

Vanessa Piffer Donatelli da Silva

**IN(TER)DEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E A INTERFACE ENTRE
ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E CRIMES**

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

Silva, Vanessa Piffer Donatelli da.

In(ter)dependência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes. / Vanessa Piffer Donatelli da Silva. 2023. 61 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2023.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali.

1. Direito penal. 2. Independência e interdependência entre instâncias. 3. Direito administrativo sancionador. 4. *Non bis in idem*. 5. Mercado de capitais.

I. Marcelo Costenaro Cavali. II. Título.

CDU 34

Vanessa Piffer Donatelli da Silva

**IN(TER)DEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E A INTERFACE ENTRE
ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E CRIMES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho, na linha de pesquisa Estruturas de Direito Empresarial, sob a orientação do Professor Titular Dr. **Marcelo Costenaro Cavali**.

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

RESUMO

SILVA, Vanessa Piffer Donatelli da. *In(ter)dependência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais*. Dissertação de Mestrado: Faculdade de Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2023.

O presente trabalho tem por objetivo propor a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Defende-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência e, assim, oferecem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões penais na esfera administrativa e pelas decisões administrativas na esfera penal.

Palavras-chave: direito penal; direito administrativo sancionador; independência e interdependência entre instâncias; *non bis in idem*; mercado de capitais; ilícitos administrativos; crimes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1. O PRINCÍPIO <i>NE BIS IN IDEM</i> VEDA A IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS PELO MESMO FATO?	04
1.1. Ne bis in idem penal (material e processual)	06
1.2. Ne bis in idem e a duplicidade sancionatória (administrativa e penal)	09
1.3. O ne bis in idem, a colaboração processual e seus prêmios (direito negocial ou direito premial)	19
1.4. Soluções de <i>lege ferenda</i> e de <i>lege lata</i>	22
CAPÍTULO 2. IN(TER)DEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS	26
2.1. A independência das instâncias: princípio ou regra?	28
2.2. A reconstrução do relacionamento entre as esferas penal, civil e administrativa a partir de regras e do princípio da interdependência das instâncias	32
CAPÍTULO 3. IRRADIAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PENAL SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO	34
3.1. Efeitos da decisão penal sobre o processo administrativo sancionador	34
3.2. O reconhecimento da inexistência de materialidade e autoria pelo juiz penal	35
3.3. O reconhecimento de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade e de extinção da punibilidade	37
3.4. As mudanças operadas pela Lei nº 14.230/2021	39
3.5. Conclusão parcial	40
CAPÍTULO 4. IRRADIAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA SOBRE O DIREITO PENAL	42
4.1. Acessoriedade do ato administrativo	42
4.2. Os efeitos da decisão administrativa sobre o direito penal	44
4.3. É necessário se aguardar o fim do processo administrativo sancionador para a persecução penal?	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

Desde crianças, apreciamos nos sentir seguros. A segurança traz conforto. Fazer algo, escolher algo que já sabemos antecipadamente “como funciona” traz estabilidade, é agradável.

Com o passar do tempo, acomodamo-nos ao conhecido, adequamo-nos ao meio em que estamos inseridos. Desta forma, vamos estruturando os limites de nossa conduta e atuação em sociedade, através da estabilidade, da previsibilidade, da constância gerada através de cada repetição.

Todo homem bom deseja fazer boas escolhas, como já evidenciava Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, “*Como existem três objetos de escolha e três de rejeição — o nobre, o vantajoso, o agradável e seus contrários, o vil, o prejudicial e o doloroso —, a respeito de todos eles o homem bom tende a agir certo e o homem mau a agir errado, e especialmente no que toca ao prazer*”¹.

Entretanto, este proceder em repetição, que gera conforto e segurança, produz, do mesmo modo e por outro lado, inércia, passividade e estagnação.

A inconformidade com a inércia tem levado a humanidade, no decurso de toda a sua existência, a incontáveis transformações. Heráclito, o importante filósofo pré-socrático, que viveu por volta de 540 a.C. - 470 a.C., nos

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: Poética/Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 33.

ensina que *“Nada é permanente, exceto a mudança”* e que *“Tudo flui. Tudo está em movimento e nada dura para sempre”*.

Pois bem. No contexto de apego à estabilidade, nós juristas, por vezes, em busca desta “segurança e conforto”, somos avessos às mudanças e, de maneira irrefletida, aceitamos dogmas que, nascidos em outro tempo e repetidos à exaustão, passam a ser bramidos como se fossem evidentes e desobrigados de qualquer fundamentação.

Como um exemplo desse tipo de atitude pode ser mencionado o “princípio da supremacia do interesse público”, que viveu intocado por muitos anos, sempre repetido acriticamente, até que, em determinado momento, a doutrina se mostrasse suficientemente madura para apontar a necessidade de sua revisão².

Nesta dissertação, pretendemos delatar outro axioma repetidos à exaustão, sem maiores questionamentos: o “princípio da independência entre as instâncias”, de acordo com o qual “as decisões civis ou administrativas não vinculam o exercício da jurisdição penal”³. Assim, “eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente”⁴.

Não defenderemos, porém, como se verá, uma completa desvinculação entre as esferas, uma completa independência entre elas. Na verdade,

² A respeito desse tema, confira-se a coletânea de artigos reunidos em SARMENTO, Daniel (organizador). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³ Apenas a título de exemplo, já que a jurisprudência nesse sentido é caudalosa, cf. AgRg no HC 509.346/RN, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 12.05.2020, DJe 18.05.2020.

⁴ HC 306.865/AM, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 10.10.2017, DJe 18.10.2017.

há sim, procuraremos sustentar, uma implicação recíproca esses âmbitos, de modo que preferimos falar em “interdependência entre as instâncias”.

Nosso foco de estudo estará nos efeitos que a decisão administrativa produz sobre a livre convicção do juiz penal, bem como nos efeitos da decisão penal sobre o processo administrativo sancionador.

Assim, nesta dissertação procuraremos demonstrar, entre outras situações, quais são os limites da vinculação existente, examinando duas questões distintas: i) a necessidade ou não de se aguardar o término da apuração administrativa para legitimar o início da persecução penal; e ii) a vinculação ou não das conclusões obtidas na esfera administrativa para o âmbito penal. Também serão feitas considerações sobre a vinculação ou não das decisões penais para o processo administrativo sancionador.

Antes, porém, de examinar a interação e a vinculação recíproca entre as esferas penal e administrativa, será necessário examinar o princípio do *ne bis in idem*. E isso por uma razão muito simples: esse princípio, de raiz antiquíssima, tem sido brandido como um óbice à própria possibilidade de imposição de sanções administrativa e penal em razão do mesmo fato.

Ora, admitida essa impossibilidade, faria pouco sentido se examinar a interação entre as esferas, já que o fenômeno deixaria de existir: ou se impõe a sanção penal ou a administrativa.

Como defenderemos a seguir, não vislumbramos essa vedação absoluta à dupla imposição sancionatória.

CAPÍTULO 1. O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM* VEDA A IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS PELO MESMO FATO?

O “*ne bis in idem*” representa um dos mais importantes e elementares princípios do processo penal, por meio do qual se proíbe que a mesma pessoa seja processada e/ou punida mais de uma vez pelos mesmos fatos. Literalmente, não haverá mais de uma pena aplicada em razão do mesmo ilícito.

É uma garantia prevista para o cidadão em face do sistema punitivo do Estado, com o objetivo de resguardar o seu direito de ser processado e julgado de acordo com o devido processo legal e também assegurar que, no caso de verificação da responsabilidade do cidadão, haverá uma punição que será proporcional aos interesses legítimos afetados pelo ato ilícito e compatível com a ofensa perpetrada.

Ao contrário de outros países onde o *ne bis in idem* é previsto expressamente no texto constitucional, no Brasil esse princípio não está explicitamente expresso em nossa Constituição Federal. Mas é dela implicitamente extraído, a partir de previsões com a garantia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

Além disso, nosso país é signatário de vários tratados internacionais, que preveem expressamente este princípio. Dentre estes tratados multilaterais, podemos citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁵, que em seu art. 14.7 preleciona que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado,

⁵ Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969)⁶, em cujo art. 8.4 lê-se que “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” e, ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁷, que prevê a garantia da não multiplicidade sancionatória em seu artigo 20⁸.

Ainda no plano internacional é importante citar normas europeias, onde temos o art. 4.1⁹, do Protocolo 7¹⁰ à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Note-se, também, a Convenção de Aplicação do Acordo de

⁶ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

⁷ Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁸ Artigo 20

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais esta já tenha sido condenada ou absolvida.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

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.

9 Artigo 4.º - 1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

10. Artigo 4.º Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez.

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15.º da Convenção.

Schengen¹¹, em seu art. 54¹² e o art. 50¹³ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴.

O princípio *ne bis in idem* é, portanto, garantia amplamente difundida não apenas no Brasil, mas também em âmbito internacional. Não obstante não existam dúvidas a respeito de seu acolhimento entre nós, o seu conteúdo preciso é controverso.

Daí que seja necessário distinguir claramente, num primeiro momento, as dimensões material e processual, pois, enquanto uma está baseada nos princípios legalidade e da proporcionalidade, outra está fundamentada na segurança jurídica e tutela jurídica, tendo assim, cada uma destas dimensões, um efeito diferenciado.

