

Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção

Independence as indifference: ne bis in idem and multiple incidence in corruption cases

Maíra Rocha Machado*

FGV Direito SP – São Paulo, Brasil.

1. Introdução

Na última década, diversas pesquisas no campo do direito e das ciências sociais têm abordado a questão da multiplicidade institucional. De maneira geral, pode-se dizer que essas pesquisas se dedicam a descrever e extrair implicações jurídicas e políticas da atuação de diferentes áreas do direito e, portanto, de diferentes instituições, sobre um mesmo fato. Essa questão pode ser discutida a partir de várias perspectivas: a eficiência da multiplicação de recursos materiais e humanos para identificar e impor consequências jurídicas a um mesmo fato; a unidade ou integridade do sistema jurídico estatal diante de decisões eventualmente conflitantes; e, ainda, a violação de direitos individuais diante da multiplicidade de processos e sanções sobre os mesmos fatos. A depender da perspectiva adotada na pesquisa, a ênfase da argumentação estará nos prós e contras do arranjo institucional da multiplicidade, nos limites impostos pelo quadro

* Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da FGV Direito SP. Rua Rocha, 233, sala 915, CEP: 01330-000, São Paulo, SP. E-mail: maira.machado@fgv.br.

normativo para lidar com a questão ou, ainda, na elaboração de estratégias de solução dogmática ou legislativa para as dificuldades operacionais que a multiplicidade pode gerar.

No campo jurídico, o conjunto de pesquisas que tem alimentado o debate ao redor da questão da multiplicidade institucional pode ser organizado em dois grupos. No primeiro, estão as pesquisas dedicadas a pensar sobre as interações entre as áreas jurídicas: entre o direito penal e o direito civil, entre o direito penal e o direito administrativo, entre o direito civil e o direito administrativo¹. No segundo grupo, estão as pesquisas que se debruçam sobre a regulação de um problema social específico e, a partir dele, elaboram sobre as interações entre as áreas jurídicas propiciadas por quadros normativos que estabelecem infrações, procedimentos e sanções que mobilizam múltiplas vias institucionais para lidar com o mesmo fato: meio ambiente, tributação, relações econômicas, além da corrupção, são os mais frequentemente tematizados².

Em ambos os grupos, a expressão “multiplicidade institucional” é raramente utilizada para nomear a questão de fundo à qual as pesquisas, de diferentes formas, aportam. A opção, neste texto, por utilizá-la decorre de seu potencial descritivo para abarcar diversas dimensões da questão que, como se verá a seguir, são discutidas no campo do direito a partir de conceitos jurídicos específicos, como o *ne bis in idem* e a independência (ou autonomia) das esferas.

Diante desse cenário, o objetivo deste texto é se engajar nesse segundo grupo de pesquisas para observar, a partir do direito, a questão da multiplicidade institucional no campo específico do enfrentamento à corrupção no Brasil. Diversos fatores contribuem a justificar a adequação e relevância deste campo para a reflexão sobre a multiplicidade institucional. Nas últimas décadas, o tema da corrupção assumiu novo *status* na agenda social e política, tanto no Brasil como no exterior. Com ele, recursos massivos foram depositados na criação e no fortalecimento de instituições no Judiciário, no Legislativo e no Executivo para lidar com esses temas. Ao mesmo

1 Ver, entre outros, PUSCHEL e MACHADO (2008), ASSIS (2000), COSTA (2009), COSTA (2013), SILVEIRA (2008), MARQUES (2010).

2 Ver, especialmente, TANGERINO e GARCIA (2007), COSTA (2010) E SICA (2009). Para um balanço de situações de múltipla incidência na legislação brasileira na área do meio-ambiente, tributária, econômica, relações de consumo, e trânsito, ver SABOYA (2014, p. 261-270). Os trabalhos relacionados ao campo da corrupção e improbidade serão citados no decorrer deste texto.

tempo, fortes demandas da sociedade civil e da mídia ampliaram exponencialmente os mecanismos de controle público sobre a atuação dos órgãos estatais que, ademais, são instados também a prestar contas periódicas de suas atuações para organismos internacionais dedicados ao tema. Os resultados desse movimento, no plano normativo, podem ser observados pela promulgação de uma série de leis habilitando dezenas de instituições, nas esferas federal, estadual e municipal, a monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar a prática de atos de corrupção³. Articulando-se com outros pesquisadores que se dedicaram, de diferentes formas, ao mesmo problema de pesquisa, este texto busca também consolidar e refletir de modo mais detido sobre questões que surgiram no decorrer de outras pesquisas desenvolvidas pela autora deste texto nos últimos anos⁴.

Para avançar sobre essa questão, este texto se propõe a realizar um exercício de sistematização e categorização das normas que regulam a interação entre diferentes áreas do direito. O objetivo é identificar *quais* são e como estão formuladas as normas que se referem a outras possibilidades de responsabilizar e sancionar uma mesma conduta. Esse exercício será realizado sobre um conjunto específico de leis, selecionado de acordo com critérios apresentados a seguir. Para ampliar as possibilidades de interpretação deste conjunto normativo, buscar-se-á observar também o modo como a doutrina brasileira percebe a questão da múltipla incidência. Tendo em vista que esse problema de pesquisa tem interessado também ao campo da ciência política – ver, especialmente, Power e Taylor⁵ e Arantes⁶ – este texto busca dirigir-se não apenas a quem se interesse sobre a construção normativa e doutrinária da multiplicidade institucional, mas também a quem se debruce sobre os arranjos políticos e institucionais do enfrentamento à corrupção no Brasil.

Para tanto, o texto organiza-se em três partes, além desta introdução. Na primeira, busca apresentar a questão da multiplicidade institucional a partir do estudo de leis selecionadas que, analisadas conjuntamente, evi-

3 Para uma descrição desse movimento, a partir de análise documental e entrevistas com atores da esfera federal, ver MACHADO e PASCHOAL (2016).

4 MACHADO, 2007 (sobre a relação civil-penal); 2009 (sobre a relação penal-administrativa); 2013 (sobre a departamentalização do saber jurídico) e 2014 (estudo de caso de múltipla incidência de sanções penais, civis e administrativas sobre os mesmos fatos, Caso TRT).

5 POWER; TAYLOR, 2011.

6 ARANTES, 2011.

denciam zonas de sobreposição no tocante às condutas e às consequências jurídicas aplicáveis (item 2.). Sob a denominação de “programas jurídicos sancionatórios” (item 2.1.), essas leis são estudadas a partir de suas normas de comportamento e de sanção (item 2.2.). A segunda parte aborda a questão da multiplicidade de outra perspectiva. Trata-se aqui de observar de que modo cada um desses programas regulamenta sua relação com os demais programas incidentes sobre os mesmos fatos (item 3.). Essas normas são de vários tipos, o que permite seu agrupamento a partir das funções que cumprem na regulação das interações entre diferentes programas jurídicos sancionatórios (item 3.1.). Para ampliar a compreensão desse conjunto normativo, a parte final desta seção dedica-se a explorar o modo como a doutrina, em especial a brasileira, tem observado as questões que emergem da multiplicidade institucional a partir de dois institutos jurídicos: a independência entre as esferas e o *ne bis in idem* (item 3.2). Por fim, a terceira parte consolida as questões levantadas no decorrer do texto com vistas a contribuir para a agenda de pesquisas em direito sobre a multiplicidade institucional em casos de corrupção (item 4.).

2. Um mesmo fato e várias formas de puni-lo

Integra o cotidiano dos juristas distinguir entre “os fatos” e “o direito”. Esses dois termos, e a relação entre eles, mobilizam grande parte da reflexão e do fazer jurídico. Mais especificamente, este texto interessa-se pelos fatos da vida que podem – ou não podem – ser observados como proibidos pelo direito. As proibições, quando consideradas violadas, podem gerar a imposição de consequências jurídicas. Tanto o reconhecimento da violação quanto a imposição de consequências dependem da decisão de uma autoridade competente em um procedimento também regulado pelo direito. Trata-se do que este texto irá denominar “programa jurídico sancionatório”.

Com essa expressão busca-se descrever os arranjos normativos que se formam no interior de diferentes áreas do direito e que estabelecem, ao menos, *normas de comportamento* (as proibições), *normas de sanção* (as consequências) e *normas de processo* (quem e como pode afirmar que a proibição foi violada e impor uma consequência)⁷. Esse quadro irá se complexificar mais a frente, mas

7 Essa formulação resulta de um exercício de utilização do “quadro normativo para descrição das normas penais”, desenvolvido por Álvaro Pires (MACHADO; PIRES *et al.*, 2010), para observar certas normas e as práticas de outras áreas do direito (civil e administrativo) que podem ser caracterizadas por estabelecer (i) proibições aos cidadãos, (ii) consequências jurídicas pela violação das proibições e (iii) autoridades e pro-

neste momento é suficiente indicar esses três componentes centrais. A principal função dessa tipologia é distanciar o leitor da tradicional organização do direito em áreas jurídicas (direito penal, direito civil, direito administrativo) de modo a aguçar a descrição dos diferentes “programas jurídicos sancionatórios” que se formam no interior ou na interface entre as áreas.

Desse modo, é possível dizer que no interior do que comumente designamos “direito penal” é possível identificar programas jurídicos sancionatórios (essa combinação de normas de comportamento, sanção e processo) distintos em caso de homicídio doloso (que, entre outras coisas, é julgado pelo Júri e muito dificilmente pode receber uma pena distinta da privação de liberdade) e em caso de “porte de drogas para consumo pessoal” (que, via de regra, é submetido a um juizado especial criminal e não pode, em hipótese alguma, receber pena de privação de liberdade). A mesma situação pode ser observada, na esfera civil, entre o “dano moral” e as ações de indenização, reguladas pelo Código de Processo Civil, e a “improbidade administrativa” que segue o rito previsto na lei da ação civil pública e pode resultar na aplicação de sanções pecuniárias e restritivas de direitos, além da obrigação de reparar o dano. Na esfera administrativa a diversidade de programas jurídicos sancionatórios aumenta exponencialmente diante das especificidades das proibições para as diversas atividades, dentro e fora da administração pública, envolvendo questões éticas, disciplinares, econômicas, ambientais etc.

