



YASMIN MARQUES LUTEBARK

O CONCEITO DE SANÇÃO PENAL PARA APLICAÇÃO DO *NE BIS IN IDEM* NA EUROPA

DISSERTAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO PEDRO NUNES CAEIRO

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

Yasmin Marques Lutebark

**O CONCEITO DE SANÇÃO PENAL PARA APLICAÇÃO DO *NE BIS IN IDEM*
NA EUROPA**

THE CONCEPT OF CRIMINAL PENALTY FOR THE APPLICATION OF *NE BIS IN
IDEM* IN EUROPE

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na área de Especialização em Direito/Menção em
Ciências Jurídico-Criminais.*

Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro

Coimbra, 2018

A Deus. Nossa parceria tem sido incrível.

À minha mãe e ao meu pai.

AGRADECIMENTO

O meu Trabalho de Conclusão de Curso na Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito, continha, nos agradecimentos, o seguinte parágrafo: “Por último, à Universidade de Coimbra que me mostrou um mundo que nunca poderia sonhar em conhecer. Desde 2014 minha vida foi transformada em seus corredores. Nossa história ainda não terminou, em breve continuaremos nossa conversa.”, em julho de 2016.

Em julho de 2018, minha conversa com a Universidade de Coimbra ganha contornos de que chega ao fim depois de 04 longos anos. Encerramos mais um ciclo, talvez o mais especial e difícil até o momento. Chega o momento de agradecer.

Em primeiro lugar, agradecer sempre a Deus. A trajetória tem sido incrível e eu não teria conseguido sem Ele. É tudo por causa dEle.

À minha mãe Margarete e ao meu pai Ivan. Tudo é para eles. O depósito de amor e confiança é imensurável. Devo tudo a eles, sempre. É impossível dar em retorno o que me foi proporcionado.

Ao Victor Jacuru e à Maria Cecília Herschander, à Bianca Abreu e ao Bruno Soares, sem vocês essa dissertação não teria saído. Obrigada pela força, apoio e tempo dedicados a me ajudar. Dispor de tempo em prol do outro talvez seja um dos maiores presentes que alguém possa oferecer. Obrigada.

Aos meus amigos do Brasil que se acostumaram com minha ausência física muito maior do que a presença. São aniversários, formaturas, casamentos que não pude comparecer. Especialmente à Pri, à Nat e ao Rodolfo. Vocês são minha base. Aos amigos do Mestrado que formam uma família longe de casa. Obrigada.

Ao meu orientador Doutor Pedro Caeiro, por ter concordo e apoiado em trabalhar um tema tão desafiador com alguém que se encantou com o sistema jurídico da Europa e da União Europeia. Essa dissertação é um desafio pessoal e uma alegria em ter concluído. Obrigada.

Por ultimo, à Universidade de Coimbra. Desde aluna de mobilidade até aluna de Mestrado, me foi ensinado de tudo. O conhecimento é cativante, a UC exala essa vontade de saber, a busca incessante por mais, sempre mais. Obrigada por tudo o que me foi passado.

*Um trabalho não estará nunca
pronto; mas dever-se-á
declará-lo acabado, quando,
vistos o tempo e as condições
se fez o possível.
Autor desconhecido.*

RESUMO

A importância do *ne bis in idem* é reconhecida na grande maioria dos sistemas jurídicos dos países da Europa no âmbito do procedimento criminal. Todavia, o cenário ganha contornos diferentes quando surge a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem* na cumulação de sanções administrativas e penais. A problemática surge no momento em que, muitas vezes, a Administração Pública aplica sobretaxas as coimas, que ultrapassam o mero valor compensatório sobre determinada infração. A compreensão mais global do trabalho exigia uma análise dos sistemas jurídicos da Europa como também da União Europeia. Sendo assim, analisamos os principais documentos que positivam o *ne bis in idem* a nível europeu, quais sejam a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Acordo e Convenção Schengen e, por último, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como os Tribunais responsáveis pela verificação do cumprimento dos direitos fundamentais, quais sejam, o TEDH e o TJUE. Logo, a fim de que não houvesse uma vinculação formal por parte dos sistemas jurídicos nacionais no que diz respeito à limitação do *ne bis in idem* a procedimento criminais, a necessidade de formulação de um conceito autônomo se tornou evidente. Diante desse contexto, analisamos dois Acórdãos que representam uma ruptura de um precedente bem estabelecido durante anos, bem como se a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem conseguiria sanar o problema de divergência interpretativa entre o TJUE e o TEDH.

Palavras-chave: *ne bis in idem* – sanções administrativas de natureza penal – sanções penais – cumulação de sanções – relação entre TJUE e TEDH

ABSTRACT

The importance of *ne bis in idem* is recognized in the vast majority of legal systems in the countries of Europe in criminal proceedings. However, the scenario takes different forms when the possibility of applying *ne bis in idem* arises in the aggregation of administrative and criminal sanctions. The problem arises at a time when, often, the Public Administration imposes surcharges on fines, which exceed the mere compensatory amount for a given infraction. A more comprehensive understanding of the work required an analysis of the legal systems of Europe as well as of the European Union. In this way, we will analyze the main documents that confirm the *ne bis in idem* at European level, namely the European Convention on Human Rights, the Schengen Agreement and Convention, and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as well as the Courts responsible for verifying compliance with fundamental rights, namely the ECtHR and the CJEU. Thus, in order to ensure that there was no formal linkage by national legal systems regarding the limitation of the *ne bis in idem* to criminal procedure, the need to formulate an autonomous concept became evident. Against this background, we look at two judgments which represent a break from a well-established precedent over the years and whether the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights would be able to remedy the problem of interpretative divergence between the ECJ and the ECtHR.

Keywords: *ne bis in idem* - administrative penal sanctions - criminal sanctions - cumulation of sanctions - relationship between CJEU and ECtHR

ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – artigo

Art. 4.º- P7 – Art. 4.º Protocolo n.º 7

ALSJ – Área de Liberdade, Segurança e Justiça

Carta – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

EM – Estados membros

UE – União Europeia

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Índice

INTRODUÇÃO	12
Divisão do trabalho	17

PRIMEIRO CAPÍTULO

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA JURÍDICO NO CONTINENTE EUROPEU	19
--	-----------

I. A Europa dos Direitos Humanos	20
1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem	21
2. Conselho Europeu e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	23
II. O sistema jurídico na União Europeia	24
1. O Direito Penal Emergente	28
2. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia	32
3. O Acordo e Convenção Schengen	36
4. O Tribunal de Justiça da União Europeia	39
a) Competência	41
b) O mecanismo do reenvio prejudicial	43
III. A relação entre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia	47

SEGUNDO CAPÍTULO

O PARADIGMA DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS E SUA RELEVÂNCIA NO SISTEMA ATUAL	51
---	-----------

I. Direito Criminal e sanções penais	51
---	-----------

1.	O problema na conceituação material de crime.....	52
2.	A questão da sanção penal.....	58
3.	O fim das penas.....	63
II.	Direito Administrativo e sanções administrativas.....	66
1.	O conceito de sanção administrativa.....	67
2.	A União Europeia e as sanções administrativas	69
a)	O Regulamento n.º 2988795	72
3.	O alcance da proteção dos direitos fundamentais nos procedimentos administrativos	73
III.	A fluidez das fronteiras entre sanções penais e administrativas.....	74
IV.	A (falsa) simetria entre sanções penais e administrativas de natureza penal..	78
V.	A importância do caso julgada no âmbito das sanções administrativas de natureza penal	81

TERCEIRO CAPÍTULO

	O CONCEITO AUTÔNOMO DE SANÇÃO PENAL PARA APLICAÇÃO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> NO CONTINENTE EUROPEU.....	87
I.	As origens do <i>ne bis in idem</i>	87
II.	A natureza do <i>ne bis in idem</i>	90
III.	Definição de <i>ne bis in idem</i>	94
IV.	O <i>ne bis in idem</i> como direito fundamental	97
1.	A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Protocolo n.º 7.....	98
2.	O Acordo e Convenção Schengen	100
3.	A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia	101
V.	O critério <i>bis</i> : a proibição de múltiplos processos.....	103
VI.	A problemática entre a cumulação de sanções e de procedimentos.....	105

VII. O conceito autônomo de sanção penal implementado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os respectivos critérios: evolução e análise crítica.....	106
1. A problemática dos arts. 6.º e 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.....	108
1. Os critérios para conceituação autónoma de sanção penal.....	111
2. O Acórdão A e B <i>versus</i> Noruega.....	116
3. Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque.....	124
VII. O relevo da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para o Tribunal de Justiça da União Europeia.....	130
1. O Acórdão Luca Menci.....	130
a) Conclusões do Advogado Geral Manuel Campos Sánchez Bordona.....	131
c) Acórdão Luca Menci - C-524/15.....	136
2. A (ainda) problemática do cúmulo de sanções de natureza penal.....	139
3. Os efeitos da nova jurisprudência estabelecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seguida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.....	142
CONCLUSÃO.....	150
BIBLIOGRAFIA.....	153

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as questões referentes ao *ne bis in idem* e sua aplicação na Europa, seus limites e peculiaridades. É importante reforçar a ideia da diferença entre Europa e União Europeia (que daqui em diante, nomearemos “UE”), que afeta de forma significativa o relacionamento jurisprudencial entre elas, uma vez que conjugam sistemas jurídicos autônomos.

Ainda que não seja possível abstrair uma análise histórica do desenvolvimento do *ne bis in idem*, a premissa do trabalho é analisar sua aplicação em consideração à definição do “bis” sob a perspectiva construída na jurisprudência de dois dos principais Tribunais do continente europeu, quais sejam: o Tribunal de Justiça da União Europeia (daqui em diante, nomearemos “TJUE”) e o Tribunal dos Direitos do Homem da União Europeia (daqui em diante, nomearemos “TEDH”).

A estrutura atual do estudo do Direito confere aos indivíduos um direito ou uma obrigação jurídica, sendo esses dois conceitos fundamentação suficiente para que certas exigências sejam feitas aos aplicadores do direito, e também críticas aos atos das autoridades públicas. Todavia, o entendimento desses conceitos, muitas vezes, é frágil, tornando dificultosa a definição do que seriam direitos e obrigações jurídicas. E uma das sérias consequências do acima exposto é que através do uso do poder punitivo estatal, diversos indivíduos são sentenciados a penas de prisão, a sanções pecuniárias, etc.. A justificativa é que esses indivíduos infringiram a lei ou deixaram de cumprir suas obrigações, ou mesmo interferiram nos direitos de outras pessoas. Diversas vezes uma justificativa sólida não é oferecida por quem autoriza ou mesmo realiza a punição dos infratores¹.

Aclamado como um dos alicerces da justiça penal², o *ne bis in idem* ultrapassou a barreira do direito doméstico e, conjuntamente com o processo de globalização (e, se não, por meio dele), se internacionalizou entre os países.

O *ne bis in idem* é uma importante norma jurídica capaz de proteger os indivíduos contra o *ius puniendi* do Estado, a fim de que apliquem os princípios do devido processo legal e um julgamento justo e imparcial. O seu escopo protetivo é derivado da necessidade

¹ DWORKIN, 2002: 23-24

² RAMOS, 2009: 23.

de garantir a segurança jurídica como um direito fundamental contra procedimentos criminais cumulativos³.

Como um princípio do Direito Constitucional⁴ e Processual Penal, o *ne bis in idem* está inserido no campo dos direitos fundamentais e tem como propósito principal proteger os indivíduos do *ius puniendi* excessivo e arbitrário que um Estado pode exercer. Ou seja, apresenta-se quase como uma limitação no poder do Estado no que tange à punição de seus cidadãos. Por outro lado, ele também é responsável por conferir a paz jurídica na medida em que, quando um indivíduo for julgado por determinado ato, ele não poderá ser duplamente punido pelas mesmas ações.

Todo esse contexto de limitação do *ius puniendi* do Estado atingiu conceitos muito mais complexos com o advento das organizações internacionais e suas necessidades específicas, principalmente no que diz respeito à circulação livre de pessoas.

Após os acontecimentos da II Guerra Mundial, a necessidade de um controle de Direitos Humanos na Europa pareceu latente, surgindo assim o Conselho Europeu e mais tarde o TEDH e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que daqui em diante nomearemos “CEDH”).

O sonho de uma Europa unificada com a junção de povos com objetivos comuns e solidários já é assunto há décadas. Houve um cuidado sem precedentes na realização desse sonho quanto ao processo executório, que não poderia dar cabo de toda a idealização. Era preciso ter cuidado⁵.

Sendo assim, mais tarde, nasceu a UE. Em consequência do seu fortalecimento, foi imprescindível o estabelecimento de uma organização interna, onde houvesse a repartição de poderes e o objetivo comum⁶ bem estabelecido. Não é intenção no presente trabalho realizar um estudo exaustivo da UE nem do Direito da União Europeia, mas sim compreender seu ordenamento jurídico com o intento final de responder à seguinte pergunta: qual o conceito de sanção penal para efeito do *ne bis in idem*?⁷

A UE tornou emergente algum outro conceito muito maior de organização que pudesse prover suporte normativo tanto para a lei do Estado quanto para a lei além do Estado.

³ VERVAELE, 2013/1: 114

⁴ CANOTILHO, MOREIRA, 2007: 497-499

⁵ VIDAL, 1997: 11

⁶ GORJÃO-HENRIQUES, 2008: 17

⁷ RAMOS, 2009: 24

Era necessário olhar para a UE afastando-se da noção de Estados, de ver a situação de “*conceptual glasses of traditions*”⁸ e passar a compreender a necessidade de coesão entre essa organização internacional e seu novo direito com os Estados membros.

Foi em 1999, com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdão, que a ideia da Área de Liberdade, Segurança e Justiça (que daqui em diante nomearemos “ALSJ”) foi introduzida, efeito de uma ampliação da ideia de cooperação no campo da justiça e de assuntos internos instituídos no Tratado de Maastricht⁹.

O maior dimensionamento desse projeto, que ia de encontro aos objetivos da UE, foi concretizado no Tratado de Amsterdão. Ele pode ser considerado visionário na medida em que expande o conceito necessário de cooperação, a fim de incentivar a questão da integração entre os países. Foi através do Conselho de Tampere que a ALSJ teve seus mecanismos efetivados, bem como a instauração do princípio do reconhecimento mútuo¹⁰ de decisões judiciais, como pedra angular da cooperação judiciária¹¹.

Não podemos apenas nos restringir aos crimes transnacionais. Tal homogeneidade deve recair sobre a aplicação de direitos fundamentais aos indivíduos sob a jurisdição dos Estados Membros (daqui em diante “EM”). Não se defende propriamente uma harmonização das leis dos países que integram a UE, mas sim uma cooperação entre os Tribunais da Europa e os tribunais domésticos referente a certos valores que compreendem, unem, e tornam possível a existência de uma organização internacional de tamanho porte.

De acordo com o supracitado Tratado, foi conferida à UE personalidade jurídica (art. 47.º TUE), o que levanta uma certa complexidade quando falamos em direito da UE¹².

⁸ CORRIAS, 2016: 383

⁹ FLORE, 2014: 43

¹⁰ Reconhecemos a imensa importância e a conexão íntima entre o reconhecimento mútuo e o *ne bis in idem*, e seu reflexo na UE, principalmente nos termos de aplicação do art. 54.º CAAS (que será abordado no Terceiro capítulo). Entretanto, os casos trazidos no presente trabalho não abordavam a questão de aplicação do *ne bis in idem* em sua vertente de transnacionalidade, apenas dentro de um mesmo Estado. Por este motivo, escolhemos dar preferência a outros aspectos relevantes ao tema, em decorrência da falta de espaço disponível. Para um estudo profundo do reconhecimento mútuo: KLIP, André. *European Criminal Law: an integratie approach*. Intersentia, 2016, p. 20-59; 100-105. PEREIRA, Luis Silva. MARTINS, Teresa Alves. O princípio do *Ne bis in idem* e os conflitos internacionais de jurisdição. *Revista do CEJ*, VII, 2007, p. 321 e ss. DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *European Federal Criminal Law. The federal Dimension of EU Criminal Law*. Cambridge, Intersentia, 2015, p. 150 e ss. RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 317 e ss. MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, p. 115 e ss. VERVAELE, John A.E. *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?* *Utretch Law Review*, Vol. 9, Issue 4, stembro, 2013, pp: 211-229, entre outros.

¹¹ FLORE, 2014: 44

¹² MACHADO, 2010: 33

É fundamental compreendermos que o *ne bis in idem* pertence ao campo dos direitos fundamentais, e este encontra-se inserido no campo de jurisdição do Direito da União Europeia. Indo mais longe, mesmo que inexistisse uma declaração de direitos fundamentais, o Direito da União Europeia poderia encontrar inspiração no respeito aos direitos fundamentais através dos próprios EM. Isso ocorre porque a lei doméstica não pode escolher quais regras da UE aplicar sem colocar em risco toda sua base legal. Essa percepção é tão importante que deve ser levada até aos mais altos níveis de leis domésticas, mesmo as que fundam o constitucionalismo do EM¹³.

É importante ressaltar que a organização internacional é dotada de autonomia no que se refere aos EM, sendo assim, quando exprime sua vontade, o faz como afirmação de autonomia, e não como somatório da vontade¹⁴. É possível transportar essa compreensão para os acórdãos emitidos pelo TJUE. Quando os acórdãos são elaborados, estes são fundamentados nos tratados e documentos oficiais da UE.

De forma geral, o *ne bis in idem* apresenta forte relação com o caso julgado, já que um dos fundamentos do instituto está conectado com a necessidade de pôr fim a processos de forma definitiva, impedindo que o cúmulo de sanções coloque em prejuízo a segurança jurídica¹⁵. Todavia seus fins não se esgotam por aqui, ao contrário, ao longo desse trabalho temos a intenção de elucidar as principais razões de ser desse instituto.

O TEDH e TJUE, portanto, apresentam papel fundamental na interpretação das regras e princípios gerais no plano europeu, representando, assim, os protetores dos indivíduos contra os eventuais exageros do poder punitivo dos Estados. Entretanto, a situação não é assim tão de fácil integração.

A problemática a ser levantada é exatamente o fato desses Tribunais não trabalharem de forma uníssona na maioria das vezes. Mais, muitas vezes os próprios Tribunais emitem decisões que são contraditórias ou que vão contra entendimentos antes considerados solidificados. O *ne bis in idem* é um grande exemplo dessa desarmonia, assim como a trajetória classificatória que essa norma tem enfrentado. Não existe unanimidade jurisdicional no que diz respeito a nenhum de seus elementos, quer o *bis* quer o *idem*, bem como o que sejam sentenças terminativas, o que sejam sanções penais, entre diversos outros conceitos.

¹³ CORRIAS, 2016: 384

¹⁴ GORJÃO-HENRIQUES, 2008: 17

¹⁵ RAMOS, 2009: 27

Como dito por Vania Costa Ramos, quando nos deparamos com uma constelação de cúmulo de ações, o cúmulo de qualificações ganha proporções absurdas, tanto quanto à desproporcionalidade das sanções, como quanto à proteção do indivíduo, na sua própria segurança jurídica¹⁶.

A dificuldade que a UE tem enfrentado nos últimos anos é de tentar ordenar a questão jurisprudencial dentro do TJUE com os demais chamados tribunais constitucionais, ou seja, os tribunais dos EM e o próprio TEDH. O alicerce de tal dificuldade está em dar a palavra final na interpretação jurídica em um espaço físico tão amplo¹⁷.

Desta forma, quando avaliamos o papel do TJUE como ator de constitucionalidade, merece também posição de destaque o papel que essa corte internacional desempenha no diálogo judicial com os tribunais constitucionais domésticos e, mais ainda, com o TEDH¹⁸.

É importante salientar que, para o objetivo do nosso trabalho, adotamos como premissa a importância para a UE – e consequentemente para sua ordem jurídica – de um diálogo judicial entre os principais tribunais do continente. Todavia, o questionamento que deve estar presente é até que ponto a UE, através do TJUE, se disponibiliza a dialogar com documentos que não estejam formalmente inseridos como direito primário ou derivado, como acontece com a CEDH, uma vez que, nesse caso, seus elementos constituem princípios gerais da UE.

Tal situação merece especial destaque principalmente quando estamos diante de direitos fundamentais, direitos pelos quais tanto se lutou para proteger.

Sanções civis e administrativas não são penas, e, portanto, não se encontram inseridas no quadro do Direito Penal. A escolha entre a sanção penal e administrativa é de natureza arbitrária e fluida. Essa situação é de extrema importância no plano europeu, pois significa que as legislações nacionais podem escolher enquadramentos diferentes para uma mesma situação¹⁹.

É nesse binômio sanções penais e sanções administrativas que nosso trabalho se sustenta. Por se tratar de uma área cinzenta, a escolha entre Direito Penal e o Direito Administrativo, bem como uma união entre ambos os tipos sancionatórios, pode influir de

¹⁶ RAMOS, 2009: 27

¹⁷ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 235

¹⁸ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 239.

¹⁹ FLORE, 2014: 13 e 14

maneira negativa na proteção dos direitos fundamentais uma vez que ambas as sanções podem ser carregadas de um viés punitivo.

Os Tribunais europeus têm enfrentando algumas questões sobre esse assunto. Em 2016, o TEDH, no caso A e B x Noruega, alterou sensivelmente o precedente no que diz respeito ao cúmulo de sanções administrativas e penais para efeito da aplicação do *ne bis in idem*. O TJUE, em março de 2018, teve que se posicionar sobre o mesmo tema, em um julgamento que refletiu muito a posição consolidada que os dois Tribunais parecem seguir juntos, qual seja o caso Luca Menci (C-524/15). Por se tratarem de Acórdãos centrais, serão extensivamente discutidos em capítulos posteriores.

Divisão do trabalho

A partir da delimitação do tema e objeto até agora apontados, partiremos para a divisão deste trabalho em três capítulos, dedicados, respectivamente, aos elementos do sistema jurídico no continente europeu, ao paradigma das sanções penais e administrativas e sua relevância para o sistema atual e, por último, o conceito autônomo de sanção penal para aplicação do *ne bis in idem* na Europa.

Desta forma, no Primeiro Capítulo, abordaremos a posição atual europeia sobre a proteção dos Direitos Humanos e seus instrumentos mais relevantes, quais sejam a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Acordo e Convenção Schengen (que daqui em diante nomearemos “CAAS”) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (daqui em diante “a Carta”). Abordaremos a forma como esses instrumentos se desenvolveram e sua influência mútua.

A aplicação dessas normas pelos Estados depende do controle interpretativo realizado pelo TEDH e pelo TJUE, que são uma espécie de Tribunais Superiores do continente. É através desses Tribunais que os indivíduos podem requerer a proteção de seus direitos fundamentais quando postos em risco pela atuação desproporcional dos Estados. Por isso, mais do que uma análise superficial, é vital compreender o efeito da interpretação legislativa dos documentos internacionais conferidos por esses Tribunais e seu consequente efeito para os indivíduos.

No Segundo Capítulo, levantaremos as questões referentes ao Direito Penal e às sanções penais, bem como os efeitos repressivos e preventivos que permeiam sua aplicação aos indivíduos que tenham cometido infrações. Trataremos, ainda, do Direito Administrativo

sancionador, seu viés punitivo, e a real natureza por detrás da locação formal em sanções administrativas pecuniárias e sobretaxas. Também trataremos da difícil distinção entre infrações penais e administrativas e o efeito desproporcional punitivo quando cumuladas.

Finalmente, no Terceiro Capítulo, esboçaremos as características gerais do *ne bis in idem*, bem como sua disposição na CEDH, através do art. 4.º do Protocolo n.º 7 (que daqui em diante, nomearemos “art. 4.º-P7”), do art. 54.º CAAS e do art. 50.º da Carta. Também voltaremos atenção ao problema do cúmulo de sanções penais e administrativas de natureza penal, no questionamento de se representam uma violação ao *ne bis in idem*. Por último, avaliaremos a nova jurisprudência do TEDH no Acórdão A e B c. Noruega e sua influência no Acórdão Luca Menci, do TJUE.

Por fim, tentaremos responder à questão sobre a tão discutida adesão da UE à CEDH, bem como seus efeitos jurídicos, e qual reflexo isso gera aos europeus no âmbito da proteção dos direitos fundamentais.

PRIMEIRO CAPÍTULO

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA JURÍDICO NO CONTINENTE EUROPEU

Com o propósito de alcançarmos uma compreensão mais global nesta dissertação, julgamos ser importante traçar pontos chave sobre o Direito da União Europeia e seu funcionamento jurídico, bem como sobre o Continente Europeu. Importa ressaltar que não obstante o nosso ponto principal consista em uma conceituação autônoma de sanção penal que possibilite a invocação do *ne bis in idem* quando cumuladas sanções formalmente nomeadas administrativas e penais, entender como se relaciona e funciona o direito interno, assim como os sistemas jurídicos presentes na Europa, é relevante. Para que seja possível uma análise mais completa do tema devemos abordar a questão de organização dos Tribunais europeus, o TJUE e TEDH.

É possível se referir, de maneira simplificada ao extremo, a uma Europa quase que bipolarizada, sendo plausível distingui-la de forma esquemática. De um lado, a Europa do Conselho da Europa e, do outro lado, a Europa da União Europeia e dos Tratados. A primeira é aquela que exprime o ideal dos direitos do homem (noção, esta, que transborda o Direito Penal), que se refere à cooperação policial e judiciária, enquanto a segunda é a referente ao direito comunitário e que pressupõe uma preocupação maior com a integração²⁰.

Em outras palavras, o Direito Penal Europeu despontou primeiramente no âmbito do Conselho da Europa, certamente em razão do quadro histórico das normas e o que era adotado no âmbito penal, mas, principalmente, por causa da preocupação do Direito Penal nas disposições da CEDH em salvaguardar os Direitos Humanos e proteger as liberdades fundamentais. O Conselho da Europa apresenta uma missão mais geral, qual seja, de defender e promover os princípios que são uma espécie de patrimônio comum. No tocante à UE, a preocupação tem sido fundamentalmente política, ocupando-se com a cada vez mais

²⁰ Em razão dessa integração específica desenvolvida no continente europeu e graças ao conceito de cooperação expandido podemos falar em um duplo espaço de cooperação judiciária europeia: o do Conselho da Europa e a da UE, em uma escala muito mais restrita. Não podemos esquecer, todavia, do Espaço Schengen, mas que hoje se encontra integrado à UE. Nos dois casos somos capazes de observar a internacionalização do Direito Penal, que se reduz a dois espaços principais de território jurídico e soberania legislativa. PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 7, 8 e 11

evoluída integração dos EM. Em consequência disso, houve a necessidade de criação de seu próprio sistema jurídico²¹.

Como já dito na introdução, são dois os principais Tribunais no continente, um deles que está voltado para a própria UE e a aplicação o Direito da União Europeia, qual seja, o TJUE, e o outro, que compreende os países da Europa e que assinaram a CEDH, qual seja, o TEDH. Agora passamos à análise de cada um desses sistemas.

I. A Europa dos Direitos Humanos

O conceito de Direitos Humanos tem sua gênese na noção de que o Estado pode ser, e muitas vezes é, violador de direitos exatamente por causa do direito/dever a ele imputado através do *ius puniendi*. Não obstante, pessoas singulares também podem ser violadoras de direitos. As proibições contidas nos tratados de Direitos Humanos são geralmente direcionadas aos Estados e são, comumente, de dois tipos. A primeira delas tem uma obrigação negativa, isto é, impede os oficiais do Estado (ou agentes) de violarem os Direitos Humanos. O segundo campo envolve também uma obrigação negativa, mas dessa vez coloca o Estado na posição de garantidor de que os Direitos Humanos não sejam violados ou suprimidos de qualquer maneira por entidades que não sejam governamentais²².

A análise histórica europeia pauta a necessidade de uma luta exaustiva no que concerne aos Direitos Humanos. Não cabe a nós nesse trabalho traçar tal percurso, mas sim afirmar a extrema necessidade em que a Europa se viu de consagrar e reconhecer os então Direitos Humanos e as garantias de proteção que os devem cercar²³.

Um conceito geral de Direitos Humanos preceitua que são estas faculdades permanentes a todas as pessoas de serem capazes de defender sua liberdade e sua dignidade sob as garantias institucionais. Sendo assim, considerando o aspecto fundamental dos direitos do homem, poderíamos nos arriscar a afirmar que eles possuem um caráter objetivo. Tal objetividade pode ser identificada pela própria existência da pessoa humana e exprime a ideia que os direitos não são atribuídos aos indivíduos por algum status jurídico particular, mas que são intrínsecos à simples qualidade de ser uma pessoa humana²⁴.

²¹ FLORE, 2014: 15

²² BANTEKAS, NASH, 2007: 18

²³ BARRETO, 2016: 23

²⁴ PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 12

A função do Conselho da Europa pode ser compreendida de duas formas. A primeira é a “*promoção, defesa e garantia dos Direitos Humanos*” e a segunda é a cooperação em diversas áreas. A atuação do Conselho da Europa deve ser vista levando em consideração os valores europeus e igualmente a força do direito comunitário²⁵.

Foi criada uma espécie de triângulo judicial europeu no campo dos direitos fundamentais, cujos vértices são formados pelo TJUE, pelos tribunais constitucionais domésticos e pelo TEDH. Por isso, deve a nós parecer comum recorrer a mecanismos de cooperação judicial quando frente a um problema de interpretação de normas, a fim de alcançar uma convivência pacífica e jurisprudencialmente harmônica entre os três níveis constitucionais europeus em jogo. Acrescenta-se, será necessário considerar e aceitar que está sendo configurada uma nova ordem jurídica no espaço europeu²⁶.

1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A CEDH nasceu com o objetivo de munir a Europa de um documento que fosse capaz de abranger os valores políticos e culturais de seus Estados, garantindo assim direitos e liberdades²⁷.

Nesse sentido, a CEDH apresenta sua centralidade na proteção dos direitos fundamentais no âmbito da Europa, sendo o primeiro documento a constituir um sistema de proteção instituído dentro de um espaço territorial no campo dos Direitos Humanos. Indo mais além, foi o primeiro documento que conferiu aos indivíduos acesso direto às instâncias internacionais, para defesa de seus direitos fundamentais contra seu próprio Estado. O principal objetivo da CEDH é garantir aos indivíduos a proteção mais eficaz de seus direitos, mais do que a conferida na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O fundamento da CEDH é assegurar os valores universais, bem como construir, tendo como base esses mesmos direitos, uma sociedade mais democrática na Europa²⁸.

A CEDH encarna as exigências e necessidades atuais da ordem pública europeia dos Direitos Humanos, e constitui uma espécie de espinha dorsal de tal compreensão jurídica.

²⁵ BARRETO, 2016, :24 e 25

²⁶ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 238 e 239. r

²⁷ BARRETO, 2016: 27

²⁸ ROCHA, 2010: 17 e 18

Ela não se volta apenas para as questões de Direito Penal e processo penal, mas sem dúvidas apresenta uma carga de preocupação muito grande dentro de seus limites legais²⁹.

A maioria dos países da Europa integrou a CEDH à sua ordem jurídica interna de forma clara e direta. Desta forma, ela passa a assumir um efeito direto, já que os indivíduos podem invocá-la perante os tribunais internos. Ela deve ser sempre aplicada levando em consideração as disposições constitucionais nacionais³⁰.

Um ponto de especial destaque foi a maneira pela qual os autores da CEDH criaram um sistema de “justiciabilidade” exclusivo, de acordo com seus próprios padrões. Essa situação facilita o acesso das pessoas que sentirem seus direitos violados ao poder de intentar, perante um tribunal internacional, qual seja, o TEDH, a resguarda desses direitos³¹.

Merece especial destaque a relação entre a UE e seus EM com a CEDH. O assunto será abordado com maior profundidade nos próximos capítulos do presente trabalho, todavia, cabe desde já a ressalva de que sem dúvidas a CEDH tem forte influência sobre a Carta e sua interpretação, sendo, portanto, fundamental para a jurisprudência do TJUE.

De forma bem sucinta, todos os EM da União Europeia assinaram a CEDH e quase todos os EM a incorporaram ao seu direito doméstico. No momento em que ela passa a fazer parte do ordenamento interno de cada país, as provisões da CEDH podem ser invocadas diante dos tribunais domésticos no que diz respeito a questões procedimentais e de direito material que possam estar sendo desrespeitadas pelos países. Cabe ressaltar, entretanto, que trazer a CEDH para o nível doméstico não significa que as questões não poderão ser mais levadas ao TEDH, pelo contrário, no caso de exaustão de todos os remédios constitucionais, poderão ser levadas ao Tribunal³².

O TJUE está realizando um excelente trabalho na aplicação do Direito da União Europeia na questão de proteção dos Direitos Humanos. Mas, como a CEDH não foi incorporada no direito comunitário, seu objetivo tem sido limitado e o relacionamento entre a CEDH e o sistema legal comunitário tem estado numa espécie de zona cinzenta³³.

²⁹ O primeiro grande destaque de informação que devemos conferir a CEDH é que ela afirma a existência de direitos, isto é, eles não foram criados por ela, simplesmente sua existência foi reconhecida. Toda essa situação apresenta um significado muito profundo, o que quer dizer que são espécies de direitos que possuem valor permanente, inclusive anterior à CEDH. Desta forma, ela possui um efeito declarativo, e não criativo. PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009:15 e 16

³⁰ ROCHA, 2010: 18-20

³¹ PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 16

³² MEDHURST, 2001: 21 e 22

³³ STEINER, WOODS, TWIGG-FLESNER, 2003: 160

2. Conselho Europeu e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

O Conselho da Europa é uma das instituições mais antigas do continente e nasceu com as preocupações do Pós II Guerra Mundial. Ele se destina a proteger e assegurar os direitos nele reconhecidos³⁴.

A função do TEDH, em sua essência, é monitorar o cumprimento da CEDH pelos Estados Parte do Conselho da Europa que a assinaram³⁵.

Percebe-se uma sensível evolução do TEDH em avocar para si a violação de Direitos Humanos pelos Estados parte na CEDH. Ele tem supervisionado a aplicação da CEDH em áreas extremamente sensíveis³⁶.

A mera existência de direitos pertencentes a um campo de valores comuns partilhados pelos Estados parte não resulta em nada se não forem efetivados esses direitos. Por mais que sua importância jurisdicional esteja solidificada, o controle realizado pelo TEDH não satisfaz as necessidades de proteção dos interesses e direitos fundamentais do continente europeu; de outra forma, ele não é capaz de, sozinho, realizar um controle jurisdicional³⁷.

Como os acórdãos do TEDH não atuam com efeito direto nos ordenamentos jurídicos dos ratificantes, não havendo modificação da lei doméstica, não existe a obrigação de correlacionar as decisões passadas com os acórdãos emitidos pelo TEDH³⁸. Essa é uma das maiores críticas ao TEDH. Um Estado pode ser condenado a pagar à vítima uma satisfação justa, que vem na forma monetária, mas ele não tem como obrigar o Estado a executar sua decisão. O cumprimento de eventual alteração legislativa e cessação ou não da violação, determinadas pelo TEDH, é escolha do Estado parte³⁹.

³⁴ GOUVEIA, 2011: 64

³⁵ CRAIG, BÚRCA, 2008: 365

³⁶ CARRERA, DE SOMER, PETKOVA, 2012: 8

³⁷ RODRIGUES, 2008: 428. Há quem defenda que o O TEDH apresenta uma discreta, mas efetiva e ininterrupta performance jurisprudencial, fruto de forte base jurisdicional na perspectiva dos Direitos Humanos, ganhando assim uma posição de liderança no assunto, mesmo que apresente dificuldade internas de jurisprudência. MARTÍN, NANCLARES, 2017: 238.

³⁸ RODRIGUES 2008: 428

³⁹ PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 17

II. O sistema jurídico na União Europeia

Uma das principais características das organizações internacionais de integração é a abertura que os Estados parte conferem a ela, principalmente na questão de uma certa limitação da soberania. O sistema jurídico de um país, é, definitivamente, uma das maiores conquistas no que tange à soberania e à independência. No momento em que uma organização internacional sobrepõe seu direito ao direito doméstico de um Estado, há uma perda, mesmo que esta seja mínima, no tocante às decisões jurídicas e à forma de administração da justiça já que, inegavelmente, existirá uma sobreposição do direito internacional⁴⁰.

Desde os primeiros rascunhos referentes a uma possível integração na Europa, a existência de um sistema jurídico esteve presente na forma da criação dos Tratados e as consequentes legislações derivadas – mas de igual importância também é a figura de um Tribunal de Justiça⁴¹.

Uma das grandes realizações trazidas pelo Tratado de Maastricht foi a de que as matérias de justiça e assuntos internos eram a chave para a concretização de uma verdadeira UE. Pela primeira vez foi possível abordar de forma completa esses assuntos. Foi nesse quadro institucional – bem imperfeito – que, entre os anos de 1993 e 1999, surge uma primeira leva de instrumentos de Direito Penal Europeu, ao que chamamos direitos de primeira geração⁴².

Um dos pontos de maior destaque da UE, a partir do Tratado de Maastricht, foi a busca e efetiva entrega de um nível muito maior de proteção dos cidadãos. Foi também a partir daí que se estabeleceram os pilares para uma cooperação em matéria penal em determinadas áreas, sem que houvesse uma incidência direta sobre a lei penal dos EM⁴³.

⁴⁰ GORJÃO-HENRIQUES, 2008: 19

⁴¹ CAEIRO, 1998: 519

⁴² MONTE, WHYTE, 2016: 399. O Tratado de Maastricht representa, incontestavelmente, uma importância grandiosa no processo de criação da UE, tendo introduzido uma série de inovações essenciais. DRUESNE, 2002: 16

⁴³ QUADROS, 2004: 44 e 45. O tema é polêmico e não nos interessa para o trabalho tratar das questões da possível harmonização das leis penais. O que é imperioso saber é que os países, efetivamente, não acederam a possibilidade de abrir (mais) a questão da soberania frente a questão penal, que é um reflexo tão forte da questão cultural e evolutiva de um povo. No mesmo sentido, Pedro Caeiro afirma que o Tratado de Maastricht representa a mudança de cenário, sendo revestida de uma feição política, ultrapassando assim a mera integração econômica CAEIRO, 2009: 71. Embora a UE nunca tenha sido dotada de competência Penal, as questões levantadas ficaram ainda mais profundas depois da entrada em vigor do Tratado de Maastricht e da criação do Terceiro Pilar. A questão legislativa em matéria de Direito Administrativo sancionador era parte dos poderes atribuídos ao Direito da União Europeia, enquanto as medidas criminais eram reservadas aos EM. O Tratado

Apesar de ainda estarmos relativamente longe de uma concreta harmonização das leis penais, existe sim uma preocupação efetiva com o combate à criminalidade entre os Estados membros.

É unânime a ideia de que o sistema jurídico da UE tem como objetivo um processo de integração, e que as especificidades dessa instituição se fundamentam na ideia de desenvolver instrumentos que facilitem a integração. Sendo assim, a principiologia do Direito da União Europeia, bem como os mecanismos previstos nos Tratados de proteção dos direitos fundamentais, são voltados para tal objetivo. Portanto, um sistema jurídico capaz de manter unidas as especialidades de cada um dos sistemas jurídicos dos EM e suas tradições, e ainda assim promover a integração, só é possível através de uma interpretação uniforme ou pelo menos homogênea do Direito da União Europeia⁴⁴.

Por mais que haja um empenho exaustivo de articulação entre os países da UE no que diz respeito à implantação de um sistema jurídico harmônico, o assunto ainda é demasiado complexo. De forma simplificada, a aplicação nacional do direito comunitário deve seguir o princípio da primazia do direito comunitário⁴⁵ e dentro dessa aplicação existem regras hierárquicas, o que tem específico relevo para este trabalho na medida em que o direito europeu tem primazia frente o direito nacional⁴⁶.

Isto posto, o primado do direito comunitário, como reconhece Gorjão Henriques, tem sido afirmado há mais de 40 anos pelo TJUE, sendo tratado por este órgão como uma espécie “*exigência existencial*” do próprio modo de existir (e sua eventual efetividade) no Direito da União Europeia⁴⁷.

de Lisboa alterou de forma drástica o então painel jurídico, já que elencou crimes relativos à UE. HERLIN-KARNELL, 2012: 12 e 13

⁴⁴ SILVEIRA, 2012: 12

⁴⁵ O princípio do primado no Direito da União Europeia não pode ser concebido através de aplicação imperfeita. Isso corre por diversos motivos. Em primeiro lugar, ele representa a vocação supranacional do Direito da União Europeia no que tange ao direito interno dos EM. quando há conflito de lei entre o Direito da União Europeia e o direito interno dos EM, o primeiro deve ser aplicado de acordo com o próprio princípio. Sua aplicação vai desde o direito primário até o direito derivado. A violação do Direito da União Europeia pode ser invocada pelos particulares em seus respectivos tribunais nacionais, e esses devem aplicar a lei comunitária em detrimento de sua própria legislação, desde que a contradiga de alguma forma, o que é inaceitável dentro da UE. DOLLAT, 2007: 254, 258 e 259

⁴⁶ MACHADO, 2010: 225 e 226

⁴⁷ GORJÃO-HENRIQUES, 2008: 98. No mesmo sentido vão José Martín e Pérez de Nanclares quando afirmam que o TJUE participou profundamente da integração da UE no momento em que estabeleceu relação com os tribunais constitucionais dos Estados membros no momento em que solidificada o princípio do primado. MARTÍN, NANCLARES, 2017: 237

Dadas as diferenças ente os EM, caso os tribunais domésticos decidissem aplicar as suas próprias regras constitucionais, a questão da prioridade entre direito interno e comunitário seria inexistente. Não haveria qualquer uniformidade na aplicação do primado do direito comunitário e este não poderia ser garantido por toda a UE. Não só essa situação enfraqueceria o efeito do direito comunitário, mas também prejudicaria a solidariedade entre os EM e, de forma consequente, ameaçaria a própria UE⁴⁸.

O princípio do primado é o que solidifica a ordem jurídica comunitária. Por afirmar que o Direito da União Europeia é imediatamente aplicável frente a alguma contradição com o direito doméstico, ele afeta diretamente a ordem jurídica dos EM. Em suma, ele deve ser aplicado imediatamente e diretamente. Caso assim não fosse, ele seria uma carta morta se um Estado priorizasse sua própria legislação frente à da UE. Vemos assim, de forma bem objetiva, a superioridade do direito comunitário sobre o doméstico⁴⁹.

Levando em consideração a doutrina legal comunitária, os tribunais dos EM já aceitaram que a legislação da UE é suprema e que tem efeito direto. Entretanto, seria uma espécie de “milagre” se todos os membros declarassem que as respectivas administrações estavam impondo a maioria dos regulamentos e diretivas de UE mesmo que de forma apenas aproximada⁵⁰.

Importa ressaltar que a *“edificação de uma União Europeia de direito só é possível mediante integração das diferentes tradições jurídicas dos Estados-membros, associada à cooperação das instancias jurisdicionais europeias e nacionais”*. O que veremos no decorrer desse trabalho é que a aplicação do Direito da União Europeia pela autoridade judiciária está em constante tensão entre *“primazia funcionalmente adequada e da primazia condicional do direito comunitário”*, sendo elas a jurisprudência comunitária e a nacional, de forma respectiva⁵¹.