1.1. *Ne bis in idem* penal (material e processual)

Como já exposto, o princípio do *ne bis in idem* visa impedir que uma pessoa seja duplamente punida pelo mesmo fato. Esse objetivo, porém, pode ser obtido mediante duas garantias distintas.

11 **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 14 de junho de 1985, disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922(02)&from=DE)

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

13 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.

14 **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18.12.2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

Nas palavras de Rogério Schietti Cruz: “de um lado, o princípio possui abrangência nitidamente *material*, a conferir ao acusado o direito de não ser *punido* duas vezes pelo mesmo fato; de outro lado, fala-se no aspecto *processual* do *ne bis in idem*, pelo qual ao réu se assegura o direito de não ser *processado* duas vezes pelo mesmo fato”¹⁵.

Estas garantias também são reconhecidas no Direito Argentino, onde, conforme preleciona Santiago Ottaviano, “o *ne bis in idem* é considerado tanto uma proibição de dupla imposição de pena a uma mesma pessoa pelos mesmos fatos e fundamentos, como uma proibição de dupla persecução penal a uma mesma pessoa pelos mesmos fatos e fundamentos. Esses dois aspectos são geralmente referidos como o aspecto substancial e o aspecto processual do *ne bis in idem*, respectivamente”¹⁶.

Em sua faceta material, o que o princípio do *ne bis in idem* garante é, apenas, que não sejam aplicadas, mais de uma vez, sanções pelo mesmo fato. Assim, sob esse aspecto, não seria vedada a existência de dois processos voltados a sancionar o infrator, desde que, ao fim, somente uma sanção venha a ser aplicada – ou, ao menos, que uma das sanções seja descontada da outra. Trata-se, pois, da impossibilidade de aplicação ao indivíduo (*ne*) de mais de uma sanção penal (*bis*) em razão de um mesmo fato criminoso/comportamento (*idem*). Mais especificamente, pode-se dizer que proíbe a valoração de mesmo fato duas ou mais vezes, visando sustentar ou majorar a pena a ser aplicada ao indivíduo.

¹⁵ CRUZ, Rogério Schietti. **Proibição de dupla persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 26-27.

¹⁶ OTTAVIANO, Santiago. **El Principio Ne Bis In Idem - La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional**. Buenos Aires: Universidad Austral, 2008. p.131, disponível em: https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Ottaviano.pdf (tradução livre)

Esse aspecto do *ne bis in idem* está conectado ao princípio da proporcionalidade, especificamente à vedação de excesso. Verdadeiramente, as previsões sancionatórias devem ser adequadas à situação fática real e determinar penalidades que sejam consideradas apropriadas, proporcionais e necessárias em relação àquela conduta praticada pelo indivíduo. Desta forma, avaliando-se o mesmo fato para fins de aplicação de sanção, a duplicidade ou multiplicidade sancionatória se mostrará desnecessária e/ou excessiva.

Já o *ne bis in idem* processual veda (*ne*) a realização de novo processo e/ou investigação criminal, assim como, posterior segundo julgamento (*bis*), após o indivíduo já ter sido previamente processado e julgado por este motivo ou já se estar investigando criminalmente os mesmos fatos.

Essa dimensão do princípio decorre, especialmente, do abrigo da garantia constitucional da coisa julgada, prevista no art. 5º, inciso XXXVI, do texto constitucional¹⁷. Trata-se de garantia essencial para o fortalecimento da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

Em resumo, o aspecto material do princípio do *ne bis in idem* se concentra na proibição de dupla punição pelo mesmo crime, enquanto o aspecto processual se concentra na proibição de duplo processo pelo mesmo crime.

Como se pode perceber facilmente, o aspecto processual do *ne bis in idem* se mostra mais amplo, mais protetivo do acusado, já que se sequer é

¹⁷ Art. 5º XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

admitida a existência de dois processos, torna-se impossível a aplicação de dupla sanção.

Quando se trata de duas sanções de natureza penal, a jurisprudência brasileira é pacífica em impedir a mera existência de dois processos voltados a apuração do mesmo fato¹⁸. Mais do que simplesmente impedir a dupla sanção, portanto, coarcta-se, desde logo, a dupla persecução.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal impediu até mesmo o prosseguimento de um processo no Brasil em razão de já ter sido o acusado processado pelos mesmos fatos no exterior¹⁹. Nota-se que se trata de uma ampliação da proteção veiculada pela norma, na medida em que, até então, entendia-se suficiente uma certa aplicação do *ne bis in idem* material. Ou seja, compreendia-se que, em razão da soberania nacional, o caminho adequado para evitar uma punição desproporcional não consistiria em impedir a persecução penal no Brasil, mas, simplesmente, nos termos do art. 8º do Código Penal, em caso de dupla condenação, atenuar-se, no Brasil, a pena imposta no exterior, quando diversas, ou computá-la, quando idênticas.

1.2. *Ne bis in idem* e a duplicidade sancionatória (administrativa e penal)

Se, na esfera penal, tem-se caminhado para o entendimento de que o princípio do *ne bis in idem* veda até mesmo a existência de dois processos, no

¹⁸ Nesse sentido, cf., por exemplo, HC 87869, Rel. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 28.11.2006, DJ 02.02.2007.

¹⁹ HC 171118, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 12.11.2019, DJe 14.08.2020.

Brasil e no exterior, mais controversa é sua extensão nos casos de convivência de punições penal e administrativa pelo mesmo fato.

Inicialmente, devemos observar duas importantes distinções entre direito penal e direito administrativo sancionador: a forma de aplicação das sanções e as modalidades das penas aplicadas.

O direito penal é aplicado mediante um processo penal, mediado por um juiz imparcial, dotado de amplas garantias. Já o direito administrativo sancionador segue um procedimento administrativo, carreado por um órgão que não possui todas as garantias próprias de um magistrado.

No que diz respeito às sanções, o direito penal é o ramo do direito de intervenção mais séria que o Estado possui para responder perante o ilícito, nomeadamente com a aplicação da pena privativa de liberdade. O caráter simbólico da sanção penal também é muito mais pesado; imputar a alguém a violação de normas penais implica indicar um ilícito qualificado, um ato particularmente reprovável. O direito penal caracteriza-se assim como o único ramo do direito que pode impor penas que vão atingir diretamente a uma área extremamente sensível do ser humano, a sua liberdade.

As sanções administrativas são punições impostas pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário ou por outros órgãos administrativos como oposição às violações das normas do ordenamento jurídico do direito administrativo. Tem um caráter mais ordenador, não comportando a mesma carga de reprovabilidade do direito penal. Além disso, não compreendem penas privativas de liberdade, diferença marcante em relação ao direito penal.

De qualquer forma, a despeito de suas diferenças, direito penal e direito administrativo sancionador são semelhantes em propósitos – já que visam evitar a prática de condutas indesejadas, mediante ameaça de sanção – e são baseados nos mesmos princípios básicos como o *ne bis in idem*, a legalidade, o contraditório, a culpabilidade, a presunção de inocência, a proporcionalidade, a presunção de inocência, a segurança jurídica, o devido processo legal, etc.

Sempre que o Estado intervém nos direitos dos cidadãos, necessita de legitimação formal e material. A sanção administrativa também constitui uma grande interferência nos direitos civis, razão pela qual é necessário restringir o exercício do poder de aplica-las. Tais restrições ao exercício do poder repressivo do Estado deverão ser mais rígidas à medida em que a gravidade das sanções administrativas se aproxime da pena criminal e poderão se valer do emprego dos princípios penais, por serem estes os mais eficazes limites ao poder de intervenção do Estado.

São muitas as controvérsias sobre a aplicação do *ne bis in idem* na relação existente entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Debate-se não só quanto à unidade do poder punitivo, de modo a incidir plenamente o *ne bis in idem*, mas também quanto à verificação da existência de violações aos princípios básicos da proporcionalidade²⁰ e da segurança jurídica que podem ou não ocorrer quando o mesmo fato é processado e/ou sancionado cumulativamente por ambas as esferas (penal e administrativa).

²⁰ Neste sentido, Aristóteles afirmava que “o justo é, pois uma espécie de termo proporcional (sendo a proporção uma propriedade não só da espécie de número que consiste em unidades abstratas, mas do número em geral)”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: *Poética/Aristóteles*; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 103.

No direito comparado e na doutrina, existe um movimento cada vez mais forte de reconhecimento da inviabilidade desse duplo sancionamento.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – responsável pela interpretação e aplicação uniforme do direito europeu nos países integrantes da União Europeia – como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) – competente para verificar o respeito dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – têm afastado o duplo sancionamento, penal e administrativo, em vários âmbitos regulados, notadamente no do mercado de capitais. Isso ocorreu, por exemplo, no caso *Grande Stevens*, em que o TEDH entendeu que a aplicação de sanções penais e administrativas a acusados de manipulação de mercado seria ofensiva ao Protocolo 7º, art. 4º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²¹.

Entendimento semelhante foi adotado pelo TJUE, no Caso *Garlsson Real Estate* (Processo C-537/16), também envolvendo a Itália e igualmente relacionado à manipulação de mercado²². O TJUE conclui que o cúmulo de procedimentos e sanções representa uma restrição ao art. 50, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Dever-se-ia verificar, no entanto, se essa restrição poderia justificar-se no caso concreto. Isso seria possível, conforme a

²¹ *Grande Stevens et autres c. Italie* (Affaire n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10) (2014) ECHR, 4 de março de 2014. Cf. a íntegra da decisão em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141370#{"itemid":\["001-141370"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141370#{). Acesso em: 31.05.2022.