Enfim, ao se adotar como lente de leitura um dado “programa jurídico sancionatório”, e não uma área do direito, evita-se projetar sobre um determinado conjunto de normas as características atribuídas à área do direito (se é norma penal, é mais grave, justamente por ser penal), bem como se favorece uma observação mais fina e acurada do conteúdo das normas estudadas – a improbidade “é administrativa”, mas o procedimento se dá perante o juízo “civil” e, observando bem, há normas do Código de Processo Penal que devem ser acionadas em determinadas situações, como nos casos de depoimentos do alto escalão do Executivo, membros do Judiciário e do Legislativo⁸. Em outras palavras, não se trata aqui de negar as especificidades

cedimentos para afirmar a primeira e impor a segunda. Esse “quadro normativo” foi desenvolvido a partir da distinção entre normas primárias e secundárias proposta por Hart. Para mais detalhes, ver MACHADO; PIRES *et al* (2010), especialmente p. 18-23.

8 Lei 8429/92 (Improbidade Administrativa), art. 17, § 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1o, do Código de Processo Penal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001).

das diferentes áreas do direito – até porque, como se verá a seguir, as normas de referência a outros programas fazem menção às áreas civil, penal e administrativa e não aos programas jurídicos sancionatórios específicos (item 3.1. *infra*). Trata-se, justamente, de adotar um quadro analítico que maximize as especificidades no interior das diferentes áreas, favorecendo, assim, a desnaturalização das categorias e conceitos jurídicos⁹. Esse quadro analítico foi bastante útil em outras pesquisas, mas parece especialmente interessante quando se trata de observar os arranjos jurídicos que se formam para responsabilizar e punir uma determinada situação problemática sobre a qual podem incidir duas ou mais áreas do direito, como no caso da corrupção.

Pois bem. No contexto dos programas jurídicos sancionatórios, objeto deste texto, o percurso entre os fatos e o direito aplicável exige uma longa e complexa sucessão de juízos a serem realizados, discutidos, demonstrados¹⁰. Para isso servem as normas de processo e os procedimentos que elas regulam. Nos documentos produzidos no decorrer desses procedimentos (peças, decisões e recursos), “fatos” e “direito” são normalmente abordados em seções separadas, permitindo observar que os primeiros constituem uma narrativa de eventos passados – lidos com as lentes do programa jurídico sancionatório em questão – a partir das informações e provas coletadas; e o segundo constitui o resultado do processo de incidência de certas *normas de comportamento* sobre tais fatos. Ambos estão igualmente submetidos à disputa: é possível haver profundas divergências tanto no modo como os fatos são recortados, selecionados e narrados quanto na escolha das normas que sobre eles incidirão¹¹.

As experiências da vida, no entanto, tendem a não coincidir ponto a ponto com as normas de comportamento disponíveis. Dessa forma, não é incomum que sobre um mesmo fato possa incidir mais de uma norma de comportamento. E isso pode ocorrer de diferentes formas. Na primeira, um determinado fato, tal como narrado, envolve vários componentes pre-

9 É o que Margarida Garcia denomina “dessubstancialização das categorias jurídicas” (GARCIA, 2014).

10 Para uma discussão sobre este percurso no direito penal ver MACHADO e MACHADO (2009) e MACHADO e MACHADO (2013).

11 Como se verá a seguir, além das normas de comportamento, outros tipos de normas cumprem papel fundamental aqui. As normas que definem, por exemplo, a imputação de responsabilidade. A depender do programa, apenas pessoas jurídicas, apenas pessoas físicas, apenas funcionários públicos, combinações entre eles e assim por diante.

vistos em normas de comportamento diferentes, no interior de um mesmo programa, de modo a demandar mais de uma norma para “dar conta” do conjunto de elementos que o compõe. Mas pode ocorrer também que um mesmo fato esteja previsto em normas de comportamento previstas em diferentes programas jurídicos sancionatórios. É essa segunda situação que interessa aos objetivos deste texto.

Para avançar sobre esse ponto, as duas próximas seções apresentam as leis selecionadas para o desenvolvimento desta pesquisa. A primeira parte enfrenta as dificuldades em selecionar os programas que constituem o corpo empírico e propõe como critério as características da pessoa imputada – agente público e agente privado (pessoa física e pessoa jurídica) (item 2.1.). A segunda parte elabora mais detidamente sobre as normas de comportamento e sanção previstas nos programas jurídicos sancionatórios selecionados para análise (item 2.2.).

2.1. A seleção dos programas jurídicos sancionatórios

Extrapolando os objetivos desta pesquisa realizar um mapeamento exaustivo dos programas jurídicos sancionatórios mobilizados no enfrentamento à corrupção no Brasil. A própria identificação desses programas coloca desafios importantes tendo em vista que o termo “corrupção” é utilizado comumente para designar inúmeros comportamentos que podem ser praticados dentro e fora da administração pública, por pessoas físicas e jurídicas, bem como crimes que em nada se relacionam com a administração pública¹².

Na legislação brasileira, o termo “corrupção” (no sentido de atos contra a administração pública) aparece no Código Penal para designar apenas três – corrupção passiva (art. 317), corrupção ativa (art. 333) e corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) – dentre os 133 tipos penais presentes no Título XI – Dos crimes contra administração pública¹³. Nas demais leis estudadas nesta pesquisa, o termo aparece apenas na Lei

12 SILVEIRA (2013, p. 76-77) chama atenção para o fato de que o termo “corrupção” é utilizado na legislação penal para descrever crimes diversos como “corrupção de menores”, “corrupção de produtos alimentícios”, entre outros. Para o autor, a “sede própria da corrupção” localiza-se nos crimes contra a administração pública.

13 O Título XI é composto por 60 artigos que podem ser fragmentados e agrupados em 133 tipos penais em função das causas de aumento e diminuição. Para maiores informações, ver MACHADO e MACHADO (2008).

1079/50 (Crimes de Responsabilidade) na descrição de certas condutas¹⁴ e na Lei 8112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal), em meio aos 13 incisos que indicam a possibilidade de aplicação de pena de demissão (art. 132, XI). A Lei 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) ou a Lei 12.846/13 (denominada “Lei anticorrupção”) não utilizam o vocábulo – ainda que se dediquem, quase exclusivamente, a este tema. Tampouco podemos encontrá-lo na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU), na Lei de Licitações ou na Lei Complementar 64/1990¹⁵ – modificada em 2010 pela “Lei da Ficha Limpa” – ainda que não haja dúvidas de que participam, ativamente até, do arcabouço jurídico de enfrentamento à corrupção no Brasil. Deste muito breve levantamento é possível concluir que o uso do termo “corrupção” na legislação vigente contribui pouco à identificação sistemática dos programas jurídicos sancionatórios que participam deste campo.

Tendo em vista que o foco desta pesquisa está nas normas que regulamentam a interação entre programas, optou-se por construir um corpo empírico que favorecesse a identificação de situações nas quais mais de um programa jurídico sancionatório pudesse incidir sobre um mesmo fato. Para alcançar esse objetivo, a estratégia metodológica adotada aqui descartou o uso do termo corrupção nas normas de comportamento para atentar às *normas de enquadramento no programa*. Com essa expressão, este texto se refere às normas que estabelecem o quadro geral de possibilidades de incidência de um determinado programa jurídico sancionatório sobre um fato. Essas normas podem ser de vários tipos, podendo indicar aspectos materiais do fato – como tratar-se de ato lesivo à administração pública no âmbito do regime de licitações (Lei 8666/93, art. 82) – ou características das pessoas às quais pode ser imputada a violação de uma proibição. No campo da corrupção, é possível dizer que as características da pessoa a quem se imputa a violação de uma proibição constitui o principal indicador dos potenciais programas que podem incidir sobre um caso concreto, uma vez que os arranjos normativos serão distintos para Ministros de Estados, membros do Judiciário ou do Ministério Público, policiais federais, empresas, cidadãos, etc.

14 São elas: crime contra o livre exercício dos poderes constitucionais (art. 6º, 2), contra o exercício dos direitos políticos (art. 7º, 1) e contra a probidade na administração (art. 9º, 6).

15 A LC 64/90, listando as situações de inelegibilidade, refere-se à “corrupção eleitoral” (art. 1º, I, j) estando os atos de corrupção em sentido amplo agrupados sob a rubrica “crimes contra a administração pública” (art. 1º, I, e, 1.).

Cada pessoa física que ocupa cargo ou exerce função junto aos órgãos estatais está submetida a normas de comportamento e sanções previstas em leis específicas que estabelecem o regime jurídico geral do exercício dessas funções – entre elas, o que não se pode fazer e quais as consequências desses atos – que também estabelecem as autoridades incumbidas para decidir e impor sanções (corregedorias, comissões etc.). Esses programas jurídicos sancionatórios são alocados no direito administrativo, tendo em vista serem, via de regra, os próprios órgãos nos quais a pessoa imputada exerce suas funções as autoridades competentes para processar e sancionar. Pelas próprias características desses programas, eles não alcançam os cidadãos e as empresas (agentes privados, pessoas físicas e jurídicas) que eventualmente participaram do mesmo fato do qual decorre a imputação ao agente público. Para os propósitos desta pesquisa, que depende da análise do conteúdo específico das normas, selecionou-se o Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8112/90) pela abrangência das normas de comportamento previstas e pelo grau de explicitação das normas de processo.

Mas os agentes públicos, pelos mesmos fatos, podem estar sujeitos também a dois outros programas jurídicos sancionatórios regulados por lei federal e aplicados no âmbito do Poder Judiciário: as leis penais e a lei de improbidade administrativa – ambas aplicáveis também aos agentes privados (pessoas físicas). A legislação penal distingue em dois capítulos os crimes praticados por funcionários públicos (Título XI, Cap. I) dos crimes praticados por particular contra administração pública (Título XI, Cap. II). A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, estabelece um mesmo rol de normas de comportamento, mas destaca que a lei se aplica a “qualquer agente público” (art. 1º)¹⁶ e, no que couber, àquele que “mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie de forma direta ou indireta” (art. 3º). Esse último dispositivo alcança não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas. Estas estão excluídas do alcance da legislação penal, mas foram amplamente contempladas pela Lei Anticorrupção que se dirige, justamente, à “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública” (art. 1º).

16 Claro, as normas de enquadramento em função da pessoa no programa jurídico sancionatório previsto pela Lei de Improbidade Administrativa oferecem uma série de detalhes, vide íntegra do art. 1º e parágrafo único e art. 2.

O quadro 1, abaixo, sistematiza os programas jurídicos sancionatórios que serão abordados neste texto, organizando-os a partir das normas de enquadramento em função da pessoa imputada. Vários outros programas poderiam ser interessantes, como aqueles estabelecidos pela Lei de Licitações, pela Lei de Crimes de Responsabilidade ou pela Lei Orgânica do TCU, mas os quatro programas selecionados aqui já fornecem material empírico suficiente para os propósitos desta pesquisa.