Por isso, sob o aspecto formal, o Direito da União Europeia é setorizado entre o direito primário e o direito derivado (secundário). O direito primário é constituído pelos

⁴⁸ STEINER, WOODS, TWIGG-FLESNER, 2003: 65

⁴⁹ O primado do direito comunitário sobre o direito nacional gera dois efeitos: paralisa a norma nacional contrária e obriga o juiz nacional a dar preferencia a norma comunitária a todas as disposições nacionais contrárias, mesmo que posterior. As jurisdições internas consagram esse princípio, que se transforma numa certa aproximação dos direitos penais. PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 31

⁵⁰ SHAPIRO, 1999: 29

⁵¹ MACHADO, 2010: 480.

Tratados, que podem ser originários ou modificativos. Enquanto que o direito derivado nasce de um conjunto de atos que emanam dos órgãos comunitários⁵².

De forma simplificada, os Tratados geralmente funcionam como a “constituição” das organizações internacionais, o que não é diferente na UE com o Tratado de Lisboa. Todavia, isso não significa que a organização internacional seja um Estado Federal. Quando nos referimos à constituição e organizações internacionais remetemo-nos ao fato de que são os Tratados que perfazem a organização jurídica⁵³.

A espécie de nova ordem legal trazida pelos tratados constituintes da UE tornou a figura do TJUE de extrema importância, uma vez que indicou que a UE não era apenas uma organização legal internacional. Em um sentido muito mais particular, ela tinha um *status* muito mais independente. E isso trouxe um impacto muito maior aos ordenamentos jurídicos de seus EM⁵⁴.

A relevância do TJUE transborda quando compreendemos a necessidade de uma organização como a UE carecer de um tribunal que tenha competência para lidar com os eventuais problemas de interpretação e recorrente aplicação das leis domésticas levando em consideração o princípio do primado.

De outra forma, cabe ao TJUE resguardar a ordem jurídica comunitária através da constatação de eventuais incumprimentos por parte dos EM⁵⁵.

Uma das situações que comprovam que o TJUE tem funcionado como um Tribunal constitucional é quando o mesmo é invocado pelos EM para resolução de conflitos de leis doméstica frente às leis da UE ou conflitos jurídicos com outro EM⁵⁶.

Muitas das vezes é necessário que a UE reconheça a fragilidade do particular e o proteja contra ações da própria Administração. No caso em questão, de quase oposição entre sanções penais e administrativas, tal situação de disparidade de armas entre indivíduo e Estado fica exposta.

⁵² Os principais “ramos do direito derivado são os regulamentos, as diretivas, as decisões e as recomendações, mas que para o propósito do nosso trabalho só abordaremos as decisões e seu impacto na ordem jurídica comunitária. QUADROS, 2004: 343, 344, 353 e 354

⁵³ GORJÃO-HENRIQUES, 2008: 20 e 21

⁵⁴ STEINER, WOODS, TWIGG-FLESNER. 2003: 66

⁵⁵ GORJÃO-HENRIQUES, 2008: 22. Por este motivo, o juiz de cada país deve aplicar através de seu próprio poder o direito comunitário. Caso seja necessário, deve desaplicar a lei interna de seu país caso esta esteja em contradição ou mesmo que seja contrária ao entendimento da UE. Importa ressaltar que não é necessário que o juiz espere pela mudança do direito interno para aplicação do direito comunitário, ou mesmo efetuar o pedido de alteração. Todavia, é dever do Estado a alteração da norma interna, realizando a revogação das normas que não sejam compatíveis com o direito comunitário. MACHADO, 2010: 226 e 227

⁵⁶ MACHADO, 2010: 481.

O alcance legislativo da UE no específico campo do direito criminal e de justiça são tão significantes, tanto em objetivo quanto em profundidade, que revolucina o dia a dia da prática do direito criminal dentro da UE⁵⁷.

1. O Direito Penal Emergente⁵⁸

O estudo do Direito Penal, através dos livros, é com frequência atrelado a uma exposição sistemática de uma ordem legal doméstica, onde quase não existem lacunas. Nela estariam abrangidas todas as variáveis da atividade humana, atravessando os pressupostos da persecução criminal, desde a moldura penal aplicável até o eventual julgamento e condenação do autor e sua esperada reintegração na sociedade. Essa é a imagem do Direito Penal dos países⁵⁹.

O cenário não poderia ser mais diferente quando abordamos o Direito Penal Europeu. Ele se sobrepõe às ordens jurídicas nacionais através não de um Direito Penal propriamente europeu, mas sim através do princípio do primado do Direito da União Europeia e seus tratados e diretrizes. Sua funcionalidade é com frequência discutida, mas ele vem sendo reafirmado e redefinido e suas diretrizes são justificadas através dos interesses da UE, em particular o interesse de estabelecimento de uma ordem jurídica própria para proteger o sistema de sanções⁶⁰.

O Direito Penal na UE tem se desenvolvido em um nível de complexidade que o torna um campo de estudo em si mesmo, onde algumas das dificuldades e problemas são familiares aos das legislações penais nacionais, mas ao mesmo tempo o muito particular contexto da UE traz à superfície desafios que antes não existiam⁶¹.

⁵⁷ FLETCHER, LOOF, GILMORE, 2008: 1

⁵⁸ Referência ao livro “O Direito Penal Europeu Emergente”, de autoria de Anabela Miranda Rodrigues.

⁵⁹ FLORE, 2014: 17

⁶⁰ FLORE, 2014: 17

⁶¹ A própria terminologia de liberdade, segurança e justiça é precisa justamente por causa do escopo da própria UE. O que se tornou sinônimo dos efeitos da construção de um sistema criminal na UE, se tornando um excelente ponto de partida para qualquer tipo de tentativa de organizar de alguma forma, ou tornar perceptível, o que acontece no terceiro pilar da UE. A interpretação tradicional de liberdade, minimamente concordada entre a doutrina, é de que um indivíduo tem direito a um nível mínimo de liberdade em relação à intervenção excessiva por parte do Estado no exercer de suas atividades punitivas. O objetivo e alcance dessa liberdade vai depender da situação específica de cada pessoa. Portanto, a relação central do Direito Penal/processual penal é principalmente entre um indivíduo suspeito de um crime e o Estado perseguir sua punição. FLETCHER, LOOF, GILMORE, 2008: 2, 21 e 21

Na visão de André Klip, o Direito Penal Europeu é equivalente a uma colcha de retalhos, na medida em que são quatro os elementos que compõem sua jurisprudência e legislação, quais sejam, o TJUE, os tribunais nacionais, e também os órgãos legislativos europeus e domésticos. Há uma integração de valores comuns e individuais. Os princípios gerais do Direito da União Europeia são de assimilação obrigatória pelos EM, da mesma forma que a aplicação dessas regras em seu sistema criminal⁶².

O processo de formação da UE, considerado como um dos aspectos da globalização, transforma os espaços econômicos e sociais em uma forma hiperdinâmica. A noção de Estado nacional, pode-se dizer, entrou em crise, e ela se reflete no Direito Penal⁶³. O cenário da luta contra o crime em decorrência dos interesses econômicos da UE é de extrema relevância para compreendermos o cenário do debate em nosso trabalho.

A nova etapa desse espaço penal europeu nasceu com o Tratado de Amsterdão, que aprofundou as questões do terceiro pilar, a fim de que a ALSJ fosse desenvolvida, através da iniciante harmonização penal -ainda muito estrita, com regras mínimas. O Direito Penal dentro da UE ganhou um papel relevante até então não conferido a ele⁶⁴.

A proteção das liberdades, respeito aos direitos fundamentais entre outras garantias foi amplamente defendida nesse Tratado. Tais direitos já constavam no rol da CEDH, que foi incorporada de forma indireta do Direito da União Europeia⁶⁵.

A expansão do pensamento do Tratado de Amsterdão foi aprofundada no Conselho de Tampere, que firmou o pensamento de um espaço de liberdade, segurança e justiça. As conclusões alcançadas em Tampere são de uma importância simbólica e pragmática no que diz respeito ao desenvolvimento do Direito Penal Europeu, já que conceitos como o reconhecimento mútuo de decisões judiciais foram amplamente defendidos⁶⁶.

Quanto à finalidade do Direito Penal Europeu, três são os modelos de maior repercussão: a confiança mútua surge através do ideal comum entre os Estados membros, que se debruçam sobre os mesmos valores e princípios a fim fortalecer a UE, sendo assim, a atividade jurídica de cada país tem que ser dotada de um nível de normas e *standards* comuns. Por outro lado, o Direito da União Europeia tem como fundamento favorecer a

⁶² KLIP, 2009: 717

⁶³ COSTA, 2009: 97-99

⁶⁴ MONTE, WHYTE, 2016: 399 e 400

⁶⁵ MEDHURST, 2001: 15

⁶⁶ European Community Tampere European Council Presidency Conclusions - 15 and 16 October 1999, 11 Int'l J. Refugee L. 738, 1999, p. 739 e 740, 744-746

cooperação jurídica entre os Estados, reduzindo, ao mínimo, os obstáculos entre eles. Tal cooperação deve ocorrer em qualquer estágio do procedimento criminal, e só é possível graças à confiança mútua. Por último, a integração, que tem como pilar uma mudança grande de perspectiva, já que cada justiça nacional se integra ao quadro da justiça europeia, tem como objetivo elaborar um processo de justiça penal propriamente europeu, que alcance desde as autoridades judiciárias europeias até o exercício da justiça no plano europeu⁶⁷.

Aqui é possível fazer a ligação com o ponto central do nosso trabalho. Se é função do Estado aplicar a lei penal de forma minimamente invasiva proporcionalmente à gravidade dos fatos, por que encontramos um indivíduo sobre o qual recai duas sanções, de natureza penal, pelo mesmo fato? Não deveria ser o Estado capaz de sobrepesar a necessidade, e utilizar o Direito Penal *latu sensu* como última *ratio* e não aplicar sanções sem um critério rígido e estabelecido, sem levar em consideração a liberdade - ideal tradicional - que durante séculos foi questionada e em seguida reafirmada como a preocupação mor de um Estado?

O objetivo do nosso trabalho, como já esclarecido em parágrafos anteriores não é pesar as vantagens e desvantagens da possível existência de um Direito Penal na UE. O que para nós é importante estabelecer é a relação entre direito comunitário, a influência que ele exerce nos EM, mais ainda no Direito Penal em referência ao *ne bis in idem* e ao próprio conceito de sanção penal considerado pelo direito comunitário.

O Direito da União Europeia exerce imensa influência sobre o Direito Penal nos EM, mesmo que essa influência seja incidente ou reflexa. A UE é dotada de um *jus non puniendi* autônomo, que seriam os efeitos penais negativos do Direito da União Europeia, de certa forma, capaz de limitar o Direito Penal interno dos EM⁶⁸.

⁶⁷ FLORE, 2014:19 e 20

⁶⁸ CAEIRO, 1998: 520. No mesmo sentido: A constatação da criação e conseqüente evolução dos instrumentos normativos que afetam diretamente o Direito Penal dos EM é notável. Tal momento é indispensável para a própria solidificação da UE. Ultrapassado o foco apenas nas questões econômicas/de mercado fomos em direção a um campo muito mais aberto. Toda a situação atual implica, necessariamente, que o enquadramento sancionatório muitas vezes requisitado para fortalecer ainda mais o quadro europeu, deva ser penal. É aqui que nasce a pergunta de que tipo de Direito Penal é eficaz e pertinente para a Europa. A questão da competência legislativa da UE em matéria penal segue extremamente discutida. A primeira pergunta que se põe é: o Direito Penal continua adstrito à questão interestadual? A resposta é sim, continua sendo de competência exclusiva dos Estados membros, mas a questão não se encontra encerrada. Isso quer dizer que apesar de ainda controverso, o Direito Penal não se manteve ileso em relação à influência do direito comunitário, apesar de ainda ser uma expressão da soberania nacional. Sendo assim, é impossível negar a influência do direito comunitário sobre o Direito Penal. O argumento central da questão que por muito tempo colocou em lados opostos a União Europeia e a competência penal pode ser traduzido da seguinte forma: o que mais expõe e traz as características culturais de um povo é o Direito Penal, mais do que isso, traz atrelado a si a base jurídica e a travessia democrática do país. Desta forma, continuam traçadas a questão do Direito Penal e a soberania estadual. É impossível manter o nível de integração da UE sem que haja algum tipo de sanção penal aplicável,

O que existe, na realidade, a nosso entendimento, é a aplicação de regras e princípios que de alguma forma geram discussões doutrinárias e jurisprudenciais em referência à devida aplicação do direito comunitário. Ou seja, por não poder haver sobreposição do ordenamento doméstico ao direito comunitário, o que ocorre é interpretação dos princípios e direitos fundamentais que norteiam o direito da União Europeia.

São sensíveis os efeitos positivos do Direito da União Europeia sobre os EM, mesmo que por vezes o reflexo das normas comunitárias na aplicação da norma penal doméstica não seja notório. A norma interna que nasceu para proteger os bens jurídicos internos de um Estado, também é capaz de proteger os interesses e bens jurídicos da UE⁶⁹.

Em primeiro lugar, se o Direito Penal é de fato de competência dos EM, o TJUE é a força que garante que as penalidades aplicadas não sejam obstáculos indiretos à realização dos objetivos trazidos pelos Tratados. Desta forma, ficou estabelecido que qualquer sanção desproporcional, de acordo com os valores da UE, aplicada à natureza de uma infração constituiria uma medida equivalente a uma restrição quantitativa proibida, já que seria um verdadeiro entrave às questões de liberdade garantidas pelo direito comunitário⁷⁰.

Em segundo lugar, as incriminações do direito interno são baseadas nos textos comunitários, que expressam, dessa forma, seu efeito positivo. Especificamente as diretivas comunitárias, quando introduzidas nas normas domésticas através de um texto nacional, que se relacionam às possíveis sanções penais, podem ser uma forma de impedir as violações penais exercidas pelos EM⁷¹ quanto aos princípios e garantias do direito comunitário.

O TJUE sempre se posicionou como garantidor da efetividade do Direito da União Europeia, no sentido de que ela não pode ser variável de acordo com a interpretação dos EM. Esta situação acarretou uma certa preocupação dos EM em garantir na sua legislação criminal que os interesses da UE fossem sustentados, de modo que o Direito da União Europeia apresenta um efeito positivo e negativo sobre o Direito Penal dos EM⁷².

O que muito preocupa é que a vertente tomada pela UE em matéria penal tem lentamente se afastado da doutrina garantística, da defesa e proteção dos direitos das pessoas. É só através desse tipo interpretativo do Direito Penal que podemos perceber a necessidade

o que acarreta uma certa uniformidade a fim de gerar eficácia no sistema de integração da ALSJ. RODRIGUES 2008: 27, 29 e 32.

⁶⁹ CAEIRO, 1998: 521

⁷⁰ PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 2

⁷¹ PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 22

⁷² HERLIN-KARNELL, 2012: 16

de uma espécie de barreira que seja capaz de parar o poder punitivo do Estado. Um Direito Penal baseado em tais alicerces, tendo como princípios fundamentais o de “*justiça, legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência, de última ratio*” é, na verdade, o que se espera de um Direito Penal emergente na UE⁷³.

É admissível o pensamento de que a formação do Direito Penal Europeu ocorre em uma espécie de dialética em três tempos. Em primeiro lugar, os tratados configuram a base jurídica e seu conseqüente desenvolvimento. Os enunciados encontrados nos Tratados traduzem os objetivos gerais e comuns dos Estados membros, que representam o consenso formador da UE. Em segundo lugar encontram-se as decisões políticas, que são a verdadeira tradução dos objetivos dos tratados, efetivados de forma concreta. O terceiro momento é a concretização jurídica do que está estabelecido nos tratados, em seus objetivos fixos, bem como as decisões do Conselho Europeu⁷⁴.

A termo de conclusão do assunto, podemos dizer que desde já existe um tipo de Direito Penal Europeu. Não é, propriamente, aquele positivado e aplicado pelos EM de forma interna; é uma espécie de Direito Penal de princípios e direitos fundamentais que se movimenta e se desenvolve, o que continuará acontecendo pelos próximos anos⁷⁵.

Como expõe Anabela Rodrigues, ainda falta um pensamento sobre o Direito Penal, já ainda não existe harmonização no contexto da política criminal europeia⁷⁶, o que pode significar um déficit futuro relativamente à solução dos conflitos na seara penal.

2. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

A proteção dos direitos fundamentais no seio da UE é anterior à própria constituição da UE, contudo, não havia uma proclamação formal através de um documento “transcendental”. A Carta, portanto, é carregada de simbolismo⁷⁷ e representa um marco na história jurídica da UE.

De acordo com Vital Moreira, a fragmentada e insuficiente positivação dos direitos fundamentais na UE em seus Tratados, por mais que fosse progressiva, não era capaz de acompanhar a evolução jurisprudencial do TJUE. Os indivíduos se encontravam

⁷³ RODRIGUES, 2008: 408

⁷⁴ FLORE, 2014: 75 e 76

⁷⁵ PRADEL, CORSTENS, VERMEULEN, 2009: 22

⁷⁶ RODRIGUES 2008: 25

⁷⁷ TANASESCU, 2012: 537 e 538.

desamparados perante as autoridades comunitárias, uma vez que nos Tratados não havia provisão dos direitos fundamentais. As autoridades nacionais se encontravam vinculadas à coleção de direitos fundamentais contidos na CEDH. Caso essa competência de proteção em termos de direitos fundamentais fosse transferida à UE, acarretaria uma perda de tutela por parte dos cidadãos europeus⁷⁸.

Os Tratados europeus que vincularam a CEDH transformaram os direitos fundamentais nela contidos em princípios gerais do direito comunitário. Sua definição e alcance dependia da interpretação conferida à época pelo TJUE, mas muito abaixo das necessidades reais da UE. A CDEH não supria a falta de um documento semelhante a um *bill of rights* da UE. O déficit se tornava cada vez mais grave na medida em que a integração europeia avançava. Com o alargamento de competência das instituições europeias, em decorrência desse movimento integrativo, os riscos de lesões aos direitos fundamentais aumentavam progressivamente⁷⁹.

O diálogo sobre a necessidade de uma carta de direitos fundamentais da UE data de 1999, quando foi formulado um rascunho inicial. Tal ideia nasceu após anos de discussão da possibilidade de aderir ou não à CEDH, adesão essa que traria tal lei para seu rol legislativo. Todavia, menos de um ano depois do primeiro rascunho, em 2000, foi elaborado o texto, seguindo uma linha de maior abertura e um conceito de processo participativo também mais aberto do que já visto em legislações anteriores, sendo proclamada em Nice em dezembro de 2000⁸⁰.

A questão da proteção dos direitos fundamentais dentro do sistema legal da UE foi bastante consolidada apenas com o Tratado de Lisboa, em 2009, no sentido em que este converteu a Carta em uma lei juridicamente vinculativa para União, elevando-a à categoria de direito primário. Os direitos contidos na Carta da UE apresentam o mesmo valor legal dos Tratados e devem ser respeitados em qualquer legislação da UE⁸¹.

Sendo assim, até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta representava uma espécie de *soft law*, sem qualquer força vinculativa como também não podia ser invocada judicialmente. Após sua elevação a direito primário, ela passa a vincular a UE e os EM contra seus próprios atos políticos, administrativos e legislativos que violem esses direitos

⁷⁸ MOREIRA, 2012: 445 e 446

⁷⁹ MOREIRA, 2012: 446 e 447

⁸⁰ SCHUTZE, 2015: 442

⁸¹ MESQUITA, 2013: 24 e 25

fundamentais. A UE é mais do que nunca reconhecida como uma entidade supranacional, não só interestatal, mas apresenta também uma enorme preocupação com seus cidadãos, aos quais os direitos fundamentais ela visa assegurar contra quem quer que os viole, mesmo contra um EM⁸².

Um dos motivos da UE ter se recusado a assinar a CEDH foi exatamente o já idealizado esboço de um documento comunitário nesse sentido. Seu objetivo era constituir um catálogo de direitos fundamentais próprios da UE, nomeadamente da própria jurisprudência do TJUE que se utilizava de vários instrumentos do direito comunitário. Embora ela tenha se recusado a aderir à CEDH, muito do que a Carta diz, concernente a determinados direitos sociais, é originário da CEDH, sendo apenas “conservado” em tal norma. O ponto chave da Carta é que ela correspondia a uma coletânea da essência do acervo europeu comum em matéria de direitos fundamentais⁸³.

A idealização da Carta tinha como fundamento reconhecer e dar visibilidade às já existentes obrigações de respeito aos direitos fundamentais mais do que a necessidade de acrescentar algo novo. No entanto ela contém um número relevante de inovações e omissões também notáveis. Apesar do preâmbulo apontar que a UE reconhece os direitos, liberdades e princípios, a Carta poderia ser melhor descrita como uma destilação criativa dos direitos contidos nos vários acordos europeus e internacionais, bem como nas constituições domésticas que o TJUE por alguns anos há vinha desenhando⁸⁴.

A vantagem da existência de uma Carta no âmbito europeu consiste sobretudo que ela representa um instrumento que reclama consideração das intuições, independentemente da atividade institucional implantada em nível europeu. Ela representa um ponto de ruptura na construção europeia, onde o foco era a atividade econômica, tendo desviado esse foco para os valores protetivos de seus cidadãos. Dito de outra forma, a Carta representa, assim, uma norma de referência autônoma no âmbito dos direitos fundamentais no centro da UE. É um catálogo de direitos do qual todos os indivíduos europeus podem e devem se beneficiar, numa relação conjunta entre UE e EM. Sacrificar esses direitos em prol da volta aos interesses econômicos representa um regresso de valores da própria UE, onde existe o sacrifício de direitos fundamentais frente à proteção dos interesses econômicos da UE⁸⁵.

⁸² MOREIRA, 2012: 448 e 449

⁸³ TEJADA, 2012: 191 e 195

⁸⁴ GOEBEL, FOX, BERMAN, et al, 2015: 254

⁸⁵ TANASESCU, 2012: 539-541

O grande desafio é conseguir extrair os conceitos vinculativos a fim de tornar um o aparelho institucional efetivo de forma política e jurídica, que seja capaz de entregar a garantia prática dos direitos fundamentais desses indivíduos. É nesse momento que a figura do TJUE se encontra tão necessária, pois será através dele que esse respeito às garantias institucionais da UE deverá partir, a fim de garantir que toda pessoa tenha acesso e esteja protegida de acordo com as ideias e princípios da União⁸⁶.

É de extrema relevância frisar a importância da Carta para os cidadãos europeus. A eles são conferidos os direitos e liberdades fundamentais específicos da integração europeia. Trata-se de um instrumento de prática e eficácia para fazer valer a unicidade jurídica da UE⁸⁷.

Os Estados não constituem uma entidade imóvel, cuja única expressão apoie-se na outorga de leis, acordos diplomáticos, sentenças, e atos administrativos. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à UE. O fundamento dessas instituições deve ser o respeito aos direitos fundamentais. O valor jurídico conferido à Carta pós Tratado de Lisboa a transforma em um dos principais pilares integrativos da UE, igualando os direitos dos cidadãos, configurando assim um de seus pilares de legitimidade⁸⁸.

Um dos pontos que a Carta assumiu como importante destacar, em seu art. 52.º n.º 2, foi de estabelecer que não houvesse uma espécie de sobreposição às disposições que já haviam nas leis e o que estava disposto na Carta. De forma mais simplificada: todos os direitos que a Carta traria deveriam estar sob as disposições trazidas nos Tratados da UE, devendo ser exercidos dentro dos limites definidos por eles. A intenção que transparece era a de que tais medidas seriam necessárias para evitar diferentes interpretações a leis similares e das próprias leis dos Tratados⁸⁹.

O delicado equilíbrio entre os documentos europeus que contém disposição de direitos fundamentais é matéria recorrente e de absoluta importância. Considerando que existem três níveis de proteção de direitos fundamentais – dos Estados nacionais, da CEDH e da Carta – a interpretação protetiva conferida a esses artigos é de extrema relevância. Sendo assim, o nível de proteção da Carta é dimensionado no art. 53.º, como um princípio de vasos

⁸⁶ CARRERA, DE SOMER, PETKOVA, 2012: 2

⁸⁷ TANASESCU, 2012: 538

⁸⁸ TEJADA, 2012: 199 e 201

⁸⁹ QUADROS, 2004: 163-165

comunicantes para a proteção dos direitos fundamentais, onde deve ser aplicada a proteção que melhor se adequa ao caso específico⁹⁰.

Devemos compreender que a Carta deve ser aplicada às instituições e órgãos da UE, não só no que se refere a componente comunitária, mas em todos os aspectos mais restritos, bem como nos assuntos de cooperação em matéria penal. Sendo assim, a Carta representa ao TJUE o mesmo que a CEDH representa ao TEDH. Por isso, ela não é uma alternativa, muito menos uma concorrente da CEDH⁹¹.

O interesse da Carta, para nós, é o de lembrar os direitos já conhecidos, que foram afirmados na CEDH, tanto através da jurisprudência do TJUE, quanto pelos instrumentos da UE. Ela é uma espécie de simbolismo, pois traz, de fato, os direitos fundamentais mais visíveis. Mais, ela funciona advertindo aos Estados candidatos à entrada na UE, que muitas vezes é problemática, os princípios que deverão respeitar⁹².

Muito do que foi desenvolvido em termos de direitos fundamentais na UE encontra-se fundamentado na jurisprudência do TJUE, que ao longo do seu tempo de serviço, vinha solidificando o entendimento de que a proteção desses direitos presentes na Carta representava algo essencial para o fortalecimento da UE⁹³.

3. O Acordo e Convenção Schengen

Como já delineado em páginas anteriores, os esforços de criação de um espaço econômico forte, capaz de conjuntamente ajudar na recuperação econômica das nações europeias no pós-guerra eram vívidos. Contudo, a integração econômica deixava a desejar no que diz respeito aos cidadãos, isso é, um espaço sem controles burocráticos na área econômica exigia uma evolução no que diz respeito à livre circulação de pessoas, o que, até então, não tinha sido abordado⁹⁴.

⁹⁰ TANASESCU, 2012: 543. O TJUE já declarou que o âmbito de proteção do art. 53.º da Carta limita a aplicação e proteção dos direitos fundamentais que constam nos documentos, não conferindo uma proteção mais elevada quando isso “prejudique a aplicação uniforme de um instrumento europeu”. Portanto, o Direito da União Europeia e a Carta constituem os elementos máximos de proteção dos direitos fundamentais no seio da UE, considerados os limites mínimos estipulados pela CEDH. CAEIRO, 2014: 250

⁹¹ SCHUTZE, 2015: 443

⁹² SCHUTZE, 2015: 449

⁹³ MONTE, WHYTE, 2016: 404

⁹⁴ VIDAL, p. 13

O Acordo e Convenção Schengen surgem nesse cenário a partir da necessidade de retirar da Comunidade Europeia uma espécie de valor negativo agregado à sua credibilidade. Era necessária uma extinção gradual do controle nas fronteiras, com a aplicação de medidas de curto e longo prazo⁹⁵.

O objetivo era fazer com que o controle de fronteiras no que tange à circulação de pessoas fosse suprimido, reforçando assim a questão da união entre os países integrantes da Comunidade Europeia, tendo seus residentes livre passagem nas fronteiras internas. Mais ainda, havia uma preocupação com um reforço relativo à sua integração, e com que, a cada dia que passe, caminhe mais em direção ao ALSJ proposto⁹⁶.

De certa forma, o conceito do Espaço Schengen é bem simples e eficiente. Extinguir com os controles no que diz respeito às fronteiras internas dos estados signatários contribui de forma efetiva para a diminuição do tempo de viagens, contração nos gastos de patrulha de cada um dos Estados, além de acrescer a integração entre as diferentes pessoas e questão da integração econômica⁹⁷.

Mais do que uma vontade, o Acordo e Convenção Schengen nasceram de uma necessidade percebida de que, até então, a construção europeia não tinha conseguido suprir. Percebeu-se que toda a integração econômica até então alcançada não possuía um fim tão delimitado na livre circulação de pessoas tanto quanto na livre circulação de bens e serviços. A matemática utilizada foi básica: a livre circulação de pessoas afetaria positivamente a livre circulação de mercadorias⁹⁸.

Com a criação da ALSJ, o Espaço Schengen funciona como uma espécie de parceria, capaz de impulsionar os objetivos centrais de integração da UE.

Não obstante, a situação resultando de Schengen é sem precedentes. O Acordo e Convenção Schengen encontram-se, hoje, integrados aos documentos da UE, todavia o Espaço Schengen não pode ser confundido com o espaço da UE⁹⁹. Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdão em 1999, todos os países que expressassem a vontade de fazer parte da UE, obrigatoriamente, seriam inseridos no Espaço Schengen, já que o Acordo e a

⁹⁵ VIDAL, p. 13

⁹⁶ Acórdão de 11 de fevereiro de 2003, Gözütok e Brügger, C-187/01 e 385/01, EU:C:2003:87, n.º 5

⁹⁷ CUNHA, SILVA, FREDERICO, 2015: 103

⁹⁸ VIDAL, 1997: 14

⁹⁹ FLORE, 2014: 62

Convenção Schengen passaram a fazer parte dos protocolos da UE nesse ano, como um anexo ao Tratado de Amsterdão.

A aglutinação do Acordo e Convenção Schengen aos documentos oficiais da UE não o tornou vinculativo aos países que já pertenciam a UE, da mesma forma que hoje é possível ser dignatário apenas do Acordo e Convenção Schengen sem ser um Estado membro da UE.

As medidas trazidas relacionadas com a aplicação a longo prazo eram, entre outras, a de tornar a liberdade de circulação a mais completa possível. O ponto mais complexo dessa liberdade de circulação é a questão da segurança e sua efetiva manutenção com o fim dos controles internos nas fronteiras, que poderia ser comprometida¹⁰⁰.

O que vale ser ressaltado, para nosso trabalho, são os efeitos legais de Schengen e como sua lei pode ser utilizada pelos países signatários como forma de proteção dos indivíduos e é isso que passamos a discutir.

Diferentemente do que acontece nos tratados, os acordos e convenções não são dotados de personalidade jurídica, não podendo, por si mesmos, criar direitos. O que acontece é um acordo consensual entre os países, que se vinculam e tornam sua disposição obrigatória no direito interno¹⁰¹.

A cooperação judiciária em matéria penal está presente no Capítulo 2 Título III do acordo e tem como objetivo ser uma espécie de complementação a Convenção Europeia (1959) e ao Tratado de BENELUX em relação à extradição e de cooperação judiciária em matéria penal e está inserida entre os arts. 48.º a 69.º CAAS. Os arts. 49.º e 50.º funcionam como um tipo de alargador dos efeitos da convenção e do tratado acima expostos¹⁰².

Importa ressaltar que, por exatamente fazer parte do direito interno dos países contratantes, o art. 134.º CAAS afirma que deve existir compatibilidade entre as normas comunitárias e as elencadas nessa Convenção, e, portanto, só poderão ser aplicadas se estiverem com respeito pelas garantias e direitos fundamentais bem como a satisfação dos objetivos comunitários¹⁰³.

O disposto na CAAS no que se refere ao respeito pelos direitos fundamentais é aqui consagrado, bem como a concepção do Estado de Direito. Como ela nada mais é do que um instrumento para a realização de um espaço europeu mais integrado, as normas podem ser

¹⁰⁰ HREBLAY, 1998: 20.

¹⁰¹ VIDAL, 1997: 15

¹⁰² HREBLAY, 1997: 96

¹⁰³ VIDAL, 1997: 23 e 24

alteradas ou substituídas de acordo com os interesses vigentes. Ou seja, trata-se de um direito transitório que tem como objetivo sua inserção nos documentos comunitários¹⁰⁴.

Um dos grandes pilares de aplicação da CAAS está justamente relacionado com a aplicação do *ne bis in idem*. Merece destaque que o conteúdo da CAAS vai de acordo com a essência jurídico-constitucional dos Estados parte, que, por sua vez, estão de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito. A norma garantística do *ne bis in idem* pode ser verificada com a norma encontrada na Convenção da União Europeia de 1987¹⁰⁵.

Não faltam críticas e questionamentos sobre o binômio liberdade de circulação vs. controle das fronteiras internas/segurança. Tudo isso estritamente conectado com a questão do *ne bis in idem* e sua ideia da transnacionalidade criminal ou mesma de mudança de local do agente do delito e a devida proteção dos cidadãos em relação ao *ius puniendi* estatal.

4. O Tribunal de Justiça da União Europeia

O TJUE nasce na estrutura da UE como uma instituição de vital importância. A primeira consideração que devemos realizar é a de sua independência no tocante aos organismos dos Estados membros, apresentando sua própria jurisdição e competência no que diz respeito a aplicação do direito comunitário¹⁰⁶.

A UE, por não constituir um Estado federal, teve que desenvolver mecanismos capazes de agregar os sistemas jurídicos, mas também criando normas e garantindo sua aplicação, sem que houvesse um aparelho judicial e difuso capaz de aplicar essas normas. Por isso, quem aplica o Direito da União Europeia são os EM, através da administração interna, sendo os tribunais internos os responsáveis pela boa aplicação da norma europeia¹⁰⁷.

O TJUE é caracterizado como uma organização judicial que procurou assegurar a eficácia do Direito da União Europeia através da adjudicação. Foi de forma gradual e fragmentada que esta instituição desenvolveu um sistema de responsabilidade judicial. Para que o êxito do Direito da União Europeia fosse atingido, as técnicas utilizadas pelo TJUE foram desde a constitucionalização dos principais tratados à criação judicial passando pela interpretação de textos legais¹⁰⁸.

¹⁰⁴ VIDAL, 1997: 24 e 25.

¹⁰⁵ VIDAL, 1997: p. 96 e 97

¹⁰⁶ CAMPOS, 2010: 183

¹⁰⁷ SILVEIRA, 2012: 14

¹⁰⁸ SNYDER, 1999: 4

O que vale ressaltar é que originariamente o sistema jurídico da UE tinha como função precípua garantir as questões de competências e funcionais, ou seja, a proteção das pessoas não era assim algo que o TJUE se debruçava e demonstrava particular envolvimento. Posto de outra forma: as questões de mercado ocupavam muito mais os aspectos jurídicos do que a proteção dos direitos fundamentais e conseqüentemente do terceiro pilar¹⁰⁹.

Foram os desenvolvimentos mais modernos, no âmbito do Direito Penal, que voltaram a atenção do TJUE nas questões dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito da União Europeia, que colocaram sob o holofote as questões de competência e eventual intervenção do TJUE neste domínio¹¹⁰.

A evolução foi tão grande e acentuada que, hoje, uma das grandes referências europeias de diálogo judicial no campo dos direitos fundamentais tem sido exatamente do TJUE com os tribunais domésticos. Isso porque havia a necessidade de estabelecer as regras necessárias para que fosse aceito, no âmbito constitucional, o novo direito que o Direito da União Europeia viria impor e as derivadas conseqüências jurídicas na ordem da UE principalmente quando consideramos o princípio do primado¹¹¹

O papel mais relevante exercido pelo TJUE e sua interpretação jurídica são os fatores determinantes que possibilitam a integração da UE. Ele assume o papel impulsionador, que através de seus métodos interpretativos, não é limitado apenas a letra da lei e ao direito derivado, mas tem como escopo elevar os preceitos da União Europeia de forma mais efetiva¹¹².

A posição é resumida da seguinte forma: seu raciocínio é pragmático, com base no objetivo geral e no espírito do tratado. Os Estados membros assinaram livremente o Tratado, concordaram em tomar todas as medidas adequadas para cumprir o direito da União; o Tratado criou suas próprias instituições e deu a elas o poder de tornar a lei vinculativa para todos os Estados membros. Foi também concordada a criação de uma forma de controle institucionalizada pela Comissão e pelo Tribunal. A UE não sobreviveria se os Estados fossem livres para agir de unicamente de forma unilateral, contrariando suas obrigações estabelecidas na assinatura dos Tratados. Se o objetivo da UE deve ser alcançado, tem de

¹⁰⁹ RODRIGUES 2008: 411

¹¹⁰ RODRIGUES 2008: 411

¹¹¹ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 245.

¹¹² SILVEIRA, 2012: 12

haver uniformidade de aplicação do direito. Tal situação não ocorrerá a menos que os Estados concordem com a prioridade da legislação da UE¹¹³.

Uma análise um tanto quanto superficial nos pode fazer concluir que o diálogo jurídico entre o TJUE e os tribunais constitucionais domésticos apresenta um balanço positivo. De maneira muito mais satisfatória poderíamos concluir tal assertiva no campo dos direitos fundamentais, uma vez que os tribunais domésticos se colocam de forma razoavelmente aberta em relação ao possível controle dos limites da atuação da UE¹¹⁴.

Uma preocupação, na verdade mais uma crítica, que o TJUE é cercado é relativamente à sua tentativa de ser outro TEDH, quando seu objetivo principal e função sobre os Tratados tem sido bem diferente. Portanto, quem acredita nesse ponto de vista afirma que a UE e suas instituições deveriam estar sujeitas ao TEDH, inclusive no que concerne à competência das instituições de Strasbourg¹¹⁵.

Tal crítica tem a ver, no fundo, com o grau de ceticismo em referência à real habilidade do TJUE ter desenvolvido uma questão sólida de proteção dos Direitos Humanos a nível da UE. Essa preocupação vem sendo trazida por quem argumenta que tal instituição tem, ao longo dos anos, manipulado a linguagem dos Direitos Humanos com o propósito de perseguir interesses de integração comunitários, essencialmente com relação à economia¹¹⁶.

a) Competência

Ao TJUE foi atribuído mais poderes através do Tratado de Amsterdão. Até então, seus poderes eram limitados à interpretação das Convenções – mesmo assim limitada – bem como decidir sua forma de aplicação. Atualmente, ele é dotado de poderes para “decidir a título prejudicial” a questão interpretativa e fiscalizadora das decisões quadro e decisões, por exemplo¹¹⁷.

¹¹³ Entretanto, é de extrema importância salientar que alguma doutrina afirma que, apesar da já preestabelecida função do TJUE seja assegurar a interpretação e aplicação dos tratados para que a lei seja observada, a realidade não parece ser realmente essa. Explico: por mais que o busque alcançar uma coerência entre seus julgamentos, seus precedentes não são exatamente vinculativos. Existe a possibilidade de se afastar de decisões anteriores a luz de novos fatos, STEINER, WOODS, TWIGG-FLESNER, 2003: 35, 68 e69

¹¹⁴ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 252. r

¹¹⁵ CRAIG, BÚRCA, 2008: 363

¹¹⁶ CRAIG, BÚRCA, 2008: 363

¹¹⁷ CAEIRO, 2009: 75

Inevitável relação tem o direito da União Europeia e o TJUE. Explicamos: os tribunais de justiça de cada EM tem o dever de aplicar o direito segundo o próprio direito da UE. Isso faz com que muitas vezes determinados casos devam ser enviados ao TJUE, antes de qualquer decisão¹¹⁸.

Importante percebemos o motivo das questões levantadas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados membros serem julgados pelo TJUE.

Por se encontrar no centro do Direito da União Europeia, ele é o mais bem preparado para oferecer respostas, tendo em vista a teleologia global de Direito da União Europeia desenvolvida por seus integrantes¹¹⁹.

De forma bem simplificada o TJUE tem competência contenciosa. Ele pode ser invocado por um órgão jurisdicional nacional a fim de que decida sobre uma questão de direito comum e dirigir suas questões a título prejudicial¹²⁰.

De acordo com o TJUE, quando os juízes nacionais estão em situação de conflito entre a lei doméstica, qualquer que seja sua natureza, e o Direito da União Europeia, os juízes estão autorizados a afastar qualquer medida nacional que se oponha à aplicação e efetivação do Direito da UE. Não é necessário esperar que a lei seja mudada. Isso quer dizer que qualquer incompatibilidade na lei nacional deve ser automaticamente inaplicável¹²¹.

O desenvolvimento da jurisprudência comunitária europeia tornou evidente que não só as provisões trazidas pelos Tratados, mas também os atos da UE (vale a ressalva de que no caso das diretivas cabe apenas na questão dos Estados e seus organismos). Mais ainda, algum tempo depois o TJUE reconheceu a possibilidade de que os EM tivessem que compensar danos aos indivíduos quanto as perdas causadas pela aplicação “ultrapassada” das leis nacionais que são contrárias ao direito comunitário¹²².

A partir do momento que os EM podem ser objeto de controle por parte do TJUE no que concerne o respeito pelos direitos fundamentais estipulados pela UE, é permitido assim

¹¹⁸ MACHADO, 2010: 570 e 571

¹¹⁹ MACHADO, 2010: 580

¹²⁰ MESQUITA, 2013:50 e 51

¹²¹ SILVEIRA, 2012: 17. e 18. Foi no julgamento *Costa v. E.N.E.L.* que o direito comunitário prevalece sobre o direito nacional em caso de conflito. *Case 6/64. ARNULL, 2007: p. 1178.* Para o aspecto geral do trabalho não nos cabe entrar em minúcias em relação a determinados assuntos que não tenham ligação estrita ao ponto central da dissertação. Cabe a nós apenas destacar a importância dos julgamentos anteriores do TJUE a fim de salientar que em caso de conflito e quando colocado sobre a apreciação desse Tribunal, o mérito deve ser visto sob a perspectiva do direito comunitário, levando em consideração seus princípios gerais e o que é estabelecido nos Tratados, que como amplamente já mencionado, são revestidos de uma espécie de constitucionalização.

¹²² ARNULL, 2007:1178

ser invocado o princípio do primado no que toca ao direito doméstico. É desta forma que o TJUE reafirma sua posição de organização suprema do Direito da União Europeia e se configura como garantidor dos direitos fundamentais¹²³.

A função primordial do TJUE é auxiliar os órgãos jurisdicionais dos Estados membros a fim de que seja possível uma aplicação mais homogênea e efetiva do direito comunitário, evitando assim interpretações divergentes. No momento em que o juiz nacional também é juiz europeu, o funcionamento correto do sistema jurídico da UE não significa uma potencial inferioridade dos tribunais nacionais. O que ocorre, entretanto, é que quando um conflito de normas ocorre, ele é resolvido através da solidificação da rede judiciária europeia¹²⁴.

O meio utilizado pelos tribunais nacionais para esclarecer as possíveis dúvidas de conflito entre o direito doméstico e o direito comunitário é através do chamado reenvio prejudicial.

Trata-se de uma forma clássica de cooperação judicial que tem como objetivo a “*efetividade do direito comunitário e da respectiva prevalência sobre o direito nacional*”. É através do reenvio prejudicial que o controle direto, se pensarmos em um quadro constitucionalista da UE, visa garantir a validade do direito, uniformizando-o através de sua interpretação e da aplicação de normas¹²⁵.

Por se tratar de um mecanismo de cooperação judicial entre os tribunais domésticos e o TJUE, o reenvio prejudicial tem a função de pensar a validade ou interpretação das normas internas refletindo através do direito comunitário de acordo com as questões levantadas e trazidas¹²⁶. Ele é tido como a melhor instituição capaz de fornecer a melhor interpretação do direito da União¹²⁷.

b) O mecanismo do reenvio prejudicial

Em primeiro lugar o instituto do reenvio prejudicial encontra-se legislado no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (daqui em diante, nomearemos

¹²³ TEJADA, 2012: 2014

¹²⁴ SILVEIRA, 2012: 15

¹²⁵ MACHADO, 2010: 574

¹²⁶ MACHADO, 2010: 579

¹²⁷ CAMPOS, 2010: 191

TFUE)¹²⁸. Já no corpo do artigo vê-se clara sua função de assegurar uma aplicação homogênea do direito comunitário, o que em teoria deveria ser algo de fácil execução, mas que na prática, como temos visto e como continuaremos vendo, tem se demonstrado cada vez mais difícil.