²² *Garlsson Real Estate* (Processo C-537/16). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0537>. Acesso em 31.05.2022.

Corte, quando cada sanção visar “finalidades complementares que tenham por objeto, se for caso disso, aspectos diferentes da mesma conduta ilícita em causa”²³.

Vê-se, portanto, que, na Europa, tem-se formado uma jurisprudência restritiva à dupla punição, penal e administrativa, pelos mesmos fatos.

O mesmo não ocorre nos EUA. Lá existe previsão constitucional expressa de vedação do *bis in idem* – em princípio, apenas no âmbito criminal. A Quinta Emenda à Constituição dos EUA (1791) estabelece que nenhuma pessoa poderá ter a vida ou a integridade física colocada em risco por duas vezes em razão da mesma conduta. Trata-se da propalada vedação do duplo risco (*double jeopardy*), mencionada, por vezes, também em julgados do nosso Supremo Tribunal Federal²⁴.

A Suprema Corte dos EUA manteve, por muito tempo, entendimento consolidado no sentido de que a *double jeopardy clause* não seria apta a impedir a punição do mesmo fato na esfera penal e no âmbito extrapenal, seja civil ou administrativo²⁵. Esse panorama foi parcialmente modificado com em *United States v. Halper*²⁶. Tal precedente, porém, decidido tendo em consideração

²³ No mesmo sentido, mas relacionado ao ilícito de uso indevido de informação privilegiada, foram as decisões proferidas pelo TJUE nos casos Di Puma e Zecca (Processos C-596/16 e C-597/16).

²⁴ Por exemplo, STF, Ext 967, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 16.11.2006, DJ 07.12.2006.

²⁵ Cf., por exemplo, *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391 (1938), *Unites States ex rel. v. Marcus Hess*, 317 U.S. 537 (1943), *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975), e *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983).

²⁶ *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989).

peculiaridades do caso concreto, segundo a doutrina “não foi mais do que um pontinho na tela de análise da cláusula do duplo risco”²⁷.

Especificamente no que diz respeito à imposição, ao lado da pena criminal, de sanções administrativas pelo órgão regulador do mercado de capitais – a *Securities and Exchange Commission* (SEC) –, especial menção merece a decisão proferida pela Corte de Apelações do Segundo Circuito em *SEC v. Palmisano*²⁸. Neste caso, reconheceu-se como perfeitamente possível a convivência entre a sanção condenação criminal e a punição administrativa imposta pela SEC, que serviria a outros objetivos não punitivos importantes, como incentivar a confiança dos investidores, aumentando a eficiência dos mercados financeiros, e promover a estabilidade do mercado de valores mobiliários²⁹.

Na doutrina brasileira devem ser mencionados os trabalhos pioneiros de Helena Regina Lobo da Costa e Keity Saboia. A professora da USP defende que o fundamento mais firme e seguro para o reconhecimento do *ne bis in*

²⁷ “*Hudson* thereby rendered *Halper* little more than a blip on the screen of double jeopardy analysis”. RUDSTEIN, David S. **Double jeopardy: a reference guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger, 2004. p. 165.

²⁸ *SEC v. Palmisano*, 135 F.3d 860 (2nd Cir. 1998). As Cortes de Apelações são órgãos jurisdicionais competentes para o julgamento de recursos das decisões proferidas por juízes federais. Equivalem, grosso modo, aos nossos Tribunais Regionais Federais. A jurisprudência da Corte de Apelações do Segundo Circuito possui especial relevo, de fato, dado que, abrangendo em sua jurisdição o Estado de Nova Iorque, acaba por decidir a maioria dos casos relacionados ao mercado de capitais.

²⁹ Podem ser mencionados, no mesmo sentido, entre outros, *SEC v. Bilzerian*, 153 F.3d 1278,1283 (11th Cir. 1998) – no qual se decidiu que reparações de natureza civil em ações coletivas apenas privam o réu de ganhos ilegais e não o punem para além do enriquecimento sem causa –; *United States v. Gartner*, 93 F.3d 633, 635 (9th Cir. 1996) – no qual se decidiu que confiscos, multas civis e acusações de desobediência não implicam ofensa à cláusula de proibição de duplo risco –; *United States v. Andrews*, 146 F.3d 933, 942 (D.C. Cir. 1998) – no qual se consignou que multas civis contra uma companhia não impedem sanções criminais contra o CEO da companhia, ainda que ambas as ações decorram essencialmente da mesma conduta –; e *United States v. Merriam*, 108 F.3d 1162, 1164-65 (9th Cir. 1997) – no qual se consignou que o réu não demonstrou que as multas civis em casos de fraudes no âmbito de negociação de valores mobiliários seriam essencialmente de caráter penal.

idem relativo às searas penal e administrativa reside no princípio da proporcionalidade³⁰.

Já a professora da UFRN sustenta que “mesmo premente a necessidade de estabelecimento de critérios legais de coordenação das esferas punitivas estatais, é possível que a doutrina e a jurisprudência construam parâmetros processuais ou procedimentais e materiais que potencializem o princípio do *ne bis in idem*, independentemente de previsões normativas explícitas”³¹.

No mesmo sentido, defende-se que o princípio *ne bis in idem* opera como uma “vedação à acusação ou ao julgamento de uma “segunda” infração a partir de fatos substancialmente idênticos. Com efeito, no âmbito dos crimes econômicos, não será possível a punição tanto em âmbito administrativo como penal, sob pena de ofensa à série de princípios constitucionais”³².

Na jurisprudência, vale destacar um precedente do Supremo Tribunal Federal. Na Rcl 41557, inicialmente se reconheceu identidade entre os acervos fático-probatórios de uma ação de improbidade administrativa e de uma ação penal já anteriormente trancada pelo STF, com fundamento na negativa de autoria. Como se verá adiante, justamente por se tratar de reconhecimento de

³⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da, e SABOYA, Keity. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. p. 183.

³¹ SABOYA, Keity. **Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 284.

³² CALDEIRA, Felipe Machado. **A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 95/2012, mar-abr, 2012., p. 327-356.

negativa de autoria, a decisão penal vincula a esfera administrativa, nos termos do art. 935 do Código Civil³³.

A questão poderia ter sido resolvida apenas com a menção a esse fundamento. Não obstante, o Min. Relator foi além e fez consignar em seu voto que “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 à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”. Além disso, fez-se expressa referência ao caso Grande Stevens, anteriormente comentado, julgado pelo TEDH³⁴.

Desse modo, veja-se, portanto, que a jurisprudência começa a despertar para uma discussão a respeito da (im)possibilidade de incidência de sanções penal e administrativa sobre o mesmo fato.

Entendemos, porém, com a devida vênia, que as soluções estrangeiras não podem ser automaticamente importadas para o direito brasileiro. Em uma breve análise de duas situações previstas no nosso texto constitucional, temos em ambas a autorização expressa do legislador permitindo a sanção em duas ou mais esferas do direito, sem que se configure violação ao *ne bis in idem* – ao menos na fora como acolhido no direito brasileiro:

³³ Rcl 41557, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 15.12.2020, DJe 09.03.2021.

³⁴ É bem verdade que, com isso, não se explicou como o argumento se compatibilizaria com a tese fixada unanimemente, pouco tempo antes, pelo Plenário no sentido de que “o 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” (RE 976566, Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 13.09.2019). No caso concreto, não se tratava de crime próprio de prefeito municipal, mas a lógica da tese é aplicável a qualquer infração penal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível.**

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, **a sanções penais e administrativas**, independentemente da **obrigação de reparar os danos** causados.

Diante das disposições expressas do direito positivo brasileiro, portanto, parece difícil sustentar a impossibilidade absoluta de punições

penal e administrativa pelo mesmo fato, notadamente nos campos da improbidade administrativa e das infrações ambientais.

Isso não significa que o princípio do *ne bis in idem* – ao lado de princípios como o da proporcionalidade e o da eficiência administrativa – não exerçam influência no sentido de se evitar essa dupla punição ou, no mínimo, atenuar os seus gravosos efeitos.

Particularmente, entendemos que à luz do postulado da proporcionalidade em sentido estrito, os princípios da vedação de *bis in idem* e da eficiência administrativa apontam para a necessidade, *de lege ferenda*, de estabelecimento de uma política sancionadora integrada e, *de lege lata*, de utilização de mecanismos que possibilitem uma aplicação proporcional das sanções previstas³⁵.

Esse papel cabe, primordialmente, ao legislador. Num futuro não tão distante, espera-se que alterações legislativas estabeleçam distinções claras entre as condutas que merecem apenas a sanção administrativa e aquelas, mais graves, que exigem a repressão penal. Até lá, parece-nos que uma saída jurisprudencial que decida pela sujeição da conduta exclusivamente a um ou outro processo punitivo, fundada na proibição de *bis in idem*, mostra-se demasiado subjetiva. O caminho mais consentâneo com os princípios envolvidos, considerada a regulação legal atual, é a mitigação das sanções aplicadas em uma esfera no momento da dosimetria da pena na outra (“princípio do desconto”).

³⁵ A respeito do tema, cf., com mais detalhes, CAVALI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 241-265.