Quadro 1 – Programas jurídicos sancionatórios por norma de enquadramento em função da pessoa imputada

Agente público	Agente privado (pessoa física)	Agente privado (pessoa jurídica)
Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8112/90)	-	-
CPP e CP (Título XI, Cap. I)	CP e CPP (Título XI, Cap. II)	-
Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92)	Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92)	Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92)
-	-	Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13)

Tomados de maneira ampla, é possível dizer que esses programas se dirigem a proteger “a administração pública” utilizando, para tanto, diferentes denominações: “crime contra a administração pública” (Código Penal), “ato de improbidade” (Lei 8429/90), “ato lesivo à administração pública” (Lei 12.846/13) ou, simplesmente, “proibições” e “irregularidades” (Lei 8.112/90). No interior dessas categorias genéricas estão listadas, com maior ou menor grau de detalhe, as proibições, isto é, os comportamentos que podem gerar a aplicação das sanções. Esse é o segundo desafio a ser enfrentado para observar a questão da múltipla incidência sobre um mesmo fato, discutida a seguir.

2.2. Normas de comportamento e normas de sanção

As normas de comportamento estão redigidas, nesses programas, de diferentes maneiras e, em vários casos, recorrendo a termos amplos e genéricos – e não à descrição de condutas específicas. No Código Penal, as normas de comportamento estão associadas, no mesmo artigo, a uma norma de sanção, formando os “tipos penais”. Há diversos tipos penais no capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionário público contra a administração: apropriar-se ou desviar bem público ou privado que tenha posse em razão do cargo (“peculato”, art. 312); inserir dados falsos em sistema informático (art. 313-A); emprego irregular de verbas públicas (art. 315); exigir vantagem indevida (“concussão”, art. 316); deixar de praticar ato de ofício em razão de vantagem indevida solicitada ou recebida (corrupção passiva na forma agravada, art. 317, parágrafo 1º); facilitar a prática de contrabando (art. 318); deixar de responsabilizar funcionário que cometeu infração (condescendência criminosa, art. 320), entre vários outros. Para todas essas condutas há previsão de pena de prisão que varia de “15 dias até um mês” no caso da condescendência criminosa (art. 320) a “2 anos e 8 meses até 16 anos” no caso da corrupção passiva em forma agravada (art. 317, parágrafo 1º). A pena de multa é cumulada com a pena de prisão em boa parte dos tipos e alternativa (prisão ou multa) em alguns casos em que a pena máxima de prisão é inferior a um ano.

Mas além dos tipos penais – a combinação entre uma norma de comportamento e uma norma de sanção –, o Código Penal estabelece a possibilidade de substituição das penas de prisão por penas restritivas de direitos quando inferiores a 4 anos e não praticadas com violência ou grave ameaça (art. 44). Dessa forma, várias das situações previstas acima podem vir a ser sancionadas com prestação pecuniária, perda de bens ou valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Importante destacar que a substituição é realizada pelo juiz, após a condenação, no momento de decidir a pena. Isso significa que mesmo as condutas mais graves apontadas acima, como a facilitação do contrabando, com mínima de 3 anos de prisão, pode ser substituída por uma ou duas penas restritivas de direito (art. 44, parágrafo 2º). Para decidir a substituição, o Código Penal estabelece que o juiz deverá levar em conta “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado” e a suficiência da medida diante das circunstâncias do crime (art. 44, III).

O Código Penal prevê, ainda, outras normas de sanção (ou seja, consequências jurídicas pela violação de uma norma de comportamento) sob a denominação de “efeitos da condenação”. Para os casos tratados aqui, importa indicar a obrigação de indenizar o dano e a perda de bens oriundos do crime (art. 91, I e II), bem como a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo nas hipóteses indicadas no art. 92, I¹⁷.

A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, utiliza outra técnica de redação e prevê normas de comportamento em três artigos, e as sanções aplicáveis a eles em outro. As normas de comportamento estão divididas entre atos de improbidade que “importam enriquecimento ilícito” (art. 9), “que causam prejuízo ao erário” (art. 10) e que “atentam contra os princípios da administração pública” (art. 11). Esse último artigo, por exemplo, estabelece de forma bastante geral que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. Desta definição seguem nove incisos que exemplificam algumas situações específicas, como “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” (art. 11, II) ou o recentemente incluído “deixar de cumprir exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação” (art. 11, IX).¹⁸ Tal como redigido o art. 11, inúmeras condutas - para além daquelas que mais rapidamente se associam com a ideia de corrupção - podem ser consideradas como improbidade administrativa. É o caso da prática de tortura por policiais¹⁹. No artigo subsequente, as normas de sanção, denominadas “penas” pela lei, estabelecem a perda de bens (para o caso do “enriquecimento ilícito” e do “prejuízo erário”, art. 9 e 10) e, para as três categorias de improbidade: ressarcimento integral do dano, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder

17 Destaca-se que a perda do cargo, função ou mandato não é automática “devendo ser motivadamente declarad[a] na sentença” (art. 92, parágrafo único). Trata-se também de “entendimento pacificado” pelo STJ. Ver, por exemplo, AgRg no REsp 1459396/MG, 11/10/2016, Rel. Ministro Felix Fischer; AgRg no AREsp 818917/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 01/02/2016; AgRg no REsp 1459396/MG; AgRg no REsp 1496122/PR; AgRg no AREsp 916995/PR; REsp 1546149.

18 Esse último inciso foi inserido pela Lei 13.146/2015.

19 Ver, por exemplo, acórdão do STJ: “[a] hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública em face de agentes da Polícia Civil do Distrito Federal, imputando-lhes a realização de ato de improbidade administrativa violador do artigo 11 da Lei 8429/92 decorrente da suposta prática de crime de tortura.” (REsp 1200575/DF, 11/06/2015, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques). E, ainda, REsp 1317487/MT, 07/08/2014, Rel. Ministra Laurita Vaz.

Público, suspensão dos direitos políticos e multa. O período de tempo pelo qual deve vigorar a proibição de contratar e a suspensão dos direitos, bem como o modo de cálculo da multa variam de acordo com a categoria do ato de improbidade.²⁰ Podem ser aplicadas cumulada ou alternativamente “de acordo com a gravidade do fato” (art. 12).

No tocante aos regimes disciplinares, a Lei dos Servidores Públicos Federais, selecionada nesta pesquisa, elenca entre as “proibições”, condutas de muitos tipos. Desde “ausentar-se do serviço durante o expediente” (art. 117, I) ou “proceder de forma desidiosa” (art. 117, XV) até situações mais próximas às tratadas aqui como “receber propina, comissão ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições” (art. XII). Mais à frente, no capítulo dedicado às “penalidades”, estão listadas: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo ou função (art. 127). Vale destacar que a pena de suspensão pode ser convertida por multa “quando houver conveniência para o serviço público”, situação na qual o funcionário será obrigado a permanecer em serviço (art. 130, parágrafo 2º). Também outra forma de redação das normas de comportamento e das normas de sanção se apresenta nesse caso, especialmente no artigo 132, que estabelece no *caput* a norma de sanção “a demissão será aplicada nos seguintes casos” e, nos incisos, elenca normas de comportamento que podem gerar a demissão. Dentre elas estão: “crime contra administração pública” (art. 132, I); “improbidade administrativa” (art. 132, IV), “aplicação irregular de dinheiros públicos” (art. 132, VIII), “corrupção” (art. 132, XI), entre outros.

São inúmeras as sobreposições que podem se formar tanto no tocante às normas de comportamento quanto de sanção. As normas de comportamento amplas e genéricas da Lei de Improbidade Administrativa – e a remissão a ela pelo Estatuto dos Servidores – podem abranger todas as normas de comportamento previstas no Código Penal. Todas elas, no mínimo, atentam contra os princípios da administração pública, o que permitiria a incidência da Lei de Improbidade e, por via de consequência, do

20 Desse modo, considerando os art. 9, 10 e 11, nesta ordem, a proibição de contratar com o Poder Público é definida de modo fixo por 10, 5 e 3 anos, respectivamente; a suspensão dos direitos políticos por variar de 8 a 10 anos, 5 a 10 anos e 3 a 5 anos. Por fim, a multa, para o art. 9, é calculada a partir do acréscimo patrimonial, podendo atingir 3 vezes este valor; para o art. 10 é calculada a partir do valor do dano causado ao erário, no máximo duas vezes este valor; e a do art. 11, é calculada a partir da remuneração percebida pelo agente, podendo alcançar 100 vezes este valor. (art. 12, incisos I, II e III).

Estatuto dos Servidores. Mas essa possibilidade de incidência em abstrato dos três programas jurídicos sancionatórios dependerá de que o mesmo fato, chegando ao conhecimento de uma das autoridades responsáveis por investigá-lo, processá-lo e puni-lo, seja por ela comunicado às demais autoridades. Este ponto será abordado na seção a seguir (item 3.1.).

No tocante às sanções, a breve narrativa feita aqui busca justamente chamar atenção para dois pontos. Primeiro: é empiricamente incorreto associar a atuação da “esfera penal” no enfrentamento à corrupção com a imposição de pena de prisão. Como se viu, penas restritivas de direito e multas podem ser as únicas sanções aplicáveis em muitos casos. Os milhares de processos criminais relacionados ao enfrentamento da corrupção que tramitam atualmente no Brasil não se referem apenas aos grandes escândalos envolvendo políticos de alto escalão, grandes esquemas e operações que duram anos²¹. Um levantamento sistemático de jurisprudência sobre este ponto seria de enorme contribuição para traçar um perfil mais claro das pessoas que têm sido processadas por esses crimes. De todo modo, o Código Penal prevê a possibilidade de um conjunto mais amplo de sanções – várias delas previstas também nos demais programas discutidos aqui.

O segundo ponto diz respeito à previsão, nos três programas jurídicos sancionatórios, da perda do cargo ou função. Mesmo aparecendo como “efeito da condenação”, no Código Penal; como “pena” na Lei de Improbidade Administrativa; e na forma de “demissão” para os ativos ou de “cassação da aposentadoria” para os inativos, o efeito é o mesmo. A pena de multa, diferentemente, tem incidência mais diversificada a depender da norma de comportamento específica. Como se viu, pode ser cumulada ou alternativa à pena de prisão no Código Penal, pode ser cumulada ou alternativa às demais penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa ou ser aplicada em substituição à suspensão, no caso do Estatuto do Servidor.