Como destaca Jonatas Machado, são diversas as funções do reenvio prejudicial. A primeira delas está relacionada com a afirmação do princípio do primado do Direito da União Europeia, que integra o constitucionalismo federalista de tal instituição, sendo assim possível a integração do direito comunitário e nacional. Desse pressuposto podemos avançar que através do reenvio é que se torna possível a unidade do sistema jurídico europeu, ou seja, de um bloco de países de sistemas jurídicos descentralizados partimos para uma centralização no contexto de aplicação do direito comunitário¹²⁹.

O reenvio prejudicial vem da necessidade do ponto de esclarecimento de um juiz no sentido de interpretação de determinado assunto do direito comunitário. Desta forma é possível verificar se o direito doméstico está conforme o Direito da União Europeia¹³⁰.

São quatro as condições de admissibilidade para que o TJUE avalie o pedido do reenvio prejudicial. São elas: a competência da jurisdição do tribunal nacional, a natureza comunitária do que vai ser interpretado, a pertinência da questão no que tange ao Direito da União Europeia e a respectiva utilidade da resposta do TJUE e por fim o respeito pelos recursos jurídicos estabelecidos pelos Tratados¹³¹.

Quando voltamos a atenção para a importância do reenvio prejudicial frente aos indivíduos da UE nos confrontamos com a entrada em vigor da Carta que reforçou a proteção jurídica e interesses dos particulares. Nesse sentido os particulares estão revestidos de capacidade de acederem à justiça quando se veem, no caso concreto, envolvidos em litígios que possam estar contra o direito comunitário em decorrência do direito doméstico. Isso faz com que o controle da execução direta das normas seja possível, uma vez que coloca no holofote do TJUE as ações das autoridades legislativas, judiciais e administrativas dos Estados membros¹³².

¹²⁸ MESQUITA, 2016:179 e 180

¹²⁹ A partir dessa concentração do direito comunitário o mesmo pode ser desenvolvido, no momento em que cada situação é testada individualmente, tornando possível assim a “densificação e concretização de valores, princípios e regras”, reforçando assim a ideia da autonomia dogmática do direito comunitário no momento em que esses são confrontados com os direitos domésticos. MACHADO, 2010: 574, 575 e 757.

¹³⁰ PEREIRA, 2016: 354 e 355

¹³¹ DOLLAT, 2007: 296

¹³² MACHADO, 2010: 575

O Tratado de Lisboa, diferentemente do que acontecia até então, aproximou a relação entre os juízes dos EM com o TJUE no momento em que sublinhou a importância de que os juízes nacionais fossem capazes de efetivar a proteção judicial dos direitos da UE, no que diz respeito a questão do reenvio prejudicial e consequente interpretação e aplicação do direito comunitário¹³³.

É de extrema importância frisar que a forma de resposta do TJUE no que se refere a dúvida a ele interposta ocorre através de um acórdão ou despacho fundamentado. A decisão vincula o Estado membro de acordo com a interpretação proferida, bem como os demais órgãos jurisdicionais quando deparados com situação idêntica¹³⁴.

Todo esse caminho nos leva a inferência de que os tribunais nacionais atuem como verdadeiros tribunais comunitários na medida em que devem aplicar a lei comunitária, de acordo com a interpretação dada pelo TJUE em um quadro de conflito de normas, sendo função do juiz nacional tornar efetiva tal decisão, respeitando, assim, os princípios basilares da UE¹³⁵.

No momento em que um tribunal nacional necessita de uma decisão relativamente aos Tratados, bem como sua validade e interpretação, dos atos domésticos adotados pelas suas instituições, aparece a figura do reenvio prejudicial. De outra maneira, quando existe uma controvérsia entre uma questão de direito comunitário e de direito nacional, a autoridade encaminha ao TJUE uma ação de reenvio prejudicial, a fim de que este se pronuncie sobre o assunto. O andamento processual no tribunal do Estado membro fica suspenso até o momento de resolução dessas questões¹³⁶.

A ocorrência relativamente elevada de reenvios prejudiciais não deve ser vista de forma negativa. Tais dúvidas são normais, arriscamos falar até essenciais, visto que o direito comunitário é novo. Não é a legislação que os juízes comuns aplicaram durante suas carreiras, é necessário e vital que eles recorram a esses juízes que se debruçam sob o direito comunitário para, novamente, garantir um direito comunitário forte e homogêneo. Não estamos diante de um direito comunitário simples, já que ele é perpetrado de regras, princípios gerais, que devem ser respeitados por diversos Estados membros com tradições

¹³³ Isso possibilitou que tribunais comuns pudessem se comunicar com o TJUE em relação aos problemas relativos a ALSJ. LENAERTS, 2010, : 265

¹³⁴ https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/

¹³⁵ BENTO, ALVES, 2015, p. 93

¹³⁶ MACHADO, 2010: 575

jurídicas extremamente diferentes. É um verdadeiro privilégio tal instituto, tanto em relação aos juízes comum quanto a própria evolução do direito comunitário¹³⁷.

Existem dois tipos principais de reenvio, quais sejam o de interpretação e o de validade. O que nos é importante em virtude dos casos julgados pelo TJUE que serão objeto de análise no presente trabalho são os reenvios de interpretação, os quais passamos a analisar.

Em princípio podemos dizer que o reenvio de interpretação abrange tanto o direito primário quanto secundário. Quando nos deparamos com a interpretação do direito primário temos como fundamento os Tratados, os atos de adesão e os protocolos. É através deste instrumento que o chamado bloco de constitucionalidade europeia é analisado e interpretado. É nesse momento que o TJUE realiza a função primária da jurisdição constitucional, por ser ele o responsável por verificar tanto a atuação dos órgãos da UE quanto dos Estados membros. Acrescenta-se, essa espécie de controle constitucional faz com que haja uniformidade nos atos e interpretações das instituições, órgãos e organismos comunitários, conferindo coerência sistemático num todo para a UE¹³⁸.

Outro ponto que merece relevante destaque é que as questões interpostas através do reenvio prejudicial não podem ser hipotéticas ou meramente teóricas. Elas devem ser relevantes na medida em que estão presentes concretamente nas ações julgadas pelos tribunais domésticos. Sua importância atrela-se à necessidade de interpretação conforme direito comunitário e direito doméstico¹³⁹.

A figura do reenvio prejudicial, portanto, desempenha a função de manter o equilíbrio entre o TJUE e os tribunais domésticos. O objetivo central de aplicação uniforme do direito comunitário a nós parece resguardado. Importa ressaltar, todavia, que o TJUE tem como um de seus objetivos assegurar a proteção dos indivíduos¹⁴⁰, entretanto, discutiremos no decorrer dessa dissertação a real efetividade dessa proteção, se essa teoria segue pulsante ou se tem agido de forma a se importar mais com as questões de mercado e de acordo com os interesses econômicos da UE, ou efetivamente com os indivíduos que a integram.

¹³⁷ BENTO, ALVES, op. cit., p. 95

¹³⁸ MACHADO, 2010: 576

¹³⁹ MACHADO, 2010: 576

¹⁴⁰ BENTO, ALVES, 2015: 95 e 96

III. A relação entre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia

A relação entre o TJUE e o TEDH até determinado ponto foi discreta e geralmente longe dos holofotes legais. Merece destaque que isso não significa ter sido sempre uma relação fácil, muitas vezes sendo cercada de tensão e até mesmo seguindo doutrinas conflitantes. Nos últimos tempos tal relação passou para o centro das atenções devido à tentativa sem sucesso da UE aderir à CEDH em uma posição adotada pelo TJUE em 2014¹⁴¹.

A entrada em vigor da Carta da UE como direito vinculativo não extinguiu a relação entre TJUE e TEDH, uma vez que houve a preocupação em respeitar a situação vivida pelo TJUE até aquele momento, bem como a manutenção dos direitos da CEDH como princípios gerais do Direito da União Europeia. O que parece ter mudado é que a entrada em vigor da Carta exige uma modulação jurídica diferente da que vinha sendo realizada, uma vez que foi dado um protagonismo maior a Carta¹⁴².

Como iremos desenvolver mais à frente, circula o pensamento jurisprudencial que a efetiva adesão da UE à CEDH teria resolvido os problemas de tensão entre TJUE e TEDH. Todavia, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e a efetiva elevação da Carta ao nível de direito primário e vinculativo minimizaram-se as expectativas tão latentes até então existentes¹⁴³.

Vale a ressalva de que, caso a UE decida aderir a CEDH, bem como se sujeitar aos preceitos do TEDH, todo o contencioso da UE seria implicado de forma significativa, principalmente no âmbito do relacionamento entre TJUE e TEDH, no que tange às garantias fundamentais constantes na CEDH, na Carta e no TFUE, alterando imensamente a ordem jurídica da UE. Por mais que exista uma coincidência material entre CEDH e a Carta, a solução não é assim tão simples¹⁴⁴.

Um certo aspecto que merece destaque é que a Carta em seu art. 52.º n.º 3¹⁴⁵ se preocupou em pontuar especificamente da sua relação com o TEDH. O objetivo é de

¹⁴¹ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 238.

¹⁴² MARTÍN, NANCLARES, 2017: 258

¹⁴³ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 260-262

¹⁴⁴ MESQUITA, 2013: 27

¹⁴⁵ Art. 52.º n.º 3 da Carta: Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.

promover a harmonia entre as duas leis. Mas o que torna tal situação mais ainda relevante para nosso trabalho é que essa busca por harmonização não impede que a UE desenvolva uma proteção mais extensiva do que as propostas pela CEDH¹⁴⁶.

Apesar de tal provisão não estabelecer uma questão direta entre o TJUE e o TEDH parece que a intenção é enfatizar um papel diferente entre os dois tribunais. O memorandum explanatório da Carta afirma que o legislador da UE deve ir de acordo com os standards trazidos pela CEDH, mas que tais standards não afetam adversariamente a autonomia da UE e do TJUE, podendo, assim, garantir uma maior proteção desses direitos fundamentais ¹⁴⁷.

A questão da competência paralela, que já foi levantada em parágrafos anteriores, reaparece aqui com força total. A CEDH não só foi estabelecida com o pretexto da competência dos Direitos Humanos como também conquistou experiência e um status moral que o TJUE não apresenta nesse sentido. Daqui nasce a questão do conflito que a competência em julgar questões de Direitos Humanos ou fundamentais pode trazer para a Europa, já que os dois Tribunais podem se manifestar não só de maneira diferente, mas com interpretações extremamente opostas. Mais grave fica a situação de não haver nenhum tipo de árbitro final que seja capaz de coordenar tal situação¹⁴⁸.

O problema de “competição” entre o TJUE e o TEDH pode ser simplificado da seguinte forma: por algum tempo o TJUE pode ter acompanhado a interpretação do TEDH no tocante a CEDH, pois trouxe uma união jurídica entre dos dois principais Tribunais da Europa. O problema aparece no momento em que o TEDH muda seu entendimento sobre determinado direito, ou seja, abre uma outra visão de interpretação. Nesses casos, a situação do TJEU fica fragilizada, pois qualquer uma das direções que decida tomar pode causar um problema quanto aos Estados membros. Deve o TJUE se manter fiel às suas obrigações interpretativas frente ao direito comunitário e, em particular, ao princípio do primado, ou se voltar à interpretação do TEDH?¹⁴⁹

O problema de sobrepor dois entendimentos jurídicos diferentes, ou mesmo um simples conflito entre eles, vem sendo discutido por diversos doutrinadores. Um dos pontos

¹⁴⁶ O que se diz é que muitas vezes a Carta pode oferecer um âmbito de proteção muito mais generoso do que a própria CEDH mas que muitas vezes elas estão em harmonia. O que não pode ocorrer em nenhuma hipótese é a Carta oferecer um nível de proteção inferior. QUADROS, 2004: 165 e 166

¹⁴⁷ VERVAELE, 2013/1: 131

¹⁴⁸ CRAIG, BÚRCA, 2008: 365

¹⁴⁹ STEINER, WOODS, TWIGG-FLESNER, 2003: 165

de vista adotados era de que um conflito interpretativo entre os dois Tribunais não parecia provável. Enquanto isso, muitos afirmavam ser essencial a adesão da UE à CEDH¹⁵⁰.

Não podemos concordar com a primeira opinião. A nosso ver, o mais certo seria sim que houvesse um momento de tensão tão forte que fosse colocar em xeque a relação pacífica que os dois Tribunais têm mantido pelos últimos anos. Isso aconteceria pelo simples fato de serem tribunais com objetivos distintos, ideologias distintas e com ordenamentos jurídicos distintos.

A segunda opinião, por mais que tenha ganhado força antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, momento no qual a UE não possuía uma lei primária relativa aos direitos fundamentais, que tanto são importantes em razão do histórico do continente europeu, não nos parece também que teria sido efetivada.

A solidificação do direito comunitário se daria exatamente com o fortalecimento de seu ordenamento jurídico primário e assim por diante, por leis criadas pela UE de acordo com suas necessidades e ideologias propostas desde o início. Por mais que ela seja altamente influenciada pelos ordenamentos domésticos e pelo direito internacional, são leis criadas por elas, para reger suas instituições jurídicas e, acima de tudo, que tem como o princípio do primado toda a possibilidade de aplicação perante os Estados membros da União.

A nosso entendimento, por mais que tenham havido dúvidas sobre o ponto crucial de possível sobreposição jurisprudencial, esse ponto crítico aqui está e será melhor aprofundando nos capítulos seguintes.

O TEDH também já se utilizou, ao mesmo tempo que foi utilizado, da jurisprudência do TJUE como espécie de fonte complementar para justificar sua própria doutrina¹⁵¹.

A prática integrativa dos dois tribunais se mostrou bem mais difícil do que o esperado, vindo à superfície potenciais conflitos entre o TJUE e o TEDH. O mais recente e problemático conflito encontra-se justamente no princípio do *ne bis in idem*, no âmbito do nosso trabalho, em relação à cumulação de sanções penais e administrativas de natureza criminal na área fiscal. O TJUE havia mudado seu entendimento no caso *Fransson*, seguindo a doutrina criada pelo TEDH. Todavia, o TEDH, em 2016, decidiu deixar de seguir seus precedentes e, no caso *A e B vs. Noruega*, posicionou-se favoravelmente à acumulação de sanções utilizando o critério de “*lien matériel et temporel estreit*”¹⁵².

¹⁵⁰ QUADROS, 2004: 166 e 167

¹⁵¹ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 256 e 257

¹⁵² MARTÍN, NANCLARES, 2017: 259

O questionamento que por algum tempo se manteve de pé era a posição que o TJUE assumiria frente às mudanças propostas pelo TEDH, ou seja, se iria utilizar o art. 52.º da Carta da UE aderindo a um padrão protetivo dos direitos fundamentais de forma mais ampla, de acordo com os precedentes do TEDH até 2016, ou se posicionaria ao contrário, aderindo à nova doutrina estabelecida pelo TEDH¹⁵³. O posicionamento do TJUE foi de alinhar-se com o novo entendimento declarado pelo TEDH, o que ocasionou um intenso debate doutrinário e jurisprudencial que desenvolveremos no Capítulo III do presente trabalho.

¹⁵³ MARTÍN, NANCLARES, 2017: 259 e 260

SEGUNDO CAPÍTULO

O PARADIGMA DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS E SUA RELEVÂNCIA NO SISTEMA ATUAL

I. Direito Criminal e sanções penais

Incorre em erro quem procura definir o Direito Penal como um simples fator de organização da vida em sociedade. O seu papel fundamental é o de impor limites e regras no poder de atuação do Estado no que diz respeito ao exercício do *ius puniendi*¹⁵⁴ sobre os indivíduos, garantindo, assim, a dignidade, liberdade e direitos fundamentais na sociedade. Apesar de o Estado carregar sobre si um viés negativo no que se refere ao seu poder repressivo no que diz respeito a esses limites, a função do Direito Penal é tutelar a proteção desses valores/princípios em relação aos autores de infrações criminais, que também fazem parte do centro do Estado. Dito de outra forma, a função do Direito Penal é zelar pelas liberdades essenciais em contraposição ao poder punitivo do Estado em prol da sociedade¹⁵⁵.

Direito Penal, portanto, é a área do direito responsável por proteger os mais importantes bem jurídicos do sistema legal, tanto de forma individual quanto coletiva. Por se tratar da *última ratio*, não pode ser invocado a não ser que todas as demais áreas não tenham sido capazes de solucionar o problema. A forma de solução das infrações penais é a atribuição de penalidades com o escopo punitivo, como será tratado mais à frente, seja ele retributivo ou preventivo. O que é de extrema importância salientar é que o todo o procedimento penal é carregado de regras que devem ser obedecidas durante todo o tempo¹⁵⁶.

O Estado tem o interesse de prevenir qualquer violação os direitos individuais de cada cidadão. Por isso, as sanções criminais são um meio de responder às violações contra o Estado na forma que toma para si como representante formal do Direito Público. O Direito

¹⁵⁴ Interpretamos aqui o exercício do *ius puniendi* não de forma apenas negativa, de punição de indivíduos que agiram contra a ordem legal. Ele pode abranger também uma função positiva, de manter a segurança e paz jurídicas na sociedade em si, como atendendo as expectativas gerais de que quem comete uma ação contra um bem jurídico merecedor de tutela penal terá como resposta do Estado uma sanção penal, qual seja, a pena.

¹⁵⁵ PALMA, 2006: 47

¹⁵⁶ CAEIRO, 2014: 172

Penal, portanto, age aplicando penas contra indivíduos que tenham realizado infrações contra o sistema legal protegido, garantindo, assim, os direitos de cada cidadão¹⁵⁷.

Por mais que vinculemos a figura do Direito Penal a um direito meramente repressivo, em sua gênese ele também guarda o poder/dever de proteção a quem comete ações que estão resguardadas através do direito positivo no Código Penal como ilícitas. Os pontos que serão trabalhados em sequência têm o objetivo de demonstrar se determinadas infrações devem ser alocadas no âmbito do Direito Penal e conseqüentemente serem merecedoras de penas.

Definir o que é crime, através do conceito material, bem como o fim das penas, a partir de do viés histórico do Direito Penal – onde a crueldade era perpetrada – até os movimentos mais recentes das teorias retributivas e preventivas, ajudará a esclarecer o raciocínio se as ações, principalmente as que podem ser enquadradas em diversas áreas do direito, merecem tutela penal ou se basta sua punição através de outros tipos de sanções, principalmente no âmbito do Direito Administrativo sancionador. A próxima pergunta que deverá ser respondida é qual o conceito para uma sanção ser considerada penal, e conseqüentemente, tratada como pena para efeitos de aplicação do *ne bis in idem*.

1. O problema na conceituação material de crime

As definições do que seria crime no âmbito formal, bem como os questionamentos inerentes a essas definições são tão longos quanto a próprio estudo do Direito Penal. Transitando através da teoria do jusnaturalismo até a considerável teoria simplista do positivismo, onde crime é tudo que está disposto em lei através do trabalho do legislador, cabendo uma pena a essa conduta que contrária aos preceitos legais. Ou, ainda mais longe, desenvolvendo o conceito de crime tendo em vista a questão da proteção de bens jurídicos – mesmo que sem uma definição unânime do que seriam esses bens jurídicos¹⁵⁸.

Na visão de Bettiol, o conceito formal de crime estaria ligado à violação de uma norma que tem em sua ponta uma sanção penal. Essa seria a melhor maneira de definir crime quando analisado apenas seu momento e fatos externos¹⁵⁹.

¹⁵⁷ KIDRON, 2018: 325

¹⁵⁸ LEITE, V. 1, 2016: 314 e 315

¹⁵⁹ BETTIOL, 1974: 27

Durante muito tempo a definição limitava-se a essa, de que crime seria tudo aquilo assim considerado pelo legislador, sancionado através de uma pena. A elaboração de um conceito material de crime surgiu da necessidade de verificar as características gerais que são capazes de transformar uma conduta em um delito, podendo este ser, por fim, positivado¹⁶⁰.

Tomando como base um conceito extremamente legalista-positivista, crime é tudo aquilo sancionado pelo legislador. Tal concepção reducionista não pode ser mais aceita. A resposta para esse questionamento requer águas bem mais profundas, baseando-se na real motivação e legitimação do Direito Penal em definir determinada conduta materialmente criminosa, passível de sobre ela recair uma sanção penal¹⁶¹.

Não é questionada aqui a capacidade do legislador na formulação das leis, mas sim quais as qualidades comportamentais de um indivíduo o legislador consiga esquadrihar a fim de que a submissão dessas ações seja legítima às sanções criminais. Aqui se encontra inserido, mais uma vez, a problemática da função e dos limites do Direito Penal. É nesse sentido que o conceito material de crime é de conhecimento prévio no que diz respeito ao legislador, existindo assim um padrão precedente de condutas que possam e devam ser criminalizadas e aquelas ações que carecem de ser deixadas de fora do âmbito da proteção penal¹⁶².

Na visão puramente teleológica, impulsionada por Bettiol, o conceito material de crime circunda o indivíduo que lesa as condições da sociedade, em termos de convivência, bem como seu desenvolvimento. A consequência que recairia sobre o autor seria uma pena, que privasse ou limitasse a fruição de alguns bens jurídicos, como vida e liberdade. Mas vale chamar a atenção de que deve haver uma qualificação proibitiva da norma, ou seja, apenas através do direito positivo é que o crime existe, por meio da função criativa confiada ao legislador¹⁶³.

A ótica positivista-sociológica encontra seu fundamento na noção sociológica do crime, que seria uma espécie de estado permanente de crime, igual para toda e qualquer sociedade independente do momento histórico, construída assim a noção de delito natural.

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, 2004: 41 e 42

¹⁶¹ DIAS, 2004:102.

¹⁶² DIAS, 2004:102 e 103

¹⁶³ BETTIOL1974: 27 e 30.

O crime seria a violação de determinados sentimentos que promoviam o bem-estar entre os indivíduos¹⁶⁴.

Essa teoria, no entanto, é cercada de imprecisão. Não obstante seja possível concordar que a ação do crime gera danosidade à uma coletividade, nem toda danosidade é capaz de, sozinha, justificar a classificação de uma ação como crime. A danosidade é sim parte do conceito material do crime, mas não é forte o suficiente para sustentar sozinha o argumento que determine o crime como crime¹⁶⁵.

A definição material de crime ganhou contornos especiais com a teoria dos bens jurídicos penais, que seriam aqueles dotados de dignidade penal. Essa teoria fixa-se na descoberta de que a definição material de crime não deveria vir de fora dos conceitos do Direito Penal, mas sim de dentro. A ela foi confiada a ideia que que ao Direito Penal é dada a tutela subsidiária – *ultima ratio*¹⁶⁶.

Os bens jurídicos, de acordo com essa corrente, seriam a forma pela qual poder-se-ia concluir o sentido e fim dos enunciados legais, já que os bens jurídicos seriam uma espécie de fórmula interpretativa. Assim, eles nada mais são do que uma concretização de valores constitucionais, que de certa forma encontram-se conectados aos direitos e deveres fundamentais, transformando-se em bens jurídicos dignos de tutela penal¹⁶⁷.

A legitimação do Direito Penal, portanto, está associada ao direito punir, pertencente a regra do já conhecido contrato social, no qual o Estado não deve interferir mais do que o mínimo necessário na esfera de liberdades e direitos dos cidadãos e na medida que seja de extrema necessidade para garantir o funcionamento da sociedade enquanto tal¹⁶⁸.

O conceito material de crime faz suscitar uma maior fundamentação dos seus elementos intrínsecos. O que será pontuado e verificado é que muitas vezes um ato antijurídico praticado por uma pessoa culpável não é um crime¹⁶⁹.

¹⁶⁴ DIAS, 2004:104

¹⁶⁵ DIAS, 2004:106

¹⁶⁶ É importante salientar que a questão subsidiária do Direito Penal tem como um dos principais objetivos proteger o indivíduo através da proibição de excessos por parte do Estado. Esse excesso do *ius puniedi* pode ser verificado quando uma ação poderia receber a tutela adequada através da intervenção de outros institutos jurídicos, como civil e principalmente através de sanções administrativas, muito debatidas sua fronteira com a do Direito Penal. O que podemos concluir é que diversas vezes as sanções penais são verdadeiramente inadequadas para a prevenção de determinados ilícitos, podendo ser utilizados meios não penais de intervenção, adequando a real função do Direito Penal como subsidiária. DIAS, 2004:109, 121 e 122

¹⁶⁷ DIAS, 2004:111, 113 e 114

¹⁶⁸ DIAS, 2004:117

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE, 2004: 43

De forma genérica, o crime constitui uma conduta ou uma ação que deve ser compreendida como especialmente perigosa para um indivíduo ou a coletividade. É desvalor da ação de um crime e seu efetivo risco aos bens jurídicos que separam as condutas criminosas das não criminosas¹⁷⁰.

Para a caracterização de determinada ação como crime, não deve ser levado apenas em consideração determinada política estatal, muito menos problemas que vão de encontro com as questões jurídico-administrativas. A problemática é que tais proibições não se encontram como bens jurídicos penais, ou seja, passíveis de tutela penal, mas constituem bens jurídicos administrativos e estão por força de lei a ela incorporados¹⁷¹.

Dito de outra maneira: quando houver um bem jurídico digno de tutela penal, o Direito Penal deve intervir na situação. De maneira simplificada, o conceito de crime leva em consideração o bem jurídico que é digno de tutela penal, somado à *necessidade* de tutela penal. A mera violação não é suficiente para que o Direito Penal seja provocado. Deve haver absoluta imprescindibilidade na ação, constituindo assim, o Direito Penal, a verdadeira *ultima ratio* na intervenção do Estado frente os indivíduos¹⁷².

O conceito material de crime correlacionado com a questão do bem jurídico tem que levar a consideração a necessidade da punição, se esta existe e se o Direito Penal realmente precisa intervir, como diz a teoria da ofensividade, em áreas como a econômica, financeira, ou se deveria limitar ao âmbito mais tradicional de atuação¹⁷³.

Na visão de Taipa de Carvalho, o tipo legal apresenta a função de proteger os bens jurídicos penais, seja através de ações proibitivas ou impositivas. O tipo legal, para que seja definido, tem que levar em consideração a dignidade penal, ou seja, a conduta que gerou tal reação bem como a necessidade penal de tutela¹⁷⁴.

A questão da dignidade punitiva e sua conexão com o conceito material de crime requer uma maior demonstração de interdependência entre a lei tipificada e o bem jurídico a ser protegido, bem como os valores constitucionais a serem tutelados, mais enraizados do

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, 2004: 44

¹⁷¹ DIAS, 2004: 119 e 120

¹⁷² DIAS, 2004: 121. Definir bem jurídico sem levar em consideração o plano constitucional é uma tarefa praticamente impossível. Importa para tal definição, ponderar as ideias da necessidade social, que seriam colocadas a disposição através de um certo positivismo, sendo sua fundamentação bem complexa, ou funciona através da especulação dos objetivos do direito. Pensar em bem jurídico é questionar os pressupostos de validade do Direito Penal, momento pelo qual a legitimação da Constituição será dada através da necessidade da pena, não podendo a esta ser alheia. PALMA, 2006: 114 e 115.

¹⁷³ PALMA, 2006: 121

¹⁷⁴ CARVALHO, 2004: 48

que a mera escolha de política criminal adotada por determinado Estado. A argumentação utilizada deve ser concreta e sedimentada em situações que sustentam a necessidade da incriminação para proteger elementos essenciais. Importa frisar que essa necessidade apresenta um conceito fluído, já que pode ser alterada de acordo com as necessidades da sociedade que se movimenta e evolui¹⁷⁵.

O conceito material de crime, portanto, estabelecido a partir de um processo argumentativo, implica na conexão imediata entre poder punitivo e limites constitucionais, efetuada sob os as necessidades sociais e políticas no que concerne a incriminação e eventual punição¹⁷⁶.

Crime, portanto, é uma ação ou omissão, concreta, e não é apenas o elemento central para a compreensão do Direito Penal, ele é a própria centralidade do Direito Penal. Assim sendo, uma sanção pode ser designada como penal se se trata de uma reação a um fato ilegal. Por isso que todas as restrições aos direitos ao longo do procedimento criminal tem como objetivo imputar ao arguido os fatos, o que ocorrerá através da imposição de uma sanção penal¹⁷⁷.

Breves considerações sobre as incriminações fiscais

Toda dificuldade inserida na conceituação formal de crime e a definição dos bens jurídicos merecedores de tutela penal ganha especial relevo em relação às incriminações fiscais e o bem jurídico protegido por elas. Não cabe a nós analisar as diversas posições doutrinárias¹⁷⁸ desenvolvidas, todavia, uma breve reflexão deve ser realizada sobre o assunto.

¹⁷⁵ PALMA, 2006: 118

¹⁷⁶ PALMA, 2006: 118

¹⁷⁷ CAEIRO, 2014: 173

¹⁷⁸ Para uma análise bem delimitada sobre o assunto ver SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. A análise dos crimes fiscais em SOUSA, Susana Aires de. Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra, Coimbra Editora, 2006. Manuel da Costa Andrade realiza uma análise do crime fiscal levando em consideração a legislação portuguesa em A fraude fiscal – dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”? *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. No mesmo sentido, Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade desenvolvem um estudo sobre “A problemática geral das infrações contra a economia nacional” *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. I Coimbra, Coimbra Editora, 1998. Para quem defende o Direito Penal fiscal SILVA, Germano Marques da. Imposto, ética e crime (tentativas de resposta a algumas interrogações correntes) *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, V. 2. Coimbra, Editora Almedina, 2000. Em relação à ideia do Corpus Iuris na UE

O Direito Penal fiscal é a coletânea das infrações às normas tributárias, finalizando o procedimento através da cominação das devidas sanções. O ponto crítico dessa área do direito é determinar se as infrações tributárias estão encaixadas de forma correta no Direito Penal, bem como se a imposição ou não de pena de prisão como forma sancionatória é adequada¹⁷⁹.

Há quem defenda que o Direito Penal fiscal é verdadeira expansão do Direito Penal, refletindo assim uma certa “administrativização” do mesmo. Sendo assim, o crime fiscal seria um delito acumulativo aos mesmos autores da infração, das infrações administrativas. Nós nos posicionamos ao lado de Susana Aires¹⁸⁰, eis que não podemos concordar com a afirmação acima exposta. A cumulação das punições dos dois delitos consubstancia violação ao princípio da necessidade na aplicação do poder punitivo por parte do Estado.

Os crimes contra a economia representam esse interesse – proteção da ordem económica – convertida em bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, portanto, indisponível, uma vez que é considerada supra-individual. O conceito – não unânime – de bem jurídico apresenta forte conexão com o princípio de subsidiariedade da lei penal. Ou seja, só é legítima a repressão criminal quando extremamente necessária, além da avaliação da eficácia da sanção no que tange aos bem jurídicos tutelados, aplicando-se, também, à questão económica¹⁸¹.

A partir do momento que não existe uma definição completamente aceita de bem jurídico, o que deve ser entendido é sua função negativa de legitimação. Por mais que o bem jurídico não informe quais condutas devam ser incriminadas, ele fornece os parâmetros dos princípios e regras gerais do Direito Penal em relação à *ultima ratio*, a finalidade da pena, para que tal conduta seja legitimamente tutelada¹⁸².

Na visão de Casalta Nabaias, o Direito Penal Fiscal apresenta como bem jurídico um modelo misto, ou seja, a proteção do património fiscal do estado como também os valores de lealdade e verdade fiscal. Ou seja, ela é centrada na violação dos indivíduos com o

MONTE, Mário Ferreira; WHYTE, Joana. Cooperação Judiciária em Matéria penal *in* Direito da União Europeia: elementos de Direito e Políticas da União Europeia. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE Pedro madeira (coord.). Coimbra, Editora Almedina, 2016, p. 394 e ss. Sobre o fim das penas fiscais ROSA, Manuel Cortes. Natureza jurídica das penas fiscais *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 8 e ss.

¹⁷⁹ NABAIAS, 2016: 407-408

¹⁸⁰ SOUZA, 2009: 314 e 314

¹⁸¹ COSTA, ANDRADE, 1998: 350

¹⁸² SOUSA, 2009: 311

pagamento de impostos, portanto, seriam crimes “*contra a sociedade organizada em um Estado fiscal social*”¹⁸³.

Considerar o sistema económico como bem jurídico tutelado, bem como o correto funcionamento do sistema fiscal ou até mesmo os efeitos da receita tributária, revela-se como uma “demasiada e desnecessária antecipação da tutela penal – conduzindo à pura incriminação da violação de deveres por parte do contribuinte”¹⁸⁴.

A questão do devido pagamento de imposto é controvertida, mas, assumindo-se sua importância e os efeitos, a pergunta que deve ser feita é qual é o fundamento que justifique as incriminações tributárias no direito fiscal, ou seja, porque algumas condutas precisam ser tuteladas através de uma pena, muitas vezes restritiva de liberdade. O que deve ser estabelecido é que o bem jurídico dos crimes fiscais não pode ser o fundamento ético dessa intervenção. A fim de que sejam selecionadas as infrações fiscais merecedoras de pena de prisão, deve ser realizada uma análise sobre a gravidade da ação/omissão, a lesão ou perigo de lesão, bem como os interesses protegidos¹⁸⁵.

Germano Marques da Silva afirma que valem para o Direito Penal Fiscal todos os princípios e regras inerentes ao sistema penal comum, e merece especial destaque a questão da proporcionalidade e dos fins das penas. A cominação de sanções tão graves como as penais, tem como objetivo destacar a importância das normas fiscais, possibilitando assim, a satisfação do Estado social¹⁸⁶.

No âmbito exclusivo da UE, a tentativa mais audaciosa foi a criação do *Corpus Iuris*, que seria uma organização responsável por zelar pelos interesses financeiros da UE. Mas, como é evidente, a tentativa de unificação em matéria dos interesses financeiros não recebeu o apoio esperado, muito embora haja necessidade de unificação nesse específico aspecto¹⁸⁷.

2. A questão da sanção penal

O estudo das consequências jurídicas do crime tem como objeto central perceber como o sistema de sanções, que seriam as respostas às violações das normas penais, são aplicadas a determinadas ações que preenchem os tipos legais de crime. O que importa

¹⁸³ NABAIAS, 2016: 416-417

¹⁸⁴ SOUSA, 2009: 316

¹⁸⁵ SOUSA, 2009: 293 e 294

¹⁸⁶ SILVA, 2000: 81 e 82

¹⁸⁷ MONTE, WHYTE, 2016: 395 e 398.

ressaltar é que essa escolha de tipificação muito tem a ver com a política criminal de uma sociedade, principalmente no direito positivo¹⁸⁸.

Já no sec. XVIII, Beccaria, em seu clássico “Dos Delitos e das Penas”, concordava com Montesquieu no sentido de que se as penas que não derivassem de uma absoluta necessidade, seriam consideradas tirânicas. De forma mais geral, quando um homem dotado de autoridade exerce essa mesma autoridade sobre outro homem, ela só pode ser justificada pela inegável necessidade; caso assim não seja, o ato é tirânico¹⁸⁹.

Ceder um pouco de sua liberdade foi parte de uma obrigação que os indivíduos arcaram com a criação de Estados, e, conseqüentemente, de leis. Ainda assim, o que é colocado à disposição da esfera pública é apenas uma parte mínima, e o conjunto dessas partes mínimas de cada indivíduo é que gera o poder de punir do Estado. Quando não pune no mínimo, presenciamos o abuso de justiça, o que, de fato, não é mais a consagração do Direito. A justiça seria colocada em suspenso nos casos de punição maior do que a devida. Com isso, todas as penas que ultrapassassem o objetivo de manter a união das pessoas e, por consequência, afetassem o ideal (do conceito moderno) da paz jurídica, essas penas seriam, por natureza, injustas¹⁹⁰.

Quando deparados com a questão do Direito Penal, seu fundamento e seu objetivo, Liszt afirma que na realidade a função das penas não é proteger a coletividade, mas é sim proteger o indivíduo que teve o comportamento fora da margem legal. Neste sentido, ao indivíduo é garantido o direito de receber sua devida punição dentro dos limites legais. O pensamento era proteger a liberdade do indivíduo sob o poder punitivo estatal, sendo capaz de controlá-lo. Isso seria possível com a interpretação rígida das leis¹⁹¹.

A lei penal incriminadora deve ser legitimamente construída. Determinada conduta só pode ser dita como crime no momento em que já exista uma lei que possa ascende-la ao âmbito penal. A partir desse momento, estaremos diante de um ilícito típico penal¹⁹².

¹⁸⁸ PINTO, 2003: 25.

¹⁸⁹ BECCARIA, 2014: 64.

¹⁹⁰ Para que as penas tenham validade, elas devêm ser criadas pelo legislador, que nada mais é do que um pedacinho do povo e nunca, em nenhuma hipótese pode ser criada por um magistrado. Em relação a fixação das penas, elas devem estar, estritamente, de acordo com o disposto em lei e correspondentes aos delitos praticados. Caso essa pena extrapole os limites indicados na lei ela é sim considerada uma pena injusta. Ao magistrado não cabe, em nenhuma possibilidade, aumentar a pena que achar conveniente, incluindo pelo bem público. BECCARIA, 2014: 65 e 66

¹⁹¹ Von Liszt apud. ROXIN, Claus., 2000: 3 e 4

¹⁹² COSTA, 2009, p. 100

A parte das normas em um ordenamento jurídico que mais agridem a convivência humana tem como previsão sancionatória o meio mais duro que dispõe o aparato estatal para punição. Quando o Direito Penal e suas leis são vistos através dos direitos constitucionais, existe um sistema de expectativas: é necessário agir sem que as normas sejam quebradas, mas, caso isso aconteça, a expectativa é que seja conferida uma punição condizente, ou seja, a reação prevista é a pena determinado delito¹⁹³.

Como afirma Anabela Rodrigues, a pena é indiscutivelmente a mais relevante reação jurídica e também a mais invasora, já que é a reação que mais perto se aproxima da liberdade, da segurança e da dignidade dos indivíduos¹⁹⁴.

O íntimo laço entre a função punitiva do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal, e a manutenção das liberdades e direitos fundamentais, tem que aqui ser contraposto com a pena e sua finalidade. A conexão entre a função punitiva – bem como seu encargo de manter a ordem na sociedade, interferindo nos direitos fundamentais – versus a questão das liberdades individuais tem que estar de acordo com os preceitos constitucionais¹⁹⁵.

A pena se justifica por sua necessidade como um meio de repressão indispensável para manter as condições de vida fundamentais para a convivência das pessoas em comunidade. Sem ela, a relação entre as pessoas seria vista de forma prejudicada. A questão da pena não pode ser interligada com questões religiosas, de moral ou filosófica. A pena existe por uma questão de, mesmo que amarga, necessidade¹⁹⁶.

Dito de outra forma, encontrar o nível de equilíbrio entre a necessidade da pena, proteção das liberdades e direito fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito e eventual proteção do sistema ao qual a pena está inserida é das tarefas mais árduas. O Estado não poder atribuir penas por uma existência no direito positivo, deve ser verificada a necessidade real a fim de não recair uma característica punitivista pertencente a outras eras do direito, o que é tentado evitar nos dias de hoje.

O propósito da sanção criminal é corrigir (ou pelo menos tentar) o direito violado através da retribuição – a sanção deve ser proporcional à infração e à lei. A punição tem como objetivo olhar a infração cometida e corrigi-la de maneira proporcional¹⁹⁷.

¹⁹³ MUÑOZ CONDE, 2004: 34 e 35

¹⁹⁴ RODRIGUES, 2014: 152

¹⁹⁵ PALMA, 2006: 116 e 117

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, 2004: 47

¹⁹⁷ KIDRON, 2018: 333

Apesar de tradicionalmente não nos depararmos com um conceito material, as discussões no âmbito filosófico e jurídico sobre o fim das penas, juntamente com as atribuições do Estado Democrático de Direito, são constantes. Isso ocorre através da verificação entre as funções desse Estado garantidor de direitos e a imposição dos limites constitucionais, a fim de garantir a intervenção mínima no que tange à aplicação da sanção penal e consequente pena. O questionamento gira em torno dos fatos isolados da atividade retributiva versus sua real necessidade e como causadora de danos aos direitos fundamentais. Mas, por outro lado, também deve ser questionado seu viés puramente preventivo, principalmente no campo da prevenção geral, e seu caráter instrumentalizador, e se ela se encontra legitimada constitucionalmente, enquanto a prevenção especial procura aprovação no campo constitucional no que tange à reinserção do condenado¹⁹⁸.

A falta de normativas que apresentem um conceito fechado no que concerne a escolha entre procedimentos criminais e administrativos é um terreno comum de críticas. Quando deve ser preferível a aplicação de sanções criminais sobre sanções administrativas? Qual o nível de proteção conferido a um procedimento caracterizado como administrativo mas passível de uma sanção de natureza penal? Pode um Estado recorrer ao uso de procedimentos paralelos contra a mesma pessoa ou entidade pela mesma conduta¹⁹⁹?

Ao decorrer no estudo do *ne bis in idem*, são encontrados dois paradigmas clássicos, que são os verdadeiros limites ao princípio. O primeiro deles é a questão da proibição do duplo julgamento e o segundo é a proibição da dupla punição pelo mesmo crime. Existe nele uma carga constitucional negativa, que tem como receptor da mensagem o legislador ordinário, bem como protege os indivíduos de não serem julgados, quiçá, punidos, pelo mesmo delito, enquadrado como direito fundamental²⁰⁰.

¹⁹⁸ No ponto de vista português, compreender a necessidade da pena vai de acordo com a leitura da constituição levando em consideração os direitos fundamentais. Essa forma de raciocínio impede que a pena tenha fundamentação a não ser na mera necessidade e na lei, por exemplo, não pode ser baseada em aspectos metafísicos, simbólicos ou apenas preventivos. A conceituação material de pena tem que levar em consideração principalmente o princípio da necessidade e a limitação na interferência negativa dos direitos fundamentais de cada indivíduo. PALMA, 2006: 123 e 126

¹⁹⁹ KIDRON, 2018: 321 e 322

²⁰⁰ Como exemplo do supra citado, o caso português a Constituição da República Portuguesa afirma tal princípio em seu art. 29.º, n.º 5. O artigo em si só apresenta referência a questão do julgamento, não sendo explícito no que concerne a punição. Todavia a doutrina portuguesa tem compreendido – de forma difundida – que a punição também deve ser abarcada por tal artigo, ou seja, existe sim o dever negativo de impedir que um indivíduo deva sofrer uma dupla punição pelo mesmo delito. Questionar a possibilidade de recaimento deste artigo sobre a questão da dupla punição não parece algo com o qual a doutrina deveria se preocupar por uma simples “insuficiência linguística”. LEITE, V. 1, 2016: 295.

O que se tem colocado é que um indivíduo não pode ser posto à prova em um julgamento formalmente penal após já ter sido sujeito a um anterior julgamento formalmente penal. Entretanto, a relação entre Direito Penal e Direito Processual penal é inequívoca, apesar de serem ramos autônomos do direito. O último não pode ser interpretado como a mera execução do primeiro; ele é sim o caminho necessário para a aplicação de uma pena, o percurso onde serão avaliados os critérios gerais a fim de obter justiça no caso concreto. O *ne bis in idem* não pode ficar preso, desta forma, a um critério de julgamento formalmente penal. Se assim o fosse, tal princípio seria rebaixado e uma restrição excessiva de um direito fundamental sustentado tanto pelas constituições quanto pelos acordos e tratados internacionais²⁰¹.