1.3. O *Ne bis in idem*, a colaboração processual e seus prêmios (direito negocial ou direito premial)

Uma outra consequência processual a ser destacada está relacionada ao direito negocial, ou direito premial, que diz respeito aos acordos celebrados com o Estado com o intuito de obtenção de benefícios processuais ou penais.

No HC 127.483/PR, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, o STF consignou que “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 criminal, 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”.³⁶

Para que seja celebrado, o infrator deve reconhecer a prática criminosa e pôr fim ao seu comportamento ilícito, além de: cooperar com as investigações, divulgar informações que possam levar à identificação de outros culpados e ressarcir os danos decorrentes do delito. Em troca, o infrator receberá alguns benefícios do Estado, entre os quais podem ser citados: diminuição da pena de 1/3 a 2/3, cumprimento da pena em regime semiaberto, extinção da pena, perdão judicial e redução do valor das multas aplicadas.

³⁶ HABEAS CORPUS 127.483/PR, de 27/08/2015, Relator: Ministro Dias Toffoli, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>

Também no âmbito da justiça penal consensual deve ser mencionado o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, pelo qual se evitar o próprio início da ação penal, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparação do dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços.

Com a disseminação de acordos de colaboração premiada, acordos de não persecução penal – e também de acordos de leniência –, inúmeras discussões vêm sendo travadas em relação ao *ne bis in idem*. Pense-se na seguinte situação, que se verificou muito em tempos recentes: uma pessoa física celebra com o MPF (Ministério Público Federal) um acordo de colaboração premiada sobre a prática de uma determinada situação fática. Após a finalização do acordo, outros órgãos governamentais, como a CGU (Controladoria Geral da União), a RFB (Receita Federal do Brasil), e o TCU (Tribunal de Contas da União) buscam impor sanções ou firmar novos acordos sobre a mesma matéria, argumentando que o acordo de colaboração premiada foi celebrado em outra instância e com órgão distinto, embora todas as entidades sejam componentes do mesmo Estado.

Tendo em vista essa situação, a conclusão de que uma autoridade não tem obrigação de reconhecer um acordo feito com outro ente é muitas vezes apoiada pelo argumento de “independência entre as instâncias”, argumento que estudaremos no próximo capítulo. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já decidiu que “o ajuizamento de ação civil pública não retira a

competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal”³⁷

A nosso ver, a possibilidade de atuação de mais de uma entidade nessas situações de acordo, notadamente no que se refere à corrupção, em que existem diversos órgãos com atribuição de investigação e punição, “deriva da ideia da existência de um microssistema de combate à corrupção e ao crime organizado, que impõe um comportamento uniforme e harmônico na atividade persecutória do Estado. A propósito, essa ideia vai ao encontro do pactuado na Convenção de Palermo, a qual estipulou que cada Estado-parte deveria adotar medidas para encorajarem as pessoas a contribuírem com a atividade investigatória do Estado”³⁸.

E, de fato, é assim em qualquer âmbito em que órgãos convivam com atribuições constitucionais distintas sobre fatos idênticos. O ideal é a atuação coordenada entre os órgãos. E não será legítima a deslealdade de um órgão que, após celebrar um acordo, repassa as provas colhidas mediante tratativas com o acusado para outras esferas. Mas não é vedado que o outro órgão, por meio de suas investigações próprias, com as provas assim obtidas, exerça sua atribuição constitucional.

³⁷ STF, MS n. 25.880-2/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 07.02.2007, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409762>

³⁸ ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União**, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, set/dez., 2018, p. 71-103.

Concluimos assim, que “embora o comportamento uniforme das diversas instâncias de controle seja algo desejável, principalmente diante de atos ilícitos sujeitos a múltiplas sanções, a repercussão imediata dos efeitos de acordos de cooperação firmados por um órgão do Estado sobre as competências de outro encontra barreira no princípio da independência das instâncias e, por vezes, na própria diferença dos bens jurídicos tutelados pelos diferentes órgãos.”³⁹

1.4. Soluções de lege ferenda e de lege lata

Note-se que, caso se entenda ilegítima a imposição de dupla punição, penal e administrativa, em razão do mesmo fato, o campo da controvérsia sobre a interação entre as duas esferas diminui substancialmente. Se a conduta somente puder ser punida em uma das esferas, serão muito menos recorrentes as hipóteses em que a decisão administrativa terá efeito no âmbito penal e vice-versa – até porque, normalmente, haverá apenas decisão penal ou administrativa.

Entretanto, partindo-se da premissa anteriormente estabelecida de que essa dupla imposição não é vedada – na verdade, em algumas hipóteses, é prevista expressamente – pelo texto constitucional, é preciso buscar outros argumentos aptos a desenvolver a eficácia do princípio do *ne bis in idem*.

A premissa que sustenta a vertente material do princípio, de que haverá um excesso punitivo em caso de duplo sancionamento, também está por trás de outras previsões legais, como as que garantem um “desconto” da pena

³⁹ ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União**, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, set/dez., 2018, p. 71-103.

cumprida: o já mencionado art. 8º do CP⁴⁰ estabelece que a pena cumprida no exterior reduz a pena aplicada no Brasil, se diferente; ou deve ser nela computada, se igual. Temos também a previsão legal do art. 42 do CP⁴¹, que preleciona que a pena privativa de liberdade anterior à condenação criminal (prisão preventiva, prisão administrativa, internação), será contabilizada na sanção penal aplicável ao mesmo fato.

Pelo exposto, diante das bases legais apresentadas (art. 37, §4º, e art. 225, §3º, ambos da Constituição Federal) entendemos que não há que se falar em *ne bis in idem* entre as diversas esferas do Direito. Todavia, é possível propor uma interpretação fundada nos arts. 8º e 42 do Código Penal, por analogia, de modo a aplicar o princípio do “desconto”, uma espécie de compensação entre as sanções. Essa compensação deve ser feita em ambas as direções, ou seja, a sanção administrativa conduzirá à mitigação da sanção penal subsequente; e sanções administrativas serão mitigadas pela sentença penal subsequente.

Também a legitimar esse entendimento, no que se refere à dosimetria da sanção criminal, pode-se lembrar da norma do art. 66 do CP⁴², que prevê a possibilidade de reconhecimento de atenuantes genéricas pelo juiz no momento da prolação da sentença condenatória.

Nesse sentido, ainda, prevê o art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que “as sanções aplicadas ao

⁴⁰ Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

⁴¹ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

⁴² Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Já na esfera administrativa, a Resolução CVM nº 45/2021 dispõe, em seu art. 62, p. ún., que “o Colegiado considerará na dosimetria as demais sanções relativas aos mesmos fatos, aplicadas definitivamente por outras autoridades, cabendo ao acusado demonstrar, até o julgamento do processo pelo Colegiado, o cabimento dessa circunstância”.

Na doutrina, sustenta-se que *“A ideia de que haja uma compensação das sanções parece, de fato, a solução mais adequada. Isso porque, embora as sanções possuam finalidades diversas, é uma exigência a proporcionalidade -proibição de excesso - que o resultado global da intervenção estatal sobre um indivíduo (ainda que em âmbitos distintos), como resposta à prática de m mesmo fato, não supere a sua gravidade, a qual é levada em conta por cada uma as normas que o valoram”*⁴³.

E ainda, *“Como consequência, as sanções aplicadas em uma instância devem ser mitigadas pela prévia imposição de reprimenda em outra, ainda que não necessariamente com um desconto integral da primeira. Por outro lado, também as decisões nos dois âmbitos precisam se comunicar em certa medida. Especialmente no que diz respeito às influências da esfera penal sobre a administrativa, deve-se reconhecer uma prevalência da jurisdição criminal, de modo que as decisões sobre certos assuntos façam coisa julgada material também no âmbito administrativo”*⁴⁴.

⁴³ MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT, v. 192, n. 30, p. 75-112, set.-out.-2022, p. 99.

⁴⁴ MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Op. cit.* p. 108.

Neste mesmo sentido ainda, a doutrina espanhola tem concluído que, “apesar da relevância penal do fato, a Administração optar por sancionar, concorrendo identidade do sujeito, fato e fundamento, tomando como referência a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, deve-se entender que em tais casos não desempenham a proibição do *bis in idem*, na medida em que operaria a técnica do desconto (da sanção penal, descontando-se a sanção administrativa anteriormente imposta), que merece uma consideração crítica. Seja como for, parece claro que é possível deduzir da sanção penal a administrativa é, logicamente, porque o acúmulo sucessivo prévio de procedimentos não violou a referida proibição⁴⁵”.

Em conclusão, sendo admissível a dupla imposição de sanções – com as mitigações exposta –, o problema da vinculação ou não das decisões administrativas para o juiz criminal (e vice-versa) persiste. O alardeado princípio da independência das instâncias seria a solução para esse problema?

⁴⁵ “...pese a la relevancia penal del hecho, la Administración opta por sancionar, concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, debe entenderse que en tales casos no juega la prohibición de *bis in idem*, en la medida en que operaría la técnica del descuento (de la sanción penal se descuenta la administrativa previamente impuesta), la cual nos merece una consideración crítica⁶⁰. Sea como fuere, parece claro que si es posible descontar de la sanción penal la administrativa es, lógicamente, porque la previa acumulación sucesiva de procedimientos no violó dicha prohibición.” TOMILLO, Manuel Gómez. **Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH**. Barcelona: InDret 2.2020. p.438

CAPÍTULO 2. IN(TER)DEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

No ordenamento jurídico brasileiro, ao lado de deveres diversos, estão previstas as sanções respectivas conectadas à violação de tais deveres. Muitas vezes, há sobreposição de tais deveres sobre a mesma situação fática, com total ou parcial coincidência.