21 Por intermédio da Meta 18 (renomeada Meta 4 em 2013), o CNJ convocou todos os tribunais do país a identificar e julgar os processos de improbidade administrativa e crime de corrupção distribuídos que aguardavam decisão. De acordo com o CNJ, havia 197,8 mil processos distribuídos até dezembro de 2012 nessa condição. Para uma síntese dos resultados anuais obtidos, ver <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79332-tribunais-cumprem-55-da-meta-de-combate-a-corrupcao-no-pais> (acesso em 30.10.2016). O último relatório referente à Meta 4, de 2016, especificando por tribunal o número de processos julgados e a julgar encontra-se disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/c6ab682092b-8f3b5bad2c9399141ef30.pdf> (acesso em 30.10.2016).

3. Por um quadro descritivo da múltipla incidência

A múltipla incidência de programas jurídicos sancionatórios sobre um mesmo fato não é necessariamente observada como um problema no campo jurídico. A disputa argumentativa se estabelece ao redor de dois componentes: a “independência das esferas” e o *ne bis in idem*²². Como se verá no decorrer desta seção, esses dois componentes, tal como formulados por convenções internacionais, pela legislação nacional e pela doutrina não esgotam as possibilidades de normatização das interações entre diferentes programas jurídicos sancionatórios. Por essa razão, esta pesquisa buscou sistematizar, no âmbito dos programas selecionados anteriormente, as normas que, de diferentes maneiras, referem-se a outros programas com o objetivo de construir um quadro normativo de possibilidades de interação entre diferentes programas (3.1.). Em seguida, a partir da produção doutrinária sobre “independência das esferas” e *ne bis in idem*, a segunda parte desta seção busca refletir sobre o sentido atribuído a esses componentes, especialmente no tocante aos programas jurídicos sancionatórios estudados aqui (3.2.).

Antes de avançar, é importante registrar que os componentes tratados conjuntamente nesta seção têm desenvolvimentos bastante assimétricos. É vasta a literatura sobre *ne bis in idem*, no Brasil e no exterior, parte percorrendo suas transformações ao longo dos séculos e parte extraindo implicações concretas para problemas jurídicos contemporâneos. “Muita história e, ao mesmo tempo, muita atualidade”, como diz Ottaviano²³. O significado e o alcance da locução latina *ne bis in idem* – “não duas vezes o mesmo” – vêm sendo disputados pela doutrina jurídica desde suas origens²⁴. O que

22 Chamados aqui simplesmente “componentes” do debate jurídico pois extrapola aos objetivos deste texto repertoriar e dar sentido à variação na nomenclatura que se pode encontrar na doutrina, já que ambos podem ser antecedidos dos termos “regra” e “princípio”.

23 OTTAVIANO, 2010, p. 797.

24 Suas origens são atribuídas à Lei das Doze Tábuas, no final do século IV a.C., assumindo diferentes formas ao longo dos séculos (SABOYA, 2014: p. 7-19). No direito moderno, o princípio aparece na Constituição Francesa de 1791 (art. 9º) e na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, em 1887 e foi explicitamente integrado ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (adotado em 1966 e promulgado no Brasil em 1992 – Dec. 592/1992) e à Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos ratificadas pelo Brasil (adotada em 1969 e promulgada no Brasil em 1992 - Dec. 678/1992). Para um balanço da literatura sobre essa expressão, seus alcances e limites em diferentes momentos históricos, ver SABOYA (2014), especialmente o primeiro capítulo “Aspectos universais do princípio do *ne bis in idem*”.

exatamente não pode ser repetido? A qualificação jurídica? O processo? A sanção? A proibição de cumulação aplica-se apenas no interior do programa jurídico sancionatório estabelecido pelo Código Penal e de Processo Penal ou a outros programas jurídicos sancionatórios também?

A “independência entre as esferas”, diferentemente, não conta com o mesmo suporte de elaboração conceitual. Parte dessa diferença explica-se pela previsão normativa do *ne bis in idem* em convenções internacionais, o que revela a um só tempo sua aceitação como garantia jurídica bem como sua difusão, em função disso, para diversos países. Já a “independência das esferas” parece ser, no contexto brasileiro, resultado de um duplo movimento: o processo de diferenciação entre as esferas civil e penal no final do século XIX e início do século XX e, mais recentemente, a expansão do direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, das hipóteses de incidência simultânea ao direito penal.

O que interessa a esta pesquisa é observar de que modo convivem esses dois componentes no direito brasileiro e o que aportam ao debate mais amplo sobre a múltipla incidência em casos de corrupção. Como se verá no decorrer desta seção, a depender do conteúdo jurídico atribuído a cada um deles, *ne bis in idem* e “independência das esferas” podem ser observados como plenamente compatíveis ou como absolutamente incompatíveis – nesse último caso, diante da resolução de um caso concreto, um deles precisaria ser neutralizado para que o outro possa prevalecer. Nesta pesquisa, foi possível encontrar posicionamentos doutrinários nos dois sentidos – e soluções intermediárias também. A elas dedica-se a parte final desta seção. Antes, contudo, apresenta-se o quadro descritivo de possibilidades de interação entre os programas jurídicos sancionatórios estudados nesta pesquisa.

3.1. Normas de referência a outros programas jurídicos sancionatórios

O estudo dos programas jurídicos sancionatórios selecionados aqui permite observar a existência de normas diferentes daquelas que prescrevem comportamentos, indicam sanções, regulamentam procedimentos ou estabelecem as regras gerais de enquadramento de um determinado programa. Trata-se das normas que se referem a outros programas jurídicos sancionatórios diferentes daquele no qual a norma se insere. A expressão “referir-se a” indica que a busca por essas normas foi feita de modo

bastante amplo, mais amplo do que os termos “conexão” e “articulação” poderiam indicar²⁵. Desse modo, na seleção das normas discutidas nesta seção, o critério central foi a menção a outros programas jurídicos sancionatórios, qualquer que fosse o conteúdo dessa menção. Como se verá a seguir, em alguns casos a referência dirige-se a todo um programa – quando emprega, por exemplo, as expressões “responsabilidade civil”, “responsabilidade criminal”, “responsabilidade administrativa” – e, em outros, a apenas alguns aspectos dele – apenas as normas de sanção, apenas as normas de processo etc.

Selecionadas desta forma, foi possível identificar três tipos de conteúdo: as normas que estabelecem o dever de *comunicar a existência de um procedimento* a outro programa (grupo 1); as normas que *afirmam a possibilidade de incidência múltipla* de mais de um programa sancionatório (responsabilidade ou sanção); e, por fim, as normas que, além de afirmar a incidência múltipla, *descrevem implicações* de um programa em outro (grupo 2). Estes dois últimos tipos de conteúdo aparecem, em alguns casos, em uma mesma norma. Por essa razão serão tratados em conjunto a seguir.

No tocante ao primeiro grupo, normas que prescrevem a comunicação de um programa a outro, foi possível observar quatro variáveis: os programas jurídicos envolvidos (1.), o momento do procedimento em que essa comunicação deve ser feita (2.), se a comunicação é automática ou depende de deliberação específica para esse fim (3.) e, ainda, se a norma em questão especifica o que deve ser feito com a comunicação no programa ao qual a informação é encaminhada (4.). O quadro abaixo resume as normas encontradas nos programas estudados aqui a partir dessas quatro variáveis.

25 Esta pesquisa modifica, portanto, o alcance da categoria normativa “normas de conexão ou articulação” que integra a formulação original do quadro descritivo de normas penais desenvolvido por Álvaro Pires. Ver nota de rodapé 5, *supra*.

Quadro 2 – Normas de referência a outros programas (grupo 1 - comunicação)

Estatuto do Servidor Público Federal	Art. 154. P. ú. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, <i>independentemente</i> da imediata instauração do processo disciplinar.	<ul style="list-style-type: none"> - 1. Ao “Ministério Público” - 2. Comunicação independe de instauração do processo disciplinar - 3. Comunicação decorre de conclusão sobre ilicitude penal (juízo sobre outro programa)
	Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar <i>será remetido</i> ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.	<ul style="list-style-type: none"> - 1. Ao “Ministério Público” - 2. No decorrer do processo disciplinar - 4. “para instauração de ação penal”
Código Penal	Art. 92. São também efeitos da condenação: I – a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração (...). P.u. Os efeitos (...) <i>não são automáticos</i> , devendo ser motivadamente declarados na sentença.	<ul style="list-style-type: none"> - 1. Necessidade de comunicação à administração está implícita. - 2. Após o trânsito em julgado da sentença - 3. Depende de fundamentação específica - 4. Comunicação do “efeito da condenação” é condição para que seja efetivada (só a administração pública pode efetivar a perda do cargo)
Lei de Improb. Adm.	Art. 15. A comissão processante <i>dará conhecimento</i> ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade. (...)	<ul style="list-style-type: none"> - 1. Ao “Ministério Público” - 2. No decorrer do procedimento administrativo - 3. Comunicação decorre de instauração de procedimento para apurar ato de improbidade (automática) - 4. “para apurar”
Lei Anti-corrupção	Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, <i>dará conhecimento</i> ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.	<ul style="list-style-type: none"> - 1. Ao “Ministério Público” - 2. Após a conclusão de procedimento administrativo - 3. Comunicação decorre de conclusão do procedimento administrativo (automática) - 4. “para apuração”

No tocante aos programas jurídicos envolvidos (1.), todos os programas estudados aqui dispõem de normas que estabelecem o dever de comunicar ao Ministério Público a existência de um procedimento administrativo. A única situação de comunicação no sentido inverso, isto é, do Judiciário para a Administração, é a norma de sanção prevista no Código Penal sob a forma de “efeito da condenação”. Aqui, um dever de comunicar está implícito: a única forma de efetivar a perda do cargo em função de sentença penal condenatória transitada em julgado é mediante comunicação ao órgão administrativo competente para demitir o funcionário²⁶.

Nos demais casos, trata-se de comunicar ao Ministério Público. Comunicação que pode ser realizada antes mesmo da instauração de processo disciplinar, em seu decorrer ou após sua conclusão, a depender do programa jurídico sancionatório em questão (2.). Tanto a Lei de Improbidade quanto o Estatuto indicam que, uma vez instaurado o processo administrativo, deverá ser feita comunicação ao Ministério Público. Mas, como se nota no quadro acima, o Estatuto abre a possibilidade de a autoridade administrativa realizar essa comunicação antes e “independentemente de imediata instauração de processo disciplinar”. Na Lei anticorrupção, diferentemente, estabelece-se que a comunicação deverá ocorrer após a conclusão do processo administrativo. Vale chamar atenção para o fato de que essa norma foi modificada em 18.12.2015, pela Medida Provisória 703/2015 para prever a comunicação ao Ministério Público “após a *instauração* do processo administrativo”. Essa formulação vigorou até 29.05.2016, quando foi declarado o encerramento do prazo de vigência da MP²⁷. A breve exposição de motivos da MP 703/2015 não explicita a razão da alteração dessa norma especificamente.