O *ne bis in idem* deve ser compreendido como uma limitação ao *ius puniendi*. Na sua aplicação não deve ter maior relevância os raciocínios meramente formalistas, deve-se chegar a um patamar solidificado de interpretação que ao mesmo tempo consiga ser inclusivo e exclusivo e tal não será possível se continuarmos no binômio processo/pena. Apesar de existir sim uma relação íntima entre duplo julgamento e dupla punição, eles devem ser compreendidos de forma autônoma, afastando-se também dos pormenores material e processual no momento em que é apenas aceito o julgamento penal para fundamentar a aplicação do *ne bis in idem*, mas que a simples mudança na qualificação jurídica seria capaz de retirar a proteção constitucional e processual penal do indivíduo²⁰².

O cenário ideal de diálogo, que deve ser obrigatório no âmbito do Direito Penal e a defesa dos direitos fundamentais, nem sempre acontece. O resultado dessa falta de articulação tendencialmente leva à hipercriminalização no Direito Penal Secundário. A punição através da pena requer uma fundamentação muito mais forte do que a mera política social adotada à época, incorrendo em risco de instrumentalização do poder punitivo. Mas do outro lado encontra-se a situação de risco no punir ponderando a defesa dos direitos fundamentais, retornando a uma ideia primitiva do Direito Penal e da função da pena. No momento da aplicação da pena, de igual importância é a função preventiva e dissuasora referente ao papel do Estado em desaconselhar a utilização do Direito Penal²⁰³.

²⁰¹ LEITE, V. 1, 2016: 299

²⁰² LEITE, V. 1, 2016: 300 e 301

²⁰³ PALMA, 2006: 117 e 118

3. O fim das penas

A relação dos fins da pena com nosso trabalho é íntima e essencial. Pensar na evolução do processo penal e o porque da aplicação de sanções penais é a base para compreendermos a efetiva necessidade de um indivíduo ser condenado criminalmente por determinado ato ou atos. A importância desse estudo fica potencializada quando pensamos mais ainda no princípio do *ne bis in idem*.

Relativamente ao que tange as teorias da classificação das penas, três são as mais expoentes. São elas: a teoria absoluta, relativa e unificadora ou eclética. Apesar de não nos ocuparmos em detalhes das teorias, expor de forma sucinta é importante para o nosso trabalho, a fim de que possamos elaborar uma justificativa final da necessidade real das penas no caso de cumulações com sanções de natureza penal, mas não formalmente classificadas como penal, principalmente no que concerne às sanções administrativas, como violação do *ne bis in idem*.

No que concerne ao papel retributivo das sanções penais, presente principalmente na antiguidade clássica e idade média, a ideologia era uma pena retribucionista. Durante esses períodos não podemos falar que existia um diálogo aberto ou a vontade da aplicação do princípio do *ne bis in idem*²⁰⁴.

A teoria absoluta assimilou a noção de pena como um conceito apenas retributivo, sem nenhum fim. As penas seriam as respostas ideais ao mal causado, e essa justificação à função da pena estaria alcançada e esgotada. Compreendida amplamente como uma necessidade ética em decorrência de uma ação desvaliosa²⁰⁵.

Bettioli afirma que a pena deve ir ao encontro dos interesses tutelados, e não pode ser de ressarcimento, mas sim retributiva e repressiva²⁰⁶. A pena “atinge o homem em sua individualidade concreta”. O homem, então, seria possuidor do direito à pena na mesma proporção que é possuidor da dignidade humana. Mas o cuidado no que tange à pena é que ela deve ser conceitualmente definida e racionalmente justificada. A pena se justificaria através da necessidade da chamada ordem social, já que essa seria a forma encontrada pelo de Estado de punir quem ameaçasse seu equilíbrio através dos delitos²⁰⁷.

²⁰⁴ LEITE, V. 1, 2016: 90 e 91

²⁰⁵ MUÑOZ CONDE, 2004: 47

²⁰⁶ BETTIOLI, 1974: 26

²⁰⁷ Bettioli é ainda um dos grandes defensores do viés retributivo da pena. Tal instrumento se encontra a disposição do Estado, mas que sua aplicação deve estar de acordo com limites predeterminados, deve existir

As teorias relativas, por outro ângulo, correlacionam a ideia de que a pena atinge seu fim através da prevenção geral e da prevenção especial. A prevenção geral acontece através da intimidação da generalidade das pessoas a fim de que não cometam delitos porque a punição devida será uma pena²⁰⁸.

Já quando falamos das teorias preventivas²⁰⁹ da pena, pelo menos sob o aspecto temporal, somos capazes de conectar a sedimentação do *ne bis in idem* com as correntes da época²¹⁰.

A prevenção especial defende que a pena, além da função de intimidação, também apresenta uma função de correção e de garantia. Ou seja, uma vez que um delito fosse cometido, o indivíduo tinha a garantia, bem como a sociedade, de que aquele comportamento seria punido penalmente, afastando-o da vida em sociedade, no caso da pena de prisão, também impedindo o cometimento de novos delitos por parte do mesmo agente²¹¹.

Com o intuito de conciliar ambos os extremos, a teoria unificadora tem como pressuposto basilar a questão da retribuição da pena, mas o seu cumprimento também satisfaz os pressupostos da prevenção geral e especial. O maior problema é que essa teoria, na realidade, não consegue sustentar nenhum posicionamento muito forte. A retribuição tem como fundamentação o passado, a prevenção olha o futuro, com o intuito de impedir o cometimento de novos crimes, seja pelo mesmo agente, seja por agentes diversos.²¹²

O questionamento da possibilidade da via de punição através do Direito Penal e do Direito Administrativo é importante, e deve ser realizado de acordo com o princípio da necessidade da pena, bem como o princípio constitucional, na medida em que a outra sanção de direito público seria suficiente e eficaz para exercer a função preventiva e protetora, nos moldes da sanção penal. O problema aqui, para quem defende tal possibilidade, é a autonomia do Direito Disciplinar que autonomiza o fato ilícito, cumprindo a função interna desse campo do Direito.²¹³

uma necessidade social no que diz respeito a aplicação da pena. A ideia de retribuição encontra seu expoente sobre os limites das necessidades sociais. Como retribuição, a pena não poderia estar associada a obtenção de determinado fim, como acontece nas teorias preventivas. BETTIOL, 1967: 170, 171, 177 e 183

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, 2004: 48

²⁰⁹ A prevenção geral teria como função prevenir o crime de forma genérica, atuando no querer, no impulso dos agentes delituosos. BETTIOL, 1967: 179

²¹⁰ LEITE, V. 1, 2016: 90 e 91. 3

²¹¹ MUÑOZ CONDE, 2004: 48

²¹² MUÑOZ CONDE, 2004: 49

²¹³ PALMA, 2006: 134

Vale a reflexão de que não foi a necessidade de avaliar a questão da medida da pena, ou o eventual excesso, que impulsionou a solidificação desse princípio. Podemos afirmar tal posição porque sempre houve a questão da violação do dever moral conjugado com a gravidade do fato. Enquanto isso, na teoria preventiva, pensamos na proporcionalidade na pena ou no próprio princípio da culpa. O que queremos destacar é que em ambas as correntes existem maneiras internas de para averiguar os limites da pena, não necessitando de um outro critério que realizasse tal cálculo²¹⁴.

Foi com Kant que o estudo da relação entre os fins das penas e o respeito pelos direitos fundamentais ganhou força na Europa, mas foi apenas no século XX que se alastrou a necessidade de uma fundamentação moral ou ética, tendo como base a justiça que permeia o direito de punir²¹⁵.

A questão da medida da pena só foi mais desenvolvida no pós-guerra e passou a ser compreendida como uma valoração feita pelo juiz – devendo ser de forma individual – com o objetivo muito maior de gerar uma ordem sistemática e através de parâmetros fundamentados que fossem capazes de estabelecer a medida da pena de acordo com o cenário político criminal²¹⁶.

O entendimento moderno confere à pena uma espécie de reconstituição e validade do direito. Para isso não basta o aspecto formal do conceito de crime, uma vez que ele só poderá ser constituído quando lese bem jurídicos em uma vertente tão representativa, tanto no âmbito da pessoa humana, quanto de uma comunidade. Compreender os limites da pena requer uma análise profunda da racionalidade do Estado Democrático de Direito²¹⁷.

A relação, quase que simbiótica, entre o conceito material de crime e de pena depende, na mesma proporção, da conexão entre direitos fundamentais os meios restritivos de liberdades e garantias fundamentais por parte do estado, a fim de que seja possível realizar a justiça penal. A conexão entre esses elementos é tamanha que as definições materiais de crime e pena tem de ser suportados por uma justificação racional, não podendo ser desenvolvidos a partir de um poder arbitrário, constando, portanto, na reserva da lei²¹⁸.

²¹⁴ LEITE, V. 1, 2016. 91 e 92

²¹⁵ LEITE, V. 1, 2016: 96 e 100

²¹⁶ ROXIN, 2000: 22

²¹⁷ PALMA, 2006: 49

²¹⁸ Ao legislador cabe apenas trabalhar no âmbito da elaboração das leis dentro dos limites constitucionais na medida em que não violem outros direitos fundamentais. PALMA, 2006: 49 e 50.

A conclusão que é plausível alcançar é que não podemos afirmar que a pena tem uma única função, um único fim. Trata-se de um fenômeno pluridimensional, que cumpre diversos papéis, na medida de sua necessidade²¹⁹.

II. Direito Administrativo e sanções administrativas

As traves mestras estabelecidas no ramo do Direito Administrativo sancionador apresentam uma extrema proximidade substantiva no que tange ao Direito Penal, mas essencialmente divergente do campo do Processo Penal, que sustenta seu poder punitivo em um tribunal, enquanto as sanções administrativas são suportadas pela Administração²²⁰.

Uma nítida divisão na concepção teórica entre Direito Penal e Direito Administrativo sancionador não figura uma tarefa simples, e o mesmo acontece em sua definição prática. A dificuldade é muito maior quando os diversos Estados retratam critérios diferentes na ponderação de determinado fato como recaindo no plano penal ou administrativo. O estabelecimento de critérios é fluído, uma vez que margeiam desde questões culturais até estritamente legais. Apesar de todos os esforços, os movimentos recentes do Direito da União Europeia não foram capazes de solucionar tal questão. Para todos os efeitos, os limites entre as duas áreas do direito talvez estejam mais embaçados do que nunca²²¹.

Os dois principais sistemas legais do continente europeu – quais sejam o da UE e do Conselho Europeu - têm adotado preceitos semelhantes em relação à imposição de sanções administrativas. O alinhamento entre ambos parece ser um processo constante e latente,

²¹⁹ MUÑOZ CONDE, 2004: 50

²²⁰ MOUTINHO, 2008: 59

²²¹ STUBBS, JAGER, 2014: 155 e 156. Para Manuel Puig, tendo como fundo a experiência espanhola: Desta forma, é possível perceber que a jurisprudência tem classificado as infrações administrativas de forma bem semelhante as clássicas infrações penais, a não ser com diminutas mudanças. Isso demonstra que mais do que a mera aceitação jurisprudencial da identidade entre infrações penais e administrativas, elas apresentam um tipo de unidade essencial, mesmo que com determinadas diferenças no que tange às principais garantias do poder punitivo de um Estado democrático de Direito. É raro o questionamento perante os tribunais se existe algum tipo de fronteira teórica abstrata entre o que deveriam ser positivadas como delito penal ou o que deveria ser enquadrado como infração administrativa e sancionada pela Administração. Aos legisladores é incumbida tal função, mantendo o entendimento jurídico fora de tal atuação. Portanto, conceituar sanção administrativa, além de ser uma tarefa de extrema importância, não é simples, mesmo observando o que dizem as normas, que comumente conferem determinadas medidas para a determinação do que diz a administração e o que se aplica no caso específico. PUIG, CARRASCO, ARMIJO, 2010: 51, 53 e 59. Da mesma forma esclarece Rosendo Dias José que as fronteiras entre sanções penais e administrativas não podem ser definidas através de critérios formais que apresentem desvalor intrínseco diferente, mas unicamente por escolha legislativa – de uma escolha de locação apenas legal. JOSÉ, 1991: 37

ganhando ainda mais força no momento em que a UE adotou, de forma explícita, os princípios fundamentais constantes na CEDH em seu próprio ordenamento interno²²².

O ponto principal de estudo e questionamento do Direito Administrativo sancionador é a própria sanção administrativa e seu conceito. Isso ocorre porque o regime jurídico singular do Direito Administrativo sancionador implica que as sanções só possam ser aplicadas no que se refere aos atos administrativos que constituam uma real consequência do exercício do poder sancionar do Estado através do Direito Administrativo, não de um diferente âmbito do Direito²²³.

Para que seja possível falar em sanções administrativas, o primeiro requisito a ser analisado é que tal sanção deve ser imposta por um órgão administrativo. Essa, portanto, é a maior diferença entre as sanções administrativas e as penas. Enquanto as primeiras são impostas pela Administração, as segundas são aplicadas por juízes²²⁴. Seu objetivo principal é mais zelar pelos interesses da Administração do que efetivamente pela posição do transgressor²²⁵.

Portanto, Direito Administrativo é o ramo do direito que apresenta a função de regular a atividade das entidades Estaduais, as autoridades públicas. Tais funções, na grande maioria das vezes, dizem respeito à proteção da coletividade contra determinados perigos, bem como à promoção do bem geral em diversos domínios. A Administração aplica diversas medidas e sanções, que impugnam os indivíduos em razão de suas perpetrções através de uma ação ou omissão²²⁶.

As soluções disponíveis no sistema administrativo têm sido utilizadas cada vez mais para lidar com o crime. Pode ser visto de forma bem expansiva a atuação do Direito Administrativo em áreas que tradicionalmente cabiam a punição ao Direito Penal²²⁷.

1. O conceito de sanção administrativa

²²² VUGT, 2013: 607

²²³ A sanção administrativa só pode existir quando é prevista uma consequência a uma infração, mas só existe infração se nesta ação está presente a componente antijuridicidade, não bastando apenas que o ordenamento jurídico não seja um incentivador. A sanção implica uma imposição por parte da Administração de um determinado prejuízo jurídico ao sancionado, uma vez que incorreu em uma atividade tipificada por ordenamento como uma infração. PUIG, CARRASCO, ARMIJO, 2010: 57 e 63. No mesmo sentido MOUTINHO, 2008: 67 e 68

²²⁴ PUIG, CARRASCO, ARMIJO, 2010: 61

²²⁵ BETTIOL, 1967: 168 e 169

²²⁶ CAEIRO, 2014: 172

²²⁷ TOMILLO, 2008: 52-54

Quando pensando o conceito de sanção administrativa no campo fenomenológico, sanção seria a situação que cria perda de direitos. De forma simplificada, seria qualquer tipo de reação da Administração Pública contra a violação de um preceito. No campo tipológico, a sanção administrativa tem que levar em consideração a especificidade de tal medida comparada com outras formas de reação da Administração Pública. Seria uma punição no termo técnico da palavra, mas o assunto deve ser tratado de forma mais profunda pela própria proximidade com o Direito Penal, bem como no senso das medidas a disposição da Administração²²⁸.

De acordo com Pedro Caieiro, as medidas administrativas que apresentam como pré-requisito o cometimento de um ato ilegal são de três tipos: as medidas restaurativas, preventivas e punitivas²²⁹. Para efeitos desse trabalho, o tipo de medida que será melhor estudada é a punitiva.

As coimas apresentam a finalidade preventiva negativa e especial negativa, já que representam uma especial advertência à observância de determinadas proibições legislativas. Elas também não podem ser confundidas com um imposto ou taxa. Elas visam evitar que o agente e os demais indivíduos repitam a conduta. A determinação do valor da coima, por isso, deve ser a perda de um benefício econômico suficiente que satisfaça às necessidades da prevenção especial negativa²³⁰.

As sanções administrativas de cunho punitivo apresentam algum conteúdo semelhante às sanções penais, conseqüentemente, são advertências de âmbito geral e individual de persuasão, em contraste com a punição criminal. O principal objetivo de tais sanções encontra-se no fato de que elas querem assegurar a sociedade da validade e efetividade das normas que protegem os valores legais, a famosa prevenção positiva, bem como apresentam um valor punitivo, elas respondem a determinado ato em si mesmo, não ao dano ou perigo causado por ele²³¹.

Tais sanções geralmente giram em torno do pagamento de uma quantia de dinheiro, a privação de determinado direito. Como anteriormente afirmado, elas apresentam uma

²²⁸ PALIERO, 2013: 2-4

²²⁹ De forma bem simplificada, as sanções restaurativas têm como objetivo retornar ao status quo ante, mais próximas às questões da justiça comutativa. As sanções preventivas atuam na prevenção de perigo em dano efetivo. Elas fundamentam-se em um ato ou omissão ilegal que causa ou que potencialmente pode causar dano ao interesse público. Apresentam uma proximidade maior as sanções administrativas punitivas em razão do seu conteúdo. CAEIRO, 2014: 173 e 174

²³⁰ ALBUQUERQUE, 2011: 84. No mesmo sentido, ANTUNES, 2009: 112

²³¹ CAEIRO, 2014: 174

estrutura bem semelhante à das normas penais, uma vez que ameaçam com punição determinada ação ou omissão, bem como são capazes de regular áreas que também são reguladas através de sanções penais²³².

Para o TJUE, é importante frisar que de forma genérica a UE não é competente para impor sanções penais, permanecendo tais disposições sob a competência dos Estados membros. Quando uma medida é qualificada como sancionatória, portanto, ela geralmente encontra-se conectada a uma sanção pecuniária, que está normalmente vinculada a uma natureza preventiva. A fórmula usada pelas sanções administrativas geralmente ocorre através da aplicação de uma sobretaxa, e a quantia não pode ultrapassar o nível necessário para conferir o caráter dissuasor²³³.

2. A União Europeia e as sanções administrativas

O Direito Penal tem sido classicamente definido como exclusivo e representativo, a em matéria sancionatória, da soberania de um Estado. Na Europa com vertente à unificação econômica o cenário não era diferente. Os Estados apresentavam diferenças econômicas, sociais e culturais muito grandes para que uma integração tão profunda no âmbito penal fosse viável. A visão externa era que os Estados membros não estavam inclinados a ceder de forma explícita a jurisdição em matéria criminal²³⁴.

É através das sanções que a efetividade do direito pode ser alcançada. A sua função é predeterminada de acordo com as necessidades legislativas que devam ser colocadas em prática. É por meio das sanções que os indivíduos enxergam o espectro da ameaça ao agirem fora dos padrões sancionados por lei, ou seja, é por intervenção das sanções que aos indivíduos podem gerar consequências desfavoráveis²³⁵.

²³² CAEIRO, 2014: 174

²³³ Acórdão de 11 de julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Conclusões da Advogada-Geral, EU:C:2001:645, p.30-33

²³⁴ Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as visões do TJUE foram codificadas. O art. 83 n.º 2 do afirma que: Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa. Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76. VUGT, 2013: 608 e 612

²³⁵ ZULEEG, 1999: 349

O Direito da União Europeia levanta problemas geralmente nesse domínio, uma vez que a relação entre esse e os direitos domésticos apresenta características específicas. Isso ocorre porque é através das sanções administrativas domésticas que os interesses da UE são garantidos, mesmo que nelas estejam contidas as infrações referentes a própria UE. Por isso, o Direito da União Europeia atua de certa forma sobre as sanções administrativas, mas essas terão de ser analisadas como normas de direito interno²³⁶.

É nas Constituições - e nos Tratados, no caso da UE - que é possível constatar os limites do poder punitivo dos Estados. Todavia, pensar a conexão e reconhecer os princípios e regras gerais manifestas no ordenamento punitivo pode requerer uma ampliação frente o reflexo expresso nos textos legais, normalmente conectados ao Direito Penal e Processual Penal. É necessário caminhar mais além do que esteja implícito ou explícito na lei para perceber a comunicação entre os princípios que regem a repressão penal e administrativa. Não é defendido aqui uma espécie de transplante dos princípios penais para os princípios das sanções administrativas, mas sim que é possível encontrar princípios e regras comuns as duas vertentes do direito²³⁷.

Como trabalhado em parágrafos anteriores, o início da UE, antes Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, ocorreu exatamente pela necessidade dos países europeus de recuperarem suas economias no pós-guerra. A fórmula econômica perseguida foi a integração industrial entre esses países, que ao passar do tempo, foi fortalecendo os laços em matéria comercial e econômica, possibilitando a transposição das barreiras internas no que se refere a mercadorias e indivíduos, bem como a idealização de uma moeda única que fosse capaz de facilitar ainda mais as transações monetárias.

É possível perceber que a integração europeia inicial ocorreu graças às indústrias/empresas, com a necessidade de mover capital. É aqui que a questão das sanções administrativas ganha especial relevo dentro da área econômica da UE.

O desenvolvimento de sanções administrativas foi amplo com o contexto advindo com a UE. Mais, a própria UE estimulou a criação de diversos tipos de sanções administrativas anteriormente inexistentes nos EM²³⁸.

²³⁶ MODERNE, 1993: 64 e 65

²³⁷ TOMILLO, 2008: 58-60, 86-88

²³⁸ VUGT, 2013: 607. A natureza da integração da ordem jurídica da UE requeria a adoção de medidas sancionatórias administrativas com o objetivo de garantir a efetividade e aplicação uniforme do Direito da União Europeia. Por não haver uma harmonização, era necessário que os EM garantissem essa efetividade através de todos os meios possíveis. WEYEMBERGH, JONCHERAY, 2016: 200

Essa necessidade de provisão de sanções administrativas para a proteção dos interesses econômicos tanto ao nível nacional quanto europeu já era afirmada em Amsterdão, no art. 280 TCE. Todavia, os diferentes tipos de sanções levantaram intensas discussões e também questões de litígios, uma vez que as fronteiras entre sanções administrativas e penais podem apresentar-se de forma não muito explícita²³⁹.

Aos EM é imputado o dever de estabelecimento de uma legislação eficaz, que seja proporcional no que corresponde às sanções administrativas. Para que a aplicação seja correta, é necessário que um órgão administrativo, independente e responsável, seja o responsável pela aplicação e supervisão dessas sanções, sem prejuízo de uma possível cumulação com sanções penais²⁴⁰.

A função da atividade administrativa é aplicar sanções que correspondam aos valores da Administração Pública e seus bens jurídicos protegidos. Não pode haver uma valoração, nas sanções administrativas, referentes à reprovação ético-social, em relação a personalidade do ofensor²⁴¹.

As coimas são geralmente as respostas dadas através das sanções administrativas. Como no genuíno Direito Penal, tais sanções são aplicadas por motivo de infrações à determinada regra. Elas também pressupõem uma falha no indivíduo em cumprir com o ordenamento da mesma forma que as sanções penais requisitam tal situação²⁴².

A indagação é pertinente na medida em que a aplicação de coimas no âmbito administrativo não está indo além do necessário e, diferentemente do que tem sido defendido pelos tribunais, o apelo punitivo nessas sanções não tem sido maior do que efetivamente demonstrado e defendido pelos tribunais tanto domésticos quanto da UE?

Concordamos que o simples reembolso pode não configurar medida suficientemente sancionatória, todavia, impor um valor acrescido muito superior pode não ser o objeto real da administração. O que pode sim acontecer é uma sobre cobrança, em nome dos interesses da UE, mas que proporcionalmente não está de acordo com os padrões estipulados de proporcionalidade e necessidade.

²³⁹ ZULEEG, 1999: 350. No mesmo sentido Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-210/00, p. 72, onde é afirmando que o pagamento de uma quantia devida através de sanções administrativas é apropriada tanto para impedir que os indivíduos ajam de má fé bem como sejam capazes de utilizar a maior diligência possível no prestar contas.

²⁴⁰ VERVAELE, 2005: 6 e 7

²⁴¹ COSTA, 1992: 48

²⁴² DIAS, 2004:165 e 166

a) O Regulamento n.º 2988/95

Os regulamentos e as sanções foram aceites depois de um intenso diálogo entre as instituições e os Estados membros no que tange às garantias individuais quando confrontadas com determinadas sanções. As questões dos indivíduos sobre o procedimento que enfrentariam foram também discutidas, bem como o princípio do *ne bis in idem*, especialmente nas situações em que sanções penais e administrativas possam ser aplicadas ao mesmo fato²⁴³.

Sendo assim, a separação erudita é a de que o Direito Penal estaria reservado à punição de ilícitos mais graves, que de maneira lógica, corresponderiam às condutas mais nocivas. A sanção administrativa, portanto, seria incumbida da repressão de comportamentos menos perigosos²⁴⁴.

Talvez uma explicação plausível para a questão das sanções administrativas seja a de que a Administração Pública e seu poder sancionador são derivados do poder restrito que lhes é dado, uma vez que não podem ser comparados à justiça, e os funcionários da administração também não são juízes. Por mais que regras sejam impostas, a Administração sempre apresentará uma estrutura e finalidade que impedem a separação completa de independência e imparcialidade²⁴⁵.

O Regulamento n.º 2988/95 em seu art. 1.º afirma que a resposta a quem cometer violações de baixo do quadro do domínio do Direito da União Europeia, que cause dano, através de ação ou omissão, possibilitando a lesão do orçamento geral da UE, ou por ela geridos, tal situação é qualificada como irregularidade e a ela deve ser aplicada uma medida ou sanção administrativa²⁴⁶.

O regulamento n.º 2988/95 delimita as distinções entre “*measures*” e “*penalties*”, apontando a diferenciação em termos de elementos subjetivos, avaliando a intenção ou negligência presentes na infração, que são requisitos para aplicação das “penalidades”,

²⁴³ VUGT, 2013: 610

²⁴⁴ CAAMAÑO, 2003: 119

²⁴⁵ SOTOMAYOR, 2007: 39

²⁴⁶ Acórdão de 11 de julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Conclusões da Advogada-Geral, EU:C:2001:645, n.º 33

todavia, não são elementos verificados na aplicação das sanções meramente administrativas²⁴⁷.

3. O alcance da proteção dos direitos fundamentais nos procedimentos administrativos

De forma explicativa, a natureza administrativa de determinada lei não impede que sejam absorvidos certos conceitos do Direito Penal. O que existe, na realidade, é uma espécie de corrente de situações que podem caminhar em ambas as direções. Um dos grandes exemplos de tal possibilidade é que a evasão de divisas, que pode ser tipificada tanto como infração criminal quanto administrativa, e sua alocação vai depender da política legislativa de determinado Estado, tendo por molde a quantidade de dinheiro em determinada fraude. Geralmente são esses os padrões que vão definir qual sanção será necessária e devida, uma penal ou administrativa. Sendo assim, esse borrão sempre irá existir na medida em que sanções punitivas são necessárias fora do escopo do Direito Penal²⁴⁸.

Os direitos fundamentais têm, cada vez mais, alcançado um espaço de destaque em sua aplicação no procedimento punitivo administrativo. É doutrina reiterada que os cardinais princípios do processo penal devem ser respeitados quando em jogo o procedimento administrativo, com as devidas ressalvas sendo necessárias²⁴⁹.

Apesar das tentativas crescentes de introdução dos direitos fundamentais pertencentes ao procedimento criminal, tais proteções ainda existem com um menor nível de garantia no processo administrativo sancionador. O processo penal é regido com intensa garantia aos indivíduos – pelo menos em teoria – o que no processo administrativo ocorre

²⁴⁷ CAEIRO, 2014: 178. Para VUGT, A problemática nos termos encontrados nos documentos da UE ganha especial destaque no que concerne aos diversos idiomas que os textos legais devem cobrir. Sendo assim, os termos em inglês “*penalty*” e “*mesuare*” são os que usualmente aparecem no Regulamento 2988/95, por exemplo o art. 5.º n. 1 a, b e c. Com a evolução e consequente aprimoramento do Direito da União, as possibilidades de escolha sancionatórias entre os Estados membros foram limitadas através dos regulamentos. Em um primeiro momento, essas sanções que deveriam ser aplicadas a quem agisse contra as previsões tinham um cunho específico, mas ao decorrer do tempo esses regulamentos foram se tornando mais gerais, podendo ser aplicados a vastos campos de interesse. O Regulamento 2988/95 prevê diversas sanções administrativas nos casos de irregularidade no *Structural Found* da UE. O objetivo de tal regulamento é o de que as sanções devem ser aplicadas quando o Direito da União for infringido, devendo os Estados membros impor as sanções mais específicas no caso concreto. VUGT, 2013: 609, 610 e 613

²⁴⁸ CAEIRO, 2014: p. 175

²⁴⁹ SOTOMAYOR, 2007: 37

de forma mais contida, com um menor pacote de garantias, sendo que alguns dos direitos fundamentais nem mesmo são transportados²⁵⁰.

Por mais que de forma superficial as agências administrativas estejam combatendo o crime, até como uma forma de desafogar o sistema penal, os efeitos negativos são incontáveis. Mais do que apenas borrar as barreiras entre administrativo e penal, tal punição, através do viés administrativo, é capaz de desrespeitar diversos Direitos Humanos e fundamentais que por tanto tempo o Direito Processual Penal lutou para alcançar. No fundo, acaba por prevenir utilizando meios repressivos escondidos. Os meios administrativos menos protetores são empregados, ou seja, uma espécie de procedimento criminal sem as garantias do Processo penal, que por si já representa o mais invasivo de todos, aumentando ainda mais a quantidade de indivíduos sendo controlados através dos aspectos do sistema criminal de justiça²⁵¹.

De maneira oposta apresentada pela doutrina, o TJUE afirma que a natureza penal de uma sanção não ter por objetivo desproteger os indivíduos no âmbito dos direitos e garantias individuais. Tal sanção, mesmo que não penal, só poderá ser aplicada se respeitadas todas as garantias, bem como os preceitos legais. Tal proteção é possível uma vez que os direitos fundamentais constituem parte dos princípios basilares do Direito da União Europeia²⁵².

Os direitos e garantias fundamentais existem para proteger os indivíduos, a fim de que tenham um processo justo e obedecendo as regras do contraditório, podendo exercer seu direito de defesa. Esses direitos são manifestados de forma diferente entre as áreas do Direito, mas não sob a justificativa de que são aplicados com maior ou menor rigor na intensidade, de acordo com a modalidade de tutela aplicável na situação concreta, seja ela penal ou administrativa²⁵³.

III. A fluidez das fronteiras entre sanções penais e administrativas

²⁵⁰ SOTOMAYOR, 2007: 38 e 39

²⁵¹ STUBBS, JAGER, 2014: 164. No mesmo sentido A Administração Pública dos Estados têm aplicado medidas repressivas sem garantir os interesses devidos relativos ao procedimento criminal, de acordo com WEYEMBERGH, JONCHERAY, 2016: 191

²⁵² Acórdão de 11 de julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Conclusões da Advogada-Geral, EU:C:2001:645, n.º 42

²⁵³ CAAMAÑO, 2003: 126

As fronteiras entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador foram se aproximando tanto que é difícil, hoje, realizar uma linha divisória clara entre elas, quando essas sanções administrativas são revestidas de um caráter punitivo. Portanto, estudar a interação dos dois tipos sancionatórios é entrar em uma área cinzenta, que pertence entre o Direito Penal e Direito Administrativo²⁵⁴.

A pergunta que deve ser respondida em termos de diferenciação entre sanção penal e administrativa é a seguinte: tal diferenciação está a favor do cidadão ou, pelo contrário, ela apenas pretende suprir as incapacidades do poder sancionador do Estado que é personificado através da Administração?²⁵⁵

Blurring, no contexto do Direito Administrativo, apresenta, a nosso ver, o sentido de que as fronteiras entre Direito Administrativo e Direito Penal tem se tornado “nebulosas”, tratam-se de áreas do Direito que apresentam elementos comuns. Destarte, a noção do esbatimento entre as fronteiras não significa que não seria mais possível realizar a distinção entre essas elas, apesar da situação ser bastante complexa. Portanto, os âmbitos penais e administrativos seguem caminhos separados, mas apresentam uma zona contígua²⁵⁶.

Compreender, através de uma ótica mais ampla, que como o Direito Penal, o Direito Administrativo sancionador é manifestação de um mesmo ordenamento punitivo estatal é fundamental para o desenvolvimento de nosso trabalho. Sendo assim, é possível reconhecer os princípios e regras gerais comuns entre ambos os ramos do direito²⁵⁷.

Os procedimentos administrativos, por isso, só poderão gerar essa confusão com procedimentos penais quando pressupõem o cometimento de um ato ilegal, o que gera uma determinada limitação dos direitos de quem os cometeu, através do poder público, ao responder ou averiguar essa violação²⁵⁸.

A diferenciação entre sanções penais e administrativas pode ter como fundamentação o fato de que o Direito Penal proíbe determinadas situações sob a ameaça de sanção, e que tais não podem existir sem uma ofensa, que gerará uma pena. Mas isso que não quer dizer

²⁵⁴ WEYEMBERGH, JONCHERAY, 2016: 190

²⁵⁵ CAAMAÑO, 2003: 118 e 119

²⁵⁶ CAEIRO, 2014: 171

²⁵⁷ Quando umação ou omissão são contrárias ao direito essas são ditas antijurídicas. Constituindo um elemento essencial das infrações administrativas a maneira semelhante ao Direito Penal, a sanção dessas condutas ocorrerá apenas quando for verificado um comportamento contrário ao ordenamento. Cabe afirmar, portanto, que a exigência da antijuridicidade é plena e inquestionável no Direito Administrativo sancionador. PUIG, CARRASCO, ARMIJO, 2010: 49, 50 e 221

²⁵⁸ CAEIRO, 2014: 173

que a violação de uma norma criminal não possa atrair fatos que sejam pertencentes a sanções de natureza administrativa, e que todas as ações ou omissões de natureza pública sejam resolvidas através de sanções criminais²⁵⁹.

No que tange ao Direito da União Europeia, o nível de separação e diferenciação entre sanções administrativas e penais pode ser definido como intermediário. Apesar de a UE possuir uma legislação específica já citada (Regulamento 29885/95), tal texto é geralmente associado ao direito da concorrência. E de forma sintética o Regulamento não é capaz de realizar uma conceituação de diferença entre o que seriam sanções administrativas punitivas e sanções penais²⁶⁰.

O TJUE já estabeleceu que a configuração da natureza jurídica de determinada sanção vai muito além da gravidade aplicada, mas também deve ponderar as questões de finalidade de determinada sanção bem como o contexto global de sua inserção²⁶¹.

Importa ressaltar, entretanto, que Direito Penal e Administrativo não devem ser opostos nem muito menos o Direito Administrativo ser utilizado para circunscrever o Direito Penal, tornando sanções administrativas de natureza penal o novo molde de resposta a ilícitos penais²⁶².

O dispositivo repressivo das sanções administrativas multiplica sua originalidade, e a Administração tende a usar esses elementos a seu favor²⁶³. Dito de outra forma, os elementos característicos das infrações penais são transportados ao Direito Administrativo sancionador, no qual os métodos punitivos são mais flexíveis.

A ideia de uma considerável “redução” do Direito Penal frente ao Direito Administrativo sancionador surge – mesmo que de forma restrita – no continente europeu. Para quem defende tal possibilidade, o Direito Penal teria seu âmbito de atuação reduzido, e os delitos mais leves passariam a constituir infração administrativa. Isso acarretaria uma diminuição das garantias individuais relativas aos indivíduos que enfrentariam o procedimento administrativo, principalmente garantias de nível forma²⁶⁴.

²⁵⁹ CAEIRO, 2014: 172

²⁶⁰ PALIERO, 2013: 17

²⁶¹ Acórdão de 11 de julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Conclusões da Advogada-Geral, EU:C:2001:645, n.º 33

²⁶² JAMIN, 2014: 216

²⁶³ MODERNE, 1993: 46

²⁶⁴ SOTOMAYOR, 2007: 40

Foi com a crise da justiça penal que alguns Estados decidiram, por escolha política criminal, o poder repressivo deveria achar outra maneira de se demonstrar, sendo devolvido à Administração um poder punitivo mais ou menos importante²⁶⁵.

A zona cinzenta entre sanções penais e administrativas faz parte da própria história do Direito Penal Administrativo, e começou, pelo menos, no momento em que a Administração Pública se tornou sujeita à justiça. Tal situação embaraçada sempre existiu, independentemente de qual conceito é dado ao Direito Penal Administrativo²⁶⁶, principalmente porque suas fronteiras são permeáveis, e se tornam mais permeáveis ainda nos momentos nos quais a Administração é mais ativa. Essa movimentação não é exclusiva apenas à determinada escolha legislativa entre Direito Penal e Administrativo, se determinada ação deve ser punida via sanções penais ou administrativas, e qual campo se expande mais em direção ao outro²⁶⁷.

Compreendemos que o Direito Penal não pode ser reduzido e mesmo que penas que não sejam tão graves devem conservarem-se como crimes. Tal imposição vai no sentido de

²⁶⁵ MODERNE, 1993: 9 e 11

²⁶⁶ Amplamente defendida por Goldschmidt, a doutrina do Direito Penal Administrativo não obteve o sucesso e o reconhecimento doutrinário esperado. Tal ideia teria sido originada em decorrência do caráter unitário e extremamente punitivista do Direito Penal, com o objetivo de proteção dos bens jurídicos passíveis de tutela, sendo determinada ação punível quando originasse um ataque a tal bem. Apesar de toda a falta de reconhecimento, os pontos trazidos ainda merecem destaque e sua discussão é válida, uma vez que muitos dos problemas continuam presentes na doutrina do Direito Penal e do Direito Administrativo atuais. Isso acontece porque a separação entre esses dois ramos do direito é muito tênue, já que é possível que ambas as áreas sejam capazes de tutelar o mesmo bem. A problemática gira total em torno desse novo modelo repressivo por parte da atividade administrativa. Para Goldschmidt, a interação entre direito e Administração funcionada na medida em que o direito seria o responsável por estabelecer seus limites, agindo assim de forma negativa. Essa separação entre os dois ramos poderia ser verificada no campo da ilicitude. Haveria uma diferença entre uma conduta antijurídica – relacionada ao que ele chama de Direito Penal Constitucional – e a antiadministratividade, que seria uma espécie de omissão de um indivíduo, que caso tivesse sido realizada, chegaria a um resultado esperado. A composição do Direito Penal Administrativo seriam criações positivas do Estado. Neste sentido, o Direito Penal Administrativo seria “*o conjunto de preceitos através dos quais a Administração do Estado, a que se confiou a promoção do bem público ou estadual, prescreve, dentro da esfera de autorização jurídico-estadual, na forma de preceitos jurídicos, uma pena como sanção administrativa para a contravenção de um preceito administrativo típico*”. Duas observações relevantes no que concerne essa teoria devem ser levantadas. A primeira delas é que não existe uma separação absoluta entre os dois ramos do direito, o que existe é sim um viés de comunicação entre ambos e são fluidos os conceitos de ilícitos de acordo com a sociedade. A segunda vai ao encontro de que o Direito Penal se fundamenta na lei como representação de uma vontade e interesse global de um povo. Enquanto isso o Direito Penal Administrativo representa a vontade do Estado. Quando o Direito Penal Administrativo é analisado puramente em seu aspecto formal, ele apresenta as mesmas características do Direito Penal, já que apresenta os mesmos conceitos de infração e sanção. Sendo assim, as sanções desse tipo de direito configuram de maneira clara, penas. Mas essa pena seria dotada apenas de um sentido disciplinar. O valor desse bem jurídico tutelado corporiza-se nos bens da administração. O dano a esses bens jurídicos não afeta a esfera individual das pessoas, apenas danos estaduais ou sociais. ANDRADE, 1998: 86-88, 90 e 91.

²⁶⁷ CAEIRO, 2014: 174 e 175. Na tentativa de categorizar a diferença entre as sanções penais e administrativas de natureza penal HARDING, 2015: 200 e ss.

proteção dos indivíduos, uma vez que o procedimento criminal é o mais rígido em termos de respeito aos direitos e garantias fundamentais, sendo capaz de proporcionar aos arguidos o maior nível de proteção de direitos constitucionais e processuais penais²⁶⁸.

Possibilitar que ações gravosas sejam consideradas como outros tipos de infrações, seja da seara do Direito Administrativo sancionador ou não, representa o mesmo que retirar a proteção que é conferida através do processo penal, desde o direito a ampla defesa até o nível acurado no em relação ao material probatório. É querer utilizar-se de meios regidos por um espectro menor de proteção a fim de alcançar uma sanção condenatória.

IV. A (falsa) simetria entre sanções penais e administrativas de natureza penal

A fim de que a diferenciação entre sanções penais e administrativas possa ser racionalizada e o confuso relacionamento entre elas seja melhor compreendido, doutrina e jurisprudência tem tentado distinguir os dois métodos sancionatórios, que podem ser classificados em alguns métodos²⁶⁹. Para a relevância do nosso trabalho, escolhemos os dois métodos abaixo.

O primeiro dos métodos é a exclusão, no qual só pode haver um **campo** jurisdicional capaz de sancionar determinada conduta, sendo ela através do viés criminal ou administrativo. O perigo de pluralidade de sanções seria extinto caso os legisladores se abstivessem de sancionar mais de uma vez condutas que contemplem os mesmos bens jurídicos²⁷⁰.

As falhas nesse modelo implicam que se todos os atos forem para a seara criminal, pode haver uma sobrecarga nesse sistema com casos que precipuamente são de menor relevância criminal, o que pode acarretar uma falta de punição exatamente por causa da sobrecarga. Os crimes de maior relevância recebem toda a atenção por ser o Processo Penal mais caro, mais longo e com mais demanda em comparação com o sistema administrativo. No caso de transferência para o Direito Administrativo, o que pode ocorrer é que casos imensamente severos não receberiam a punição adequada, sendo ela abaixo do esperado ou

²⁶⁸ SOTOMAYOR, 2007: 41

²⁶⁹ KIDRON, 2018: 313 e 314

²⁷⁰ JALVO, 2000: 608

inexistente, já que o sistema administrativo não tem a disposição a aparelhagem necessária para lidar com determinados crimes²⁷¹.

No modelo paralelo, algumas infrações poderiam ser conduzidas através do Direito Penal e outras através do Administrativo. A ocorrência de duas formas distintas é recorrente no modelo paralelo, quais sejam divisões claras sem criar sobreposição entre Direito Penal e administrativo, e situações nas quais as intervenções penais e administrativas são sobrepostas²⁷².

A opção jurídica de que infrações penais e administrativas não se cruzem em qualquer momento seria a ideal em um mundo jurídico perfeito. Mas não podemos interpretá-la de outra forma que não seja utópica. Para que tal situação se torne realidade, é necessário um planejamento jurídico muitíssimo elaborado entre ambas as autoridades. Mas vale dizer que mesmos os sistemas jurídicos mais elaborados, na prática, não são capazes de impedir a coincidência entre normas penais e administrativas, sempre haveria um contexto que as duas naturezas seriam misturadas²⁷³.

O fato de uma infração administrativa poder também ser classificada como delito não é suficiente para fundamentar que seu procedimento seja criminal por natureza. Há quem defenda que também não há qualquer problema com a conduta ser alvo tanto de procedimento penal quanto de administrativo. A ressalva importante que deve ser realizada é que os tribunais devem averiguar se a sanção administrativa não invade o âmbito penal²⁷⁴.