Como exemplos podemos citar o caso do servidor público, deve exercer com zelo e dedicação as atribuições legais e regulamentares inerentes ao cargo ou função. A violação deste dever poderá gerar punições administrativas (com imposição de sanções como advertência, suspensão ou até mesmo demissão)⁴⁶; também poderá ser punido por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992); se também houver violação de uma norma penal (como o tipo penal de corrupção passiva, previsto no art. 317 do CP)⁴⁷, estará sujeito a uma pena de 2 a 12 anos de reclusão. Isso sem falar na obrigação decorrente da responsabilidade civil, que estabelece o dever de reparação de danos a quem quer, que ilicitamente, cause dano a alguém⁴⁸.

Aplicado, acriticamente, o “princípio da independência das instâncias”, um mesmo evento que retrate, ao mesmo tempo, ilícitos penal, administrativo e civil pode gerar situações contraditórias, em que o indivíduo é condenado em uma ou mais instâncias e absolvido em outra instância. Podemos

⁴⁶ Lei nº 8.112/1990. Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.

⁴⁷ Código Penal. Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

⁴⁸ Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

ilustrar tal evento com a hipotética situação: um servidor público, no exercício de suas funções, se descontrola emocionalmente e sem justo motivo, agride um particular, nas dependências da repartição pública. Deste evento irá suscitar na *esfera administrativa*, um processo administrativo para a aplicação de eventual sanção funcional; simultaneamente, na *esfera penal*, poderá ser instaurado um inquérito policial, para apuração de comportamento delitivo (lesão corporal); na *esfera cível*, pode ser movida ação de improbidade administrativa⁴⁹; e finalmente poderá ser proposta, também na *esfera cível*, ação judicial buscando ressarcimentos pelos prejuízos causados (lucros cessantes, dano material, dano moral, etc.). Imagine-se que o juiz criminal condene o servidor pela prática do crime; mas que ele seja absolvido no processo administrativo (por exemplo, por falta de comprovação da conduta); que o magistrado responsável pela ação de improbidade administrativa o absolva, por falta de tipicidade; e, finalmente, que o juiz civil julgue improcedente a ação de reparação de danos movida contra ele, por culpa exclusiva da vítima. Será mesmo desejável, em um caso desses, a independência absoluta das instâncias?

⁴⁹ Lei nº 8.429/1992. Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos.

Neste sentido concluía José Cretella Junior, que “a comunicabilidade de instâncias ou interdependência dos juízos administrativo e penal é da mais alta importância, devendo, entretanto, entender-se em seus justos termos. Não deve tal interdependência ocorrer sempre, como também a teoria da independência das jurisdições será compreendida nos casos particulares em que se verifica. O pronunciamento de autoridade do Estado, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário, deve ser, de preferência, uniforme, para que a diversidade de decisões não concorresse para o desprestígio de um dos Poderes e, em última análise, do próprio Estado.”⁵⁰

2.1. A independência das instâncias: princípio ou regra?

A doutrina e jurisprudência costumam se referir à suposta independência existente entre as instâncias como um princípio. A fim de verificar se realmente é válida essa noção de independência, antes é preciso responder à seguinte questão: trata-se efetivamente de um princípio?

Para tanto, inicialmente, necessário se faz, brevemente, entendermos o que são princípios. O professor Humberto Bergmann Ávila, citando o jurista e professor alemão Josef Esser, conceitua que “*a definição de princípio ("Grundsatz") foi elaborada por ESSER já em 1956. Para ele os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem*”⁵¹.

⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Repercussão da sentença penal na esfera administrativa**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: n. 67, 1972, p. 135-160.

⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999. p. 155

Partindo da definição acima apresentada, torna-se imprescindível definirmos “norma”. Segundo a definição dada pelo Ministro Eros Grau, a “*norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito*”.⁵²⁵³

Neste mesmo sentido entende o jurista alemão Robert Alexy, conforme explica Letícia Balsamão Amorim: “*Para Alexy, regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o funtor de ordem, permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas*”⁵⁴.

Robert Alexy nos apresenta o critério utilizado com mais frequência para distinguir regra de princípios da seguinte forma: “*Há diversos*

⁵² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiro, 2006. p. 167.

⁵³ “Referimos o nome de “normas” para aludir aos elementos de regulação da conduta dos homens, suas ações e suas abstenções porque não podemos considerar os vocábulos “norma” e “regra” como equivalentes. “Regra” é vocábulo que evoca a idéia de uma regulamentação de caráter geral. Mas o ordenamento jurídico não se compõe exclusivamente de disposições gerais, nele também estando inseridas disposições outras, que respeitam a um indivíduo determinado, que visam a uma pessoa concreta, prescrevendo-lhe ou a ela autorizando uma certa conduta. Essas disposições “individuais”, e não “coletivas”, são da mesma essência das regras gerais: regulamentam condutas (aí aquelas contidas nas sentenças judiciais, nas decisões administrativas, nos contratos, nos testamentos). O vocábulo “norma” engloba a totalidade dos elementos que regulam - juridicamente, bem entendido - a conduta dos membros de um grupo, seja coletivamente, seja individualmente; ao contrário do vocábulo “regra”, não é associado nenhuma ideia de generalidade. Implica essencialmente prescrição de conduta, regulamentação, mas não implica regulamentação geral. O emprego do vocábulo “norma” para referir o conjunto de todos os elementos da regulamentação - notadamente jurídica - da conduta humana, sem aceção de seu caráter geral ou de seu caráter especial, devemos - prossegue Eisenmann - à Escola de Viena, a seu fundador, Hans Kelsen, e a seus discípulos imediatos, notadamente Adolf Merkl. Eles é que pela primeira vez fizeram uso sistemático não apenas do termo, mas também da noção de nonna, de modo a construir a doutrina nomlativista, que enfatiza a essência normativa de tudo que é jurídico. O uso do vocábulo “norma”, nestas condições, em oposição ao vocábulo “regra” -podemos concluir -, resulta praticamente axiomático no quadro daquela doutrina. Nada impede, contudo (inclusive observando que também assumem caráter normativo as disposições “individuais” às quais refere Eisenmann), façamos uso do vocábulo “regra” para designar uma das espécies de “norma.” GRAUS, Eros Roberto. *op cit.* p. 167/168

⁵⁴ AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy – Esboço e críticas**. Brasília: Revista de Informação Legislativa., v. 42, n. 165, jan.-mar. 2005. p. 125

critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença”⁵⁵.

Conforme entendimento hoje prevalecente em nossa teoria geral do direito, princípios e regras se diferenciam pela forma de aplicação. As regras são aplicadas de modo absoluto, num modelo de “tudo ou nada”: preenchida a hipótese de incidência de uma regra, a produção dos efeitos do seu consequente normativo é automática. Havendo colisão entre regras, uma delas será considerada inválida⁵⁶.

Em contraposição, os princípios não trazem diretamente a solução para o caso concreto, enunciando apenas fundamentos a serem conjugados com as diretrizes extraídas de outros princípios. Princípios estabelecem fins, valores, cuja realização deve ser buscada pelo intérprete, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas. Possuem uma “dimensão de peso” inexistente nas regras, de modo que, em caso de conflito entre eles, deve-se atribuir, no caso

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

⁵⁶ “As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira - o suporte fático hipotético, o Tatbestand - se verifiquem em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.” – Grau, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 173.

concreto, maior densidade a um deles em detrimento do outro – sem que, porém, qualquer deles reste totalmente anulado⁵⁷.

A independência das instâncias não é um princípio. A desvinculação do resultado do processo penal às decisões civis ou administrativas – assim como o atrelamento dos processos civis ou administrativos às sentenças penais – não é um fim ou um valor em si mesma.

Pelo contrário, se existe algum valor ligado a essa questão é o da segurança jurídica que joga em favor de uma vinculação entre as esferas, de modo a evitar incoerências sistêmicas. Nesse sentido, talvez se possa dizer que a vinculação (ou interdependência) entre as instâncias é, essa sim, um princípio. Seria inadmissível, por exemplo, que uma sentença penal absolutória transitada em julgado, fundada na ausência de participação do acusado no fato, fosse ignorada pela esfera administrativa.

Na maior parte dos casos, porém, a escolha pela vinculação ou não da decisão, em um sentido ou outro, é neutra do ponto de vista principiológico. Se admitida a possibilidade de dupla imposição de sanções, e atribuídas competências distintas nas esferas penal e administrativa, cabe ao legislador estabelecer os casos em que haverá vinculação entre elas. Somente nas hipóteses em que não houver regras claras sobre o tema haverá espaço para considerações de natureza principiológica. A existência e a profundidade da

⁵⁷ Sobre essas definições, conferir, inicialmente, os trabalhos de DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36-43; e ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81-115. No Brasil, cf., também, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 52-78.

interdependência, portanto, dependem do regime estabelecido pelas normas que regulam as relações entre as esferas penal, administrativa e civil.