De todo modo, o que está em jogo aqui é a “robustez” do conjunto de informações que será enviado ao Ministério Público. Isto é, quando a comunicação se dá logo no início do procedimento administrativo, seu percurso, com a eventual produção de provas que descaracterizem o fato inicialmente narrado como infração, não será levado em conta pelo

26 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “[d]iante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo público, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária.” RMS 22.570/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, 18/03/2008.

27 Ato declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional no 27/2016.

Ministério Público no momento de sua decisão sobre o início de procedimento civil e/ou penal para apurar os fatos descritos na comunicação recebida do órgão administrativo. É claro que ao Ministério Público caberá realizar um juízo sobre a suficiência das informações recebidas antes de se movimentar para instauração de inquérito ou ação penal e/ou civil. Mas, do outro lado da moeda, estão os prazos prescricionais. Aguardar a conclusão de procedimento administrativo, em prol da maximização das chances de comunicar ao Ministério Público um caso em que já se produziu provas e já se ouviu a defesa, pode estender o tempo de tramitação dos procedimentos de modo a inviabilizar a atuação judicial em virtude da prescrição. Há uma série de questões a serem pensadas e discutidas com relação a esse ponto, que toca diretamente a temática da multiplicidade institucional.

Outro aspecto a ser observado nessas normas diz respeito ao caráter automático ou especificamente deliberado dessa comunicação (3.). “Automático” refere-se aqui às situações nas quais a administração decide instaurar o processo administrativo e, em decorrência disso, *dá conhecimento* ao Ministério Público. Ou seja, o alcance de sua decisão diz respeito ao seu próprio programa e dele decorre a comunicação a outro – é o que ocorre na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção. Note-se que essa situação é sensivelmente distinta das normas previstas no Estatuto do Servidor Público que atribuem ao órgão da administração a realização de juízos sobre a incidência de normas de outro programa. Os dois dispositivos citados no quadro 2 referem-se à capitulação como “ilícito penal” ou “como crime” como juízo a ser realizado pela própria esfera administrativa. Isto é, essas normas exigem que a autoridade administrativa decida também sobre a capitulação na esfera penal e, em virtude disso, comunique ao Ministério Público. No caso da perda do cargo prevista no Código Penal ocorre uma terceira possibilidade: a autoridade (no caso, o juiz penal) deve fundamentar a necessidade de imposição do efeito “perda do cargo”, não basta a condenação nas condições previstas na norma²⁸.

28 Apenas como ilustração, a necessidade de deliberação específica para o fim de comunicar a outro programa jurídico sancionatório está prevista na Lei de Crimes de Responsabilidade, especificamente no rito para Presidente e Ministros. De acordo com o art. 33, diante de condenação por crime de responsabilidade e “no caso de haver crime comum”, o Senado “deliberará ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado”.

Ligado ao anterior, o quarto aspecto observado nesse conjunto de normas de referência diz respeito ao modo como um determinado programa se refere ao que deverá ser feito pelo outro ao receber a comunicação (4.). No Estatuto dos Servidores Públicos que, como se viu, já atrai para si o juízo sobre a capitulação penal, a norma prescreve que a comunicação ao Ministério Público é para “instaurar a ação penal”. A Lei Anticorrupção, diferentemente, indica, nos dois dispositivos, a comunicação com o fim de “apurar” tanto “a prática de ato de improbidade” quanto “eventuais delitos”. A Lei de Improbidade possui o mesmo teor. Isso é, essas normas indicam que o Ministério Público, diante da comunicação, pode ficar inerte, deverá ao menos *apurar* se deve ou não instaurar ação penal, pois não há previsão normativa específica.

Em conjunto, essas normas permitem observar que diante de múltipla incidência reconhecida pelos órgãos administrativos – seja porque “capitulou” como ilícito penal ou ato de improbidade, seja porque decidiu instaurar um procedimento que acarreta a comunicação – o envio do caso ao Ministério Público pode gerar o início de novos procedimentos, simultâneos aos procedimentos administrativos em curso. Dessa forma, não se trata de um encadeamento de procedimentos no qual um programa conclui suas atividades e encaminha para outro – com exceção da Lei Anticorrupção, como se viu. Mas sim de proceder à comunicação – e, portanto, à possibilidade de início de procedimentos em outros programas – no início e durante o procedimento administrativo. No campo da corrupção, este movimento tende a ser o mais frequente: órgãos administrativos responsáveis pelo monitoramento de um amplo número de atividades e detentores de “corregedorias” que recebem denúncias de eventuais práticas irregulares, tendem a ser os primeiros a identificar a incidência das normas de comportamento sobre um fato qualquer. Não por outra razão, vários outros programas jurídicos sancionatórios têm normas semelhantes de comunicação ao Ministério Público²⁹. Lá chegando, caberá aos membros do Ministério Público decidir pela instauração de procedimentos no âmbito dos programas jurídicos sancionatórios nos quais é competente para atuar: tanto o Código Penal quanto a Lei de Improbidade Administrativa. Tendo em vista

29 Ver, por exemplo, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, art. 16, par. 3º: Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo [irregularidade das contas com dano ao Erário ou desvio de valores], o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis. E ainda, LC 64/90, art. 22, XIV.

as inúmeras possibilidades de sobreposição das normas de comportamento entre esses dois programas, discutidas acima, não é surpreendente, ou incomum, que ambos procedimentos sejam iniciados³⁰.

Pois bem, é diante desse quadro de sobreposições de normas de comportamento e de normas de referência voltadas a garantir a comunicação de potenciais violações entre programas jurídicos sancionatórios distintos que esta seção passa agora a discutir os outros dois grupos de normas de referência: as normas que *afirmam a possibilidade de incidência múltipla* de mais de um programa sancionatório (responsabilidade ou sanção) e as normas que, além de afirmar a incidência múltipla, *descrevem implicações* de um programa em outro. O quadro 3, abaixo, sistematiza as normas identificadas nos programas discutidos aqui. Vale notar que o Código Penal em vigor não estabelece normas desse tipo. Está no Código Civil, nos mesmos termos desde a codificação de 1917, a norma que expressa a relação entre a “responsabilidade civil” e a “responsabilidade criminal”. Por essa razão, o Código Civil será a lei discutida a partir de agora no tocante ao programa jurídico sancionatório previsto no Código Penal e no Código de Processo Penal³¹. No quadro a seguir, o Código Civil aparece em coluna única, para preservar a redação original do dispositivo que tanto afirma a múltipla incidência como indica as implicações.

30 Especificamente sobre a questão da múltipla incidência de crimes e atos de improbidade administrativa sobre os mesmos fatos, ver MACHADO (2015).

31 A norma contida no Código Penal de 1890 – “a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil” (art. 31) – não foi reproduzida no Código de 1940 ou na reforma de 1984. Mas migrou para o Código Civil que, desde 1917 contém a norma indicada no quadro (à época no artigo 1.525). Sobre os precursores deste dispositivo na legislação civil do século XIX, ver ASSIS (1993, p. 62-65).

Quadro 3 – Normas de referência (grupo 2 - múltipla incidência e implicações)

	Afirmação da múltipla incidência	Implicações
Estatuto do Servidor Público Federal	Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.	Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.
	Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo <i>independentes</i> entre si.	Art.144. Par. ú. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou <i>ilícito penal</i> , a denúncia será arquivada, por falta de objeto.
Código Civil	Art. 935. A responsabilidade civil é <i>independente</i> 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.	
Lei de Improb. Adm.	Art.12. <i>Independentemente</i> das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...)	-
Lei Anti-corrupção	Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica <u>não afasta</u> a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial (...)	-
	Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei <u>não afeta</u> os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa; II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, III - infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011.	-

Como se vê no quadro 3, as normas prescrevendo a possibilidade de incidência múltipla são redigidas de diferentes formas. Integram o quadro aquelas que se referem explicitamente à incidência de múltiplos programas jurídicos sancionatórios – referindo-se a diferentes formas de “responsabilidade” ou mencionando diferentes tipos de “sanções” – prevendo, em certos casos, implicações de um programa sobre outro.

Entre as normas que se referem às diferentes formas de responsabilidade, as técnicas de redação utilizam tanto a forma afirmativa – “responder por”, no sentido de “ser responsabilizado”, no Estatuto dos Servidores – quanto negativa, como se vê no emprego da expressão “não afasta” na Lei Anticorrupção. Essa formulação negativa (a incidência deste programa não impede que outros possam incidir) é utilizada também em outros programas jurídicos sancionatórios no campo da corrupção.³²

No tocante às sanções, com exceção do Código Civil, os três outros programas referem-se explicitamente a elas, mas de diferentes formas. O Estatuto do Servidor é expresso em relação à possibilidade de cumular sanções provenientes de três programas distintos e, ainda assim, afirma que as sanções são “independentes entre si”. A Lei Anticorrupção não afirma a cumulação, mas estabelece que as normas aplicáveis em seu programa “não afeta[m]” tanto os processos quanto as penalidades aplicáveis por outros programas (art. 30)³³. A redação da Lei de Improbidade Administrativa, diferentemente, apoia-se exclusivamente no advérbio “independentemente” para expressar a articulação com as sanções provenientes de outros programas: as sanções por ato de improbidade aplicam-se “independentemente” das sanções previstas em outros programas. Isso significa, necessariamente, que devem se cumular? No Estatuto dos Servidores, se elas “*poderão* cumular-se” significa que elas podem não cumular também, ou seja, que podem se compensar para garantir a proporcionalidade da sanção final que uma pessoa recebeu por um mesmo ato “lido” como proibição por mais de um programa jurídico sancionatório? A próxima seção buscará, a

32 Veja-se, por exemplo, a Lei de Licitações que estabelece que as sanções previstas ali serão aplicadas “sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal” (art. 82) ou a Lei de Crimes de Responsabilidade que estabelece que a imposição da pena ali prevista “não exclui o processo e o julgamento do acusado por crime comum” (art. 3º)

33 O artigo antecedente estabelece que “[o] disposto nesta Lei *não exclui* as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica” (art. 29).

partir da doutrina, observar quais sentidos estão sendo atribuídos à ideia de independência.