Uma maneira não tradicional de lidar com esse embaraço entre Direito Penal e administrativo é a cooperação entre eles. Ou seja, inserir indivíduos especializados em investigações criminais no âmbito do procedimento administrativo, já que o Direito Penal requer um nível alto de especialidade a fim de assegurar as garantias constitucionais no Direito Processual Penal²⁷⁵.

Contudo, os procedimentos mistos, que em um primeiro momento buscam averiguar as irregularidades pertencentes ao Direito Administrativo e depois arrastado até um procedimento criminal se as suspeitas forem confirmadas geram inúmeros problemas. Isso

²⁷¹ STUBBS, JAGER, 2014: 157 e 158

²⁷² KIDRON, 2018: 352 e 353

²⁷³ STUBBS, JAGER, 2014: 159

²⁷⁴ SCHABAS, 2015: 279

²⁷⁵ JAMIN, 2014: 215

acontece porque na maioria das áreas do direito fora o penal, os níveis de cuidado no material probatório não são tão acentuados, colocando em risco direitos e garantias fundamentais²⁷⁶.

Por outro lado, o sistema paralelo onde há sobreposição acaba sendo o escolhido, de forma voluntária ou não, pela maioria dos países, partindo de um nível mais caótico até um mais bem organizado. Para resolver os problemas de jurisdição algumas regras foram criadas, como por exemplo a *via una*, que trabalha desde o legislativo onde certos casos devam ser enquadrados, apresentando prioridade a esfera penal ou administrativa. Os sistemas de *via una* também podem acontecer de forma tácita ou explícita através de precedentes. Esse sistema costuma ser eficaz na solução de fatos menos graves serem lidados pela administração pública e os mais graves na esfera penal²⁷⁷.

Para quem defende a existência de procedimentos paralelos sancionatórios, os seguintes argumentos são levantados: o primeiro deles afirma que cada sanção apresenta diferentes objetivos. O segundo defende que, apesar do processo penal *stricto sensu* estar vinculado às garantias processuais rigorosas, o que muitas vezes torna o processo moroso, as sanções administrativas são conhecidas por sua rapidez e eficácia. O terceiro é que a aplicação estrita ao princípio do *ne bis in idem* na combinação entre processos fiscais e penais poderia complicar a luta contra o crime organizado, quando a primeira sanção administrativa impedisse a abertura de um procedimento criminal²⁷⁸.

Novas sanções administrativas foram criadas para ir de encontro com tal tendência, com o único e fechado objetivo, qual seja, prevenir e combater o crime. Essa expansão das sanções administrativas ao que eram antes penais é algo a se preocupar²⁷⁹.

Chama a atenção, por um lado, que seja o próprio legislador que propicie a possibilidade de duplicidade repressiva quando tipifica os mesmos fatos como infrações administrativas e crimes. A intenção normativa parece ser muito lógica: há tanto temor em impedir que determinadas ações restem sem punição, que aumenta, de todos os lados, os moldes repressivos possíveis, com apenas o intuito de sancionar, de alguma forma, determinada situação. É compreensível a intenção legislativa, todavia, é possível perceber os resultados de dano plausíveis de ocorrer²⁸⁰.

²⁷⁶ JAMIN, 2014: 216

²⁷⁷ GUILLAIN, CARTUYVELS, 2015: 140

²⁷⁸ A e B c. Noruega [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, §, 95 TEDH 2016

²⁷⁹ GUILLAIN, CARTUYVELS, 2015: 130 e 131

²⁸⁰ NIETO, 1990:168 e 169

As Constituições Estaduais, quiçá as legislações europeias, não impõem a supremacia penal sobre a administrativa, mas também não a proíbem. Pode o legislador ser o encarregado de tão difícil escolha, estabelecendo as fórmulas jurídicas necessárias para evitar o caso de duplicação de infrações, seja mesclando ou separando-as. Todavia, se o legislador não é capaz de atuar assegurando os direitos dos indivíduos, é bem possível que ocorra a duplicidade sancionatória, o que gera a aplicação direta dos pressupostos contidos tanto nos documentos europeus quanto nas constituições dos Estados²⁸¹.

A lei só admite castigo em consequência da lesão de um bem jurídico, o que ocorre através da imposição de sanções, devendo ser respeitado o princípio da legalidade e garantias de defesa. Não é questionada a possibilidade de o legislador criar duplas infrações, já que tal situação não configura que o *ne bis in idem* tenha sido infringido, nem tampouco violação de direito fundamental. Todavia, a duplicidade de infração não pode ser justificativa *per se* para a aplicação do duplo sancionamento, quando concretamente ocorre violação do princípio do *ne bis in idem* e desrespeitos dos direitos fundamentais. A problemática não está na norma, mas na aplicabilidade jurídica no caso concreto²⁸².

A integração na luta contra o crime entre Direito Administrativo na UE tem sido impulsionada pela evolução da criminalidade e requer uma resposta além da clássica em relação à diferenciação entre sanção administrativas e penais para que as políticas europeias sejam efetivas. Outro problema partilhado é que a distinção entre sanções penais e não penais não é unânime entre os Estados membros, mas que tal distinção não é assim relevante em termos de aplicação do direito comunitário²⁸³.

V. A importância do caso julgada no âmbito das sanções administrativas de natureza penal

O princípio da *res judicata* na sua origem no Direito Romano, como já falado anteriormente, funcionava no sentido de que uma vez que o mérito da questão fosse decidido, o efeito de tal julgamento já era carregado de validade legal. Nesse período, o próprio *ne bis in idem* já era respeitado²⁸⁴. Portanto, um novo julgamento significava violação dessa regra.

²⁸¹ CAAMAÑO, 2003: 173

²⁸² GUILLAIN, CARTUYVELS, 2015: 50 e 51

²⁸³ JAMIN, 2014: 213 e 214

²⁸⁴ ROGALSKI, 2017-2018: 103

A *res judicata*, no Direito Justiniano, teria nascido para evitar um segundo processo sobre os mesmos fatos. A presunção era de que como o primeiro processo falava a verdade, ele já era o suficiente. As legislações inspiradas no Direito Romano baseiam-se na proibição de processar um mesmo indivíduo mais de uma vez sobre os mesmos fatos. A segurança jurídica, portanto, é certeza de que houve “verdade” no primeiro julgamento²⁸⁵.

Sendo assim, sua justificação poderia ser encontrada por duas vertentes diferentes. A primeira liga o caso julgado a um bem da comunidade, que tem o direito de exigir do Direito a proteção contra múltiplos procedimentos, bem como a problemática de decisões conflitantes. A segunda vertente relaciona-se com a concepção teórica de que uma decisão judicial absorve todo o mérito em causa²⁸⁶.

Modernamente, compreendemos a doutrina do caso julgado como uma “*concessão prática às necessidades de garantir a certeza e a segurança do direito*”, o objetivo, portanto, é assegurar a paz jurídica aos cidadãos, mesmo que a justiça material se veja sacrificada²⁸⁷.

Por isso, para efeito do caso julgado no ordenamento interno dos Estados, deve ser realizada uma análise entre o princípio da efetividade do Direito da União Europeia e o princípio da segurança jurídica, acarretando, desde logo, a possibilidade de afastamento da força do caso julgado no caso concreto²⁸⁸.

Ela reconhece que quando uma questão é decidida e o procedimento é finalizado, esgotando, ou dispensando, todos os meios que interpelassem a decisão, aos indivíduos é conferida a segurança jurídica de que o caso se encontra definitivamente encerrado. Trata-se de uma doutrina amplamente considerada, de forma que impede que determinados litígios, que já tenham sido alvos de um procedimento encerrado, sejam alvo de novo procedimento. É necessário que tenha havido uma determinação final sobre o mérito em causa, sendo, supostamente, satisfeito com a primeira decisão, de modo que impeça um novo procedimento, condenação ou absolvição²⁸⁹.

Na esfera individual, o reconhecimento de que um julgamento transitou em julgado elimina a constante ameaça e conseqüente ansiedade de uma nova acusação. Pensar nos direitos fundamentais é essencial para os efeitos da coisa julgada, já que a própria ameaça

²⁸⁵ LELIEUR, 2013: 200

²⁸⁶ BOWER, 1996: 270

²⁸⁷ CORREIA, 1963: 302

²⁸⁸ LANCEIRO, 2012: 486

²⁸⁹ KELLEY, MILNER, 1967: 1056 e 1057

de um possível novo julgamento pode representar uma segunda forma de punição. Já para o Estado, a certeza do resultado final de um julgamento é sustentada pelo fato de que a questão foi plenamente resolvida²⁹⁰.

O Direito da União Europeia depende da execução e da salvaguarda efetivada pelos EM através de seus tribunais nacionais, bem como da atuação da Administração Pública, tendo, desta forma, um papel central na garantia do Direito da União Europeia. A aplicação do Direito da União Europeia deve ser realizada conforme as regras dos procedimentos judiciais e administrativos de igual maneira ao que ocorre no direito interno. As regras não são diferentes quando diante do caso julgado e seus efeitos²⁹¹.

O TJUE vinha consolidando sua posição de que os princípios relativos ao caso julgado seriam também inerentes ao Direito da União Europeia, e tem como objetivo garantir os direitos reconhecidos ao indivíduos.

A situação não deveria configurar-se de outra forma quando a primeira sanção não foi proferida por um tribunal criminal. A natureza penal de um procedimento não é determinada através de um julgamento ou necessariamente por um representante do sistema penal; é necessário averiguar apenas a revelação do poder punitivo, para que as garantias do caso julgado sejam estendidas a esses procedimentos.

Para os efeitos do caso julgado, as decisões criminais apresentam igualdade perante as demais decisões, sejam elas condenações ou absolvições, proferidas pelas respectivas autoridades competentes, sendo conclusivas em qualquer novo processo que recaia sobre o mesmo indivíduo no que tange à mesma infração²⁹².

Entretanto, o poder reconhecido ao caso julgado no Direito da União Europeia também é mitigado pelo mesmo TJUE. A efetividade do Direito da União Europeia pode ser confrontada com as regras procedimentais, principalmente relativas ao caso julgado, que poderiam proteger atos que não facilitem a eficácia desse direito, como, por exemplo, a passagem de determinado tempo. O objetivo, portanto, por detrás do interesse da UE é que seja possível a plena eficácia em relação à administração e ao judiciário no cumprimento de suas atribuições e o dever de aplicação do primado do Direito da União Europeia. Por isso,

²⁹⁰ CONWAY, 2003: 223

²⁹¹ LANCEIRO, 2012: 459-461

²⁹² BOWER, 1996: 33

“da recente revolução da jurisprudência do TJ, resulta um progressivo questionamento ou “erosão” das regras relativas ao caso julgado (...) face ao “império” do Direito da UE”²⁹³.

O princípio da eficácia é capaz de alterar a solidificação do caso julgado a fim de que as regras processuais estabelecidas pelos EM não sejam capazes de atrapalhar ou até mesmo impedir a aplicação do Direito da União Europeia. Por mais que a fixação de prazos tenha sido afirmada pelo TJUE, os prazos devem ser considerados razoáveis. Essa razoabilidade deve ser vista na medida de como ele, no caso concreto, pode impedir a efetividade dos exercícios ministrados pelos EM. Podem, então, os tribunais decidir o que seriam prazos razoáveis, mesmo que decisões anteriores já tenham estabelecidos prazos diferentes em outras ocasiões. Ou seja, a força do caso julgado só pode ser associada com a questão de que todos os elementos, de fato e de direito, “foram efetiva ou necessariamente dirimidos pela decisão judicial em causa”²⁹⁴.

Desta forma, a eficácia do Direito da União Europeia não deve ser atrapalhada por conta das regras procedimentais do caso julgado dos EM. O que ocorre é uma certa relativização das regras do caso julgado, no que diz respeito ao princípio da segurança jurídica. O princípio será ponderado de acordo com as necessidades do Direito da União Europeia, sendo ponderado entre o princípio da efetividade e da estabilidade do Direito, bem como a boa administração da justiça e das relações jurídicas²⁹⁵.

Não é lícito que a atividade processual seja renovada no que diz respeito a um fato que já foi definitivamente julgado. A força do caso julgado, capaz de consumir o mérito da causa, representa o limite do conhecimento do juiz, ou seja, ele deve apreciar todos os fatos submetidos ao seu julgamento. O que não foi julgado não pode fundamentar a necessidade de um outro julgamento. É através desses limites da cognição que o alcance da sentença é conhecido, bem como sua força consuntiva em relação a novas acusações²⁹⁶.

O *ne bis in idem* em relação ao segundo bloco de procedimento deve ser avaliado em relação ao primeiro julgamento – e conseqüente trânsito em julgado. Se não estiver presente a *res judicata* não é possível arguir a questão da violação do princípio do *ne bis in idem*²⁹⁷.

²⁹³ LANCEIRO, 2012: 462 e 463

²⁹⁴ LANCEIRO, 2012: 484-485

²⁹⁵ LANCEIRO, 2012: 461 e 462

²⁹⁶ CORREIA, 1963: 304 e 305

²⁹⁷ SCHABAS, 2015: 1149

A função do caso julgado no *ne bis in idem*, em seu sentido estritamente processual, é dupla. Em um primeiro momento, seu efeito negativo é de consumpção de poderes. Já seu viés positivo impede a pronúncia, pela segunda vez, de uma matéria já decidida, devendo ser aceito o conteúdo da primeira decisão. Aqui é possível compreender o *ne bis in idem* como uma garantia do arguido, uma espécie de “*tutela subjetiva incontestável*”, nas palavras de Damiano da Cunha. Mais do que a proibição de um novo julgamento, ele deve ser entendido como proibição da dedução de uma nova acusação²⁹⁸.

A proibição do *ne bis in idem* deveria ser pensada como uma proibição de reiteração do exercício da ação penal por parte do Estado. Deve ser sublinhado o âmbito subjetivo dessa garantia, de que o Ministério Público não deve colocar sobre o arguido um novo procedimento penal desnecessário, uma vez que o mérito da questão já se encontra resolvido através de um outro procedimento, correspondendo a violação do *ne bis in idem* como a configuração de abuso de direito²⁹⁹.

A *res judicata* impõe o término do procedimento de natureza criminal na medida em que impossibilita a abertura de um novo procedimento sobre os mesmos fatos. Sendo assim, o Estado punir um indivíduo com uma sanção mais branda e depois tentar imputar uma sanção mais pesada, ou, aplicar uma sanção formalmente classificada como administrativa, mas de natureza penal, e em seguida abrir um procedimento criminal propriamente dito, é impossível em decorrência dos efeitos da coisa julgada. Deve o Estado, assim, carregar sobre si o ônus de sua atividade punitiva no primeiro procedimento³⁰⁰.

A retórica de respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos é consistente em todos os documentos da UE, que a visionam como um espaço de liberdade, segurança e justiça. Por isso, a importância de manter uma proteção visível e eficaz desses direitos é, sem dúvidas, estendida aos arguidos e acusados em procedimentos criminais por toda UE. As garantias, como o *ne bis in idem*, apresentam a função de restringir o exercício do direito/dever do Estado de processar e punir um indivíduo³⁰¹.

A discussão de qual o verdadeiro fim do procedimento penal ainda está em pauta. Se for concordado que o objetivo do processo penal é fundamentado no conceito de pretensão punitiva estatal, como punir uma pessoa por uma ofensa na qual foi averiguada sua culpa e

²⁹⁸ CUNHA, 2002: 158

²⁹⁹ CUNHA, 2002: 159

³⁰⁰ TRECHSEL, 2005: 384

³⁰¹ FLETCHER, 2003: 778 e 779

o fato declarado punível³⁰², não podemos desfazer a ideia de que as sanções administrativas revestidas de natureza penal devem carregar as mesmas garantias até agora aqui defendidas. A pretensão do *ius puniendi* pode e deve ser alargada aos indivíduos que recebem sobretaxas com o *animus* repressivo e dissuasor da Administração Pública, como forma de terem seu comportamento “ilícito” reprimido.

³⁰² CUNHA, 2002: 115

TERCEIRO CAPÍTULO

O CONCEITO AUTÔNOMO DE SANÇÃO PENAL PARA APLICAÇÃO DO *NE BIS IN IDEM* NO CONTINENTE EUROPEU

I. As origens do *ne bis in idem*

O *ne bis in idem* remonta à Roma Antiga, vinculado ao nascimento do Direito Romano. Uma de suas primeiras aparições legislativas teria acontecido na Lei das XII Tábuas. O fundamento por detrás do princípio gira em torno da proibição ou impossibilidade de um mesmo fato estar sob demanda mais de uma vez³⁰³.

A impossibilidade de uma segunda demanda estava conectada com o exaurimento jurídico, através do primeiro procedimento. A proibição ia desde a impossibilidade de ajuizamento de uma nova ação até o efetivo novo julgamento. Vale ressaltar que, por mais que a vertente moderna de tal princípio esteja sedimentada na proteção dos indivíduos contra eventuais excessos do Estado, não era o que acontecia em Roma. Tal proibição tinha como objetivo a organização processual do império, sendo apenas uma consequência garantística para os indivíduos³⁰⁴.

O contexto lógico e evidente que o *ne bis in idem* continha no Direito Romano funcionava, na prática, no sentido de que uma vez que um direito já havia sido exercido, não seria viável exercê-lo novamente, já que teria se consumido, ou seja, estaria presente aqui o princípio da consumação da ação. É possível perceber aqui a configuração da *exceptio rei judicata*³⁰⁵.

Após um período de tempo, a fundamentação do *ne bis in idem* na Roma Antiga deixa de ser a consumação da ação, trasladando para o conceito de verdade das decisões. Sendo assim, a abertura de um novo procedimento indicaria a não aceitação da verdade no primeiro julgamento. A ressalva é de que o *ne bis in idem* era cercado de limitações e exceções no preenchimento do requisito de mesma ação³⁰⁶.

No continente europeu, tal regra conheceu um momento expoente de aplicação, principalmente na Alemanha. Todavia, com a Inquisição, o processo penal também

³⁰³ SABOYA, 2014: 7

³⁰⁴ SABOYA, 2014: 9

³⁰⁵ RAMOS, 2009: 55 e 56. No mesmo sentido CAAMAÑO, 2003: 167

³⁰⁶ RAMOS, 2009: 56 e 57

caminhou nesse sentido. O *ne bis in idem* caiu em desuso exatamente pela forma de busca da aclamada verdade absoluta. Não havia hesitação em realizar a quantidade de procedimentos e julgamentos necessários contra a mesma pessoa sobre os mesmos fatos a fim de alcançar essa tal verdade. O fim do sistema inquisitório implica a transformação do Homem em um ser livre³⁰⁷.

Durante o Iluminismo, quando o ser humano passou a ser compreendido como objeto central de análise e estudo, que o *ius puniendi* dos Estados passou a ser questionado e a correlata proteção de direitos individuais tomou lugar nas escolas. O *ne bis in idem* teria ganhado força em consequência do princípio da legalidade e da oportunidade³⁰⁸.

A percepção da reação penal é alterada no Iluminismo, compreendida agora como apenas a necessária para a reparação do dano causado. O homem é o centro, o sujeito do processo penal. A incessante busca pela verdade material é transportada ao respeito dos direitos e garantias fundamentais, bem como pela segurança jurídica. É só usufruindo da segurança jurídica que os indivíduos podem ser verdadeiramente livres. O princípio tem sua fundamentação alterada por completo, já que passa a representar a proteção do sujeito de direitos ao sistema punitivo estatal³⁰⁹.

Na França, do fim do Iluminismo até o começo da Revolução Francesa, o *ne bis in idem* era conceituado, mas foi na Constituição de 1791 no Código de Instrução Criminal que tal princípio surgiu positivado. Enquanto isso, nos Estados Unidos da América o *double jeopardy* foi integrado à Constituição norte-americana através do *Bill of Rights*, em 1787³¹⁰.

Retornando à questão europeia, durante o século XX o *ne bis in idem* sofreu novos períodos de obscuridade com o levante do Regime Nazista, já que tal princípio feriria o espírito do povo. Durante o período do Governo Soviético o mesmo aconteceu na Rússia e nos territórios abrangidos³¹¹.

³⁰⁷ LELIEUR-FISCHER, 2005: 16. Mais, o princípio era permeado de maneiras de ser contornado, por mais que na teoria ele mantivesse sua validade. Como afirmado por Vânia Costa Ramos, nessa altura o Processo Penal era carregado de incerteza, medo e arbitrariedade. A prova do ilícito penal acontecia, na maioria das vezes, através de castigos corporais e métodos desumanos. A retribuição e a expiação eram a chave de mestra do procedimento criminal, onde não havia qualquer tipo de respeito pelo ser humano, que representava um simples objeto pertencente ao processo penal, era como se o homem fosse uma integrante do material probatório. RAMOS, 2009: 57, 58 e 61

³⁰⁸ BRAVO, 2014: 24.

³⁰⁹ RAMOS, 2009: 61 e 62

³¹⁰ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 5, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque

³¹¹ LELIEUR-FISCHER, 2005: 17

Com o fim da II Guerra Mundial, a influência no campo dos direitos fundamentais percorreu os cantos do mundo. O exemplo mais latente é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que desencarilhou a ideia moderna de inserção desse princípio nos documentos modernos, seja de direito doméstico ou internacional, assim como no Direito da União Europeia³¹².

Em 2003, a Grécia ofereceu uma proposta de uma decisão quadro, no âmbito da UE, no que tange o *ne bis in idem* e seu conflito de jurisdição. O texto afirmava que a proposta contribuía para regras mínimas sobre julgamento justo, fundamentando-se no princípio do reconhecimento mútuo. A proposta apresenta a questão dos direitos processuais, a fim de que se pudesse chegar a regras comuns para uniformizar o quadro jurídico europeu. Todavia, a proposta nunca foi aprovada³¹³.

A presença dessa norma nos ordenamentos ocidentais modernos é forte. Todavia, por mais que sua importância seja incontestável, ela é compreendida de forma bem similar entre as jurisdições domésticas e internacionais, e também no Direito da União Europeia. Mas a problemática está inserida nas definições de *bis*, *idem* e como os tribunais avaliam a questão da definição de sanção criminal para a aplicação desse princípio.

Elevado ao nível de direito fundamental e reconhecido como um princípio geral do Direito da União Europeia em diversas áreas e também presente em diversos diplomas internacionais, o *ne bis in idem* foi desenvolvido para impedir repetição do exercício do *ius puniendi*³¹⁴.

Na Europa, o *ne bis in idem* tem sido compreendido através de dois espectros distintos. O primeiro deles é a proteção dos indivíduos, o segundo como um importante fundamento para a segurança jurídica³¹⁵.

Por mais que a referência histórica do nascimento do princípio do *ne bis in idem* seja o Direito Romano, a natureza carregada por ele hoje em dia está muito mais conectada com o que foi desenvolvido na Europa nos séculos mais recentes, principalmente a partir do Iluminismo³¹⁶.

³¹² SABOYA, 2014: 19

³¹³ BRAVO, 2011: 394

³¹⁴ WEYMBERG, ARMADA, 2016: 191

³¹⁵ TRECHSEL, 2005: 383

³¹⁶ RAMOS, 2009: 64

A visualização do *ne bis in idem* de forma histórica e global ajuda a perceber a sua importância no desenvolvimento do processo penal, mais relevante ainda no momento em que ele se volta à proteção dos direitos individuais contendo o teor repressivo e a força estatal punitiva que pode ser exercida, exatamente pelo fato de os Estados terem muito mais poder e métodos persuasivos que os indivíduos comuns.

II. A natureza do *ne bis in idem*

Afirmar que o *ne bis in idem* consagra apenas a impossibilidade de um indivíduo ser condenado duas vezes pelos mesmos fatos é uma fórmula tradicional, todavia simplista. Aqui estão diversas questões, sejam elas processuais, dogmáticas ou práticas, que necessitam de uma análise em separado³¹⁷.

Trata-se de uma norma reconhecida nos ordenamentos jurídicos internos de todos os EM da UE, detentora de um valor inquestionável. Foi a contribuição do direito doméstico que tornou nuclear a sua implementação e conseqüente estudo, sendo também possível regular a matéria através das disposições internacionais, por meio de instrumentos de caráter vinculativo, aplicáveis entre os EM³¹⁸.

O *ne bis in idem*, visto como um direito de defesa, apresenta um valor supranacional e está no topo da cadeia normativa. A Europa necessita de um modelo deontológico em relação aos direitos individuais em procedimentos criminais. Os direitos de defesa devem ser capazes de alcançar diferentes disposições, incluindo uma variedade de procedimentos formalmente não caracterizados como penais³¹⁹.

A essência do *ne bis in idem* é a de pretender explicar a aplicação exclusiva de uma norma que contempla todo o desvalor de uma conduta sobre a qual duas ou mais normas podem ser aplicadas³²⁰. O *ne bis in idem*, portanto, é uma garantia ao indivíduo de que o Estado não pode abusar do seu *ius puniendi*, existindo uma única chance de litigar com um indivíduo que é suspeito de ter realizado alguma ofensa³²¹.

³¹⁷ NIETO, 1990: 157

³¹⁸ PEREIRA, MARTINS, 2007: 313 e 314

³¹⁹ BRAVO, 2011: 396 e 397

³²⁰ ALBERO, 1995: 31

³²¹ LOOF, 2007: 315

Importa ressaltar que a maior parte das legislações dos países integrantes da UE confirmam a existência do *ne bis in idem*, além de ser um elemento básico em suas leis criminais, tornando-se, nesse plano, solidificado o suficiente para não ser contornado³²².

As questões podem ser diversas: o que seria o *ne*? Quais novos procedimentos são proibidos? Qual o significado de *bis*? Quais fatos que requerem especial atenção para possibilidade de aplicação do princípio? O que significa *idem*? O que seria definitivamente julgada? Qual a definição de mesmo fato? Quais países estão conectados com a observância da norma? Qual o escopo de proteção do princípio?³²³

Cada um dos questionamentos acima propostos são suficientes para fundamentar trabalhos acadêmicos, mas, por questões metodológicas e temporais, foi necessário realizar um corte no estudo do princípio. Sendo assim, o foco deste trabalho girará em torno de quais tipos de procedimentos e sanções são qualificadas como criminais para caracterizar o cúmulo, que se torna impossibilitado pela proteção do *ne bis in idem*.

A concepção romana do princípio retornou nas codificações mais modernas do Século XX, invocando a ideia de que a proibição era relativa à cumulação de processos pelos mesmos fatos, ou seja, uma vez julgados os fatos eles não seriam capazes de fundamentar um novo processo. Atualmente, a tendência é expandir a proibição ao cúmulo de sanções, o que tem aparecido em todos os documentos internacionais³²⁴ do continente europeu, quais sejam a Carta, a CEDH e a CAAS, proibindo tanto um novo processo quanto uma nova punição.

Em sua dimensão processual³²⁵, a proibição inerente à norma é da impossibilidade da submissão do arguido a um novo processo o qual configure uma duplicação de um processo anterior. Para a configuração do impedimento, o desfecho processual não é relevante – exceto no caso de anulação. O que acontece é uma espécie de vinculação do legislador a ter que se conformar com a definição do caso julgado material, de modo que não seja admissível a existência de diversos processos sobre o mesmo arguido³²⁶.

³²² TORRES, 2011: 82

³²³ KLIP, 2016: 285

³²⁴ LELIEUR-FISCHER, 2005: 19

³²⁵ Importa ressaltar que durante o nosso trabalho não nos parece relevante realizar a distinção entre o *ne bis in idem* substantiva e processual, mas sim analisar outros aspectos que parecem ser mais relevantes com o objetivo geral do trabalho.

³²⁶ SALINAS, 2014: 111 e 113

Historicamente o *ne bis in idem* é aplicado nacionalmente e era limitado a justiça penal, ou seja, as sanções administrativas punitivas se encontravam fora de seu escopo de proteção. E também não existia nenhuma regra de direito internacional capaz de impor a obrigação de cumprir com a norma³²⁷.

Desta forma, é importante ter em conta as possíveis intervenções e os tipos de órgãos decisórios, sejam eles judiciários ou administrativos, que podem gerar a duplicidade de sanções. O que analisaremos é o possível conflito entre sanções penais e administrativas. O conflito ocorre por falta de norma geral que estabeleça o que é o princípio e que seja capaz de regula-lo³²⁸.

Além de requerer um desenvolvimento dogmático muito forte em seu campo de estudo, o *ne bis in idem* deve ser considerado, modernamente, dentro das garantias orgânicas jurisdicionais. Alcançou assim, o mesmo nível principiológico de outros princípios, como a proporcionalidade, segurança jurídica, boa fé, chamados de princípios gerais do Direito. Também deve ser interpretado, no plano horizontal, da mesma forma que os mais relevantes princípios processuais, quais sejam o da “*nulla poena sine lege*”, “*nulla poena sine iudicio*”, da presunção de inocência, direito de defesa e do juiz natural³²⁹.

A nosso ver, tal situação traz à superfície a elevação do *ne bis in idem* a um direito fundamental. Como afirmado, são diversas as constituições que já positivam tal norma em seus ordenamentos, bem como sua transposição aos documentos internacionais. O campo de definição do *ne bis in idem* como direito fundamental será analisado em um tópico posterior.

Portanto, ele não pode mais ser compreendido de forma subsidiária no seu aspecto protetivo de direitos e garantias individuais, não devendo ser categorizado como acessório ao direito sancionatório. Ele representa um verdadeiro regulador do processo judicial e administrativo, avocando para si uma importância nuclear na organização e sistematização do direito punitivo dos Estados³³⁰.

A distinção entre regra e princípio ocupa lugar cativo na doutrina do Direito. São diversas as teorias que tentam definir o conceito de um ou de outro. Adiciona-se a essa situação a dificuldade de alocação de determinado preceito jurídico ser definido como regra ou princípio. Com o *ne bis in idem* a situação não é distinta.

³²⁷ VERVAELE 2013/1: 114

³²⁸ NIETO, 1990:157

³²⁹ TORRES, 2011: 84

³³⁰ TORRES, 2011: 84

Para Robert Alexy, a distinção mais importante no campo dos Direitos Fundamentais é entre regras e princípios, uma vez que sem ela não seria possível desenvolver uma teoria adequada de seus limites, nem uma teoria satisfatória da colisão, muito menos do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Nesse sentido, tanto as regras quanto os princípios seriam normas porque dizem o que deve ser; a distinção, assim, residiria entre os tipos de normas³³¹.

Ainda de acordo com o mesmo autor, como as normas podem ser divididas entre regras e princípios, e entre eles existe uma diferenciação gradual e qualitativa, existe um critério que permite distinguir com toda precisão uma regra de um princípio. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro da ponderação de possibilidades jurídicas e reais, constituindo-se, desta forma, como comandos de otimização, e podendo ser cumpridos em diferentes graus. Importa frisar que, no âmbito jurídico, são determinados por princípios e regras opostos³³².

Enquanto isso, as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não. Se considerada válida, a regra deve ser aplicada exatamente de acordo com o que seu conteúdo exige. Consequentemente, elas contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível³³³.

Já na visão de Ronald Dworkin, as regras são aplicáveis ao estilo do *tudo-ou-nada*; o conteúdo de uma regra é válido ou não. Por isso, ou a resposta é aceita ou ela simplesmente não é válida. A essas regras cabem exceções, mas devem ser enunciadas, uma vez que, caso não sejam, seu conteúdo será impreciso e incompleto. Quanto mais exceções às regras forem enumeradas, mais completo será o formulado pela regra. Uma regra pode ser mais importante do que a outra de acordo com os papéis desempenhados, mas quando entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão a ser tomada tem que levar em consideração os dispositivos constantes em outras regras³³⁴.

Princípios, por outro lado, expõem a razão que leva o argumento em determinada direção, mesmo necessitando de uma decisão particular. Eles são dimensionados através de

³³¹ ALEXY, 1993:81 e 83

³³² ALEXY, 1993:86

³³³ ALEXY, 1993:87

³³⁴ DWORKIN, 2002: 39, 40 e 43

peso ou importância. Quando eles colidem, o resolutor do conflito deve ponderar a relativa força entre eles, mesmo que seja constante objeto de controvérsia³³⁵.

Mas como o próprio autor afirma, é possível que regras e princípios possam exercer atribuições semelhantes, reduzindo-se a questão de diferenciação entre eles a uma mera formalidade³³⁶.

O impulso maior entre a doutrina afirma que o *ne bis in idem* não pode ser reconhecido como regra geral do direito internacional. A objeção trazida vai no sentido de que para ser qualificado como regra, a disparidade de entendimento entre os Estados não poderia ser tão grande. Para que fosse assim considerado, os Estados poderiam interpretar como uma determinada perda de soberania. Por mais que muitos princípios tentem limitar o âmbito de atuação intraestatal, o *ne bis in idem* e sua força encontram-se fortemente vinculados à noção internacional³³⁷.

Posicionamo-nos ao lado de J.J. Canotilho, para quem as regras jurídicas que consagram os direitos fundamentais são capazes de revestir-se de natureza principiológica³³⁸. Acreditamos, portanto, que o *ne bis in idem* apresenta tanto características de regras quanto de princípios, cada uma em sua devida dimensão e consequente modo de aplicação.

Inês Ferreira Leite afirma que é possível tratarmos o *ne bis in idem* como princípio na medida em que é comparado com o universo das normas incriminadoras, um princípio capaz de antecipar a tutela constitucional de outros conceitos significativos. Como regra jurídica, é legitimado como direito fundamental de não ser punido ou julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos³³⁹.

III. Definição de *ne bis in idem*

O do *ne bis in idem* é um direito fundamental internacional. Um de seus grandes marcos é assegurar a certeza e paz jurídica, bem como seu reconhecimento para todo

³³⁵ DWORKIN, 2002: 41 e 42

³³⁶ DWORKIN, 2002: 44

³³⁷ CONWAY, 2003: 218

³³⁸ CANOTILHO, 2003: 1240

³³⁹ LEITE, V. 1, 2016: 276 e 277

cidadão. Seus fundamentos e objetivos devem ser sempre revisados quando novas situações surgem no questionamento da possibilidade de aplicação³⁴⁰.

Em outras palavras, a vertente substancial da norma é no sentido de impossibilidade de dupla punição quando estiver presente a tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento. Já pelo lado material seria a questão de um mesmo sujeito não ser imputado duas vezes pelo mesmo fato por dois tipos de ilícitos diferentes, em que o segundo engloba todos os elementos do primeiro³⁴¹.

Com o passar do tempo, ele vem sendo compreendido de forma muito mais expansiva, indo muito mais além da linha que era aplicável. Para quem atua no direito em sua vertente prática, é indubitavelmente essencial a percepção da abrangência que o *ne bis in idem* pode alcançar no âmbito do direito nacional³⁴².

Acreditamos que ele seja uma combinação de criação doutrinária juntamente com a necessidade jurisprudencial. Porém, realizar uma conceituação formal e que se adapte a todos os períodos jurídicos constitui uma missão impossível, uma vez que ele é estabelecido através das circunstâncias normativas de cada momento. Também parece desnecessário criar um conceito geral, aplicado a todo campo do direito, já que sua existência é inquestionável em alguns ramos enquanto em outros não é possível verificar que se opera³⁴³.

É necessário, para um estudo mais aprofundado do *ne bis in idem*, questionar seus fundamentos valorativos, que guiam sua aplicação. É fundamental a percepção de que este princípio baseia-se na proteção do indivíduo contra a duplicidade de punição em relação aos mesmos fatos³⁴⁴.

Para quem defende o fundamento do *ne bis in idem*, esta norma interferiria de forma direta em três situações distintas, sempre configurando e refletindo na segurança jurídica: a primeira delas seria a preservação da aplicação do direito, tornando-a uniforme; a segunda seria um instrumento de liberdade para os cidadãos; e a terceira é a estabilização e permanência de uma mesma decisão jurídica³⁴⁵.

³⁴⁰ PEREIRA, MARTINS, 2007: 318.

³⁴¹ CALDEIRA, 2012: 339.

³⁴² TORRES, 2011: 79

³⁴³ NIETO, 1990:157 e 158

³⁴⁴ RAMOS, 2009: 81

³⁴⁵ MANZANO PÉREZ apud. SALINAS, Henrique. Os limites objectivos do *ne bis in idem* e a estrutura acusatória no Processo Penal português. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014 p. 141

Parece-nos muito mais complexa a situação de aplicação do *ne bis in idem* quando diante de um espaço comum, onde diversos países, com legislações penais diferentes, devem colocar de lado sua soberania por um breve momento para tornarem o espaço realmente de liberdade, segurança e justiça, de modo que nenhum indivíduo tenha seus direitos fundamentais atropelados por exercer seu direito de livre circulação.

A questão de definição do conceito de *ne bis in idem* tem perpetrado a doutrina e jurisprudência penalista há algum tempo, mas isso não significa que outros ramos do direito não tenham se debruçado em seu estudo. A questão de sua aplicabilidade entre procedimentos administrativos tem aguçado a discussão sobre o tema³⁴⁶.

A positivação do *ne bis in idem* permite que o cidadão disponha de uma maior previsibilidade no que diz respeito à resposta punitiva sobre a infração em questão, ou seja, de qual será a resposta punitiva do Estado³⁴⁷.

Historicamente o *ne bis in idem* só seria aplicado em um âmbito doméstico bem como estaria restrito a justiça criminal. Ou seja, todas as demais caracterizações legais não estariam sob a cobertura desse princípio³⁴⁸. Todavia, podemos perceber um movimento moderno de alargamento deste âmbito.

Nesse sentido John Varveale propõe alguns questionamentos básicos: o *ne bis in idem* no âmbito europeu depende de proteção legal advinda de direitos judiciais? Está o limite da dupla punição conectado apenas com o Direito Penal ou também engloba outras sanções no direito privado, ou mesmo no Direito Administrativo? O que significa uma sentença terminativa? Ela inclui acordos com o promotor ou só com autoridades judiciárias? A sentença deve ter sido aplicada ou executada³⁴⁹? Essas serão algumas perguntas que responderemos, ou pelo menos tentaremos responder ao longo de nossa explanação.

O princípio, em sua síntese, proíbe a iniciação de um procedimento disciplinar para os mesmos fatos. De forma sucinta, tal norma não demonstraria a imensa necessidade caso houvesse a harmonização das leis no âmbito europeu. A Comissão, durante algum tempo, se pronunciou no sentido de que as multas não deveriam ser aplicadas de forma cumulativa quando duas provisões são infringidas simultaneamente pelo mesmo indivíduo sobre os mesmos fatos. Nessas situações, as multas deveriam ser aplicadas apenas em casos

³⁴⁶ NIETO, 1990: 157

³⁴⁷ TORRES, 2011: 87

³⁴⁸ VERVAELE, 2013: 212

³⁴⁹ VERVAELE, 2013: 212

extremamente gravosos. Se mais de um procedimento está em curso, as instituições da UE responsáveis pela imposição de multas devem levar em conta a sanção anterior, independentemente de sua origem, até mesmo a possibilidade na atuação de um terceiro Estado³⁵⁰.

O que deve ser respondido pelos Tribunais europeus através de seus acórdãos é qual o critério relevante capaz de determinar a evocação do *ne bis in idem* – a identidade dos fatos ou a qualificação jurídica³⁵¹.

IV. O *ne bis in idem* como direito fundamental

A proteção do *ne bis in idem* do indivíduo na perspectiva jurídica pode ser compreendida por duas vias. A primeira delas é a garantia do indivíduo frente à justiça no que tange à determinada infração, que foi sancionada e não mais será alterada. A proteção individual se dá de maneira completa, uma vez que há impossibilidade do início de um novo procedimento³⁵².

Por outro ângulo, o *ne bis in idem*, quando compreendido como fundamento dos Direitos Humanos, protege os indivíduos no que diz respeito à severidade do processo penal, no tocante à agressão à sua esfera jurídica, em virtude de consequentes repetições de um procedimento criminal. Ele representa uma garantia contra o poder repressivo desproporcional e ilimitado do Estado³⁵³.

A referência atual, portanto, designa essa norma mais às exigências de proteção individual dos Direitos Humanos, o homem como verdadeiro fim em si mesmo. O homem é colocado em uma posição de maior importância do que o Estado e a consequente realização da justiça, seja ela punitiva ou não³⁵⁴.

Da forma como é apresentado nos documentos internacionais, a norma é um direito subjetivo e fundamental dos indivíduos. Quando considerado como direito fundamental, passa a constituir elemento central do direito de defesa do arguido³⁵⁵. Quando aceito como

³⁵⁰ ZULEEG, 1999: 355 e 356

³⁵¹ SILVA, 2011: 196

³⁵² RAMOS, 2009: 84

³⁵³ MALETTA, 2017: 180

³⁵⁴ RAMOS, 2009: 102

³⁵⁵ PEREIRA, MARTINS, 2007: 316

um direito fundamental, o *ne bis in idem* atua como orientador do direito sancionador, além de garantia processual de primeira ordem no que tange ao poder punitivo estatal³⁵⁶.

O *ne bis in idem*, para nós, é compreendido como um direito dos indivíduos de ver sobre si a possibilidade de recaimento de apenas um procedimento sobre os mesmos fatos. Ele apenas pode ser assim percebido caso a legislação preveja como parte integrante do rol de direitos fundamentais³⁵⁷.

Em razão da globalização e o conseqüente surgimento dos Tribunais internacionais, através de sua configuração de direito fundamental, o *ne bis in idem* se universalizou, ultrapassando as barreiras dos ordenamentos jurídicos internos até o plano internacional e europeu, no caso específico. Tal evolução (do plano nacional para o europeu) deve ser compreendida a partir da leitura e interpretação dos documentos internacionais nos quais ele é presente³⁵⁸.

Com o crescente impacto da regulação e fiscalização do Direito da UE sobre os EM em decorrência da mobilidade de bens e pessoas, o risco de que indivíduos possam sofrer dupla penalização, ou serem processados mais de uma vez sobre os mesmos fatos aumentou exponencialmente. Isso pode acontecer na fiscalização das políticas da UE, nas hipóteses em que os EM utilizam de sua via jurídica e administrativa para a execução de suas obrigações comunitárias³⁵⁹.

A ideia de expansão e conseqüente intervenção do Direito Penal com intuito de traçar novos caminhos para a cooperação penal internacional foi um dos grandes motores, ao menos na ALSJ. O ponto central de adesão dessa norma era assegurar a dignidade dos cidadãos, os direitos e garantias fundamentais, bem como incitar o respeito ao princípio constitucional processuais de segurança jurídica³⁶⁰.

1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Protocolo n.º 7

Para que seja possível a aplicação do art. 4.º-P7, deve haver dois cenários procedimentais distintos, e ambos devem ser de natureza penal. O primeiro procedimento deve ser completado e admitidos os efeitos de caso julgado, mas é suficiente que o segundo

³⁵⁶ MONSERRAT de HOYOS, Sancho *apud*. TORRES, 2011: 77

³⁵⁷ CAAMAÑO, 2003: 176

³⁵⁸ TORRES, TORRES, 2011: 78

³⁵⁹ VERVAELE, 2013/1: 113 e 114

³⁶⁰ TORRES, 2011: 78

procedimento tenha apenas começado para que já configure violação da provisão do *ne bis in idem* presente no artigo³⁶¹.

A disposição contida no referido artigo apresenta limitação espacial no que tange aos julgamentos dentro de um mesmo Estado, apresentando uma validade no âmbito do direito doméstico, mesmo que em outro Estado já exista uma sanção definitiva sobre a mesma questão³⁶².