2.2 A reconstrução do relacionamento entre as esferas penal, administrativa e civil a partir de regras e do princípio da interdependência das instâncias

Em verdade, portanto, aquilo que se pretende enunciar com a menção a um suposto princípios da independência das instâncias é um conceito (relativo) construído a partir de regras.

Em primeiro lugar, regras de atribuição de competência. Se o exame da Constituição, das leis e dos atos normativos de um Tribunal conduz à definição do juízo competente para o julgamento de uma causa, cabe ao magistrado responsável pelo processamento do feito analisar todas as questões controversas necessárias para o julgamento da causa. De sua parte, a competência para a análise de imputações relacionadas a infrações administrativas compete à autoridade legalmente indicada.

Em segundo lugar, regras processuais de interação entre as esferas penal, administrativa e civil.

Em terceiro lugar, como já enunciado, em razão do caráter sistêmico do ordenamento jurídico, pode-se até cogitar de um princípio contrário, de sinal trocado, isto é, de um princípio de interdependência das instâncias, que indica que a interpretação das regras que regulam as relações entre os âmbitos penal, administrativo e civil deve buscar sempre a eliminação de decisões contraditórias. Esse princípio, como veremos adiante, produzirá efeitos na interpretação das novas

regras de interação entre as instâncias trazidas pela Lei nº 14.230/2021, que acrescentou o § 4º, ao art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa⁵⁸.

⁵⁸ Lei nº 8.429/1992. Art. 21, § 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Destaque-se que, ao tempo de escrita desta dissertação, o dispositivo estava com sua eficácia suspensa, por força de medida cautelar concedida pelo Min. Alexandre de Moraes, em 27.12.2022, na ADI 7236.

CAPÍTULO 3. IRRADIAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PENAL SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Importante destacarmos, de plano, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a possibilidade de revisão das decisões proferidas na esfera administrativa, pelo Judiciário. Tal possibilidade tem previsão constitucional no art. 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Desta forma, está assegurado à parte interessada o amplo acesso ao Judiciário, de modo que qualquer decisão da esfera administrativa poderá ser questionada e revista pelo Judiciário, que se incumbirá de dirimir o conflito em caráter definitivo.

Neste caso, podemos observar uma preponderância da instância judicial sobre a instância administrativa, uma vez que o direito pátrio não prevê a conformação de uma jurisdição administrativa (um órgão administrativo que resolveria os conflitos existentes em caráter definitivo). Não existe, assim, em nosso país, um contencioso administrativo em sentido estrito, imune ao controle judicial. Longe disto, as decisões da esfera administrativa não vinculam o Judiciário, sendo que este é integralmente autônomo e independente para pronunciar juízo definitivo, inclusive quanto à legalidade das deliberações pronunciadas pela esfera administrativa.

3.1. Efeitos da decisão penal sobre o processo administrativo sancionador

Para bem demonstrar os efeitos da decisão penal sobre o processo administrativo sancionador, passaremos a utilizar como exemplo o processo administrativo sancionador levado a efeito pela Comissão de Valores

Mobiliários (CVM), autarquia federal responsável pela apuração e punição de ilícitos administrativos contra o mercado de capitais.

Vejamos, então, as regras que regulam a interação entre essas esferas.

3.2. O reconhecimento da inexistência de materialidade e autoria pelo juiz penal

O art. 935 do Código Civil dispõe que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Esse dispositivo, para ser integralmente compreendido, depende da análise de outras normas, previstas no Código de Processo Penal.

O inciso I do art. 386 do CPP se refere à hipótese em que restar “provada a inexistência do fato”. Concluindo-se, no juízo penal, onde as exigências probatórias são as mais rígidas do ordenamento jurídico, pela inexistência material do fato, a sentença absolutória produzirá efeitos na esfera administrativa. Assim, se a CVM, por exemplo, aplicar a sanção pela prática de um ilícito administrativo – como uso indevido de informação privilegiada e manipulação de mercado – e, no processo penal, concluir-se que as condutas imputadas, na realidade, não foram sequer realizadas, o processo administrativo sancionador deverá ser anulado, cancelando-se as penas porventura aplicadas e surgindo para o acusado o direito à restituição do valor eventualmente pago⁵⁹.

⁵⁹ A lógica é a mesma daquela que informa, *contrario sensu*, o enunciado da Súmula nº 18 do STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa

O mesmo raciocínio se aplica nos casos em que resta “provado que o réu não concorreu para a infração penal” (CPP, art. 386, V). Também aqui a decisão será vinculante para o processo administrativo sancionador. Aplica-se, na hipótese, a regra do art. 935 do CC, ou seja, não se pode questionar mais sobre quem seja o autor do fato, pois esta questão foi definitivamente decidida no juízo criminal.

O inciso II do art. 386 trata da absolvição pela falta de prova da existência do fato. Neste caso, a sentença penal, em princípio, não seria vinculante, pois a ocorrência ou não do fato na realidade fenomênica não foi categoricamente atestada pela jurisdição penal.

Do mesmo modo, numa visão tradicional, se a absolvição se der por “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” (CPP, art. 386, V) ou por “não existir prova suficiente para a condenação” (CPP, art. 386, VII), a absolvição penal não produziria efeitos na esfera administrativa, dada a ausência de manifestação conclusiva do juiz penal sobre estes pontos. Apesar de a acusação não ter logrado atingir o patamar probatório mínimo necessário para a condenação penal, seria possível que subsistisse a punição administrativa, já que, nesta esfera, a exigência de suficiência de prova é menos rigorosa.

do servidor público”. Ou seja, não subsiste a punição administrativa em caso de absolvição criminal, salvo se houver falta residual. Cf. STF, RMS 31515 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 24.11.2015, DJe 07.12.2015.

3.3. O reconhecimento de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade e de extinção da punibilidade

Já o inciso VI do artigo 386 prescreve a hipótese de absolvição sumária quando “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”. Trata-se das causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade.

As causas de exclusão da ilicitude estão reguladas expressamente num dispositivo próprio, o art. 65 do CPP, segundo o qual “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”.

Nestes casos, portanto, reconhecida a excludente de ilicitude pelo juízo criminal, estará a CVM vinculada à decisão. De todo modo, é difícil imaginar hipótese em que uma infração administrativa contra o mercado de capitais seja praticada sob o manto das excludentes da legítima defesa, do estado de necessidade e do estrito cumprimento de dever legal.

As condutas tradicionalmente enquadradas como exercício regular do direito compreendem-se, mais tecnicamente, de acordo com a teoria da imputação objetiva, como condutas atípicas, na medida em que, se admitidas por normas jurídicas ou técnicas, inserem-se dentro do risco permitido ao bem jurídico⁶⁰. Neste caso, portanto, a questão depende de interpretação das regras

⁶⁰ “Um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, mas porque nessa configuração

reguladoras do mercado. O eventual reconhecimento, na esfera criminal, de que a conduta se conteve dentro do risco permitido da atividade não vincula a CVM, pois o objetivo dessa análise é o exame da tipicidade penal, irrelevante para a caracterização do ilícito administrativo. De todo modo, nesse caso, caberá ao órgão administrativo de julgamento enfrentar os argumentos aduzidos pelo juiz criminal a respeito da legitimidade da conduta.

Já em relação às causas de exclusão da culpabilidade, a disciplina do Código Civil não prevê a irradiação de quaisquer efeitos para a esfera cível em decorrência do seu reconhecimento pelo juízo criminal. Daí que a doutrina sustente o cabimento da ação civil *ex delicto* “mesmo que o agente tenha sido absolvido por incidência de erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inimputabilidade por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto (incluindo a menoridade penal) ou retardado, ou por inimputabilidade por força de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior”⁶¹.

O processo administrativo sancionador, contudo, não possui objetivo reparatório, mas tem – do mesmo modo que o penal – finalidade preventiva e punitiva. Por isso, conforme defendido pela doutrina especializada no tema, a ele se aplica também o princípio da culpabilidade, a afastar a responsabilidade objetiva⁶². Assim sendo, o reconhecimento, pelo juízo criminal, de causas excludentes da culpabilidade do acusado deve ser levado em conta no âmbito administrativo sancionador.

é aceito de modo natural. Portanto, os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo algum” (JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010. p. 39).

⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 219-220.

⁶² HUERGO LORA, Alejandro. **Las sanciones administrativas**. Madri: Iustel, 2007. p. 377.

3.4. As mudanças operadas pela Lei nº 14.230/2021

Recentemente, a Lei nº 14.230/2021 acrescentou o § 4º ao art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa, o qual prevê que “a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

É verdade que, literalmente, essas regras se referem apenas aos fatos que configuram, concomitantemente, crimes e atos de improbidade administrativa. Mas a sua razão de ser se estende a qualquer fato que constitua, a um só tempo, crime e infração administrativa. *Ubi eadem ratio, ibi eadem jus.*

Assim sendo, devemos resgatar para a interpretação das normas dos incisos II, V e VII do art. 386 do CPP o que aqui denominamos de princípio da interdependência das instâncias, a apontar para a superação de soluções contraditórias nos diferentes âmbitos punitivos.

Em todos esses casos em que, no rigoroso processo penal de apuração de responsabilidade, concluir-se pela insuficiência de provas de ocorrência do fato ou de participação do acusado, os fundamentos da sentença absolutória devem ser irradiados para a esfera administrativa, vinculando o órgão de julgamento – ou, até mesmo, desfazendo os efeitos da decisão administrativa já definitivamente consolidada.