No tocante à segunda coluna, sobre as implicações, chama atenção o fato de apenas dois dos programas estudados aqui fazerem menção expressa às implicações da decisão de um programa, aquele previsto no Código Penal, aos seus próprios programas. Tanto o Código Civil quanto o Estatuto do Servidor explicitam que decisões sobre existência do fato e a autoria repercutem em seus respectivos programas, gerando o afastamento da responsabilidade administrativa, no caso do Estatuto do Servidor, ou impedindo que voltem a ser questionadas em procedimentos no âmbito da responsabilidade civil. A diferença entre as normas está na menção expressa à “absolvição”, no Estatuto do Servidor, que não se encontra na norma do Código Civil.³⁴ Dessa forma, a existência do fato e a autoria podem estar “decididas no juízo criminal”, como indica o Código Civil, em uma decisão de condenação, o que não está contemplado no Estatuto do Servidor Público.

Por fim, o quadro 3 permite observar também que os dois programas dirigidos diretamente ao enfrentamento da corrupção – Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção – não estabelecem normas de articulação que especifiquem implicações das decisões de outros programas. As normas que estabelecem que absolvição criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria não se estendem à Lei Anticorrupção, dada a impossibilidade de responsabilizar, neste programa, as pessoas físicas que são as únicas sobre as quais pode recair um procedimento criminal. Mas e se uma mesma pessoa jurídica for absolvida, com esses fundamentos, em ação civil pública por improbidade administrativa, por exemplo? Essa decisão repercutiria no procedimento iniciado no âmbito do programa da Lei Anticorrupção?

Essas são apenas algumas das questões que podem emergir no cotidiano das instituições jurisdicionais e administrativas competentes para aplicar esses programas jurídicos sancionatórios. Para além das possibilidades de decisões conflitantes, mesmo no tocante à existência do fato e à autoria, o quadro esboçado aqui permite observar o que está e o que não está sen-

34 A menção específica à absolvição por inexistência do fato ou negativa de autoria é relevante pois há, no código de processo penal, outros fundamentos para a decisão absolutória, como a ausência de provas: da existência do fato (CPP, art. 386, II), de ter o réu concorrido para a infração penal (CPP, art. 386, V) e suficientes para condenar (CPP, art. 386, VII).

do regulamentado pelas normas que tratam da interação entre diferentes programas.

É possível observar que as normas do grupo 1 (comunicação) propiciam o compartilhamento dos casos entre os diferentes programas, garantindo, assim, a múltipla incidência. Note-se que, tal como formuladas, constituem normas de “mão única”, isto é, não estabelecem que o programa que recebeu a comunicação deverá informar o encaminhamento dado ao caso em seu programa. Ademais, considerando o momento em que deverá ser feita a comunicação, logo no início ou no decorrer do procedimento, tampouco exigem que nova comunicação venha a ser feita ao final, com o resultado do procedimento em questão. Pelo que estabelecem e pelo que deixam de estabelecer, esse grupo de normas favorece uma leitura da interação entre as esferas marcada pela ideia de indiferença: uma vez realizada a comunicação, tal como estabelecem as normas do grupo 1, são irrelevantes os desdobramentos dos procedimentos e seus desfechos, que apenas serão relevantes, como visto em relação ao grupo 2, quando houver decisão penal que negue a existência do fato ou a autoria. Excetuada essa implicação, as normas estudadas nesta seção contribuem a identificar a afirmação da múltipla incidência – em suas diferentes formulações, “independência”, “não afasta”, etc. – com a ideia de que os demais programas jurídicos sancionatórios não importam, ou são irrelevantes para a atuação de cada um dos programas.

Essa concepção é bastante difundida na jurisprudência. Embora um estudo amplo e sistemático da aplicação dessas normas pelos tribunais brasileiros precise ainda ser realizado, o levantamento jurisprudencial realizado nesta pesquisa não encontrou decisões que destoassem do quadro apresentado aqui³⁵. Levantamentos de outros autores tampouco: Saboya (2014, p. 223)

35 No decorrer do mês de maio de 2016, todos os artigos citados nos quadros 2 e 3 foram objeto de busca nos sites do STF, STJ, TJ/SP e TRF da 3ª Região, utilizando como palavras-chave o número do artigo e da lei, isoladamente, ou combinado com expressões relevantes à pesquisa como “independência”, “bis in idem”, “separação de poderes”, além de trechos do texto dos dispositivos. Com essa estratégia buscou-se realizar um estudo inicial e exploratório de decisões que versassem sobre esses artigos e não uma sistematização do entendimento jurisprudencial sobre eles. As dificuldades na realização do exploratório residem sobretudo no alto número de resultados em algumas categorias (por ex. 556 acórdãos no TJ/SP com relação ao art. 935 do Código Civil ou 412 resultados no STJ com relação ao art. 12 da Lei de Improbidade) que não discutiam ou elaboravam sobre os dispositivos, apenas os mencionavam entre diversos outros. De todo modo, foram coletadas, com a ajuda das palavras-chave para restringir a busca, entre 3 e 10 decisões por dispositivo, com relação a cada um dos tribunais. A exceção foi a Lei anticorrupção que, recentemente promulgada, não gerou resultados. Um estudo sistemático de jurisprudência trará enorme contribuição às análises sobre o modo como esses dispositivos estão sendo interpretados e aplicados pelos tribunais.

cita vários julgados do STF para sustentar a afirmação segundo a qual “em razão da absoluta independência entre as instâncias penal e administrativa, para a jurisprudência brasileira apenas se admitiria a repercussão nesta quando aquela conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria”. Igualmente, Mello (2007, p. 217) cita acórdãos do STF e do STJ para afirmar que “a jurisprudência dominante (...) ressalt[a] a absoluta independência entre as esferas administrativas e penal”.³⁶

Já a doutrina, em alguns casos impulsionada pela tentativa de operacionalizar o *ne bis in idem* em casos de múltipla incidência de programas jurídicos sancionatórios, oferece outras leituras para esse quadro. A este novo material jurídico lança-se a próxima seção deste texto.

3.2. “Independência das esferas” e *ne bis in idem*

Ne bis in idem não integrou o quadro normativo esboçado na seção precedente porque a possibilidade de aplicá-lo entre programas jurídicos sancionatórios, e não apenas no interior de cada um deles, decorre de construção doutrinária recente, como se verá a seguir. Dessa forma, tal como expresso em convenções internacionais, o *ne bis in idem* distancia-se do critério de seleção – *referir-se* a outros programas sancionatórios – utilizado na seção precedente. De todo modo, ainda que não mencionado explicitamente na Constituição Federal, a inserção do *ne bis in idem* no arcabouço normativo brasileiro ocorre por intermédio da adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁷ e à Convenção Americana de Direitos Humanos³⁸. Os textos destas duas normas não são plenamente coincidentes. Diante dos limites desta pesquisa, importa registrar o que parecem ter de comum: (i) a proibição de submeter uma pessoa a um novo processo, pelos mesmos fatos e (ii) o âmbito de incidência limitado à esfera judicial e, em especial, à esfera penal³⁹. No plano interno, excetu-

36 Ver ainda, no mesmo sentido, MARQUES (2010, p. 126).

37 “14.7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos *penais* de cada país.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm (acesso em 15.01.2016)

38 “8.4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a outro processo pelos mesmos fatos”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf (acesso em 15.01.2016)

39 O artigo 8º da Convenção intitula-se às “garantias judiciais” e o texto do item 8.4. (acima) refere-se a “acusado” e “absolvido”. Já o art. 14.7 do Pacto refere-se textualmente aos “procedimentos penais”.

ando-se situações específicas relacionadas à extradição⁴⁰, à pena cumprida no estrangeiro, à possibilidade de computar circunstâncias agravantes que já constituam ou qualifiquem o crime⁴¹ e às regras sobre a coisa julgada⁴², Saboya conclui que “continuamos sem qualquer diploma legal regulamentando diretamente o assunto”⁴³. O que leva a autora a observar, excetuando as convenções internacionais, uma situação de “absoluta precariedade dos marcos normativos relativos a tal postulado no direito brasileiro”⁴⁴.

Ao lado da “precária conjuntura normativa”, Saboya identifica preocupante “limitação interpretativa do princípio do *ne bis in idem* pela comunidade científica brasileira”. Para a autora, isso se deve ao modo como a doutrina nacional atribui diferentes identidades às consequências sancionatórias “quando aplicadas por órgãos estatais diversos”. Bem como ao obstáculo imposto à aplicação do *ne bis in idem* pelas “regras de independência entre a competência jurisdicional e a atribuição sancionadora da administração”⁴⁵. De forma ainda mais ampla, Japiassú afirma que “entre juízes com competência penal e outros, com competência cível ou administrativa, o referido princípio não terá aplicação, vez que se considera que as disciplinas jurídicas são independentes entre si”⁴⁶.

O laço estreito entre a não aplicação do *ne bis in idem* e a “independência das esferas”, aparece claramente também em Mello dirigindo-se aos dois componentes em seção intitulada “cumulação da sanção administrativa com sanção penal: a independência das instâncias”⁴⁷. O autor, com apoio em outras obras sobre sanções administrativas, nega aplicação ao *ne bis in idem* diante da incidência de normas penais e administrativas. Para o autor, o fundamento da possibilidade de múltipla incidência e cumulação de sanções é a lei: “[a]ssim como pode atribuir múltiplas sanções administrativas a uma mesma conduta, pode também o legislador atribuir uma sanção administrativa e outra penal. Trata-se da medida adequada e

40 Estatuto do Estrangeiro, Lei 6815/80, art. 77, V.

41 Respectivamente: Código Penal, art. 8º e art. 61

42 Sobre as interfaces entre o *ne bis in idem* e a coisa julgada, ver Saboya, 2014, p. 156-8.

43 SABOYA, 2014, P. 217.

44 SABOYA, 2014, P. 223.

45 SABOYA, 2014, P. 223.

46 JAPIASSÚ, 2004, P. 97-98.

47 MELLO, 2007, P. 213-217.

proporcional ao cumprimento da finalidade preventiva, segundo o entendimento do legislador”⁴⁸.

A utilização da “independência das esferas” para negar vigência ao *ne bis in idem* remete a apenas um entre vários conteúdos atribuídos à ideia de independência. Trata-se da independência (i) *como possibilidade de cumulação de sanções*. Especificamente no campo da improbidade administrativa, esta formulação aparece também em Livianu: “[a] independência dos setores punitivos determina, por sua vez, que a absolvição na área criminal não implica a mesma solução para o processo administrativo, político ou civil. O que se conclui é que o agente público poderá sofrer sanções administrativas, civis, políticas e criminais pelo mesmo fato de corrupção ou improbidade administrativa”⁴⁹.