A interpretação inicial do artigo deparava-se com a impossibilidade de julgamento da mesma infração por duas vezes, o que não englobava a possibilidade proibitiva de dois julgamentos penais resultantes de duas ou mais infrações distintas. Os Tribunais revisaram o entendimento, e o artigo deve ser percebido como a impossibilidade de prossecução ou julgamento de uma mesma pessoa relativamente a fatos idênticos, ou por uma segunda infração capaz de substanciar os mesmos fatos³⁶³.

A crítica trazida pela doutrina vai no sentido de que o TEDH apenas transportou o conceito de sanção criminal para configuração do art. 6.º CEDH de seus precedentes para um contexto diferente de aplicação do art. 4-P7. A presunção, sem ser analisado se é correta ou errada, é de que o mesmo conceito de procedimento criminal pode ser utilizado tanto para efeito de aplicação do art. 6.º CEDH, como para o art. 4-P7³⁶⁴.

A referência de processo penal para a interpretação do artigo não deve levar em conta a doutrina dos Estados que ratificaram o Protocolo, mas concebida de forma a considerar as visões e intenções dos princípios gerais aplicáveis no continente europeu, não apenas no Direito da União Europeia de forma restrita. Sendo assim, as definições de procedimento penal e pena são variantes, obedecendo as regras constantes nos arts. 6.º e 7.º e os critérios de Engels³⁶⁵.

A CEDH não proíbe a existência de procedimentos paralelos. Quando um é finalizado antes do outro, surge a problemática desse tipo de procedimento. no momento em que um dos procedimentos em paralelos um adquire caráter de *res judicata* e o outro procedimento segue seu curso, estamos perante a violação do art. 4.º-P7³⁶⁶.

³⁶¹ SCHABAS, 2015: 1148

³⁶² BARRETO, 2016: 506. No mesmo sentido LOOF, 2007: 312.

³⁶³ BARRETO, 2016: 506

³⁶⁴ WONG, 2014: 226

³⁶⁵ BARRETO, 2016: 506

³⁶⁶ SCHABAS, 2015: 1148

Sendo assim, a visualização do critério *bis* na análise do TEDH pode ser reformulada das duas formas seguintes: se duas ações sobre os mesmos fatos podem ser compreendidas como partes diferentes de um mesmo processo, ou seja, duas sanções distintas, baseadas nos mesmos fatos, podem ser vistas como componentes de uma mesma “força punitiva”³⁶⁷.

O ponto de partida para a aplicação do art. 4.º-P7 é o trânsito em julgado da primeira decisão, finalizando assim o primeiro procedimento com a sentença definitiva. Essa situação deve ser colocada à prova no que tange aos fatos matérias envolvendo ambos os procedimentos³⁶⁸.

2. O Acordo e Convenção Schengen

Quando foi ratificado, o Acordo e Convenção Schengen era apenas um amarrado de intenções, com o objetivo de consagrar um espaço sem o controle de fronteiras internas. Verificar a evolução do *ne bis in idem* dentro da UE significa apreciar também a evolução de sua integração e também no campo da integração jurídica entre os EM. A preocupação da CAAS, portanto, é de impedir o aumento do perigo e da criminalidade em consequência da criação de um espaço de livre circulação, melhorando as questões de comunicação entre os Estados³⁶⁹.

O art. 54.º CAAS foi o primeiro que consagrou o *ne bis in idem* de forma transnacional e aplicável em toda UE no momento em que este foi incorporado aos documentos oficiais da UE através do Tratado de Amsterdão. A cooperação em matéria penal deparou-se com uma evolução sem precedentes, mais ainda com a criação da ALSJ³⁷⁰.

O TJUE, por diversas vezes, já se pronunciou de forma que mesmo as sanções que não imponham obrigatoriamente uma pena (sanção penal *Strecht sensu*), são capazes de invocar a possibilidade de recaiamento do *ne bis in idem* de acordo com critérios estabelecidos, até mesmo que não sejam originárias de órgãos jurisdicionais, não carregando o estigma de decisão judicial³⁷¹.

O Acordo e a Convenção possibilitam a invocação dessa norma diretamente pelos indivíduos tanto frente aos Tribunais europeus quanto aos tribunais domésticos. A

³⁶⁷ WONG, 2014: 235

³⁶⁸ SCHABAS, 2015: 1153

³⁶⁹ RAMOS, 2009: 73 e 74

³⁷⁰ LOOF, 2007: 312 No mesmo sentido DíEZ, 2015: 160

³⁷¹ PEREIRA, MARTINS, 2007: 317

vinculação acontece por se tratar de direitos fundamentais pertencentes ao Direito da União Europeia, sobrepondo sua aplicação ao direito doméstico³⁷².

Foi em Gözütok e Brügge que, pela primeira vez, o TJUE se pronunciou sobre a questão do terceiro pilar, bem como sobre a cooperação policial e jurídica no campo criminal. É possível perceber a importância do referido caso em relação à proteção dos direitos fundamentais³⁷³.

Importa frisar que um dos pontos mais relevantes do Acórdão Gözütok e Brügge foi o fato de que a descontinuação do segundo procedimento criminal não requeria uma decisão judicial. Se essa fosse a regra contida no referido artigo, seu âmbito protetivo seria reduzido. O *ne bis in idem*, portanto, seria uma garantia baseada na segurança jurídica de que as pessoas seriam submetidas ao *ius puniendi* estatal apenas uma única vez³⁷⁴.

A consagração no *ne bis in idem* na CAAS configura muito mais do que uma simples copilação dos direitos fundamentais dos Estados, mas é uma verdadeira corporização de uma norma geral da UE, que configura por toda a ALSJ. É o reconhecimento de um direito individual³⁷⁵.

Criar a distinção entre infrações administrativas para aplicação do artigo parece inadequado, uma vez que não existem elementos literais capazes de realizar tal distinção e, em segundo lugar, não existe no Direito da União Europeia uma harmonização que diga a tipificação legal que cada infração deve ocupar, ou seja, não existe um *locus* definido no direito comunitário que satisfaça as exigências dessa determinação³⁷⁶.

A CAAS vêm sendo elevada ao nível “constitucional” em decorrência do novo status adquirido pela Carta pós Lisboa, obtendo reconhecimento expressivo no TJUE. Por ser destinado à legislação interna dos Estados, a aplicação dessa norma é a usualmente abordada nos tribunais domésticos³⁷⁷.

3. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

³⁷² RAMOS, 2009: 154

³⁷³ FLETCHER, 2003: p. 119-123 e 133 e Acórdão van Esbroeck (C-436/04), p. 21, 23-25.

³⁷⁴ CAVOSKI, 2004: 71 e 72. Por motivos de tempo e espaço não poderemos desenvolver as discussões do tão aclamado Acórdão Gözütok e Brügge. Portanto, para mais informações sobre o Acórdão, o referido artigo apresenta um ampla explanação.

³⁷⁵ RAMOS, 2009: 156

³⁷⁶ RAMOS, 2009: 213 e 214

³⁷⁷ DÍEZ, 2015: 160

O art. 50.º da Carta fixa o *ne bis in idem* como um direito individual, que agora é garantido através do direito primário da UE³⁷⁸. A força vinculativa garantida à Carta após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa levantou novos questionamentos sobre como deveriam se relacionar esse documento e os diversos instrumentos já existentes que continham dispositivos referentes à proteção de direitos fundamentais, bem como seu impacto na cooperação judicial em matéria criminal na UE³⁷⁹.

O *ne bis in idem* apresentado na Carta apresenta uma provisão semelhante ao art. 4.º-P7, pois pode ser aplicado ao nível de direito “interno” caso a UE seja considerada como uma única ordem legal. Mas também apresenta seu sentido internacional ao nível de aplicação entre diferentes Estados membros³⁸⁰.

O art. 50.º da Carta tem como objetivo englobar os casos gerais de aplicação do *ne bis in idem*, seja em termos nacionais e internacionais³⁸¹. Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o caráter vinculativo e de lei primária tornou ainda mais relevante tal disposição.

A carta contém a proibição geral da vedação do duplo procedimento e sancionamento. O TJUE tem realizado uma conexão, através de sua jurisprudência, com o art. 54.º CAAS³⁸².

A provisão do art. 50.º da carta desperta determinadas dúvidas: em primeiro lugar, a quem são endereçadas as proibições e, em segundo lugar, o que seu conteúdo pretende proteger. Sobre o endereçamento, algumas problemáticas são levantadas, já que o TJUE só poderia se envolver na questão indireta de aplicação da Carta caso os EM estejam implementando o Direito da União Europeia, mas a definição dessa implementação ainda é alvo de divergência, deixando aberto um leque de possibilidades interpretativas³⁸³.

O âmbito de alcance da aplicação do *ne bis in idem* deve ser avaliado tomando em consideração a questão de ser punido “penalmente” por um “delito” e são essas duas questões específicas que merecem reflexão. A noção que penalmente deve ser avaliada, como é feito em diversos julgamentos tanto do TJUE quanto do TEDH, é o conceito de sanção criminal, sem que apenas os aspectos formais de conceituação sejam levados em

³⁷⁸ LIGETI, 2017: 37

³⁷⁹ BADEA, 2012: 307

³⁸⁰ WONG, 2014: 222

³⁸¹ BURCHARD, BRODOWSKI, 2010: 311

³⁸² DÍEZ, 2015: 160

³⁸³ VERVAELE, 2013/1: 117

consideração, com a conseguinte aplicação de critérios para a conceituação autônoma de sanção criminal³⁸⁴.

V. O critério *bis*: a proibição de múltiplos processos

1. A definição original

Como afirmado na parte história sobre do *ne bis in idem*, em um primeiro momento a preocupação doutrinária e jurisprudencial da Roma Antiga girava em torno de uma simples organização processual no que já havia sido objeto de apreciação por parte dos juízes.

A regra, tradicionalmente, abrangia a proibição de persecução de um indivíduo, uma segunda vez, pelos fatos que já tivessem sido definitivamente contraditos pela justiça. A ideia central era de impedir que à mesma pessoa fossem imputados diversos procedimentos legais no que concerne aos mesmos fatos³⁸⁵.

Se a forma imperativa da norma estabelece que não são admissíveis duas sanções punitivas sobre os mesmos fatos, é evidente que uma delas deva ser considerada inválida³⁸⁶.

Mas será que a proibição da dupla prossecução é relevante apenas por uma questão organizacional da justiça ou mesmo de eficiência? Para nós, a resposta é absolutamente negativa, por mais que essa possa ser uma das vantagens da aplicação do princípio³⁸⁷.

Durante a maior parte do Século XX, a tentativa legislativa era de que a proibição impedia apenas o julgamento simultâneo dos mesmos fatos, mas que só entraria em vigor quando um desses julgamentos já tivesse uma decisão final do tribunal. Os mesmos fatos aqui analisados correspondem aos fatos materiais, ou seja, os fatos cometidos pelo arguido, e não os fatos legais, que correspondem à tipificação das normas. O cerne da questão encontra-se na exigência do marco da decisão final, já que a regra só expressaria vigor quando esgotados os recursos³⁸⁸.

Se o sistema jurídico estatal não foi capaz de se organizar de forma a garantir a unicidade dos procedimentos punitivos, quando um procedimento punitivo for iniciado, inibe a possibilidade de persecução. A norma deve ser invocada como um direito de defesa

³⁸⁴ LOUREIRO, FREITAS, 2013: 567

³⁸⁵ LELIEUR-FISCHER, 2005: 21 e 22

³⁸⁶ NIETO, 1990:161

³⁸⁷ RAMOS, 2009: 83

³⁸⁸ LELIEUR-FISCHER, 2005: 22

negativo. A nosso ver, a organização da unicidade é papel do Estado. Ele deve ser capaz de organizar os procedimentos sancionatórios, bem como a regra de competência na medida em que existirem tipificações legais punitivas que possam recair sobre os mesmos fatos. O Estado deveria se ver obrigado a tratar de uma única vez, e através de uma única ação, os diferentes aspectos da infração, impedindo a abertura de diversos procedimentos³⁸⁹.

É quase incontestável a proibição da abertura de um novo procedimento criminal contra uma mesma pessoa sobre os mesmos fatos. De forma simplificada isso ajuda o Estado, no momento em que fixa a situação legal do autor, a permitir o retorno da paz jurídica. Por outro lado, a estabilidade processual do impedimento da dupla abertura também atinge a sociedade, garantindo a aclamada paz social, o que não seria verdade caso, a cada momento, fosse possibilitada a abertura de um novo procedimento criminal³⁹⁰.

É importante pontuar que a proibição do *ne bis in idem* não reside friamente na impossibilidade de iniciar uma ação punitiva quando outra já é finda. Ele tem como objetivo também impedir a abertura de um novo procedimento quando um primeiro esteja em curso natural, ou seja, proíbe também a existência de procedimentos paralelos. Isso acontece pelo fato dos procedimentos de cunho punitivo serem dotados de um poder repressivo que não existe nos procedimentos sem tal natureza.. Utilizar de forma desproporcional e arbitrária os meios do procedimento criminal configura desrespeito às garantias e direitos individuais³⁹¹.

É extremamente relevante e exigível a organização da otimização dessa norma. Ela reflete, em sua gênese material, a possibilidade de aplicação a todo direito punitivo, não tomando como referência classificações formais e legislativas, bem como sem considerar a natureza das competentes autoridades que estão exercendo seu dever punitivo. A avaliação

³⁸⁹ RAMOS, 2009: 146

³⁹⁰ O excesso punitivo tem chamado a atenção de alguma doutrina por causa de sua expressiva expansão. Por muito tempo, a repressão era de exclusiva responsabilidade do Direito Penal, todavia, hoje ela alcança diversas áreas do direito. Acrescenta-se a isso, o nível de repressão também foi alterado, podendo ocorrer a nível nacional e supranacional. A discussão, portanto, passa a girar em torno de que com a existência de diversas respostas repressivas, é dever perceber se a aplicação deve ser realizada de forma cumulativa ou alternativa. A impossibilidade de abertura de múltiplos processos requer uma busca da existência tanto de um processo quanto da sanção a ser aplicada, já que as repressões podem ser no âmbito penal ou administrativo, no caso do presente estudo. A questão da concorrência repressiva é latente, já que ela pode acontecer através do direito nacional ou através de leis impostas pela UE. A escolha alternativa pode ser realizada, por exemplo, levando em consideração uma articulação de respostas possíveis, gerando uma “organização repressiva. O método punitivo escolhido estará de acordo com a política criminal da época, repreendendo cada ilícito de acordo com o método repressivo mais adequado. A impossibilidade de cumulação de processos implica um diálogo entre as fontes repressivas. O dever do Estado é fornecer uma solução simples e coerente para cada caso concreto. Acrescenta-se ainda, como já citado diversas vezes, a própria questão do controle do *ius puniendi* estatal. LELIEUR-FISCHER, 2005: 29, 41 e 42

³⁹¹ RAMOS, 2009: 150

de possibilidade de aplicação deve fundamentar-se em um juízo de proporcionalidade dos atos praticados e os interesses perseguidos³⁹².

Para o Advogado Geral Dâmaso Ruiz-Jarabo Colomer, em suas conclusões no caso Van Straaten, o direito de não ser julgado ou processado duas vezes sobre o mesmo fato configura uma garantia material de que “*A eficácia temporal dessa norma foi depois de cometer uma infracção e de ter cumprido a sua pena, [ninguém] seja perseguido e corrigido novamente*”. O poder público fica vinculado a sua primeira decisão, não podendo ser aplicada qualquer outra medida repressiva. A primeira decisão é premissa para invocação do *ne bis in idem*, sendo a data da primeira decisão de extrema importância para a constituição do *ne bis in idem*, um direito fundamental dos cidadãos, representando uma exigência estrutural do sistema jurídico³⁹³.

VI. A problemática entre a cumulação de sanções e de procedimentos

No plano do direito doméstico, o princípio do *ne bis in idem* é reconhecido como não apenas a impossibilidade do duplo sancionamento, mas também da proibição da dupla proposição de ações pelos mesmos fatos³⁹⁴.

No cenário atual da UE, por exemplo, a problemática da proibição de cumulação de sanções adquire especial relevo com a implementação do Direito da União Europeia administrativo sancionatório – que detém um viés repressivo – juntamente com as legislações nacionais repressivas. O TJUE tem sido confrontado de forma incessante sobre a dualidade repressiva sobre as práticas contra o Direito da Concorrência, já que a UE é revestida de competência juntamente com autoridades nacionais³⁹⁵.

A maior demonstração dessa controvérsia punitiva é encontrada nos procedimentos administrativos. O TJUE corroborou a possibilidade da admissibilidade conjunta em decorrência da separação de competência entre direito doméstico e Direito da União Europeia. A dificuldade, entretanto, estava na provisão legal de que não poderia ocorrer um cúmulo desproporcional de sanções. Quando a segunda sanção é proferida, ela tem que levar

³⁹² RAMOS, 2009: 150 e 152

³⁹³ Acórdão de 28 de setembro de 2006, van Straaten, C-150/05, Conclusões do Advogado Geral EU:C:2006:381, n.º 39 e 57

³⁹⁴ PEREIRA, MARTINS, 2007: 317

³⁹⁵ LELIEUR-FISCHER, 2005: 37

em conta a primeira sanção³⁹⁶, para que ambas estejam cobertas pelo princípio da necessidade.

Todavia, o grande questionamento é onde está a linha do necessário? A partir de qual ponto uma cumulação é abordada como punição demasiada? As perguntas são importantes, e suas conseqüentes respostas, para compreender a maneira pela qual os tribunais tem lidado com sanções administrativas e afirmado a sua natureza não penal em decorrência do montante de coima aplicada e sua cumulação com uma subseqüente sanção penal. Tudo isso invocando o respeito e manutenção dos interesses econômicos da UE, por exemplo.

Na doutrina se fala muito na severidade da lei penal, também em relação às sanções administrativas. Concordamos com tal máxima, no que diz respeito às penas privativas de liberdade. Todavia, a recíproca pode não ser verdadeira no que tange à imposição de sanções administrativas de cunho pecuniário e as penas de multa. A situação pode se inverter, apresentando o Direito Penal sanções mais brandas do que o Direito Administrativo sancionador³⁹⁷, que em determinados casos é bem mais preparado para lidar com situações, por exemplo, relativas ao pagamento de impostos.

O princípio da proporcionalidade, quando aplicado às sanções administrativas, requer que a medida utilizada alcance seu objetivo, mas que de forma alguma ultrapasse o que é apropriado e necessário para alcançar tal objetivo. O ônus sobre a autoridade administrativa é sobre a justificativa de suas ações e requer a consideração da possibilidade de sanções alternativas³⁹⁸.

A aplicação de sanções deve ser apta o suficiente para gerar os fins buscados pela efetividade do Direito da União Europeia. As medidas tomadas pelos EM que funcionem para efetivar o Direito da União Europeia devem ir de acordo com o direito comunitário. Apesar das sanções penais ainda serem especificamente inerentes aos direitos nacionais, os sistemas de sanções estabelecidos pelos Tratados da UE não são afetados³⁹⁹.

VII. O conceito autônomo de sanção penal implementado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os respectivos critérios: evolução e análise crítica

³⁹⁶ LELIEUR-FISCHER, 2005: 37 e 38

³⁹⁷ NIETO, 1990: 169

³⁹⁸ STEINER, WOODS, TWIGG-FLESNER, 2003: 166

³⁹⁹ ZULEEG, 1999: 356

Pedro Caeiro pontua que achar o escopo punitivo das sanções, diferentemente de uma mera dissuasão, pode ser complicado, na medida em que não pode ser feito sem que haja uma definição geral do propósito da punição criminal. Punição não pode ser igualada exclusivamente à retribuição ou repressão. Para alguns, punição é dissuasão; para outros, a função das sanções para um sub sistema social de grande relevância, da qual elas são parte integrante, não seria incompatível com o Direito Penal. Pelo contrário, seriam um sinal da legitimidade do seu uso. O escopo punitivo pode não ser um aspecto exclusivo das sanções criminais, mesmo se unicamente com a finalidade de proteção de direitos humanos. Enquanto outros critérios apontam para um conceito mais claro do que seria infração penal, parece ousado dizer que o direito administrativo não tenha, por vezes, um escopo punitivo⁴⁰⁰

O TEDH desenvolveu uma noção autônoma de sanção criminal para efeitos da aplicação do art. 6.º e 7.º da CEDH. Isso pode acarretar consequências práticas de expansão dos direitos fundamentais contidos na CEDH, no momento em que as sanções administrativas, desde que configurada sua natureza penal, deverão receber o mesmo tratamento de proteção dos direitos fundamentais na forma como ocorre com as sanções criminais. Isso significa que as autoridades nacionais devem tratar tais sanções administrativas como se criminais fossem⁴⁰¹.

A metodologia do TEDH, essencial aos seus julgamentos, é indagar a natureza da infração. É a partir dessa metodologia que a afinidade entre sanção penal e administrativa foi elaborada. Importa ressaltar que a garantia processual por detrás dessa natureza também se revela essencial para a possível aplicação dos arts. 6.º e 7.º da CEDH⁴⁰².

A consagração substantiva dos Direitos Humanos não é suficiente para garantir sua efetiva proteção. É necessário o estabelecimento de garantias fundamentais, de maneira que os mecanismos de proteção desses direitos encontrem-se protegidos. A certeza de um processo equitativo é um princípio fundamental da própria existência do Direito, ocupando, portanto, um lugar de destaque, de forma que a interpretação restrita, levando em consideração apenas os elementos taxativos do art. 6.º CEDH não seria contemplado da forma correta⁴⁰³.

⁴⁰⁰ CAEIRO, 2014: 185

⁴⁰¹ CAEIRO, 2014: 175

⁴⁰² PALIERO, TRAVI, 1988: 154

⁴⁰³ BARRETO, 2016: 148 e 149

1. A problemática dos arts. 6.º e 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A determinação de que um indivíduo é sujeito de um procedimento criminal, às vezes, pode ser fácil, principalmente nos cenários onde a imputação é dentro do Direito Penal clássico⁴⁰⁴. O problema se desenvolve quando sanções de outras áreas do direito apresentam natureza penal. A dificuldade gira em torno de definir quando uma sanção tem natureza penal e qual os efeitos práticos de tal situação.

A análise do *ne bis in idem* é realizada de maneira mais incompleta caso não seja feito um corte em seu estudo para compreender o conceito de sanção criminal para que um indivíduo seja protegido pelo seu direito de um procedimento justo. Isso ocorre porque o TEDH aplica um conceito autónomo para a definição de uma sanção como criminal no contexto da CEDH⁴⁰⁵.

Os referidos artigos não apresentam o objetivo de criar direitos substantivos sem levar em consideração as disposições dos ordenamentos domésticos, mas são fundamentados na preocupação de estender a proteção processual aos direitos já existentes, sustentando-se em um já conhecido direito⁴⁰⁶.

Várias categorias de sanções administrativas já foram incluídas no rol protetivo relativo aos procedimentos criminais para efeito dos referidos artigos. A lista, todavia, ainda não é final e está sujeita a alterações⁴⁰⁷.

O TEDH não questionava a possibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem* no caso de cumulação de sanções penais e administrativas, caso essas últimas sanções estejam abrangidas pelo Direito Administrativo sancionador e inseridos no conceito de natureza penal, de acordo com os critérios pré-definidos⁴⁰⁸ no Acórdão Engel e outros, que será mais a frente analisado.

O ponto em questão trazido pelo Acórdão baseava-se na indagação de que mesmo que o direito holandês não qualificasse aquelas infrações como penais e sim como infrações disciplinares, elas ainda assim deveriam ser protegidas pelo art. 6.º CEDH. A resposta do TEDH foi afirmativa. Aos Estados cabe escolher a tipificação dada à cada infração, todavia,

⁴⁰⁴ SCHABAS, 2015: 276

⁴⁰⁵ WONG, 2014: 223. No mesmo sentido GUILLAIN, CARTUYVELS, 2015: 133

⁴⁰⁶ BARRETO, 2016: 150

⁴⁰⁷ MODERNE, 1993: 61

⁴⁰⁸ RAMOS, 2009: 212

a escolha não é de toda forma vinculativa para uma decisão de possibilidade de aplicabilidade do artigo supracitado, já que a escolha de qualificação é realizada de forma discricionária. Aceitar a qualificação escolhida pelos Estados poderia estreitar a margem protetiva conferida à CEDH⁴⁰⁹.

O quadro interpretativo instaurado pelo TEDH requer uma configuração na norma como penal a partir da análise de sua natureza, se esta é punitiva ou não⁴¹⁰.

A questão é compreender se determinada infração administrativa pode ser caracterizada como de natureza penal perante o TEDH para possível aplicação do art. 6.º e 7.º, a fim de que possam ser escopo de proteção dos princípios existentes nestes artigos. Por exemplo, sobre o processo equitativo, que consta no art. 6.º, antes, o TEDH deve decidir se o caso entra ou não em seu âmbito de proteção, ou seja, se se trata ou não de matéria penal. Será objeto de proteção caso a matéria seja definida como penal. Tal decisão pode ocorrer mesmo se no direito interno a infração não seja assim classificada. Caso a resposta seja afirmativa para as questões interpostas pelo TEDH, o procedimento deve ocorrer debaixo do âmbito de proteção do art. 6.º CEDH⁴¹¹.

O art. 7.º CEDH prescreve que apenas a lei, em termos gerais, pode definir uma conduta como criminosa e sobre ela ser infligida uma sanção penal. Indo mais longe, o conteúdo do princípio impede que seja imposto ao acusado uma sanção maior do que a devida, e essa ofensa deve estar claramente prevista em lei, impossibilitando analogias. O artigo em questão prevê uma precisão legal em termos de possibilidade de aplicação de uma sanção em decorrência de uma ofensa⁴¹².

A interpretação autônoma no conceito de sanção criminal foi reconhecida quando o TEDH necessitou examinar a aplicação do termo pelos tribunais domésticos, uma vez que o significado conferido ao termo ia contra o objetivo e fim da CEDH. O que ocorre é uma valorização maior do conteúdo material do que formal produzido juridicamente pelo Estado, bem como os efeitos causados aos indivíduos com aquela norma em questão. Quando colocados lado a lado elementos que possam ir contra as metas da CEDH, o TEDH deve se preocupar em oferecer ao indivíduo uma proteção contra as ingerências do poder público⁴¹³.

⁴⁰⁹ BRANDÃO, 2016: 240. No mesmo sentido WONG, 2014: 223

⁴¹⁰ PALIERO, TRAVI, 1988: 156 e 157

⁴¹¹ BRANDÃO, 2016: 236 e 237

⁴¹² SCHABAS, 2015: 334 e 335

⁴¹³ BARRETO, 2016: 156, 157 e 163

A elaboração do conceito autônomo de sanções penais através da utilização dos Critérios de Engel criou a nova categoria de “*quasi-criminal*”, através da qual é possível driblar as medidas dos Estados na aplicação do Direito Administrativo sancionador punitivo sem levar em consideração as medidas protetivas. A importância do desenvolvimento desse conceito autônomo muito tem a ver com as políticas criminais dos Estados e, em uma situação ainda mais séria, no momento da aplicação do Direito da União Europeia, quando em risco suas políticas e interesses, a situação não é diferente⁴¹⁴.

Quando decidido pelo TEDH que o conceito de matéria penal não era exatamente conectado com o que decidiam os Estados em seu direito interno, era necessário que critérios fossem alinhados para determinar se certo procedimento seria protegido pelos princípios dos arts. 6.º e 7.º, sendo três esses critérios. Cada um desses critérios é subdividido em subcritérios que densificam cada uma das hipóteses trabalhadas⁴¹⁵.

A interpretação autônoma do conceito de sanção penal é capaz de abarcar infrações qualificadas no direito interno como administrativas, como já referido no Acórdão Engel e Outros. A análise ocorreu levando em consideração as penas infligidas a militares na medida do cumprimento de serviço militar obrigatório conferidas por um oficial, que em recurso foram confirmadas por um oficial superior e por último pelo Supremo Tribunal Militar, penas essas que eram classificadas no direito interno como disciplinares. O que foi colocado a juízo foi qual interpretação devida a classificação daquelas penas no direito interno⁴¹⁶.

O Acórdão afirma que o primeiro passo é averiguar, dentro da legislação do Estado demandante se determinada infração pertence ao Direito Penal, direito “administrativo” ou aos dois de forma concorrente. O segundo passo é verificar a natureza da infração e, em terceiro lugar, deve ser averiguado o grau de severidade da sanção⁴¹⁷.

Os referidos princípios foram alargados no Acórdão Öztürk⁴¹⁸: as sanções administrativas que anteriormente eram classificadas como delitos, em decorrência da descriminalização foram realocadas no campo administrativo. Todavia, o simples afastamento de uma sanção de penal para administrativa não significa retirar a proteção conferida, o que resultaria em resultados incompatíveis com a CEDH. Portanto, é analisado

⁴¹⁴ WEYEMBERGH, JONCHERAY, 2016: 191 e 192

⁴¹⁵ BRANDÃO, 2016: 240

⁴¹⁶ BARRETO, BARRETO, 2016: 166

⁴¹⁷ Engel e Outros c. Holanda, 8 junho 1976, § 82 Series A no. 22

⁴¹⁸ Öztürk c. Alemanha, 21 fevereiro 1984, Series A no. 73

o caráter geral da norma, bem como a quem é dirigida e o caráter repressivo e preventivo da sanção aplicada⁴¹⁹.

Isto posto, para o propósito interpretativo da CEDH, a jurisprudência do TEDH estabeleceu que para qualificação de uma sanção como criminal, deve estar presente um dos seguintes critérios: que a sanção seja qualificada como criminal em seu Estado de origem; que as infrações sejam puníveis com sanções que buscam um fim punitivo e dissuasor, a exceção recai sobre as normas que não apresentem um caráter de aplicação geral; e, por, fim, que sejam puníveis com sanções análogas às sanções criminais⁴²⁰.

Sendo assim, é possível concluir que a dificuldade de separar de forma clara o Direito Administrativo punitivo e o Direito Penal acontece por diversos fatores: (i) eles combinam determinadas áreas na atividade social como objeto central de sua regulação; (ii) alguns atos proibidos circulam entre a tipificação nos dois âmbitos de acordo com o tempo e política criminal do Estado, podendo variar entre infrações penais e administrativas; (iii) algumas infrações de conteúdo semelhante podem ser aplicada tanto no sistema penal quando no sistema administrativo; (iv) as garantias individuais, mínimas, impostas para a proteção de direitos fundamentais que limitem a ação do Estado, são, de forma geral as mesmas, sobre as quais a CEDH estipula como necessárias.⁴²¹

1. Os critérios para conceituação autônoma de sanção penal

A aplicação dos critérios de Engel tem alcançado uma ampliação gradual na concepção de sanção criminal a casos que não estritamente pertencem a categoria original do Direito Penal, como por exemplo, as sanções administrativas⁴²².

A constatare evolução e atualização desses critérios é importante para garantir uma maior proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que se encontram em um procedimento criminal, procedimento este que requer uma maior diligência tanto na produção probatória quanto no afastamento da presunção de inocência.

Em primeiro lugar deve ser analisado se a infração no direito doméstico está inserida em seu campo penal. Essa avaliação não deve apenas ocorrer no direito positivado, mas

⁴¹⁹ BARRETO, 2016: 167

⁴²⁰ CAEIRO, 2014: 177

⁴²¹ CAEIRO, 2014: 177

⁴²² SCHABAS, 2015: XX

também analisando a prática jurídica e a forma categorizada pela doutrina. Caso a resposta a essas questões seja positiva, deve ocorrer a aplicação do princípio constante no art. 6.º e 7.º CEDH, sem mais questionamentos sobre o fato. Caso a resposta seja negativa, os dois próximos critérios deverão ser analisados⁴²³.

Dito de outra forma, apesar de uma ofensa não ser classicamente definida como criminal na jurisdição interna de um Estado, ela será considerada criminal para o propósito do art. 6.º, mesmo se a sanção fosse disciplinar ou administrativa. O conceito autônomo de sanção criminal é aqui explicado⁴²⁴.

Apesar de ser tratado apenas como um ponto de partida e apresentar apenas um valor relativo, a importância do primeiro critério não deve ser subestimada⁴²⁵.

O que é importante pontuar desse critério é que ele não é determinante, desde que o próprio direito nacional assim não classifique a ofensas, sendo aplicável logicamente o *ne bis in idem*. Se assim não for, deve ser realizada a análise do segundo critério⁴²⁶.

Em Öztürk⁴²⁷, o TEDH alterou consideravelmente os aspectos do segundo Critério de Engel, redirecionando a análise da natureza da ofensa do ponto ético-social da relevância da infração para o objeto central da sanção aplicável, qual seja, a ofensa passa a ser considerada criminal em natureza quando o fundamento da sanção é punitivo e dissuasor⁴²⁸.

Apresentando caráter punitivo como costume e forma de identificar as sanções penais, quando as sanções administrativas assim forem compreendidas, é impossível delas desatar seu caráter repressivo, dissuasor. Nestas situações, estaremos frente a uma sanção administrativa de natureza penal. Entretanto, vale a ressalva de que se o valor pecuniário imputado é resultado da prática de um ilícito e apenas seja o valor compensatório ou indenizatório, não estaremos diante de uma sanção⁴²⁹.

A infração não terá natureza penal se apenas pretender reparar os gastos e danos patrimoniais, mas terá caráter penal quando seu intuito for repressivo e preventivo. Mais, a

⁴²³ BRANDÃO, 2016: 241

⁴²⁴ WONG, 2014: 224

⁴²⁵ BRANDÃO, 2016: 242

⁴²⁶ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 46

⁴²⁷ Ver parágrafos 48-56 Öztürk c. Alemanha, 21 fevereiro 1984, Series A no. 73

⁴²⁸ CAEIRO, 2014: 176

⁴²⁹ BRANDÃO, 2016: 246

norma apresentará também natureza penal se o bem jurídico tutelado pela norma em questão for geralmente tutelado por regras do Direito Penal⁴³⁰.

A determinação de que a norma seja aplicável em um aspecto geral foi claramente introduzida na avaliação do segundo critério por uma necessidade de ponderação da natureza da ofensa, determinando os objetivos da sanção. De acordo com determinado entendimento de punição, os Direitos Administrativo e Penal compartilham dos mesmos objetivos de dissuasão e punição contra o infrator, tentando afastar as sanções administrativas, desde que não muito severas do âmbito de aplicação dos arts. 6.º e 7.º da CEDH. Esse entendimento só seria atingido se externada a necessidade para a caracterização geral da norma infringida⁴³¹.

Basicamente, o requisito para o escopo geral da norma, inserido no segundo Critério de Engel com o objetivo pragmático de excluir sanções disciplinares, exceto nas hipóteses em que tais sanções sejam severas (terceiro critério), parece um desenvolvimento infortunado. Diferentemente do outro critério, ela não ajuda a definir a especificidade do procedimento criminal. Isso ocorre porque não existe compatibilidade entre exigir uma generalidade quando diversas normas penais não são revestidas de uma limitação *stricto sensu*⁴³².

A adesão da UE à CEDH poderia evitar a confusão da dupla jurisdição sobre os mesmos problemas, todavia não resolveria os problemas relativos à construção do segundo critério pela jurisprudência do TEDH. Na verdade, existem problemas adicionais relativos ao segundo critério. Veja-se que os critérios desenvolvidos em Engel já foram modificados ao longo do tempo, sendo que uma dessas mudanças consiste na averiguação da natureza da sanção de acordo com o seu objetivo, em vez de se analisar os respectivos efeitos ético-sociais, bem como os interesses a serem protegidos. Entretanto, encontrar o conceito punitivo dentro da sanção, diferente de uma mera dissuasão, e pode ser uma tarefa complicada pois não pode ser realizada sem uma definição geral do propósito da punição criminal⁴³³.

⁴³⁰ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 47

⁴³¹ CAEIRO, 2014: 187 e 188

⁴³² CAEIRO, 2014: 189

⁴³³ Por essa razão, esse critério pode ser nebuloso e aberto a arbitrariedades. Ele pode estar atribuindo as mesmas garantias a meras punições administrativas através da dissuasão e do escopo punitivo das sanções, incluindo sanções puramente administrativas, tais como leves multas. É isso que muitos legisladores nacionais evitam em processos de descriminalização. Ao tornar a solução através do Direito Administrativo muito menos atrativa, esta abordagem pode, ainda que não intencionalmente, colocar em risco as políticas de descriminalização. Por outro lado, esse raciocínio deixa indesejavelmente fora da cobertura da CEDH a imputação pública, pelo Estado, dos atos que são inequivocamente criminais mas que o ordenamento jurídico

Por último, a construção deste segundo critério praticamente torna o terceiro critério redundante. A severidade das penas vai desempenhar um papel autónomo apenas na extensão de respaldar que as garantias fornecidas pela CEDH são aplicadas para sanções administrativas, que, em princípio, se encontram excluídas do objetivo portetivo geral da norma, visto que, de outra forma, seria difícil conceber uma sanção administrativa punitiva que não é dissuasiva e punitiva, apesar da recíproca não ser verdadeira⁴³⁴.

De acordo com o Acórdão Öztürk, quando admitidos os dois primeiros critérios, não existe necessidade da avaliação do terceiro critério⁴³⁵. Ponto que merece destaque é que o segundo e terceiro critérios são alternativos entre si⁴³⁶.

O terceiro critério avalia a severidade da sanção aplicada. Pelo fato de as sanções administrativas via de regra imputarem perda de pecúnia ao acusado, o que o Tribunal deve ponderar é a quantia máxima estimada para determinada sanção administrativa, e a quantia real aplicada. Realizando essa conta, poderia ser imputada ou não natureza penal à sanção administrativa⁴³⁷.

Sánchez-Borbona defende que o valor reduzido, ou seja, não igual ou superior a 30% sobre o montante do IVA devido, não é capaz de retirar o caráter penal da sanção administrativa. Esse revestimento está muito além do valor da coima, ele está associado à intenção da sanção em si, em qual o efeito dela na vida do indivíduo, seu papel real⁴³⁸.

É nesse cenário que a jurisprudência do TEDH, já afirmava Nuno Brandão, é dita como errática. O problema é de tão grande proporção que em determinadas situações foi aplicado o valor máximo pecuniário previsto, e mesmo assim não foi conferido o teor punitivo de determinada sanção. Os variados elementos presentes para aferição se determinada sanção pode ser estabelecida como penal ou não que fazem com que o terceiro critério seja o mais inconstante, e o menos confiável dos três critérios elaborados pelo TEDH. A crítica aos critérios é que sua vagueza e imprecisão torna possível interpretações

do EM os classifica como infrações administrativas e as sanções imputadas não suficientemente severas para cumprir o terceiro critério. É importante ressaltar que o objeto da investigação deve ser os atos concretos cobrados, e não seu rótulo abstrato. A falsa declaração de um imposto, por exemplo, não possui a mesma conotação que a falsa declaração de um médico, atestando que alguém está apto a dirigir um trem. É por esse motivo que a maioria das infrações são criminalmente puníveis apenas quando cometidas com intenção. CAEIRO, 2014: 185 e 186

⁴³⁴ CAEIRO, 2014: 189

⁴³⁵ Öztürk c. Alemanha, 21 fevereiro 1984, § 54, Series A no. 73

⁴³⁶ RAMOS, 2013: 346

⁴³⁷ BRANDÃO, 2016: 249.

⁴³⁸ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 118

muito divergentes em casos concretos que não se diferem tanto entre si. É recomendável ao TEDH que realize um esforço em diminuir as incertezas geradas pela imprecisão dos critérios no que tange à definição de natureza penal⁴³⁹.

Sendo assim, a distinção entre Direito Penal e Direito Administrativo seria puramente formal, que em um quadro maior e geral, ambas pertenceriam à matéria penal. Por mais que as ordens internas jurídicas classificassem determinadas matérias fora do sistema penal, o TEDH se posicionava, com frequência, no sentido de que a natureza interna não afetaria a imposição dos critérios na averiguação. E que por mais que os critérios sejam falhos, por hora, não é fácil reconhecer outro método de solução da questão⁴⁴⁰.

A quantidade máxima de pena aplicável é relevante e deve ser analisada pelos juízes. Porém a severidade da sanção aplicada também deve ser ponderada, embora não diminua a importância do que inicialmente estava em risco. O relativo baixo valor da coima administrativa não é forte o suficiente para retirar a matéria do escopo protetivo do art. 6.º CEDH⁴⁴¹.

Os Estados apresentam formas diferentes na identificação e definição da escolha dos critérios legislativos sobre como e porque determinadas infrações não devem ser abrangidas pelo Direito Penal. Igual acontece com o procedimento penal em si, que varia enormemente entre os Estados da Europa. O TEDH tem defendido que cabe a cada Estado escolher sua política criminal, não integrando matéria que compete ao TEDH declarar, portanto fora de seu âmbito de supervisão, desde que não desrespeitem os princípios e direitos contidos na CEDH⁴⁴².

Uma pergunta relevante que surge é se o TJUE deveria utilizar-se dos Critérios de Engel para a definição da natureza de determinada sanção. O que vale ressaltar é que a utilização do segundo critério tem sido exaustivamente utilizada pelo TJUE, principalmente na sua definição pós- Öztürk, na qual afasta a natureza penal das sanções que não tenham aplicação geral, bem como reafirma a questão do objetivo da sanção administrativa em si⁴⁴³.

O Direito da União Europeia impõe que sejam aplicados mecanismos efetivos, proporcionais e dissuasivos para que os interesses da UE sejam preservados. Todavia, a UE

⁴³⁹ BRANDÃO, 2016: 249, 250 e 255

⁴⁴⁰ BRANDÃO, 2016: 256 e 257

⁴⁴¹ SCHABAS, 2015: 278

⁴⁴² SCHABAS, 2015: 279 e 280.

⁴⁴³ CAEIRO, 2014: 182 e 183

não estipula qual o tipo de mecanismo a ser aplicado, suscitando o problema de que os diferentes EM podem escolher tipos diferentes de sanções para as mesmas infrações, sejam elas penais, administrativas ou a combinação de ambas. Isso, sem dúvidas, pode aumentar as dificuldades de diferenciação entre os tipos punitivos. Veja-se que no momento em que o Direito da União Europeia não estipula o tipo de lei a ser aplicado, e nem os respectivos critérios de diferenciação, a responsabilidade recai sobre os EM na escolha do melhor tipo sancionatório aplicável, de acordo com as políticas criminais domésticas individuais⁴⁴⁴.

Essa busca pela efetividade do Direito da União Europeia pode trazer consequências graves, na medida em que aplica-se o Direito Penal prioristicamente e, com isso, evita-se a regra que esse ramo do Direito apenas pode ser invocado quando todos os outros meios se encontrarem esgotados ou insuficientes. Ou seja, coloca-se à terra o conceito de *ultima ratio*⁴⁴⁵.

O TJUE tem reiterado o entendimento que a sua competência legislativa não é ampliada ao âmbito penal, permanecendo no âmbito dos EM. Todavia, a legislação comunitária poderia tomar medidas em relação aos EM nas hipóteses nas quais fosse necessário garantir a efetividade, proporcional e dissuasora da repressão criminal, com o objetivo de assegurar a proteção da UE⁴⁴⁶.

Essa abordagem até então defendida pelo TEDH do sentido de processo criminal reflete a vontade de estender as garantias criminais *strictu sensu* até a forma autônoma de definição de procedimento criminal. Sendo assim, os arts. 6.º e 7.º tornaram-se protetores também das sanções administrativas⁴⁴⁷.