A única hipótese em que, a despeito da previsão do art. 21, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa, mostra-se inviável a irradiação de efeitos penais para a esfera (inclusive, da improbidade) administrativa é aquela prevista no art. 386, III, do CPP, em que a absolvição ocorre por decidir o órgão jurisdicional “não constituir o fato infração penal” (CPP, art. 386, III). É que a circunstância de a conduta não preencher todos os elementos do tipo penal não impede que esteja caracterizada a infração administrativa, sendo da CVM a competência para realizar essa análise.

Destaque-se, porém, que essa alteração legislativa foi suspensa por decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, na ADI 7236-MC. De acordo com a fundamentação adotada, “a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias”⁶³.

3.5. Conclusão parcial

Diante do exposto, podem ser assim resumidas as conclusões deste Capítulo.

Em primeiro lugar, vincula a esfera administrativa a sentença penal absolutória que reconhecer categoricamente (a) a inexistência do fato; (b) a ausência de autoria ou participação do acusado na infração penal; (c) a existência de uma causa excludente da ilicitude ou de culpabilidade.

⁶³ STF, ADI 7.236-MC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27.12.2023, DJe 09.01.2023.

Na visão tradicional, as sentenças penais absolutórias que concluírem pela insuficiência de provas de (a) existência do fato; (b) autoria ou participação do acusado na infração penal; ou (c) ilicitude do fato e culpabilidade do acusado não impediriam a continuidade do processo administrativo sancionador. Neste mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles sustentava que "*... a absolvição criminal só afasta a responsabilização administrativa e civil quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao funcionário, dada a independência das três jurisdições. A absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a culpa administrativa e civil*⁶⁴".

Como visto, porém, com a edição da Lei nº 14.230/2021, qualquer causa absolutória reconhecida na sentença penal deve produzir efeitos na esfera administrativa sancionadora – salvo se se tratar de reconhecimento de atipicidade penal do fato.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 442

4. IRRADIAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA SOBRE O DIREITO PENAL

Finalmente, neste último capítulo examinaremos em quais situações uma decisão administrativa pode repercutir decisivamente no direito penal. Para isto, é de suma importância compreendermos a acessoriedade administrativa, melhor dizendo, as formas de como a esfera administrativa influencia a esfera penal.

4.1. Acessoriedade ao ato administrativo

A acessoriedade ao ato administrativo pode se dar em três diferentes aspectos: a) acessoriedade ao ato administrativo geral; b) acessoriedade ao ato administrativo individual; e c) acessoriedade conceitual.

Acessoriedade ao ato administrativo geral é a “*hipótese em que a lei penal fixa como pressuposto de incidência a infringência a normas administrativas de caráter normativo geral (como decretos, resoluções e portarias)*”.⁶⁵ Como exemplo, podemos citar o art. 33 da Lei 11.343/06⁶⁶, aonde a ANVISA, através de uma Portaria regulamentará quais são as substâncias consideradas drogas. Caso esta norma administrativa não fosse editada, a

⁶⁵ CAVALI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do Mercado de Capitais – Fundamentos e limites da Repressão Penal e Administrativa**. Editora Quartier Latin. p.341

⁶⁶ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

interpretação não poderia ser feita por um juiz criminal, já que não existiria complemento do tipo penal.

A acessoriedade ao ato administrativo individual diz respeito às normas permissivas de caráter concreto e individualizado, estabelecida por um ato administrativo destinado a um indivíduo determinado (ou determinável). Como exemplo podemos citar o artigo 7º, inciso IV, da Lei 7.492/86⁶⁷, onde vemos que cabe ao indivíduo que pretende emitir, oferecer ou negociar os títulos ou valores mobiliários, ao preencher os requisitos impostos pela Administração, obter esta prévia autorização para si.

Já a acessoriedade conceitual é aquela “*em que a lei penal se vale de conceitos previamente empregados no direito administrativo*”⁶⁸. Estes conceitos são apropriados pelo direito penal, no sentido que lhes atribui o ramo de origem. Um exemplo conhecido está no crime de manipulação do mercado, previsto no artigo 27C da Lei 6.385/76⁶⁹ (redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017), onde o tipo penal não faz nenhuma referência a um ato administrativo existente – atualmente a Resolução da CVM nº 62/2022. Entretanto, esta Resolução tomou o cuidado de conceituar, para efeitos administrativos, os ilícitos que são considerados manipulação de mercado.⁷⁰

⁶⁷ Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:
IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

⁶⁸ CAVALI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do Mercado de Capitais – Fundamentos e limites da Repressão Penal e Administrativa**. Editora Quartier Latin. p.341

⁶⁹ Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros.

⁷⁰ II - Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como:

a) condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários;

4.2. Os efeitos da decisão administrativa sobre o direito penal

A fim de estudarmos sobre os efeitos da decisão administrativa sobre o Direito Penal, iniciaremos analisando um cenário onde a Receita Federal, em decisão administrativa sobre a validade do lançamento tributário nos crimes contra a ordem tributária, *anula* o lançamento, temos então, o desaparecimento da própria tipicidade da conduta, não podendo assim, haver mais a discussão na esfera penal sobre a existência do crime.

Como leciona Gustavo Scandelari, *“Nesse sentido, perde sua força a ideia da independência das instâncias, isto é, passa ser mais (ou exclusivamente) teórica do que prática: caso o contribuinte prove que um ou mais pressupostos do fato imputado não existem ou foram retratados de forma imprecisa pela autoridade administrativa, o Poder Judiciário estará atrelado a tal prova; será, na prática, dependente dessa verdade. E dela não poderá descurar, também, o Ministério Público. É dizer: não poderá uma autoridade julgadora ‘fazer de conta’ que não se produziu prova relevante no processo que está a cargo da outra autoridade julgadora quando ambas estão analisando e decidindo precisamente sobre os mesmos fatos⁷¹”*.

b) manipulação de preços no mercado de valores mobiliários, a utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo, terceiros à sua compra e venda;

c) operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, aquela em que se utilize artil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros;

d) prática não equitativa no mercado de valores mobiliários, aquela de que resulte, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, um tratamento para qualquer das partes, em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação.

⁷¹ SCANDELARI, Gustavo Britta. **Instâncias Administrativa e Penal: A Independência na Teoria e na Prática Dos Crimes Tributários**. cap VI do Livro: Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos, coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach; organização Fernando Martins Maria Sobrinho, Londrina, PR: Thoth, 2017. p.170

Porém, nas situações em que a decisão na esfera administrativa *absolve o agente*, entendemos que a esfera penal não está vinculada a esta decisão, pelas próprias razões do consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, onde a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, nos termos do inciso XXXV do art. 5º, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, logo, esta situação hipotética deverá ser apreciada pelo Poder Judiciário, neste mesmo sentido, esclarece o Professor Walter Ceneviva: “*o dispositivo afirma o direito à jurisdição, de maneira que a lei está impedida de criar, em nível infraconstitucional, qualquer órgão de tipo administrativo contencioso, no qual se esgote o debate, sobre qualquer lesão sofrida ou afirmada pelo interessado*”⁷²”.

A jurisprudência tem sido unanime neste sentido, de que “*A improcedência de demanda ajuizada em processo administrativo não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente, tendo em vista a autonomia das esferas cível, penal e administrativa*”⁷³”.

É também, de suma importância ressaltar, o questionamento que se faz em relação às agências reguladoras no que se refere à chamada “teoria da captura”, nesse sentido, Marçal Justen Filho aduz: “*A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a*

⁷² CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 62

⁷³ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1868513/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 09/04/2021

*realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais*⁷⁴.

Assiste razão o Ministro Luiz Roberto Barroso quando sustenta que “*no domínio da função reguladora devem predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas*”⁷⁵, entretanto, nem sempre esta é a realidade encontrada em muitas agências reguladoras, incluindo a CVM, visto que seus diretores e conselheiros são participantes do “mercado” e para lá voltarão após o término de seus mandatos, desta forma, é imprescindível que haja a possibilidade destes “double check judicial” a fim de se evitar a “teoria da captura”.

Para Marcelo Cavali, faz-se necessária a análise dos fundamentos da decisão administrativa para a definição do grau de vinculação do juiz penal. Deve-se diferenciar o peso da decisão administrativa sobre a esfera penal em relação a questões fáticas, questões técnicas e questões jurídicas.

Questões fáticas são aquelas relacionadas aos “fatos brutos”, isto é, aos aspectos da realidade fenomênica diretamente apreensíveis pelos sentidos e passíveis de comprovação. A percepção administrativa sobre esses fatos não é, de maneira alguma, determinante para a esfera penal.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369-370.

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática**. São Paulo: Fórum e FGV, 2011. p. 285-286

Questões jurídicas são aqueles em que a solução depende de métodos interpretativos tipicamente jurídicos. Nesse caso, embora o juiz deva levar em consideração a argumentação do órgão técnico, ele não está vinculado à sua interpretação, dada a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Finalmente, questões técnicas matérias em relação às quais o conhecimento técnico detido pelos órgãos reguladores do mercado de capitais se mostra de importância mais destacada. Da mesma maneira que ocorre com um laudo pericial, a avaliação do órgão técnico a respeito de uma questão técnica não vincula necessariamente o juiz, que pode aceitá-la ou rejeitá-la, no todo ou em parte (CPP, art. 182). Ocorre que, também do mesmo modo que se passa em relação ao laudo pericial, a rejeição das conclusões administrativas neste ponto dependerá de uma motivação judicial bastante convincente, notadamente porquanto o juiz não possui os conhecimentos especializados do órgão, devendo justificar racionalmente sua discordância, apontado as razões pelas quais diverge do entendimento da agência reguladora do mercado de capitais.