Outros dois conteúdos atribuídos à “independência das esferas” puderam ser observados na doutrina examinada nesta pesquisa. A independência pode ser observada também como (ii) *possibilidade de um programa não ser influenciado por outro*: “[a] decisão de absolvição ou de condenação nos autos do processo administrativo não influi na decisão do processo-crime ou do processo da ação civil por improbidade administrativa e vice-versa”⁵⁰. Autor aponta a exceção, é claro, da sentença penal que negue a inexistência do fato ou a autoria, discutida anteriormente. Para Marques, essa ideia de independência é o que permite se chegar a decisões “diferentes e até conflitantes”⁵¹.

Enfatizando outros aspectos da interação, a independência apareceu também como (iii) *possibilidade de um programa não aguardar a decisão de outro*, isto é, por serem “independentes” as decisões de uma esfera “não estão vinculadas a prévia manifestação” de outra⁵², de modo que a sanção

48 MELLO, 2004, p. 213. Vale destacar que o autor estende este entendimento à possibilidade de múltipla incidência mesmo no interior da esfera administrativa. Assim, se o legislador estabeleceu uma norma e uma sanção, mas várias autoridades competentes para aplicá-la, vale o *ne bis in idem*. Mas se o legislador estabelecer mais de uma sanção administrativa para a mesma conduta, não há ofensa ao princípio. “Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio *non bis in idem*” (MELLO, 2004, p. 212)

49 LIVIANU, 2007, p. 194.

50 MARQUES, 2010, p. 127.

51 “[e]mbora decorram da mesma causa subjacente, as decisões prolatadas nos diversos processos e procedimentos podem ser diferentes e até conflitantes entre si, pois cada órgão é independente do outro, conforme decidido pelo STF” (MARQUES, 2010, p. 126).

52 “As penalidades administrativas não estão vinculadas a prévia manifestação jurisdicional, uma vez que cada processo, em cada instância, tem curso relativamente independente” (FAZZIO JUNIOR, 2002, p. 68)

de uma esfera possa ser imposta “antes mesmo da conclusão” do processo em outra esfera⁵³.

Esses três conteúdos parecem indicar uma certa posição de *indiferença* pelos procedimentos e pelas decisões tomadas por outro programa. A única exceção encontrada a essa posição de indiferença diz respeito à elaboração de Marques sobre a compatibilidade entre a independência entre as esferas e o compartilhamento de elementos probatórios⁵⁴. A possibilidade de intercâmbio de provas pressupõe que os diversos programas não estejam indiferentes aos demais, ao contrário, exige que não sejam apenas comunicados dos procedimentos, mas que também acompanhem o desenvolvimento da instrução probatória.⁵⁵

Conceber a independência como indiferença funciona como um bloqueio à reflexão jurídica sobre *como* diferentes programas jurídicos sancionatórios devem interagir e se relacionar quando incidentes sobre um mesmo fato. Atenta às “enormes perplexidades” que a ideia de independência entre as esferas impõe à aplicação do direito, Helena Lobo da Costa acrescenta ainda que essa concepção “nega todos [o]s pontos de contato entre direito administrativo e direito penal, como se pudessem se desenvolver paralelamente ao outro, criando um fechamento artificial no sistema e gerando, por consequência, resultados muitas vezes insatisfatórios em termos de coerência e lógicas jurídicas”⁵⁶.

No entanto, a independência como indiferença é fortemente desafiada quando se desloca o alcance do *ne bis in idem* do interior da esfera penal para a atuação sancionatória estatal como um todo. Os programas não po-

53 “A independência das instâncias administrativa e penal permite que seja imposta sanção administrativa antes mesmo da conclusão do processo penal que tenha por objeto a mesma conduta.” E, em sentido inverso, “[o] Poder Judiciário pode impor a sanção penal antes de concluído o procedimento administrativo que investiga a prática de infração administrativa pela mesma conduta” (MELLO, 2007, p. 216).

54 “A independência dos diversos processos ou procedimentos não impede o compartilhamento de elementos probatórios. Os documentos, laudos, pareceres técnicos, termos de declarações, arquivos de interceptações legais de conversas telefônicas e outras provas do processo penal podem ser usados em processo civil ou no processo administrativo ou legislativo, desde que haja autorização do magistrado competente” (MARQUES, 2010, p. 127).

55 O compartilhamento de provas também coloca em evidência certa confiança em relação ao trabalho produzido por outros programas. Pesquisa anterior indicou que o estabelecimento de relações de confiança constitui um dos principais obstáculos à coordenação interinstitucional no campo da corrupção. Sobre as relações de confiança e outros obstáculos à coordenação institucional, ver MACHADO e PASCHOAL, 2016, p. 33-34.

56 COSTA, 2014, p. 113.

deriam se manter indiferentes aos procedimentos e resultados dos demais diante de uma regra geral que impeça a cumulação de sanções. Entre os autores que observam o *ne bis in idem* para além dos limites da esfera penal, Keith Saboya propõe que “dev[a] corresponder a um princípio geral do direito, elevado hodiernamente, a direito fundamental do indivíduo, pelo qual se proíbe a pluralidade de consequências jurídicas derivadas de uma só conduta e sob os mesmos fundamentos”⁵⁷. Mais especificamente a autora identifica no *ne bis in idem* “uma proibição fundada na impossibilidade de repetição de qualquer consequência jurídica de natureza sancionadora decorrente dos mesmos fatos e dos mesmos fundamentos (...)”⁵⁸. Com vários autores, Saboya fundamenta sua formulação na “unidade do *jus puniendi* do Estado”.⁵⁹

Estratégias jurídicas voltadas a operacionalizar essa ampliação do alcance do *ne bis in idem* apareceram residualmente na pesquisa doutrinária realizada nesta pesquisa, em dois contextos: para minimizar os efeitos da cumulação de sanções e para questionar a possibilidade de instauração de inquérito civil e de inquérito penal para apuração dos mesmos fatos em relação às mesmas pessoas. A primeira situação diz respeito ao mecanismo do “desconto”, segundo o qual em caso de condenação em mais de um programa, os subseqüentes devem levar em conta as sanções proferidas para a mesma pessoa, pelos mesmos fatos, em suas decisões. O mecanismo vem sendo utilizado em outros países, justamente para dar vigência ao *ne bis in idem* e efetivar a garantia da proporcionalidade da sanção⁶⁰. A segunda refere-se à ausência de justificativa para instaurar dois procedimentos com o mesmo objetivo em razão do duplo ônus que causa ao investigado. Nas palavras de Bittar: “...ambos possuem a mesma natureza, objetivo e fundamento jurídico, sendo improdutiva e inoportuna a existência de dois inquéritos tramitando, na busca da mesma prova, sancionando por duas

57 SABOYA, 2014, P. 153.

58 SABOYA, 2014, P. 153.

59 SABOYA, 2014, p. 154-155. Para Helena Lobo da Costa, não é a unidade do *jus puniendi* estatal que fundamenta a necessidade de se estabelecer um “núcleo comum” entre o direito penal e o direito administrativo estatal. Para a autora, “esse núcleo comum não decorre de um suposto *jus puniendi* único (...) mas sim do simples fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções aos particulares, atividade que, pela sua própria natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios”. (COSTA, 2014, P. 112).

60 SABOYA, 2014, P. 275.

vezes o investigado (que – sempre é bom recordar – pode não ter cometido ilícito algum)...”⁶¹.

Essas duas situações permitem observar que a ampliação do alcance do *ne bis in idem* para o conjunto de programas jurídicos sancionatórios incidentes sobre as mesmas pessoas e fatos busca enfrentar dois tipos de problemas: a violação de garantias individuais no tocante às sanções, como também o desperdício da atuação sancionatória estatal. No centro deste debate está tanto a tutela de direitos fundamentais quanto o bom uso dos recursos humanos e materiais do Estado.

Tomado dessa forma, o *ne bis in idem* convida a conceber a ideia de “independências das esferas” de outro modo. Abre-se aqui amplo espaço para reflexões sobre como estabelecer e regulamentar os arranjos entre dois ou mais programas jurídicos sancionatórios. De imediato, é possível dizer que a primeira concepção – independência como possibilidade de cumular sanções – estaria em franca oposição ao *ne bis in idem*. Se é princípio geral do direito, a proibição de cumulação estende-se às diferentes sanções impostas sobre as mesmas pessoas e pelos mesmos fatos, ainda que por programas distintos. Nesse caso, a interpretação ampla dada ao *ne bis in idem* negaria vigência às normas de referência que afirmam, textualmente como se viu na seção anterior, a múltipla incidência de sanções⁶².

4. Conclusão

Este texto buscou oferecer um primeiro esboço para a construção de um quadro teórico e metodológico que favorecesse a reflexão jurídica sobre a multiplicidade institucional. Tal como desenhado aqui, este quadro pode vir a ser útil para organizar a questão da interação entre diferentes programas jurídicos sancionatórios no campo de diversas outras temáticas, para além da corrupção.⁶³ Com Bachelard, é possível dizer que, neste momento,

61 BITTAR, 2005, p. 08.

62 As duas outras concepções identificadas – independência como possibilidade de não ser influenciado e de não aguardar por outros programas – exigem reflexão mais detida. É possível dizer que se estiverem marcadas pela postura da indiferença aos demais programas, poderiam bloquear estratégias de operacionalização do *ne bis in idem*, como o “mecanismo do desconto” ou o questionamento da justa causa para iniciar dois inquéritos (um civil e outro penal) sobre os mesmos fatos.

63 Para além dos mencionados no início deste texto, penso neste momento nas interações entre os procedimentos da corregedoria da polícia militar e o processo criminal em casos de abordagem policial com resultado letal e, ainda, no campo da execução penal, nos efeitos das faltas graves impostas pelos diretores

trata-se somente de ampliar nossa compreensão sobre *o sentido do problema*⁶⁴. Como se viu no decorrer deste texto, há ainda uma série de aspectos do problema a elucidar⁶⁵.