2. O Acórdão A e B *versus* Noruega

O presente Acórdão representa uma mudança de precedente estabelecido, e muito bem sedimentado há alguns anos pelo TEDH. Sua análise é de vital importância uma vez que ilustra as novas considerações e perspectivas do TEDH frente ao âmbito de aplicação do princípio do *ne bis in idem* no que tange à definição de sanção de natureza criminal e seu consequente efeito.

⁴⁴⁴ CAEIRO, 2014: 177 e 178

⁴⁴⁵ CAEIRO, 2014: 178

⁴⁴⁶ CAEIRO, 2014: 181

⁴⁴⁷ MODERNE, 1993: 59

A interação entre o TEDH e o TJUE é um assunto debatido, bem como a convergência de entendimento jurisprudencial entre eles, e a sua representatividade na Europa. O presente Acórdão, quando elaborado pelo TEDH, levantou dúvidas sobre a possibilidade integrativa entre os Tribunais, justamente pela decisão representar um revés na urgência em termos de unificação de direitos fundamentais⁴⁴⁸.

Os indivíduos A e B alegaram, em particular, na Noruega, violação do art. 4-P7, em consequência de possível dupla punição sobre o mesmo fato, qual seja, o não pagamento do imposto devido. Os fatos aconteceram da seguinte forma: a Administração Tributária, procedeu a liquidação do imposto acrescida uma sobretaxa de 30% sobre o valor devido, tendo essa decisão transitado em julgado. Todavia, também foram abertos procedimentos criminais, condenado A e B à pena de prisão. Em decorrência das dificuldades, a matéria foi enviada ao TEDH para apreciação⁴⁴⁹.

Um ponto crítico e que deve ser desenvolvido por nós é a conexão temporal entre o trânsito em julgado da sanção administrativa e a condenação dos indivíduos no âmbito penal. A questão da natureza da sanção administrativa também é de extrema relevância e receberá imenso destaque. Em A, a sanção administrativa transitou em julgado e, aproximadamente três meses após o trânsito, foi condenado criminalmente. Em B, a condenação penal ocorreu aproximadamente oito meses após o trânsito em julgado da sanção administrativa⁴⁵⁰.

A argumentação de aplicação da proteção inserida no *ne bis in idem* fundamentava-se na questão de que a condenação, em ambas as instâncias, apresentava a mesma base factual, qual seja, a omissão na declaração de renda de impostos devidos. A previsão de coima imposta pela Administração no nível de 30% já deve ser interpretada como pertencente a um procedimento criminal, de acordo com o estipulado nos Critérios de Engel⁴⁵¹.

A outra problemática relevante ao nosso trabalho, gira em torno da coisa julgada e dos seus efeitos na sanção administrativa de natureza penal, já que o art. 4.º-P7 informa que as decisões já têm de ser finais⁴⁵², ou seja, já apresentar a qualidade de coisa julgada e suas consequentes garantias do processo penal.

⁴⁴⁸ LIGETI, 2017: 38

⁴⁴⁹ Para mais informações do caso A e B c. Noruega [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, ECHR 2016

⁴⁵⁰ A e B c. Noruega [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 16, 17, 32 e 35, TEDH 2016

⁴⁵¹ A e B c. Noruega [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 21 e 22, TEDH 2016

⁴⁵² A e B c. Noruega [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 26, TEDH 2016. As regras de direito tributário na Noruega estão nos parágrafos 42, 44 e 45.

A nosso entender, aqui registra evidente o grau repressivo das sanções administrativas e seus valores. Quanto maior a fraude fiscal, maior será a sanção aplicada, podendo alcançar valores de até 60%. A contradição é tamanha que até mesmo dentro do Direito Administrativo existe uma variação do montante sancionatório aplicado frente à culpa do indivíduo, no que diz respeito ao índice de reprovabilidade de sua conduta, quase que equivalente à análise da culpabilidade nos procedimentos criminais. Sendo assim, a coima é imposta de acordo com quantidade e forma de imposto não declarado, acarretando assim uma resposta mais séria da Administração.

A base factual que sedimentou ambas as sanções também foi objeto de análise em *Zolotukhin*⁴⁵³, onde ambos os procedimentos diziam respeito à mesma ofensa, derivados de um mesmo ato. Sendo assim, as sanções administrativas e a subsequente abertura de um procedimento criminal apresentavam fundamentação nos mesmos fatos, e que de acordo com o art. 4.º-P7, a imposição de verdadeiras “penas/multas administrativas” impossibilitava a abertura de um procedimento criminal⁴⁵⁴.

a) Os requerentes

Na visão dos requerentes, a decisão final nos chamados procedimentos paralelos se tornou definitiva, no que tange às sanções administrativas, antes de os arguidos terem sido condenados nos procedimentos criminais. Isso tornaria o procedimento criminal um desrespeito ao princípio do *ne bis in idem* constante no art. 4.º-P7⁴⁵⁵.

O desrespeito ao critério *bis* através da duplicação processual seria uma violação clara da previsão de proteção que consta no Protocolo, no qual indivíduos não podem ser obrigados a carregarem o fardo excessivo de um duplo procedimento criminal, o que sugere que deve haver uma limitação específica nas autoridades ao conduzirem os aclamados procedimentos paralelos⁴⁵⁶.

⁴⁵³ *Sergey Zolotukhin c. Russia* [GC], no. 14939/03, TEDH 2009

⁴⁵⁴ *Sergey Zolotukhin c. Russia* [GC], no. 14939/03, § 82 e 84, TEDH 2009

⁴⁵⁵ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 59, TEDH 2016

⁴⁵⁶ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 62, TEDH 2016

A questão em torno da coisa julgada dos procedimentos administrativos em questão apresentava-se como segurança jurídica de que não haveria a instauração ou a descontinuação dos procedimentos criminais⁴⁵⁷.

b) A opinião do governo norueguês

Enquanto isso, para os tribunais noruegueses, os procedimentos paralelos – compreendidos como a possibilidade de duas autoridades distintas, em diferentes procedimentos conectados fortemente, aplicarem diferentes sanções – não resultariam em violação do art. 4.º-P7, mesmo que uma decisão anterior já tivesse alcançado o status de coisa julgada⁴⁵⁸.

Um indivíduo deve ter garantido seu direito de que quando uma decisão, seja ela de condenação ou absolvição, adquira força de coisa julgada, ele esteja protegido do Estado da possível abertura de um novo procedimento. Todavia, essa provisão não seria aplicável em situações nas quais um indivíduo teria sido submetido a procedimento em paralelo, como prevê a legislação norueguesa. O procedimento em paralelo garantiria o respeito à proporcionalidade na medida em que a primeira sanção é levada em consideração durante a aplicação da segunda sanção⁴⁵⁹.

O que impulsiona a existência de procedimentos paralelos na Noruega e em outros diversos Estados é a necessidade de uma forma eficaz de enfrentar os casos de fraude tributária. As autoridades administrativas teriam um conhecimento especializado muito mais eficiente, capaz de impor sanções de forma mais rápida do que aconteceria em um procedimento criminal, aumentando ainda as chances de um tratamento mais igualitário das infrações. Já a prevenção do crime deveria ficar ao cargo dos procedimentos penais tradicionais⁴⁶⁰.

O procedimento criminal contra as fraudes fiscais deve representar uma medida apropriada e consistente para reprimir determinadas condutas. Também serve como uma função exemplar. A combinação entre os procedimentos das duas autoridades é capaz de

⁴⁵⁷ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 64, TEDH 2016

⁴⁵⁸ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 74, TEDH 2016

⁴⁵⁹ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 79, TEDH 2016

⁴⁶⁰ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 82, TEDH 2016

formar um todo coerente apto a responder da melhor maneira a ofensa em questão, dada a conexão entre os dois procedimentos⁴⁶¹.

Não podemos de forma alguma concordar com a finalidade do argumento. A primeira parte resulta de premissa um tanto quanto óbvia: a repartição de procedimentos pode alcançar uma resposta punitiva muito mais “apurada” do Estado. A possibilidade de divisão facilita a atividade punitiva do Estado. A dificuldade em encaixar e punir determinadas infrações administrativas com o caráter penal é que os procedimentos administrativos não estão carregados de garantias e direitos que perpetram o procedimento criminal.

Nessa medida, as condenações tornam-se muito mais simplificadas. Acresce que não apenas deve haver a devolução do valor de imposto devido, mas que sobre ele também recai uma sobretaxa, maior do que, por exemplo, os gastos do Estado para sancionar aquele indivíduo. O que acontece sim é uma ponderação de culpa do indivíduo que não prestou as informações devidas. E quanto maior for o imposto devido, maior será a percentagem da coima, no caso norueguês podendo alcançar 60% sobre o valor devido.

Se tudo isso já não fosse desrespeito suficiente aos direitos e garantias fundamentais, a própria sanção administrativa pode servir de prova para condenar criminalmente o réu. A mesma sanção que não apresentou a diligência devida sobre o arguido na verificação de sua “culpa”, agora é utilizada no Direito Penal para ponderar os mesmos atos, a fim de que uma nova pena seja imposta, essa sim de caráter repressivo.

A nós parece conveniente ao Estado por um lado fragmentar seu poder punitivo, transferindo o *ius puniendi* para a esfera administrativa, e, ainda assim, por outro lado, aplicar sanções penais, sempre fundamentando suas ações nos interesses econômicos. Em nenhum momento foram sequer ponderadas as questões dos indivíduos, seus direitos e liberdades individuais. Tudo é justificado através da eventual facilitação da mão punitiva do Estado para que seus interesses sejam garantidos.

Outro argumento utilizado é o de que o art. 4.º-P7 não proibia em momento algum a existência de procedimentos paralelos, com procedimentos advindos de autoridades distintas e conseqüentes sanções distintas, já que tais procedimentos preenchem o requisito de serem conectados em mérito e tempo, o que de forma alguma comprometeria a questão do bis, ou seja, que não havia repetição⁴⁶².

⁴⁶¹ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 96, TEDH 2016

⁴⁶² *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 99, TEDH 2016

A nós também não parece haver qualquer proibição de procedimentos paralelos, desde que as sanções administrativas se detenham em sua função de exigir os impostos devidos, sem que sejam alteradas à modalidade de penas, com um teor punitivo e repressivo que deva ser realizado pelo Direito Penal. Só dessa forma as garantias individuais podem ser asseguradas.

Mais além, a justificativa do sistema paralelo reside na natureza e nos distintos fins perseguidos pela legislação administrativa e penal. Embora a noção de procedimento criminal tenha sido alargada pelo art. 6.º CEDH através dos critérios de Engel, existem ações criminais que se diferenciam em seu “peso”. Neste caso, por exemplo, as coimas em relação aos tributos não estariam inseridas no rol *hard core* do Direito Penal, e, portanto, as previsões desse artigo não necessariamente aqui deveriam ser aplicadas⁴⁶³.

Não podemos concordar com nenhuma das justificativas apresentadas pelo governo norueguês pelo simples fato de que em nenhum momento demonstrou-se preocupação pelos arguidos. Apenas são defendidos os interesses do Estado através de uma pretensa eficácia do poder sancionatório. Parece ser mais importe punir do que realmente garantir direitos.

c) A avaliação do TEDH

Um dos argumentos utilizados pelo TEDH afirma que embora o art. 4.º-P7 apresente o dever de proteção de interesses específicos dos indivíduos, também deve haver uma autonomia das autoridades domésticas em escolher os meios adequados para alcançar determinado fim⁴⁶⁴.

Desta maneira, a utilização de sanções administrativas e penais no que tange à mesma ofensa seria uma prática recorrente entre, por exemplo, os Estados membros da UE. A forma na qual essas sanções são cumuladas é bastante variável exatamente por causa dessa autonomia dos Estados, mas que na maioria das vezes o objetivo central era o de moderar os efeitos na imposição de duas sanções pelas autoridades públicas. Por estes motivos, os Estados deveriam ser legitimados a escolher o melhor feito de resposta às condutas ofensivas, através de diferentes procedimentos formando uma conexão que seja capaz de

⁴⁶³ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 100, TEDH 2016

⁴⁶⁴ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 117, TEDH 2016

alcançar os diferentes aspectos do problema em debate, através do qual o cúmulo de respostas legais não represente um ônus excessivo para o ofensor⁴⁶⁵.

Não discordamos da autonomia que deve ser conferida aos Estados para lidar com seus problemas internos. O questionamento maior é que o art. 4.º-P7 funciona como escudo ao excesso punitivo estatal. O indivíduo não apresenta a mesma força nem os mesmos recursos para se defender da repressão estatal e, por conta disso, deve ser blindado de todas as formas para que tais abusos que já foram tão presentes voltem a ser recorrentes. Portanto, mitigar a eficiência do *ne bis in idem* é violação de direito fundamental que a CEDH em seu Protocolo se preocupou em proteger.

A avaliação sobre a importância da decisão final no primeiro procedimento, que potencialmente impediria a abertura da ação penal, foi rebatido pela existência de um link estreito o suficiente em tempo e espaço que transforma as duas ações no procedimento paralelo como tão integradas que pertencem a um todo complexo. Portanto, não estaria presente aqui uma repetição de procedimentos, mas sim uma combinação de procedimentos⁴⁶⁶. Na visão do TEDH não há o que se falar em coisa julgada administrativa quando os procedimentos são interligados.

Para o TEDH, a verificação do critério *bis* deve ocorrer de acordo com o descrito no art.4.º-P7. O Estado demandante deve ser capaz e demonstrar que os procedimentos apresentam conexão material e temporal. A existência paralela dos procedimentos deve ser compreendida e realizada de forma integrada. Os fins e os meios utilizados para alcançar os objetivos devem ser complementares, bem como as sanções sejam proporcionais e previsíveis⁴⁶⁷.

Os fatores materiais desenvolvidos pelo TEDH que fundamentam a não violação do princípio do *ne bis in idem* em decorrência de sanção administrativa de natureza penal e sanção penal, no presente Acórdão, são os seguintes: (i) os procedimentos devem ter a mesma finalidade; (ii) se a ocorrência em paralelo dos procedimentos é uma consequência previsível, tanto na lei quanto na infração cometida; (iii) se os procedimentos são conduzidos para que se evite uma recolha do material probatório diversas vezes, através da interação

⁴⁶⁵ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 118 e 121, TEDH 2016

⁴⁶⁶ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 126, TEDH 2016. A relevância da coisa julgada já foi objeto de análise em tópicos anteriores, todavia, voltaremos a expressar nossa opinião sobre o entendimento do tribunal na análise do voto em separado o Juiz Pinto de Albuquerque.

⁴⁶⁷ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 130, TEDH 2016

das autoridades envolvidas; (iv) por último, que a primeira sanção seja levada em consideração no momento de ponderação da segunda sanção, sem que haja sobre o indivíduo um ônus maior do que o devido em termos punitivos⁴⁶⁸.

A situação na qual um procedimento administrativo é revestido de natureza penal é de vital relevância. Sendo assim, para o TEDH, é mais provável que os procedimentos paralelos sejam capazes de satisfazer os critérios de complementaridade e coerência se as sanções administrativas não pertenceram ao núcleo de crimes *hard core*. As considerações realizadas pelo Supremo Tribunal norueguês em relação à cumulação de procedimentos penais e administrativos de natureza penal é que sua existência em paralelo e interligação representa uma das maneiras pelas quais o governo é capaz de assegurar a proporcionalidade da punição global, uma vez que o julgamento criminal tinha em conta a sanção administrativa imposta⁴⁶⁹.

Mais uma vez o TEDH se volta para os aspectos formais, de nomenclatura de sanções. Não é porque uma determinada sanção é denominada não criminal que sua natureza não seja criminal. O fundamento e objetivo da sanção deve ser averiguado no campo prático, na real afetação que causa na vida de um indivíduo, e não no campo do direito formal. Dar nome às coisas é de extrema importância, mas não é porque um nome foi dado que a natureza, o *animus*, da sanção foi alterado.

No que tange ao valor sancionatório imposto pelas autoridades administrativas norueguesas, o TEDH aceita a natureza penal da sanção fiscal ordinária fixada em 30% considerando o sentido autônomo de procedimento criminal ao art. 4.º-P7⁴⁷⁰.

O objetivo dessas sanções, portanto, é, em primeiro lugar, aumentar a eficácia do dever do contribuinte de fornecer as informações corretas⁴⁷¹. O questionamento que por nós é feito é de até que ponto ignorar e desrespeitar direitos fundamentais vai ser aceito pelos Tribunais, tanto domésticos quanto internacionais, em nome dessa aclamada eficiência?

Durante a análise do presente Acórdão, algumas dúvidas surgiram. Em um primeiro momento, não ficou claro para nós que o TEDH de fato, caracterizava as sanções administrativas como penais, principalmente na leitura em inglês do Acórdão. A leitura em

⁴⁶⁸ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 132, TEDH 2016

⁴⁶⁹ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 133 e 146, TEDH 2016

⁴⁷⁰ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 139, TEDH 2016

⁴⁷¹ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 145, TEDH 2016

francês amenizou as dúvidas suscitadas, muito relacionado com os termos utilizados pelos juízes, que se aproximam muito do que é encontrado no sistema jurídico português.

Isto posto, compreendemos sim que o TEDH tenha reconhecido a natureza penal das sanções, como será discutindo posteriormente em nosso trabalho.

3. Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque

As primeiras considerações que devem ser feitas é que a posição que adotamos em nosso trabalho vai de encontro a tudo o que defendido pelo Juiz do TEDH Pinto de Albuquerque no referido Acórdão. Ao longo do tópico expressaremos nossa opinião sobre o que foi desenvolvido, bem como os argumentos utilizados, que a nosso ver, são capazes de jogar por terra os argumentos utilizados pelos demais juízes integrantes do TEDH. O centro de responsabilidade do Estado é o indivíduo, e não os aspectos de eficiência do poder punitivo. É isso que passamos a desenvolver.

Para o Juiz Pinto de Albuquerque, no domínio da legislação fiscal, o acórdão Fransson⁴⁷² é o mais relevante. A conclusão à qual se chegou foi de que só seria possível uma sanção administrativa relativa a impostos ser considerada de natureza penal para os propósitos do art. 50.º da Carta, e que tal decisão fosse final, se que aquela provisão impedisse a abertura de um novo procedimento criminal sobre os mesmos fatos sobre o mesmo indivíduo. Parece ter havido aqui um movimento de convergência entre o TEDH e o TJUE, na utilização dos critérios de Engel na combinação entre sanções penais e administrativas, nas quais as penalidades criminais constituiriam uma ofensa ao art. 50.º da Carta⁴⁷³.

Talvez uma das problemáticas relacionadas à existência de sanções administrativas que possuem uma natureza penal seja a política da descriminalização de determinadas infrações. Explica-se: essa tendência é frequentemente associada à transferência de ofensas criminais dotadas de um menor grau de ofensividade para o campo do Direito Administrativo. As garantias procedimentais e substantivas nesse campo não estão

⁴⁷² Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105

⁴⁷³ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 14, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque

exatamente vinculadas com as do processo penal. A forma mais usual, portanto, das sanções administrativas são as coimas⁴⁷⁴.

Enquanto a descriminalização não representa problemas em termos de garantia na interpretação dos arts. 6.º e 7.º CEDH nas questões de sanções administrativas bagatelares, que punem condutas com um nível baixo de reprovabilidade, o mesmo não acontece com as condutas com alto grau de ofensividade que estão sob o escopo de tutela do Direito Administrativo. O problema toma proporções ainda maiores quando diante de sanções pecuniárias astronômicas, ou mesmo ilimitadas. Não suficiente, determinados procedimentos administrativos são carregados de investigações altamente intrusivas, capazes de restringir a privacidade tanto quanto nos procedimentos criminais⁴⁷⁵.

Esse chamado Direito Penal a *deux vitesses* esconde uma política repressiva, que objetiva punir de forma mais ampla e severa, com menos garantias procedimentais. A CEDH não é indiferente a essa política criminal. Ao contrário, ela não deixa a questão interpretativa dos Direitos Humanos a discrição dos Estados. Não existe margem de apreciação: tanto o art. 4.º-P7, quanto o art. 7.º CEDH, apresentam provisões não maleáveis. A aplicação da proteção do princípio do *ne bis in idem* não depende das particularidades legislativas, elas estão sim submetidas a supervisão europeia realizada pelo TEDH⁴⁷⁶.

a) A natureza criminal das sanções sobre impostos

A noção de procedimento criminal utilizada para interpretação dos art. 6.º e 7.º CEDH, no contexto do art. 4.º-P7 deve ser analisada de forma autônoma, como já discutido diversas vezes no presente trabalho. Compreendidos como princípios, a CEDH e o Protocolo devem ser vistos sobre a perspectiva dos princípios gerais que dizem respeito às palavras correspondentes a procedimento criminal e pena, nos artigos acima citados⁴⁷⁷.

O TEDH vem, ao longos dos acórdãos, desenvolvendo os critérios de Engel, não se referindo expressamente a eles, mas tem listado aspectos relevantes concernentes à

⁴⁷⁴ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 16, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque

⁴⁷⁵ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 20, TEDH 2016

⁴⁷⁶ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 21 e 22, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque. Para mais informações sobre o Direito Penal em duas velocidades TOMILLO, 2008: 39-42

⁴⁷⁷ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 23, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque.

aplicabilidade do art. 6.º CEDH. A natureza criminal de uma sanção administrativa relativa a impostos deveria ser averiguada da seguinte forma: que a lei que estabelece as sanções cobre todos os cidadãos na sua capacidade contributiva, que a sobretaxa não era uma compensação pecuniária pelo dano, mas essencialmente punitiva, que ela tivesse sido imposta tendo como fundamentação uma regra geral cujo propósito era dissuasor e punitivo e que a sobretaxa era considerável⁴⁷⁸.

Não há qualquer intenção de retirar a importância dos impostos para o bom funcionamento de um Estado. Todavia, não parece razoável afirmar que a remoção de garantias processuais na imposição de sanções de natureza penal seja necessária – ou mesmo conveniente – para manter a eficácia do sistema fiscal. Tal possibilidade nem mesmo coaduna com o propósito da CEDH⁴⁷⁹.

A matéria tributária não se encontra fora do âmbito protetivo da própria CEDH. Ao contrário, para o TEDH, as sobretaxas relativas a impostos devem ser aplicadas seguindo regras com propósito simultâneo dissuasivo e punitivo, mesmo nos valores em que a sobretaxa é de 10%, com uma sobretaxa máxima global de 20%⁴⁸⁰.

Portanto, o elaborado em *Jussila*⁴⁸¹ também deveria ser aplicado no caso em questão. As sanções administrativas impostas eram de natureza criminal bem como os respectivos processos, no âmbito de aplicação do art. 4.º-P7. No caso norueguês, as sanções variantes de 30 a 60%, portanto, encontram-se bem acima do padrão estipulado pelo julgamento supracitado⁴⁸².

b) O efeito da coisa julgada nos procedimentos administrativos de natureza penal

No presente Acórdão, a problemática da coisa julgada não foi levada em consideração pelo restante dos juízes do TEDH, e houve discussão sobre o assunto. Todavia,

⁴⁷⁸ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 24, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque.

⁴⁷⁹ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 26, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque

⁴⁸⁰ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 26 e 27, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque, p. 26 e 27

⁴⁸¹ Para mais informações ver *Jussila c. Finlândia* [GC], no. 73053/01, TEDH 2006-XIV

⁴⁸² *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 32, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque, p. 32

é importante estabelecer no caso concreto as particularidades da coisa julgada e seus efeitos de acordo com o art. 4.º-P7, para aplicação do princípio do *ne bis in idem*.

A data exata de quando uma decisão administrativa se tornou final não é, evidentemente, um fato irrelevante. Quando visualizado um cenário legal no qual uma decisão administrativa, que impõe penalidades tributárias, se torna definitiva primeiro pode trazer consequências distintas daquela na qual a condenação por fraude fiscal adquiriu o status de coisa julgada anteriormente. Embora a maioria do TEDH tenha afirmado que a questão do *ne bis in idem* ser violado ou não diz respeito à relação entre os dois delitos, e não pode depender da ordem na qual os processos são conduzidos, o impacto jurídico do efeito da coisa julgada em matéria penal anterior pode trazer impactos jurídicos diferentes. Os juízes não avaliaram a situação no caso concreto norueguês, uma vez que assumiram que ambos os processos integravam um todo que não deveria ser separado, portanto, irrelevante discutir a questão da coisa julgada⁴⁸³.

A problemática acima é desenvolvida em consequência da existência de procedimentos paralelos. Em um primeiro momento é importante afirmar que não existe no art. 4.º-P7 qualquer distinção entre procedimentos paralelos e consecutivos. O dispositivo também não impede que vários processos paralelos sejam realizados antes que um deles adquira status de coisa julgada, já que não seria possível afirmar que um indivíduo tenha sido julgado diversas vezes por um crime que já foi condenado ou mesmo absolvido. O que a CEDH exige é que o segundo processo seja interrompido quando o primeiro se torne definitivo. A violação ocorre quando a descontinuação não ocorre⁴⁸⁴.

Alguns argumentos que vão contra o que acima foi explicado devem ser rebatidos. O primeiro deles afirma que se o referido artigo devesse ser interpretado como proibindo a finalização de processos paralelos quando um dos procedimentos se tornasse final, isso poderia gerar efeitos imprevisíveis em diversas áreas do Direito Administrativo. Tal argumento não apresenta nenhuma fundamentação legal. Outro argumento recorrente é o de que diversos Estados europeus têm se utilizado de procedimentos paralelos, razoando com o TEDH, e, como o governo demandado, apresentam suas preocupações. Tal argumento

⁴⁸³ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 39, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque, p. 39

⁴⁸⁴ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 41, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque.

também não é revestido de teor jurídico, mas é apenas a repetição de um mesmo argumento por diversas partes interessadas⁴⁸⁵ em não alterar o status quo “legal” desses países.

Conectado a este último argumento, está o de que os Estados devem gozar de ampla possibilidade discricionária a apreciação da matéria do *ne bis in idem*, desde que o sistema paralelo apresente uma função de perseguir um objetivo comum e as sanções não soem excessivas ou desproporcionais para o arguido. O *ne bis in idem* é um direito não derogável e por isso os Estados não possuem qualquer margem de apreciação⁴⁸⁶.

O que tem sido defendido por nós até o presente momento é que o TEDH vem interpretando o *ne bis in idem* não como a expressão de um direito subjetivo individual do arguido, mas apenas uma regra para garantir a autoridade do julgado, com o único objetivo de assegurar o interesse punitivo do Estado⁴⁸⁷.

c) A restrição do *idem factum* pelo critério *bis*

Uma das condições para que seja possível a cumulação de sanções e administrativas, de acordo com a maioria, é a de que os diferentes procedimentos perseguem o mesmo objetivo de forma complementar, e se direcionam a diferentes aspectos da ofensa. Mais, o elemento adicional indicado pela doutrina, qual seja a conduta fraudulenta, não está inserido no rol protetivo da sanção administrativa. É assim reafirmada a doutrina de que a culpa não é utilizada na ponderação de sanções administrativas, apenas representa o interesse de que as sobretaxas nada mais são do que remédios para compensar os gastos do Estado durante o procedimento⁴⁸⁸.

Tal conexão não pode ser sustentada jurisprudencialmente. Em primeiro lugar porque não existe provisão legal que vincule sanção pecuniária emitida pela Administração e os custos incorridos durante os custos da investigação e julgamento e processamento do crime fiscal. Em segundo lugar, a posição majoritária negligencia o fato de que o valor pecuniário da sanção administrativa em momento algum pode ser considerado apenas como

⁴⁸⁵ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 48, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque.

⁴⁸⁶ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 49, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque.

⁴⁸⁷ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 49, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque

⁴⁸⁸ *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 51, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque, p. 51

compensatório. Valores superiores a 30% ou até 60% sobre o imposto são tão severos que eles, sem qualquer dúvida, incluem um elemento punitivo. Em julgamentos anteriores, sanções entre 20 e 40% já eram consideradas de natureza criminal mesmo sem a possibilidade de conversão em pena de prisão diante do não pagamento⁴⁸⁹.

- d) Os mecanismos de compensação apresentados pelo governo norueguês entre sanções penais e administrativas

A quarta condição apresentada é verdadeiro cheque em branco para os Estados, uma vez que não é explicado como o mecanismo de compensação deveria funcionar, o que levanta a posição de ser algo realmente discricionário para os Estados. Por vezes os tribunais penais podem decidir tomar em consideração as sanções administrativas, mas outras vezes podem simplesmente ignorá-las. Também não existe qualquer indicação de que esse mecanismo de compensação existe nos processos fiscais, quando as coimas são anteriores aos processos penais⁴⁹⁰.

Como defendido pelo Juiz Pinto de Albuquerque, a sanção administrativa caracteriza-se por exercer uma finalidade repressiva, que se aproxima do Direito Penal, e que, portanto, é capaz de enfrentar diretamente questões relativas aos direitos fundamentais reconhecidos na CEDH⁴⁹¹. É dever da CEDH, portanto, proteger os direitos fundamentais independentemente do argumento utilizado a favor de uma possível eficiência do poder punitivo dos Estados.

Amplamente afirmado, a maioria é orientada pela máxima da eficiência, e a aplicação e consequente proteção do *ne bis in idem* recairia apenas aos casos pertencentes aos crimes *hard core*, sendo imputadas verdadeiras penas. Ignoram o sentido não derogável do princípio, aplicando-o a depender da área do direito. Não há possibilidade interpretativa para esse cenário no art. 4.º § 3- P7.

Isto posto, consideramos a decisão do TEDH em permitir o cúmulo de sanções administrativas de natureza penal e penais um regresso jurídico. A violação do princípio do

⁴⁸⁹ Sobre o assunto ver especificamente o parágrafo 53 de *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 53, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque

⁴⁹⁰ Uma das melhores explicações reais é o que aconteceu na Grécia recentemente está no parágrafo 73 do Acórdão *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 73, TEDH 2016 - Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque.

⁴⁹¹ MODERNE, 1993: 57

ne bis in idem é latente, tanto pelo desrespeito ao instituto da coisa julgada quanto à violação de direitos e garantias individuais de não ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos.

A ligação material e temporal defendida pelo TEDH não pode ser sustentada, uma vez que do trânsito em julgado à condenação penal decorreu um longo espaço de tempo. Acrescenta-se a tudo isso que a legislação norueguesa em questão, como já pontuado, não forneceu a informação concreta da previsibilidade legislativa de concorrência entre os dois processos, parecendo a nós ser tal situação fundamentada apenas na prática jurisprudencial.

Não acreditamos que exista essa integração entre procedimento penal e administrativo que sustente ambas as condenações a fim de que não configure violação do art. 4.º-P7. Assim, existe violação do princípio do *ne bis in idem* quando ocorre o cúmulo de procedimentos penais e administrativos de natureza penal sobre os mesmos fatos, mesmo que tais processos sejam paralelos ou consecutivos.

A CEDH expandiu o âmbito protetivo do *ne bis in idem* a procedimentos e sanções punitivas, mesmo que fora da categorização do Direito Penal, através dos chamados Critérios de Engel para a possível qualificação de duplo procedimento punitivo. Vale pontuar, todavia, que diversos estados contratantes impuseram limites à proteção do *ne bis in idem* ou mesmo aceitaram as condições impostas, principalmente em seu efeito sobre procedimentos administrativos de natureza penal que impediam a abertura de um procedimento formalmente classificado como penal⁴⁹².

Para nós, resta evidente que a atual mudança de entendimento dos Tribunais muito tem a ver com a escolha de política criminal desses Estados, já que objeções fortes sempre existiram a esse respeito. A situação complicou-se com a pretensa necessidade de garantia do Direito da União Europeia através dos EM.

VII. O relevo da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para o Tribunal de Justiça da União Europeia

1. O Acórdão Luca Menci

Como Tribunal responsável por lidar com as questões do Direito Comunitário e a consequente aplicação do princípio do primado frente os ordenamentos nacionais, o TJUE,

⁴⁹² VERVAELE, 2013/1: 115

na maioria das vezes, avalia situações relativas ao *ne bis in idem* e sua aplicação transnacional. Esse não é o caso em questão, uma vez que a alegação de violação da norma ocorreu dentro de um único EM.

O TJUE é competente para analisar a legalidade de atos que estão conectados ao Direito Comunitário à luz dos direitos fundamentais da Carta. Esse poder é derivado dos Tratados da UE, por se tratar de um sistema jurídico autônomo⁴⁹³. A conexão comunitária no presente Acórdão, é, portanto, o não pagamento do IVA devido por Luca Menci, que agora passamos a analisar.

Em um primeiro momento, o Tribunal Italiano havia submetido o reenvio prejudicial de forma conjunta de três casos, Menci, Orsi e Baldetti⁴⁹⁴, já que a problemática orbitava a questão de infrações em decorrência de prestações incorretas de IVA. Entretanto, com o julgamento de A e B c. Noruega pelo TEDH, os casos foram separados e os procedimentos orais de Menci tiveram de ser reabertos em consequência da proximidade com a decisão recente e quebra de precedente efetuada pelo TEDH⁴⁹⁵.

A importância de recolha do IVA é de que ele é parte dos recursos da UE, existindo assim um link direto entre a necessidade de sua proteção com o Direito da União Europeia, já que qualquer lacuna na recolha correta deste imposto é capaz de gerar danos orçamentais. É nesse sentido que a UE considera sanções administrativas e procedimentos criminais como sanção para a infração de evasão fiscal. Entretanto, se essa sanção administrativa tiver caráter punitivo e já tiver adquirido poder de caso julgado, haverá impedimento de sancionamento penal sobre os mesmos fatos⁴⁹⁶.

a) Conclusões do Advogado Geral Manuel Campos Sánchez Bordona

Luca Menci foi objeto de investigação perante as autoridades tributárias italianas em decorrência do não pagamento do IVA. A investigação foi concluída com o pagamento do tributo devido mais o pagamento de uma sanção de aproximadamente 30%. Após a sanção administrativa ter ganhado caráter definitivo, o Ministério Público instaurou um processo

⁴⁹³ TELES, 2012: 891 e 892

⁴⁹⁴ Acórdão de 05 de abril de 2017, Orsi e Baldetti, C- 217/15 e C-350/15, EU:C:2017:264. Mesmo apresentando características factuais distintas, o acórdão é relevante para o tema.

⁴⁹⁵ WEYEMBERG, 2017: 40

⁴⁹⁶ VERVAELE, 2013/1: 124 – 126. Ver Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105

penal contra o arguido, uma vez que o não pagamento do IVA constituía crime perante a legislação italiana⁴⁹⁷.

A questão prejudicial, portanto, gira em torno do art. 50.º da Carta, interpretado de acordo com as diretrizes do art. 4.º-P7, ser compreendido no sentido de que não pode haver a instauração de um processo penal contra um indivíduo, relativo ao pagamento de IVA, quando já lhe aplicado uma sanção administrativa transitada em julgado⁴⁹⁸.

Os documentos da UE preveem que em matéria de IVA os Estados membros devem tomar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para garantir o pagamento total do IVA, e lutar contra a fraude fiscal. Mais, as atividades ilícitas que lesam os interesses financeiros da UE devem ser combatidas de forma efetiva e dissuasora, medidas essas que devem ser tão eficientes como se fossem aplicadas ao direito interno. Os Estados membros são carregados de discricionariedade para escolher as medidas mais eficazes no combate às fraudes tributárias, alcançando sanções administrativas e penais, essas últimas utilizadas nos casos de fraudes mais graves⁴⁹⁹.

a) O art. 50.º da Carta

O Acórdão, até então elaborado pelo TJUE em relação ao *ne bis in idem* que representou um verdadeiro marco foi Fransson, em que, após a utilização dos critérios de Engel, foi conferida à sanção fiscal uma natureza penal, apesar de sua nomenclatura de sanção administrativa. A decisão gira em torno da possibilidade de aplicação cumulativa de sanção administrativa sobretaxada bem como a aplicação de uma sanção penal, desde que a sobretaxa imputada não fosse revestida de carácter penal⁵⁰⁰.

Sendo assim, o cúmulo de sanções penais e administrativas é permitido diante da interpretação conferida ao art. 50.º da Carta, desde que a sanção fiscal não tenha carácter penal e tenha transitado em julgado. Aplicação de uma sanção nominalmente administrativa, mas de índole repressiva, cumulada com uma sanção penal, representa, portanto, uma violação ao princípio do *ne bis in idem*⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 11 e 12

⁴⁹⁸ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 17

⁴⁹⁹ Sobre as informações do Direito italiano verificar parágrafos 9-11. Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 18-20

⁵⁰⁰ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 28 e 29

⁵⁰¹ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 30

Como afirmado pelo Advogado geral, a proteção dos interesses financeiros da UE frente à eficácia da fraude é o contraponto maior entre a incompatibilidade do cúmulo de sanções penais e administrativas com o princípio do *ne bis in idem*⁵⁰².

b) O alinhamento com a nova jurisprudência do TEDH

O alinhamento entre os tribunais representa a maior resposta de interpretação harmónica entre a Carta e a CEDH e é apoiado e defendido por diversos EM. Isso ocorre porque as legislações internas dos EM diferem muito na forma como tratam o cúmulo de sanções penais e administrativas. Sendo assim, a interpretação harmónica e conjunta – de acordo com o art. 52.º, n.º 4 e 6 da Carta - dos dois documentos seria capaz de apaziguar tal situação. A interpretação adequada, na visão dos Estados membros é a conferida pelo TEDH em *A e B c. Noruega*⁵⁰³.

Concordamos com a visão do Advogado Geral quando afirma que tal artigo não deve ser utilizado para mitigar a regra protetiva do art. 50.º da Carta, já que em momento nenhum é falado em práticas nacionais em relação a legislação⁵⁰⁴.

O art. 50.º da Carta resume-se a uma simples proibição de julgamento, sendo defendido por nós como direito fundamental, e, como tal, inerente a qualquer indivíduo. Não estão em jogo práticas jurídicas, desde que a prática jurídica seja o desrespeito aos direitos fundamentais. Aqui existe uma norma de proibição que não lhe cabe poder discricionário de aplicação.

Não é possível encontrar motivos pelo qual o alinhamento entre os Tribunais seja positivo em matéria de proteção de garantias e direitos fundamentais, já que o que existe é uma redução protetiva realizada pelo TEDH. O nível de proteção alcançado em *Fransson* deveria ser a pedra fundamental ao se pensar em *ne bis in idem*. Pelo motivo do próprio TEDH reconhecer que a maior proteção do *ne bis in idem*, contida no art. 4.º CEDH seria por meio de sancionamento único e o procedimento paralelo ter de ser exceção, não é

⁵⁰² Acórdão de 20 de março de 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 32

⁵⁰³ Acórdão de 20 de março de 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 63–65. No mesmo sentido a prática é mesmo comum entre diversos EM, e a questão das sanções administrativas sobre a questão tributária é realmente sensível, pois aloca o direito doméstico e o Direito da União Europeia em um mesmo barco de eficiência. *BADEA*, 2012: 309

⁵⁰⁴ Acórdão de 20 de março de 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 66

possível transformar a exceção em regra. O resultado prático é processamento duplo, violação do *ne bis in idem*⁵⁰⁵.

Portanto, não parece ser a decisão jurídica aceitável o alinhamento do TJUE nessa matéria por pressão por parte dos Estados, já que apresentam predisposição ao processamento duplo dessas diferentes sanções. O processamento paralelo ou sucessivo não deixa de ser dois, ou seja, “bis”, portanto, violação⁵⁰⁶.

Para os Estados membros que defendem a mitigação do *ne bis in idem* pelo art. 52.º, n.º 1 da Carta, as restrições constantes só podem ser realizadas mediante extrema necessidade e se correspondem aos objetivos gerais reconhecidos pela UE, ou proteção dos direitos e liberdades de terceiros. O argumento utilizado pelos EM é o primeiro, na maioria das vezes. Entretanto, algumas considerações devem ser feitas. Em primeiro lugar o que acontece no direito interno é que as legislações legitimam a dupla punição sobre as fraudes grandes contra o IVA, que representa o interesse da UE. Todavia, o argumento da extrema necessidade é rebatido no momento em que vários Governos o defendem, porém não todos os Governos⁵⁰⁷. O que deixa claro é que Estados membros são capazes de lutar pelos interesses da UE, punindo-os de forma exemplar sem que o indivíduo seja verdadeira vítima de dois procedimentos de natureza penal.

Quando analisadas as legislações internas relativas à cobrança de IVA, dois são os modelos frequentes. Em um primeiro momento, os chamados de via dupla, que permitem o desenvolvimento paralelo de procedimentos sancionatórios penais e administrativos, sob competência de suas respectivas autoridades. As sanções penais só poderiam ser aplicadas em casos mais graves. O outro sistema é o de via única, e nas situações de não pagamento de IVA de grandes valores, há a escolha entre procedimento administrativo ou penal, mas não seu cúmulo. Para ser classificado como crime, o montante, nesse segundo modelo, deve ultrapassar um limite legislado, mas logicamente o montante do IVA será liquidado pela Administração Pública⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 69 e 70

⁵⁰⁶ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 72

⁵⁰⁷ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 80-83

⁵⁰⁸ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 84-86

O sistema de via única, portanto, possibilita a exigência das necessidades da UE bem como a proteção do indivíduo relativa ao princípio do *ne bis in idem*. A necessária força dissuasora a quem comete fraudes de montantes elevados de IVA fica garantida através da justiça penal. Sendo assim, os processos paralelos, estejam eles conectados materialmente e temporalmente sobre duas sanções de natureza penal, abordam os mesmos fatos de caráter ilícito, e portanto, devem ser compreendidos como exigência necessária que possibilite a violação do princípio do *ne bis in idem*⁵⁰⁹.

Mantemos o ponto de vista que não é questionada a possibilidade dos Estados membros aplicarem sanções penais e administrativas de forma cumulada, desde que essas não apresentem, de maneira alguma, caráter penal. A resposta repressiva única não restringe o legislador de concretizar os objetivos da UE⁵¹⁰.

A escolha legislativa em traçar os dois caminhos sancionatórios evidencia, na realidade, as deficiências da estrutura estatal, uma vez que nem a Administração Pública nem a justiça penal são capazes de lidar com a questão de uma forma completa. O mais adequado, em nossa visão, seria uma melhora no sistema interno, e não sacrificar direitos fundamentais com base na eficiência para garantir os interesses econômicos da UE⁵¹¹.

Quando aplicados os critérios de Engel nesse caso concreto, logo de primeira percebe-se a não funcionalidade do primeiro critério, já que formalmente apresentam natureza distintas, e na prática também assim são classificadas de acordo com legislação e jurisprudência. A aplicação do segundo critério leva em consideração o âmbito de aplicação da norma, e, por se tratar de pagamento de IVA, atinge todos os indivíduos⁵¹².

O caráter penal das infrações, portanto, é reforçado pelo fato de as regras administrativas terem como objetivo simultâneo punir os contribuintes inadimplentes e servir de aviso e prevenção para os demais. Desta forma, tanto as sanções administrativas quanto as penais são uma manifestação do *ius puniendi* do Estado. Como seria possível então negar a capa repressiva inerente à primeira modalidade de sanções⁵¹³?

