17. Interessante também é a posição de



Helena Regina Lobo da Costa, para quem não há diferenças ontológicas entre as condutas consideradas ilícitas no âmbito administrativo e na esfera penal. É que, considerando que o ilícito é um conceito criado normativamente, as diferenças encontradas entre tais esferas de ilicitude são fundadas somente em critérios normativos, tais como os relacionados à técnica jurídica adotada, às regras processuais, aos requisitos formais e materiais para a configuração de tais infrações, entre outros. LOBO DA COSTA, Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*. 2013. p. 202-206.

9 Aqueles nos quais a autoridade da coisa julgada material poderá recair sobre os motivos do *decisum*. Nesse sentido: ARMENTA DEU, Tereza. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 311

10 Entende-se que não há, pelo menos de forma precisa, como aclarar a natureza dessa inter-relação, a ponto de indicar se a coisa julgada teria, ou não, seu fundamento na proibição do *bis in idem*. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 443.

11 Não obstante também conferir segurança jurídica individual, a coisa julgada tem por fim precípua a promoção de estabilidade, de higidez e de integridade do sistema jurídico, por meio de proteção da autoridade de suas decisões, especificamente das relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença; por sua vez, o *ne bis in idem* tem por missão proteger, de forma direta, a situação jurídica do cidadão, assegurando-lhe proteção de natureza individual, representada pela garantia de unicidade da (re)ação punitiva estatal.

12 Ver a jurisprudência do TEDH sobre o conceito de “decisão definitiva” – como aquela não mais passível de ser impugnada por meio de recursos ordinários – tal como decidido, *verbi gratia*, nos casos Nikitin v. Rússia (2014) e Mihalache v. Romania (2019). In: *Guide on Article 4 of Protocol N. 7 to the European Convention on Human Rights*. Right not to be tried or punished twice. Updated on 30 April 2020. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf>.

13 No sentido de que é “decisão definitiva” o pronunciamento absolutório por insuficiência dos elementos de prova: TJUE – Caso 398/12, *M. v. Itália* (2014). In: *Case law by the Court of Justice of the European Union on the principle of ne bis in idem in criminal matters*. April 2020. Disponível em: <<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Pages/Case-law-analysis.aspx>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

Date Created

10/07/2020