Nos limites da pesquisa apresentada aqui, buscou-se, a partir da organização do arcabouço normativo em “programas jurídicos sancionatórios” realizar um exercício de identificação de diferentes tipos de normas. Ao selecionar normas de comportamento e de sanção potencialmente incidentes sobre os mesmos fatos, a estratégia adotada aqui permitiu então identificar as normas de referência, isto é, as normas que, ao se referirem a outros programas jurídicos, regulamentam as possibilidades de interação entre eles. Observando esse conjunto, foi possível identificar normas com conteúdos muito distintos, conforme relatado no item 3.1., e zonas sem regulamentação explícita também. A partir desse quadro de possibilidades normativas, a pesquisa debruçou-se sobre as formulações doutrinárias, em especial na tensão que se estabelece, no contexto brasileiro, entre as ideias de *ne bis in idem* e independência das esferas. Estes dois componentes – sistematização das normas e das formulações doutrinárias – forneceram subsídios para associar a ideia de independência com uma postura de indiferença em relação aos procedimentos e resultados dos demais programas. Tal como anunciado na seção precedente, a ampliação do alcance da ideia de *ne bis in idem* para o conjunto da atuação sancionatória estatal desafia essa independência como indiferença, abrindo enorme espaço de reflexão sobre a face jurídica da multiplicidade institucional. Nos limites desta pesquisa, foi possível perceber que esse espaço de reflexão apresenta contornos distintos quando se dirige à atividade legislativa ou à atividade jurisdicional.

de presídios no tempo de cumprimento de pena. Vale lembrar que outros diplomas também estabelecem a possibilidade de múltipla incidência, como o Código de Defesa do Consumidor: “art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas (...)”

64 “O espírito científico proíbe que tenhamos uma opinião sobre questões que não sabemos formular com clareza. Em primeiro lugar, é preciso saber formular problemas. E, digam o que quiserem, na vida científica os problemas não se formulam de modo espontâneo” (BACHELARD, 1996, p. 18).

65 Para além do que ainda está fora do campo de visão da autora deste texto, é possível mencionar, entre as questões que esta pesquisa deixou em aberto, o mapeamento exaustivo dos programas jurídicos sancionatórios no campo da corrupção (seção 1.1.); o perfil dos casos de corrupção, no tocante aos programas selecionados nesta pesquisa, que chegam ao Judiciário (seção 1.2); a análise das implicações do momento em que se comunica a existência de um procedimento para outro programa; e, ainda, a sistematização do modo como os tribunais utilizam as ideias de independência das esferas e *ne bis in idem* (seção 2.1).

No âmbito legislativo, organizar a atividade sancionatória do Estado a partir das garantias individuais que impedem a imposição de múltiplas sanções pelos mesmos fatos e, ao mesmo tempo, atente ao uso racional dos recursos estatais, impõe novas tarefas ao legislador. Pensa-se aqui em duas delas. Diante da elaboração de novo programa jurídico sancionatório que se debruce sobre condutas ainda não proibidas e sancionadas, cabe ao legislador identificar entre os diferentes tipos de programas jurídicos sancionatórios qual é aquele mais adequado à situação problemática que visa a regular. Dentro ou fora do Judiciário, com foco no dano ou na conduta, alcançando pessoas físicas e/ou jurídicas, com critérios mais ou menos rigorosos de imputação e produção probatória, utilizando sanções de privação de liberdade, restrição de direitos ou pecuniárias, enfim, há diversos elementos a serem considerados no momento de construir um novo programa jurídico sancionatório.

Em segundo lugar, tratando-se da criação de um programa novo voltado a regular condutas que já são objeto de programa em funcionamento, torna-se necessário acrescentar à lista acima um conjunto de normas voltado a regular as possibilidades de interação e articulação entre o programa que se quer criar e o(s) programa(s) existente(s). O primado da “independência das esferas” como indiferença cederia lugar a um quadro normativo mais sofisticado em relação às exigências de comunicação entre os programas, às possibilidades de intercâmbio de provas, de suspensão de um procedimento para aguardar desfecho de outro e, até mesmo, de interrupção de um procedimento em razão do desfecho alcançado em outro. Nessa direção caminhariam também as reformas legislativas no campo do enfrentamento da corrupção, já que a hipótese mais radical de eliminação de um ou mais programas jurídicos sancionatórios existentes não teria qualquer espaço no debate público em razão do clamor político e social ao redor da problemática com a qual esta pesquisa se ocupa.

No tocante à atividade jurisdicional, tomando o quadro normativo tal como se apresenta neste momento, a tarefa de reduzir ou eliminar a *indiferença* em relação aos demais programas normativos mostra-se ainda mais desafiadora. Em pesquisa baseada em entrevistas com atores dos mais diversos órgãos que atuam no enfrentamento à corrupção na esfera federal, foi possível observar que a confiança pessoal é o principal fator a permitir mecanismos de interação entre diferentes programas jurídicos

sancionatórios⁶⁶. Veja que essa questão não se coloca quando a interação é regulada em lei: se um juiz penal declara que o crime não ocorreu, absolvendo o acusado, as demais autoridades decisórias não precisam sequer conhecer quem a proferiu e não se questionam sobre a adequação ou o acerto da decisão. Permanece, certamente, em aberto a possibilidade de o elemento confiança não desempenhar o mesmo papel em outros arranjos institucionais que se estabelecem no tocante a outros temas. Só novas pesquisas permitirão dizer.

De todo modo, as possibilidades de construção jurisprudencial sobre as hipóteses de múltipla incidência estão diretamente relacionadas ao reconhecimento de que a intervenção de dois ou mais programas jurídicos sancionatórios sobre os mesmos fatos, indiferentes aos demais, constitui um problema tanto para os acusados quanto para o bom uso dos recursos estatais.

Referências

- ARANTES, Rogerio. “The Federal Police and the Ministério Público”. In *Corruption and Democracy in Brazil. The struggle for accountability*. (Power, Timothy and Matthew Taylor, ed.). Indiana: University of Notre-Dame Press, p. 184-217, 2011.
- ASSIS, Araken. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BITTAR, Walter Barbosa. “Instauração simultânea de inquérito penal e civil: bis in idem?” *Boletim IBCrim*, ano 13, nº 156, novembro de 2005, p. 08.
- CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *Iriba Working Paper 09*, 2014. Disponível em: [www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/2014/07/IRIBA-working-paper-09-Brazilian-Anti-Corruption-Legislation-and-its-Enforcement.pdf]
- COSTA, Helena Regina Lobo da. “Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política san-

66 MACHADO e PASCHOAL, 2016.

- cionadora integrada”. In: *Direito administrativo sancionador*. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. (Coord). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.107-118.
- COSTA, Helena Lobo. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, São Paulo, USP, 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (Coord.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009, p. 562-567
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Corrupção no Poder Público. Peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance e Tiago Cintra Essado. “Corrupção: aspectos processuais”. In: Bergudo, Ignacio e Ana Elisa Bechara (coord.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, 2013, p. 115-133
- FREITAS, Juarez. “Princípio da moralidade administrativa”. In *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. (Luis Manuel Pires et ali, orgs.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 195-225.
- GARCIA, Margarida. Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2014, vol. 1, n. 1, p. 182-209. Disponível em <http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/13/13>.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. O princípio do ne bis in idem no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, nº 4/5, ano 2003/2004, p. 91-122.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin e Coimbra editora, 2007.
- MACHADO, Maira R. e Paschoal, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar. A multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos*, 104, 2016, p. 11-36.
- MACHADO, Maira R. “Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performan-

- ce do sistema de justiça em casos de corrupção”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, 2015, p. 189-211.
- MACHADO, Maira R.; FERREIRA, Luisa. *Estudos sobre o Caso TRT*. São Paulo: Editora Acadêmica Livre, 2014. Disponível em: [<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12028>].
- MACHADO, Maira R. a Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladmir et al (org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_direito_desenvolvimento_brasil_vol01.pdf]
- MACHADO, Maira R. e MACHADO, Marta. “Sispensas: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, 2008, p. 1-26. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2008v10e90-235>
- MACHADO, Maira R. e MACHADO, Marta. “Do fato ao crime e do crime à pena: o estudo conjunto de Direito Penal e de Processo Penal”. In *Ensino Jurídico participativo: construção de programas e experiências didáticas* (Ghirardi, José e Rafael Vanzella, org.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-27.
- MACHADO, Maira R. “Administrativização do direito penal revisitada: o exemplo dos crimes financeiros no Brasil”. *Revista Ultima Ratio*, número 3, 2009, p. 89-100.
- MACHADO, Maira R. “Responsabilidade civil é independente da penal, em termos. A propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 65, 2007, p. 317-344.
- MACHADO, Marta e MACHADO, Maira R. “O Direito Penal é capaz de conter a violência?” In *Manual de Sociologia Jurídica* (Silva, Felipe e José Rodrigo Rodriguez, org.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 327-349.
- MACHADO, Maira R.; PIRES, Alvaro et alli. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 32, 2010. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf]
- MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARQUES, Floriano Azevedo. “Discrecionariedade administrativa e con-

- trole judicial da administração”. In *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. (Carlos Salles, org.). São Paulo: Editora RT, 2003, p. 191-198.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “Ação de improbidade administrativa: patrimônio público e interesse público” In *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. (Carlos Salles, org.). São Paulo: Editora RT, 2003, p. 199-210
- MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “Improbidade administrativa e terceiro setor” In *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. (Luis Manuel Pires et ali, orgs.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 161-193.
- OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem. In: LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolás D. (Coord.); YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Derecho penal empresario*. Montevidéo: B. de F., 2010, p.739-797
- POWER, Timothy and TAYLOR, Matthew. “Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil”. In *Corruption and Democracy in Brazil. The struggle for accountability*. (Power, Timothy and Matthew Taylor, ed.). Indiana: University of Notre-Dame Press, p. 1-28, 2011.
- PUSCHEL, Flavia e MACHADO, Marta. “Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal”. In *Instituições de Direito Penal* (Basileu Garcia). Edição revista e atualizada (Coord. Machado, Maira e Denise Garcia). São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 18-37.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem. História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- SICA, Leonardo. “Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro – comparação entre as leis 8.137/90 e 8.884/94”. In *Direito penal econômico: análise contemporânea*. Theodomiro Dias Neto e outros (coord.). São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2009, p. 145-188.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “A ideia penal sobre corrupção no Brasil: da seletividade pretérita a expansão de horizontes atual”. In: Bergudo, Ignacio e Ana Elisa Bechara (coord.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, 2013, p. 73-91.

- SILVEIRA, Renato. “Das atuais relações entre o direito penal e o direito administrativo”. In *Instituições de Direito Penal* (Basileu Garcia). Edição revista e atualizada (Coord. Machado, Maira e Denise Garcia). São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 51-64.
- TANGERINO, Davi e GARCIA, Denise (coord). *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- VARGAS, Darlã Martins. A improbidade administrativa e o “bis in idem” com a matéria penal e seus “tipos abertos”. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá*, v. 9, n. 2, 2007, p. 65-78.

Recebido em 4 de dezembro de 2017.

Aprovado em 8 de junho de 2019.