4.3. É necessário se aguardar o fim do processo administrativo sancionador para a persecução penal?

Em se tratando de crimes que tem por pressuposto a prática de infrações administrativa, a análise especializada dos entes responsáveis – como a CVM o CRSFN (Conselhos de Recursos do Sistema Financeiro Nacional) ou o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) – certamente influenciarão no processo penal, dado seu elevado conhecimento técnico sobre o tema. Entretanto, ao reconhecer esta influência, estamos bem longe de afirmar que não é

possível se dar início à persecução penal referente aos crimes contra o mercado de capitais antes do término do processo administrativo nestes órgãos.

Na realidade, é até comum que o Ministério Público Federal, com base na comunicação recebida de um desses órgãos, dê início às investigações para fins penais. Todavia, se a *notitia criminis* foi feita por um terceiro, que não o próprio órgão administrativo competente, necessário se faz, que de forma prudente, seja feita uma consulta ao órgão sobre a existência e o andamento de apuração administrativa sobre a comunicação recebida e poderá o Ministério Público Federal requisitar a instauração de inquérito pela Polícia Federal.

Semelhantemente, não existe qualquer impedimento legal a que o Ministério Público ofereça a denúncia antes do término do processo administrativo sancionador ou apuração dos fatos pelo órgão administrativo, entretanto, a depender da complexidade do caso concreto, o desfecho do processo administrativo será relevante para a comprovação da materialidade do delito.

Neste mesmo sentido é o parecer do Ministro Alexandre de Moraes de que *“Inexiste obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial”*⁷⁶.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.84

Ressalta-se ainda, que “A punição disciplinar não impede a verificação de possível ilícito na esfera criminal, tendo em vista o princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal⁷⁷”.

⁷⁷ STJ, HC 13.791/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, j. em 06.03.2001

CONCLUSÃO

Através desta dissertação tivemos a intenção de falar um pouco sobre a superação do dogma da “independência das instâncias”, que é acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira, sendo utilizado como uma palavra mágica, uma “abre-te Sésamo”, mas quando nos lançamos a estudar as normas que regulam as relações judiciárias penal e administrativa, percebemos a necessidade de se revisitar este tema e propor uma solução diferente.

Para enfrentar essa questão, discorremos antes sobre o *ne bis in idem*, pois há quem sustente que, por aplicação deste princípio, nem poderia haver duas sanções pelo mesmo fato, uma penal e uma administrativa. Embora o *ne bis in idem* não esteja previsto expressamente na Constituição Federal (somente de forma explícita), o Brasil é signatário de vários Tratados Internacionais que o preveem expressamente.

O objetivo do *ne bis in idem* pode ser obtido mediante duas garantias distintas: a material que garante que não sejam aplicadas mais de uma vez sanções pelo mesmo fato, e a processual que veda a realização de um novo processo/investigação criminal, após o indivíduo já ter sido previamente processado e julgado por um fato ou já ter sido/estar sendo investigado criminalmente pelos mesmos fatos.

Ocorre que nossa Constituição permite expressamente a incidência de sanções em duas ou mais esferas do Direito (arts.37, 225 CF), o que torna inviável sustentar a tese da impossibilidade de punição penal e administrativa pelo mesmo fato.

Sendo assim, a pergunta que se faz é: qual efeito restaria ao *ne bis in idem* e o que ele significa? Nossa proposta, visando dar o máximo de eficácia ao *ne bis in idem*, seria a aplicação do “*princípio do desconto*”, que já está materializado em algumas normas que podem ser aplicadas por analogia nestas situações, como os arts. 8º, 42 e 66 do Código Penal, o art. 22, §1º da LINDB. Desse modo, cada instância deveria levar em consideração, ao aplicar uma sanção, as sanções eventualmente já aplicadas pelo mesmo fato contra o mesmo agente.

Se o *ne bis in idem* não proíbe a sanção em duas instâncias, como fica a relação entre estas instâncias? O chamado “*princípio da independência*” não se trata propriamente de um princípio, pois a desvinculação do resultado do processo penal às decisões civis e administrativas, não se trata de um fim ou um valor em si mesma. Ao contrário, o valor está ligado à segurança jurídica da vinculação entre as esferas, a fim de evitar incoerências sistêmicas. Logo, a vinculação ou a interdependência entre as instâncias é, essa sim, um princípio.

Por exemplo, é inadmissível que uma sentença penal absolutória, transitada em julgado, fundada em ausência de participação do acusado, seja ignorada pela esfera administrativa. Desta forma, este estudo propõe a necessidade de se reconstruir o relacionamento entre as esferas penal, administrativa e civil, a partir de regras e do “*princípio da interdependência das instâncias*”.

Em relação aos efeitos da decisão penal sobre a esfera administrativa, defendemos que, após o advento da Lei nº 14.230/2021, qualquer

sentença penal absolutória vincula a esfera administrativa, salvo quando se trate de reconhecimento de atipicidade penal.

Já em relação aos efeitos da decisão administrativa sobre o processo penal, na busca por uma solução equilibrada, deve-se diferenciar o peso da decisão administrativa sobre a esfera penal em relação a questões fáticas, questões técnicas e questões jurídicas.

O modo como o órgão administrativo decidiu questões fáticas não vincula minimamente o juiz penal. Já a interpretação de questões jurídicas deve ser considerada pelo juiz penal, que, porém, pode dela divergir, desde que se desincumba do ônus argumentativo contrário. Finalmente, no que tange às questões técnicas, a análise do órgão administrativo funciona como uma espécie de laudo pericial, impondo um especial ônus ao juiz que decida divergir das conclusões administrativas.

Finalmente, destacamos que reconhecemos a controvérsia sobre o tema. Como leciona o prof. Adilson Abreu Dallari: “O direito é divergência. Diferentes intérpretes, partindo de diferentes premissas, podem chegar a diferentes conclusões. A doutrina já avançou o suficiente para perceber que os textos legais comportam uma pluralidade de interpretações”⁷⁸.

Cientes de que esta reconstrução se baseia na superação de dogmas, com a necessidade de se revisitar os temas aqui propostos e buscar soluções diferentes, baseadas em uma decisão razoável, nos socorremos das palavras do jurista espanhol M. Atienza, citado pelo prof. Jose Roberto Pimenta

⁷⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Viabilidade da transação entre o Poder Público e Particular**. Salvador PGE-BA, Revista da Procuradoria Geral do Estado, nº 28 (jul/dez 2001) p 153/167.

Oliveira: “como o faz o jurista espanhol M. Atienza, para quem uma decisão é razoável “quando aparece devidamente justificada”, “quando se sustenta em razões” (nas “razões do Direito”), “quando esteja precedida de argumentação que a fundamente”, de modo que “se possa comprovar que a solução dada é consequência de uma exegese racional do ordenamento e não o fruto da arbitrariedade”, quando “responde a uma determinada interpretação do Direito”, “quando logra um equilíbrio ótimo entre as distintas exigências que são postas na decisão”, ou “quando obtém um máximo de consenso”⁷⁹.

Como afirmou o filósofo Heráclito, "nada é permanente, exceto a mudança"!!

⁷⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Discricionariedade e Razoabilidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277155872_DISCRICIONARIEDADE_E_RAZOABILIDADE

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, set/dez., 2018.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy – Esboço e críticas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42 n. 165, jan.-mar. 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Poética/Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiro, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática**. São Paulo: Fórum e FGV, 2011.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 95/2012, p. 327-356, mar-abr, 2012.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COSTA, Helena Regina Lobo, e SABOYA, Keity. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Repercussão da sentença penal na esfera administrativa**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: n. 67,1972.

CRUZ, Rogério Schietti. **Proibição de dupla persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

DALLARI, Adilson Abreu. **Viabilidade da transação entre o Poder Público e Particular**. Salvador PGE-BA: Revista da Procuradoria Geral do Estado nº 28 (jul/dez 2001).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiro, 2006.

HUERGO LORA, Alejandro. **Las sanciones administrativas**. Madri: Iustel, 2007.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010.

Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 14 de junho de 1985, disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922(02)&from=DE)

Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 18 de dezembro de 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT, v. 192, n. 30, p. 75-112, set.-out.-2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Discricionariedade e Razoabilidade**. São Paulo: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277155872_DISCRICIONARIEDADE_E_RAZOABILIDADE.

OTTAVIANO, Santiago. **El Principio Ne Bis In Idem - La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional**. Universidad Austral, Buenos Aires, 2008, disponível em: https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Ottaviano.pdf.

RUDSTEIN, David S. **Double jeopardy: a reference guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger, 2004.

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

SARMENTO, Daniel (organizador). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **Instâncias Administrativa e Penal: A Independência na Teoria e na Prática Dos Crimes Tributários**. cap VI do Livro: Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos, coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach; organização Fernando Martins Maria Sobrinho, Londrina, PR: Thoth, 2017.

TOMILLO, Manuel Gómez. **Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH**. Barcelona: InDret 2.2020.