⁵⁰⁹ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 87 e 88

⁵¹⁰ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 89

⁵¹¹ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 108

⁵¹² Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 111 e 112

⁵¹³ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 113

Por conta do não pagamento de IVA, as sanções fiscais são revestidas da finalidade de garantir a cobrança adequada e como consequência proteger os interesses financeiros da UE, mas que em última análise, nos casos mais graves, também necessitam de tutela do Direito Penal. É nesse sentido que voltamos a invocar uma falsa necessidade no cúmulo de sanções, uma vez que uma abordagem mais completa através da sanção criminal nos casos mais graves, de uma forma mais integrada, seja garantia de uma resposta devida, não recaindo sobre o indivíduo a dupla punição⁵¹⁴.

No caso concreto, não parece haver qualquer conexão de complementaridade ou paralelismo entre os procedimentos, demonstrando uma clara separação entre o procedimento administrativo e penal, muito menos uma relação temporal estreita, já que o intervalo entre eles é superior a um ano, e o início do procedimento penal ocorreu após o trânsito em julgado da sanção administrativa de natureza penal⁵¹⁵.

Nas palavras do Advogado Geral, a avaliação do direito italiano deve ser feita analisando a existência da identidade entre os fatos materiais, que sem levar em consideração sua classificação jurídica, sejam fortes o suficiente para fundamentar as sanções penais e administrativas. Ocorrerá violação do art. 50.º da Carta caso for instaurado um procedimento criminal ou pena a quem tenha sido já punido através de uma sanção tributária, com caráter definitivo, sempre que esta seja revestida de natureza penal. Os tribunais domésticos terão de avaliar essa situação de acordo com “*a qualificação jurídica da infração no direito interno; a sua natureza, que se apreciará tendo em conta o objetivo da norma, os seus destinatários e o bem jurídico que protege; bem como a natureza e o grau de severidade da sanção*”⁵¹⁶.

c) Acórdão Luca Menci - C-524/15

a) A natureza penal dos procedimentos e sanções

⁵¹⁴ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 116-118

⁵¹⁵ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 125

⁵¹⁶ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Conclusões do Advogado Geral. n.º 126

Para os juízes do TJUE, três critérios devem ser avaliados para verificar a natureza penal de uma sanção não classificada formalmente como penal, são eles: *i)* a qualificação jurídica da infração no direito interno; *ii)* a própria natureza da infração; *iii)* o nível de severidade da sanção suscetível de ser aplicada ao interessado⁵¹⁷.

A discussão não gira em torno da qualificação penal das normas já que a qualificação conferida à norma no direito interno como administrativo não apresenta obstáculos à averiguação da natureza penal pelo TJUE, como afirmando no primeiro critério. O que é questionado é se a sanção administrativa aplicada a Luca Menci apresenta caráter penal e se, portanto, houve violação do princípio do *ne bis in idem*⁵¹⁸.

O objetivo é verificar se a sanção apresenta um caráter repressivo, mas que a simples questão preventiva não é suficiente para qualifica-la como de natureza penal, portanto, se limitar ao reparo do prejuízo causado não é, unicamente, uma qualidade penal⁵¹⁹.

A análise do terceiro critério de Engel possibilita afirmar que uma coima no valor de 30% sobre o imposto devido tem um nível elevado de severidade, o que reforça a ideia da natureza penal de determinada sanção administrativa⁵²⁰.

Concordamos com os pontos trazidos pelo Acórdão: não é possível, juridicamente falando, que a questão preventiva seja fundamento suficiente para a mudança de natureza de uma sanção de administrativa para penal.

b) A restrição ao direito do art. 50.º da Carta

A restrição de direitos e liberdades deve ser prevista em lei, como afirmado pelo art. 52.º, n.º 1 da Carta, e obrigatoriamente deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos. De acordo com o princípio da proporcionalidade, as restrições só podem ser aplicadas se necessárias e se tiverem como objetivo proteger os interesses gerais da UE. A legislação italiana, como já afirmado, prevê a possibilidade em lei do cúmulo de sanções penais e administrativas, dentro do requisito presente⁵²¹.

⁵¹⁷ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 26

⁵¹⁸ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 27-30

⁵¹⁹ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 31 e 32

⁵²⁰ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 33

⁵²¹ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 41 e 42

A legislação italiana prevê que o cúmulo de sanções apenas pode acontecer dentro de limites fixados, assegurando assim o direito constante no art. 50.º da Carta. A questão agora que deve ser respondida pelo TJUE é se a norma interna é um objetivo de interesse geral da UE. Se a resposta for positiva, e se as sanções corresponderem às finalidades complementares⁵²².

Não parece, ao Juízes, incoerente um EM querer punir um indivíduo pelo incumprimento de sua obrigação ao pagamento do tributo devido, aplicando sanções administrativas e eventualmente sanções penais quando a natureza da infração for mais grave. O respeito ao princípio da proporcionalidade exige que o cúmulo de procedimentos e consequentemente de sanções deva ser previsto em norma estatal, e que não seja extrapolado o limite fixado em lei⁵²³.

Como não existe harmonização do Direito da União Europeia em matéria tributária, os EM escolhem a forma mais efetiva de garantir a cobrança total das receitas do IVA, escolhendo, assim, o regime de sanções aplicáveis, mas que apenas podem ser sancionados uma única vez no regime que autoriza o cúmulo de sanções. Diante do exposto, a legislação nacional não deve ser posta em causa em decorrência de suas escolhas procedimentais, nem questionar sua proporcionalidade, apenas por prever a possibilidade do cúmulo. É, portanto, adequada a proteção dos interesses da UE. Quando questionada a necessidade, o que deve ser pensado é a composição das regras, se elas estão expostas de forma clara e sem pontos controversos, o que, na visão do TJUE, a legislação italiana se encaixa. Desta forma, a norma italiana prevê as condições necessárias que conferem às autoridades competentes limitar seu grau sancionatório ao extremamente necessário⁵²⁴.

Em última análise, o TEDH decidiu em seu famoso Acórdão e B vs. Noruega que o cúmulo de sanções penais e administrativas não viola o princípio do *ne bis in idem* quando existe um nexó material e temporal que o justifique. A interpretação do art. 50.º da Carta, conjuntamente com o art. 52.º n.º3 parece indicar que o melhor caminho é que ambas as legislações, CEDH e a Carta, apresentem o mesmo alcance protetivo, portanto, sem oposição

⁵²² Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 43 e 44

⁵²³ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 45 e 46

⁵²⁴ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 47-52, 56 e 57

à regra nacional que permite o cúmulo de sanções penais e de sanções administrativas, mesmo que de natureza penal, se estiveram presentes os objetivos já expostos⁵²⁵.

A decisão do TJEU foi de alinhar jurisprudencialmente ao TEDH o novo entendimento, de que o cúmulo de sanções administrativas de natureza penal e de sanções penais não representam violação aos arts. 4.º-P7 e 50.º da Carta quando verificada uma conexão material e temporal entre os fatos, através de procedimentos paralelos ou subsequentes. Também deve haver uma valoração da primeira sanção no momento de imposição da segunda sanção. Vale ressaltar também que a maioria dos juízes estabelece essa possibilidade pelo fato de que crimes fiscais não estão inseridos no núcleo central do Direito Penal (*hard core crimes*), já que não são delitos de alta reprovação social.

Mantemos nosso posicionamento de que tal cúmulo representa a violação do princípio do *ne bis in idem*. Não podemos aceitar os argumentos levantados pelo TJUE e seu consequente alinhamento ao TEDH. O desrespeito ao direito fundamental inserido no princípio do *ne bis in idem* não é justificável pelos interesses econômicos da UE. A violação do princípio representa um passo para trás no avanço jurídico alcançado nos Acórdãos Engel e Fransson, onde os indivíduos são colocados – no seu local ideal – no centro de proteção tanto da CEDH quanto do TJUE. Portanto, concordamos com todos os argumentos trazidos pelo Juiz Pinto de Albuquerque e Advogado Geral Sánchez Bordona.

Por ser considerado um princípio geral do Direito da União Europeia, ele não deve ser limitado ao campo penal, mas também aplicado aos procedimentos administrativos punitivos. Sendo assim, a imposições de sanções de caráter penal, como exercício do poder punitivo, deve ser de acordo com os princípios gerais do Direito da União Europeia, incluindo a própria Carta⁵²⁶.

2. A (ainda) problemática do cúmulo de sanções de natureza penal

⁵²⁵ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 61 e 62. Defendo a mesma posição na doutrina António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, na medida em que para esses autores o efeito da coisa julgada sobre sanções administrativas não apresenta as mesmas características que no âmbito penal. Sendo assim, o trânsito em julgado de sanções administrativas apenas impediria a reabertura de novos processos administrativos, mas não impede que seus elementos sejam valorados como integrantes de uma infração criminal. MENDES, CABRAL, 2004: 207

⁵²⁶ VERVAELE, 2013/1: 116 e 121

As decisões dos Tribunais acima expostas requerem uma reflexão mínima do alcance protetivo do *ne bis in idem*, uma vez que algumas indagações seguem sem uma resposta adequada.

A tendência acolhida pelos Tribunais parece a aceitação do que, costumeiramente, ocorria nas legislações dos Estados, onde a possibilidade do cúmulo sancionatório era a metodologia comum, desde que o cúmulo não ultrapassasse o necessário⁵²⁷.

Porém qual o limite entre o necessário e excesso? A partir de qual ponto uma cumulação é abordada como punição demasiada? As perguntas são importantes, e suas consequentes respostas, para compreender a maneira pela qual os tribunais tem lidado com sanções administrativas e afirmado que a conexão temporal ao procedimento criminal afasta a violação e consequente aplicação do *ne bis in idem*. A invocação da eficiência do Direito da União Europeia, no caso específico, parece ser uma fundamentação forte o suficiente para embasar as decisões jurídicas.

As restrições relativas ao *ne bis in idem* podem ser diferenciadas entre bons e maus argumentos. Sendo assim, um dos maus argumentos seria, sem qualquer dúvida, o que confere ao *ne bis in idem* uma (falsa) função de eficiência da investigação, bem como na economia do Direito Processual Penal. A ineficiência da investigação apresenta milhares de outros argumentos, que estariam fora das restrições ao *ne bis in idem*⁵²⁸.

O princípio da proporcionalidade, quando aplicado nas sanções administrativas, requer que a medida utilizada alcance seu objetivo, mas que de forma alguma ultrapasse o que é apropriado e necessário para alcançar tal objetivo. O ônus sobre a autoridade administrativa é sobre a justificativa de suas ações e requer a consideração da possibilidade de sanções alternativas⁵²⁹.

Na doutrina se fala muito na severidade da lei penal quando comparada a outros métodos sancionatórios. Concordamos com tal máxima no que diz respeito às penas privativas de liberdade. Todavia, a recíproca pode não ser verdadeira no que tange à imposição de sanções administrativas de cunho pecuniário e as penas de multa. A situação pode se inverter, apresentando o Direito Penal sanções mais brandas do que o Direito Administrativo sancionador⁵³⁰.

⁵²⁷ LELIEUR-FISCHER, 2005: 38

⁵²⁸ ROBERTS, Paul *apud* LEITE, V. 1, 2016: 291

⁵²⁹ STEINER, WOODS, TWIGG-FLESNER, 2003: 166

⁵³⁰ NIETO, 1990: 169

A quantia desmensurada de determinadas sanções de caráter pecuniário e as consequências por detrás, são capazes de gerar uma carga punitiva muito maior do que as previstas nos Códigos Penais. É necessário ajustar o ordenamento punitivo a uma concepção de repartição quantitativa do injusto⁵³¹.

Conhecer a natureza ou identidade dos procedimentos em análise é compreender o significado do “procedimento penal”, em que ao fim um indivíduo é condenado a uma pena de prisão e uma sanção administrativa de caráter punitivo em decorrência do valor aplicado à sobretaxa, bem como o âmbito repressivo/preventivo requerido pela Administração Pública.

A questão principal é perceber qual o grau de autonomia de um juiz, nacional ou de tribunal internacional, ao interpretar a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem*. Mais longe ainda é compreender o sentido expresso nos artigos que deve fundamentar sua decisão, dadas as opções atuais da Carta, CEDH e do Protocolo n.º 7⁵³².

O sentido e a finalidade formal dos arts. 6.º e 7.º da CEDH devem ser uniformes; o conteúdo desta finalidade, porém, inevitavelmente será variável, dado que não há uma definição material de infração penal no texto da CEDH. É também por essa razão que são necessários os critérios, os quais podem levar a que um mesmo ato, qualificado como administrativo em duas jurisdições, seja qualificado como criminal pelo TEDH em determinado caso, em decorrência de sua relevância social⁵³³.

De acordo com a jurisprudência atual do TEDH, se uma jurisdição especificamente qualifica um ato como criminal, isso automaticamente atrai as garantias da CEDH, sem qualquer questionamento do tribunal. Por outro lado, se este mesmo ato é qualificado como administrativo em outra jurisdição, o TEDH pode examinar e negar a aplicação dos arts. 6.º e 7.º. A lógica desse tratamento diferente (da verificação da natureza do ato) é conferir relevância às disposições legislativas dos EM: atos carregados de conotação socio-ética negativa não são normalmente meras ofensas administrativas⁵³⁴.

⁵³¹ CAAMAÑO, 2003: 120

⁵³² TORRES, 2011: 80

⁵³³ CAEIRO, 2014: 187

⁵³⁴ CAEIRO, 2014: 187.

Portanto, a extensão das garantias penais da CEDH foi concebida como uma forma de proteção contra a manipulação do Direito Penal pelos estados, não como uma forma tortuosa de extensão das garantias ao Direito Administrativo⁵³⁵.

3. Os efeitos da nova jurisprudência estabelecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seguida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

Após o Acórdão de A e B c. Noruega, proferido pelo TEDH, o que pareceu evidente é que o TJUE se preocupava mais com a proteção dos direitos fundamentais do que o próprio TEDH. A situação era, no mínimo, surpreendente, já que o esperado era que o TJUE fosse regido pelos princípios de eficiência levando em consideração os interesses econômicos da UE, enquanto o TEDH se preocupava em reconhecer e garantir os direitos fundamentais⁵³⁶.

Contudo, o alinhamento entre os Tribunais ocorreu e o que parecia apenas um revés do TEDH também se deu no TJUE. Após diversos Acórdãos, em ambos os Tribunais, estabelecer critérios e precedentes minimamente sólidos, a mudança do entendimento da jurisprudência representa um regresso na proteção dos direitos fundamentais.

O princípio do *ne bis in idem* é um direito fundamental internacional. Um de seus grandes marcos é assegurar a certeza e paz jurídica, bem como seu reconhecimento para todo cidadão. Seus fundamentos e objetivos devem ser sempre revisados quando novas situações surgem no questionamento na possibilidade de aplicação⁵³⁷.

As comunidades inseridas no Direito da União Europeia estão submetidas aos seus princípios e regras gerais. As sanções, portanto, devem estar previstas de forma explícita na legislação. Qualquer intervenção de uma instituição pública na vida privada de um indivíduo deve apresentar um fundamento legal forte o suficiente que o sustente, principalmente contra qualquer medida arbitrária ou desproporcional de intervenção⁵³⁸.

A necessidade dessa intensidade de proteção deve ser reconhecida como um princípio geral do Direito da União Europeia. Uma sanção, mesmo que não de natureza

⁵³⁵ CAEIRO, 2014: 187. No mesmo sentido: os princípios que norteiam o procedimento criminal, algumas vezes também são utilizados para limitar o âmbito punitivo do Direito Administrativo sancionador. Isso quer dizer que diversas vezes as infrações tipificadas em cada área do direito recebem o mesmo tratamento, mas, mesmo assim, por causa da conexão temporal e material, não representam transgressão ao *ne bis in idem*. As sanções são entendidas pela jurisprudência como genuíno Direito Penal, mas, mesmo assim, tem sido o entendimento atual dos principais Tribunais Europeus que são passíveis de cumulação. ZULEEG, 1999: 356

⁵³⁶ WEYEMBERG, 2017: 40 e 41

⁵³⁷ PEREIRA, MARTINS, 2007: 318

⁵³⁸ ZULEEG, 1999: 354

penal, só pode ser imposta se for fundamentada em uma legislação clara e uma provisão não ambígua. No momento sancionatório do poder Administrativo com a possível imposição de penalidades devem sempre se ter em conta o respeito aos direitos fundamentais, como o direito de defesa e o da proporcionalidade⁵³⁹.

Como o poder punitivo só é constitucionalmente aceito no montante em que for necessário para a proteção de determinado bem jurídico, o princípio da proporcionalidade não pode ser desvinculado da prévia necessidade da tutela penal. De outra forma: o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado de forma que automaticamente as condutas mais graves sejam inseridas no cunho penal e as menos gravosas no administrativo. Isso deve ser pensado porque, diversas vezes, em termos de eficácia e utilidade, as sanções administrativas podem representar-se mais adequadas do que a cominação penal⁵⁴⁰.

Se o legislador duplica o exercício do *ius puniendi* para alcançar a garantia judicial, a sanção administrativa configura coisa julgada para os efeitos do princípio do *ne bis in idem*, já que estaríamos diante dos mesmos fatos e mesmo bem jurídico⁵⁴¹.

O *ne bis in idem* não pode ser fundamentado em uma pretensa superioridade da lei penal sobre o Direito Administrativo sancionador. Não existe nenhuma base constitucional, ou nos tratados, que ratifique tal posição. Mas o que deve existir é, sim, a existência das mesmas garantias frente ao exercício do *ius puniendi* sobre os indivíduos, independentemente da sua manifestação ser dada através de uma sanção penal ou administrativa⁵⁴².

Quando os Estados nacionais agem sobre o suporte do Direito da União Europeia, as autoridades domésticas estão obrigadas a realizarem suas atividades sob o que consta em suas Constituições, as vinculações à CEDH e à Carta, o que pode gerar certo conflito caso haja divergência entre suas orientações. Para evitar essa discrepância, determinadas medidas foram tomadas, a Carta estabelece preceitos interpretativos, portanto, os originários da CEDH devem ser interpretados à luz desse documento, bem como respeitar as restrições previstas, a não ser que a Carta estabelece uma outra linha interpretativa⁵⁴³.

⁵³⁹ ZULEEG, 1999: 354

⁵⁴⁰ CAAMAÑO, 2003: 121

⁵⁴¹ CAAMAÑO, 2003: 128

⁵⁴² CAAMAÑO, 2003: 171

⁵⁴³ MOREIRA, 2012: 455 e 457

Quanto às restrições aos direitos fundamentais, é necessário afirmar que essa medida é apenas aceita quando seja de extrema necessidade para proteger ou promover outros direitos fundamentais, ou outro interesse constitucional. Por isso, qualquer limitação deve ser apenas o suficiente para tornar possível o alcance do objetivo. E mais importe, nenhuma restrição pode ser capaz de exterminar por completo os direitos fundamentais, devendo seu conteúdo original ser preservado⁵⁴⁴.

Para nós, portanto, o disposto nos recentes Acórdãos elaborados pelo TEDH e TJUE resultam em violação de direitos fundamentais. O *ne bis in idem* é violado na medida em que o Estado exerce duplamente seu poder punitivo, seja no âmbito penal ou administrativo. A decisão em definitivo da sanção administrativa faz sobre ela recair os pressupostos do caso julgado, impossibilitando a abertura, continuidade do procedimento e prolação de uma sentença, seja ela condenatória ou absolutória.

A ideia central gira em torno de que, apesar de determinados fatos poderem ser objeto de infrações distintas, só é possível sancionar de forma única, na medida em que uma das infrações engloba, de forma implícita ou explícita, o conteúdo da primeira norma. Os fatos devem ser valorados à norma que melhor se aplica ao caso concreto. Fica evidente que a proteção dos princípios da legalidade e tipicidade estão de acordo com a legislação, garantindo assim os direitos fundamentais dos indivíduos. Não deveriam ser impostos limites à aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre sanções penais e administrativas, mas deve o *ne bis in idem* atuar de forma uníssona em todo o Direito sancionador⁵⁴⁵.

O que para nós seria a melhor fórmula é o estudo do caso concreto, levando em consideração todos os pormenores de cada caso específico, para aí ponderar o método punitivo mais efetivo. Como já afirmado, partir do pressuposto de que sentenças penais apresentam um “teor” punitivo maior do que qualquer outro tipo sancionatório reflete em erro. As sanções devem ser avaliadas de acordo com as ponderações de proporcionalidade e efetividade, o que geraria a melhor resposta através do *ius puniendi* estatal.

Deste ponto de vista, a cumulação de sanções sobre o mesmo fato resulta desproporcionada, na medida que requer uma excessiva perda de direitos por parte dos indivíduos⁵⁴⁶, resultado em uma arbitrariedade do Estado através de seu poder punitivo.

⁵⁴⁴ MOREIRA, 2012: 458

⁵⁴⁵ ALBERO, 1995: 83

⁵⁴⁶ O princípio da proporcionalidade impõe um limite geral na tendência do Estado na perseguição de seus fins. No que diz respeito ao Direito sancionador, a exigência é que as finalidades político-criminais não devem

A fórmula defendida por grande parte da doutrina é a adesão da UE à CEDH, na medida em que esta passaria a integrar o corpo de documentos oficiais, deixando de representar princípios gerais do Direito da União Europeia. Isso facilitaria a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que solidificaria e vincularia o entendimento jurisprudencial entre os Tribunais.

Permitir à UE aderir a CEDH coroaria uma antiga ambição que contribuiria para uma melhor e maior coerência e coordenação entre a jurisprudência dos TJUE e do TEDH. Representaria, assim, a eficaz e harmónica proteção dos direitos fundamentais no âmbito da UE⁵⁴⁷.

A adesão da UE à CEDH implicaria na possibilidade de a UE ser demandada no que diz respeito à violação dos direitos fundamentais constantes no documento, o que, na visão de alguns, seria o veículo de construção de uma justiça penal completa⁵⁴⁸.

Para Vital Moreira, a adesão da UE à CEDH é devida, uma vez que diversos preceitos da Carta devem ser interpretados de acordo com os princípios e métodos interpretativos elaborados pelo TEDH em decorrência do art. 52.º n.º 3 da Carta, harmonizando o máximo possível ambos os documentos. Sendo assim, seria possível a proposição de recursos para o TEDH mediante decisão do TJUE por alegações ao desrespeito da CEDH. Por isso frise-se importante reduzir ao mínimo as discrepâncias jurisprudenciais entre ambas, a fim de que a UE não seja condenada pelo TEDH⁵⁴⁹.

Pedro Caeiro explica que o art. 52.º, n.º 3 sugere que as normas de direitos fundamentais que constem na Carta, e que tenham origem na CEDH, devem ser interpretadas de acordo com a jurisprudência do TEDH. A consequência prática dessa regra de interpretação consistiria na vinculação do TJUE à utilização dos Critérios de Engel para determinação da natureza de uma sanção como penal ou não. Isso significa que, caso a UE adira à CEDH, seja imposta uma aplicação obrigatória ao TJUE na utilização da jurisprudência do TEDH⁵⁵⁰.

sufocar – ou na pior das hipóteses massacrar – os direitos fundamentais. O direito sancionador nunca deve representar um sacrifício de direitos. A solução é aplicar a norma que melhor delimita a infração, evitando assim a pluralidade de sanções. ALBERO, 1995: 84 e 89

⁵⁴⁷ TEJADA, 2012: 198

⁵⁴⁸ KLIP, 2009: 724

⁵⁴⁹ MOREIRA, 2012: 463

⁵⁵⁰ CAEIRO, 2014: 182

Em outras palavras, da interpretação do artigo depreende-se que o TJUE não poderia interpretar a Carta de maneira incompatível com a jurisprudência do TEDH sobre a CEDH, a qual, em alguns aspectos, pode ser mais abrangente do que a Carta. Acresce que o TJUE, além de levar em consideração a jurisprudência do TEDH, deve observar as doutrinas disponíveis sobre o assunto, para que consiga, através de seu próprio papel jurisprudencial, contemplar os direitos contidos na CEDH. Caso a UE proceda a adesão formal da CEDH, é possível que através protocolo de adesão possa haver uma submissão à jurisprudência do TEDH⁵⁵¹.

De acordo com o exposto acima, nos posicionamos contra a adesão da UE à CEDH. Em primeiro lugar porque acreditamos na independência do sistema jurídico da UE, por se tratar de organização internacional que consolida o interesse de diversos EM, o que já resulta em uma tarefa difícil. Impor a ela regras a serem obedecidas retiraria toda a autonomia por ela conquistada, retirando a carga e importância do TJUE, submetendo-o suas decisões a revisões de outro Tribunal.

Em segundo lugar por que acreditamos na importância de dois Tribunais no Continente Europeu capazes de gerar e criar jurisprudência que se preocupe na proteção de direitos fundamentais. A jurisprudência entre ambos os tribunais não é engessada, sendo fluida e capaz de integrar e justificar decisões dos dois lados. Criar um Tribunal superior ao outro retiraria essa integração, que não duvidamos que exista. Portanto, consideramos importante constar na Europa dois Tribunais de igual importância que tenham como principal objetivo cuidar e proteger os direitos fundamentais dos indivíduos.

Consideramos, portanto, a Carta uma norma autônoma e específica à UE, a qual não é imune à passagem de tempo; ao contrário, ela evolui conjuntamente à própria UE.

A proteção dos Direitos Humanos é dita, por parte da doutrina, como uma espécie de religião do novo milênio, já que alcança um nível de reconhecimento global. Todavia, esse reconhecimento global, como standard internacional e a procura por sistemas de proteção mais e mais eficazes não é capaz de esconder a inerente relatividade e fragilidade do conceito de Direitos Humanos ainda presente⁵⁵².

O momento histórico em que várias autoridades europeias lutam contra o poder punitivo exagerado que os Estados são capazes de perpetrar, a fim de que os direitos

⁵⁵¹ CAEIRO, 2014:182

⁵⁵² TANASESCU, 2012: 549 e 550

fundamentais sejam protegidos, é inigualável. Poderia se dizer que o cidadão europeu é capaz de escolher os meios que pode utilizar para ver seus direitos tutelados. Mesmo antes da entrada em vigor da Carta, tais direitos já eram protegidos, através de reenvio prejudicial para o TJUE. Caso ainda se visse com seus direitos diminuídos, existia a possibilidade de invocação da CEDH. Após a entrada em vigor da Carta, apesar do art. 52.º n.º 3 afirmar a coerência jurisprudencial entre os Tribunais, não houve assim uma alteração tão relevante ante ao que ocorria⁵⁵³.

Merece especial destaque, todavia, o Acórdão *Garlsson Real Estate* e outros⁵⁵⁴, proferido pelo TJUE. Muito embora não apresente todos os elementos centrais em comum com os Acórdãos acima analisados, a decisão proferida reitera nossa posição de violação do *ne bis in idem* em decorrência do cúmulo de sanções administrativas de natureza penal e penal. É o que passamos agora a comentar.

O mérito da causa gira em torno de abuso de mercado e a punição também por via dupla, como nos Acórdão analisados. Foi aplicada uma sanção administrativa no valor aproximado de 10 milhões de euros em decorrência de práticas contra regulação de mercado sobre Ricucci. Todavia, no âmbito da abertura do procedimento administrativo, Ricucci alegou já ter sido condenado criminalmente, com sanção transitada em julgada, sobre os mesmos fatos⁵⁵⁵.

As regulamentações em sede de abuso de mercado são direito derivado do Direito da União Europeia. De acordo com a diretiva aplicável, as sanções devem ser dissuasivas e proporcionais à infração cometida. Enquanto isso, o regulamento afirma que o valor das coimas pode chegar ao máximo do que impõe os EM em suas legislações nacionais, o que pode implicar uma aplicação acima do limite máximo estipulado pelo regulamento n.º 596/2014. No entanto, a escolha do tipo de sanção aplicável é discricionária de cada EM⁵⁵⁶. Importa ressaltar que a Diretiva 2014/57 faz alusão explícita ao princípio do *ne bis in idem* constante na Carta, nos termos em que proíbe utilização da via dupla sancionatória quando a sanção administrativa é revestida de natureza penal⁵⁵⁷.

⁵⁵³ TANASESCU, 2012: 556 e 557

⁵⁵⁴ Em sentido semelhante: Acórdão de 20 de março de 2018, *Di Puma*, C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192

⁵⁵⁵ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate* e o., C-537/16, Conclusões do Advogado Geral, EU:C:2017:668, n.º 1, 24 e 26-28

⁵⁵⁶ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate* e o., C-537/16, Conclusões do Advogado Geral, EU:C:2017:668, n.º 6, 9 e 10.

⁵⁵⁷ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate* e o., C-537/16, Conclusões do Advogado Geral, EU:C:2017:668, n.º 15

A análise do caso pelo mesmo Advogado-Geral em Luca Menci⁵⁵⁸, Sánchez-Bordona, não apresenta tantas novidades, uma vez que, em sua opinião, o cúmulo de sanções administrativas de natureza penal e administrativa constitui violação clara do art. 50.º da Carta, de acordo com o conceito autônomo de sanção penal desenvolvido pelo TEDH e utilizado em outros acórdão do TJUE⁵⁵⁹.

Diferentemente do mérito dos diversos Acórdãos, Ricucci foi condenando primeiramente a uma sanção penal que adquiriu caráter de coisa julgada e depois foi efetivamente condenado à uma sanção administrativa de natureza penal⁵⁶⁰. Tal situação já havia sido alertada por Pinto de Albuquerque em seu Voto em separado no Acórdão A e B c. Noruega, bem como a problemática de não conferir os efeitos da *res judicata* a um procedimento criminal⁵⁶¹.

A posição estabelecida pelo Advogado-Geral é a que defendemos ao longo de todo o trabalho:

Entendo, tal como a Comissão, que a exigência de efetividade das sanções não constitui uma limitação do direito ao ne bis in idem do artigo 50.º da Carta. A obrigação de aplicar sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas impende sobre os Estados de forma geral e independentemente de adotarem um sistema de via dupla (penal e administrativa) ou de via única (penal) para punir os abusos de mercado. Seja qual for o mecanismo escolhido, o regime sancionatório tem de ser efetivo e, em qualquer caso, respeitar o direito ao ne bis in idem consagrado no artigo 50.º da Carta⁵⁶².

O TJUE decidiu, portanto, que existe violação do *ne bis in idem* na medida em que são cumuladas sanções administrativas de natureza penal e sanções penais, mesmo que invocado o Direito da União da Europeia, como também a manutenção de seus interesses através de uma maior eficácia de suas regras através dos tribunais nacionais⁵⁶³.

Os critérios utilizados pelo TJUE para determinar a natureza penal de uma sanção administrativa são os mesmos aplicados desde Bonda, na medida em que foram utilizados

⁵⁵⁸ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, Conclusões do Advogado Geral, EU:C:2017:668, n.º 52 e 53

⁵⁵⁹ Ver Acórdão de 5 de junho de 2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319

⁵⁶⁰ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, Conclusões do Advogado Geral, EU:C:2017:668, n.º 56

⁵⁶¹ Nota de rodapé 477 - *A e B c. Noruega* [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, § 39, TEDH 2016- Voto em separado do Juiz Pinto de Albuquerque, p. 39

⁵⁶² Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, Conclusões do Advogado Geral, EU:C:2017:668, n.º 73. Ver também n.º 80.

⁵⁶³ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, EU:C:2018:193, n.º 69

os Critérios de Engel através de uma evolução de acordo com as necessidades de cada mérito em causa⁵⁶⁴.

A invocação do princípio da proporcionalidade no cúmulo de sanções penais e administrativas também é invocado no Acórdão, já que não existe proibição da via dupla procedimental, através de regras claras, de quais infrações possam ser objeto desse cúmulo sancionatório⁵⁶⁵.

Portanto, a análise da decisão representa a ainda importância conferida aos direitos fundamentais frente ao interesse econômico dos Estados e da UE. Acreditamos que o TJUE, em seus futuros casos, aplique o entendimento que amplia a proteção dos direitos fundamentais, como vinha ocorrendo até a ruptura trazida por A e B c. Noruega.

⁵⁶⁴ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, EU:C:2018:193, nº 28 e 32

⁵⁶⁵ Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, EU:C:2018:193, nº 48, 49 e 51. Especial atenção aos ns.º 63 e 67.

CONCLUSÃO

A derradeira análise deste trabalho estabelece-se através de uma perspectiva de ruptura. O precedente elaborado pelo TEDH e TJUE, que no passado possibilitaram a maior proteção dos direitos fundamentais, foi consideravelmente alterado, regredindo os efeitos do *ne bis in idem* em nome da eficiência da política criminal escolhida pelos Estados e dos interesses econômicos da UE.

De acordo com a assertiva acima, tentaremos responder às duas principais questões trazidas no trabalho: (i) a cumulação de sanções penais e administrativas de natureza penal representa violação do *ne bis in idem* em decorrência da não aplicação dos preceitos de sanção autônoma para proteção dos arts. 6.º e 7.º da CEDH? (ii) deve o TJUE aderir à CEDH de forma a transformá-la em documento oficial da UE, não mais como princípios gerais norteadores interpretativos das normas que constam na Carta?

Através dos argumentos elencados ao longo do trabalho, afirmamos que a proteção dos direitos fundamentais deve constituir elemento central de preocupação de garantia no sistema jurídico de cada Estado, devendo esse controle ser exercido pelo TEDH e TJUE de modo que os indivíduos se sintam tutelados e tenham seus direitos garantidos.

Importa ressaltar também, que o efeito do caso julgado sobre as sanções administrativas de natureza punitiva deve ter o mesmo escopo protetivo conferido às sanções penais. É inegável que as sanções administrativas de natureza punitiva apenas representem uma outra vertente do *ius puniendi* do Estado, devendo o cidadão também ser protegido nesse aspecto. Isolar o direito punitivo ao âmbito penal é descobrir os indivíduos de seus direitos fundamentais.

A invocação da melhora da eficiência da política sancionatória através da abertura de procedimentos paralelos, desde que ambos de natureza penal, não pode ser elemento suficiente para que se restrinja os direitos fundamentais dos indivíduos. Não negamos que diversas vezes os direitos fundamentais esbarram com restrições, todavia, essas restrições devem ser fortes o suficiente para que justifiquem sua necessidade. Não concebemos que o viés econômico, tanto da economia processual quanto da melhor recolha de impostos, constitua fundamento forte o suficiente que possibilite uma dupla sanção de natureza penal sobre determinado cidadão.

Isto posto, vemos violados os arts. 6.º e 7.º da CEDH, no momento em que os requisitos de proteção aos indivíduos sobre os quais recaem um procedimento criminal não

são respeitados para efeito do cúmulo sancionatório e consequente não violação do *ne bis in idem*. O conceito autônomo de sanção penal desenvolvido pelo TEDH e TJUE não consta preservado nos Acórdãos A e B c. Noruega e Luca Menci.

Em relação à segunda pergunta, a nós não parece o caminho mais efetivo a adesão da UE à CEDH. O primeiro argumento é que a eventual adesão não pode ser confundida com a momentânea solução de todos os problemas referentes à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus. A divergência jurisprudencial dos Tribunais não seria sanada antes que houvesse um intenso – e longo – debate sobre os limites impostos pelos Acórdãos.

Nesta perspectiva, a nós parece que a adesão retiraria a autonomia jurídica conquistada pela UE, todo seu modelo moldado com os Tratados, Regulamentos, Diretivas, Decisões Quadro.

Tal conclusão importaria em uma submissão obrigatória do TJUE às decisões elaboradas pelo TEDH, já que a elevação da CEDH a direito primário garantiria um maior poder do TEDH sobre as questões dos indivíduos da UE.

A conexão comunitária já delimita a área de atuação do TJUE, restringindo apenas sua invocação quando em dúvida questões interpretativas e de aplicação do Direito da União Europeia pelos tribunais nacionais. Isso, portanto, não retira a possibilidade de os indivíduos acessarem ao TEDH quando sentirem seus direitos fundamentais restritos, como no caso da dupla penalização em consequência de fraude fiscal.

Acrescenta-se que a não hierarquia e vinculação desses Tribunais representa um maior controle entre as decisões elaboradas entre eles. A partir do momento em que um Tribunal elabore uma interpretação que não parece a melhor, o outro Tribunal não necessariamente tomará para si aquele precedente do próximo caso semelhante, desenvolvendo, assim, um novo bloco interpretativo que se preocupe com a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

A vinculação obrigatória entre as decisões poderia significar um regresso na tutela dos direitos fundamentais na medida em que a partir do ponto que um Acórdão fosse proferido, o Tribunal hierarquicamente inferior deveria acatar o modelo desenvolvido, mesmo que fosse contra os princípios desenvolvidos até então.

Acreditamos, portanto, que os Tribunais não precisam estar vinculados obrigatoriamente através da adesão à CEDH por parte da UE para que haja uma organização jurisprudencial minimamente harmônica entre eles.

Entendemos, portanto, que a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos deve se sobrepor a qualquer outro princípio ou regra doméstica ou ao nível da UE em termos de eficiência procedimental/econômica ou que vá ao encontro dos interesses financeiros da UE.

Perante os pontos de vista trazidos, e na tentativa de conseguirmos responder às perguntas formuladas no nosso objeto, concluimos que ocorre sim a violação do *ne bis in idem* quando procedimentos de natureza penal, sejam eles paralelos ou consecutivos, aplicam aos indivíduos duas sanções de natureza penal, mesmo que invocado uma ligação material e temporal estreita entre os procedimentos, bem como sua complementação. Para nós, ainda configura um excesso do poder punitivo dos Estados, e tal situação não pode ser tolerada.

BIBLIOGRAFIA

ALBERO, Ramón Garcia. (1995). “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedes Editorial.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. (2011) Comentário do regime geral das contra ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALEXY, Robert. VALDÉS, Ernesto Garzón (trad.). (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ANDRADE, Manuel da Costa. (1998). Contributo para o conceito de contraordenação (a experiência alemã) *in* Direito penal e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora.

ANDRADE, Manuel da. (2009). A fraude fiscal – dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”? *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. 3, Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, Manuel Ferreira. (2009). Contra-ordenações e coimas: anotado e comentado. Lisboa: Livraria Petrony-Editores.

ARNULL, Anthony. (2007). Me and My Shadow: The European Court of Justice and the Disintegration of European Community Law *in* Fordham International Law Journal, V. 31, Issue 5.

BADEA, Corina. (2012). Shaping fundamental principles of EU law in the area of freedom, security and justice – the *ne bis in idem* challenge for the CJUE in ERA Forum. Conteúdo extraído de HeinOnline.

BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. (2007). *International Criminal Law*. 3ª ed, Routledge-Cavendish.

BARRETO, Ireneu Cabral. (2016). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 1ª ed, Coimbra, Editora Almedina.

BECCARIA, Cesare. COSTA, José de faria (trad.). (2014). *Dos Delitos e das Penas*. Livorno, 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.

BENTO, Márcia Costa; ALVES, Dora Resende. (2015). A noção de jurisdição para efeitos de interpelação do recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais. *Revista Jurídica Portucalense* n.º 17 V. 1.

BETTIOL, Giuseppe. ANDRADE, Manuel da Costa (trad). (1974) *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

BETTIOL, Giuseppe. ANDRADE, Manuel da Costa (trad). (1967). *O problema penal*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BOWER, George Spencer. (1996). *The doctrine of res judicata*. 3ª ed. (Handley, K.R). London: Butterworths.

BRANDÃO, Nuno. (2016). *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BRAVO, Teresa Maria da Silva. (2014). *O Ne Bis in Idem no espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no Direito Europeu da Concorrência: uma análise jurídica* (tese de doutoramento; orientadora: Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues), Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

BRAVO, Teresa. (2011). *Ne Bis in Idem* as a Defence Right and Procedural Safeguard in the EU, 2 New J. Eur. Crim. L. 393, pp: 393-401. Conteúdo extraído de HeinOnline.

BURCHARD, Christoph; BRODOWSKI, Dominik. (2010). Post-Lisbon Principle of Transnational *Ne Bis in Idem*: On the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement: Case Note on District Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 - Boere), Decision of 8 December 2010, 1 New Journal of European Criminal Law. 310, Conteúdo extraído de HeinOnline.

CAAMAÑO, Francisco. (2003). La garantía constitucional de la inocência. Valencia: Tirant lo Blanch.

CAEIRO, Pedro. (2014). The influence of the EU in the “blurring” between administrative and criminal law *in* Do labels still matter? *in* Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU. GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne ed., Bruxelas: Editions de L’Universite de Bruxelles.

CAEIRO, Pedro. (1998). Perspectivas de formação da um Direito Penal da União Europeia *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. I Coimbra, Coimbra Editora.

CAEIRO, Pedro. (2009). Cooperação judiciária na União Europeia *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. III Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

CAEIRO, Pedro. (2014). "A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu", *in* Constança Urbano de Sousa (coord.), O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes, Lisboa: Edial, pp. 241-255.

CALDEIRA, Felipe Machado. (2012) A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 95, mar./abr..

CAMPOS, João Luiz Mota de. (2010). Manual de Direito Europeu. 6^a ed, Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. (2007). Constituição da República Portuguesa Anotada, V. I, 4^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J. Gomes. (2003). Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7^a ed, Coimbra, Almedina.

CARRERA, Sergio; DE SOMER, Marie; PETKOVA, Bilyana. (2012) The Court of Justice of the European Union as a Fundamental Rights Tribunal Challenges for the Effective Delivery of Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 49.

CARVALHO, Américo A. Taipa. (2004) Direito Penal – Parte Geral V, Teoria Geral do Crime. II. Porto: Publicações Universidade Católica.

CAVOSKI, Aleksandra. (2004) Interpretation of rule *ne bis in idem* in 6 Rev. Eur. L. 65. Conteúdo extraído de HeinOnline..

CONWAY, Gerard. (2003). *Ne Bis in Idem* in International Law in 3 International Criminal Law Review, pp: 217 -244. Conteúdo extraído de HeinOnline.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. (1963) A teoria do concurso em direito criminal. Coimbra: Almedina.

CORRIAS, Luigi (2016). National Identity and European Integration: The Unbearable Lightness of legal tradition. European Papers, V. 1, N° 2.

COSTA, Joaquim Pedro Formigal Cardoso da. O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas in *Ciência e Técnica Fiscal*. N. 336, abril/junho 1992, pp: 41-69.

COSTA, José de Faria. (2009) O fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico in *Direito Penal Europeu: textos doutrinários* V. 3. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. (1998) Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico: notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. V. I Coimbra: Coimbra Editora.

CRAIG, Paul; BÚRCA, de Gráinne. (2008) *EU LAW. Text, cases, and materials*. 3^a ed, Oxford University Press.

CUNHA, Alice; SILVA, Marta; FREDERICO, Rui (eds.). (2015) *The borders of Schengen*. P.I.E Peter Lang, Brussels.

CUNHA, José Damião da. (2002) O caso julgado parcial: questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória. Porto: Publicações Universidade Católica.

DIAS, Jorge de Figueiredo. (2004) *Direito Penal, Parte Geral Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. (1998) A problemática geral das infrações contra a economia nacional in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. V. I Coimbra: Coimbra Editora.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. (2015) *European Federal Criminal Law. The federal Dimension of EU Criminal Law*. Cambridge, Intersentia.

DOLLAT, Patrick. (2007). *Droit européen et droit de l'Union européenne*. 2^a ed., Paris: Dalloz.

DRUESNE, Gérard. (2002) *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*. 7^a ed., Paris: Press Universitaires de France.

DWORKIN, Ronald. BOEIRA, Nelson (trad.). (2002) *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.

FLETCHER, Maria; LOOF, Robin; GILMORE, Bill. (2008) *EU Criminal Law and Justice*. Cornwall, Edward Elgar.

FLETCHER, Maria. (2003) Some Developments to the *ne bis in idem* Principle in the European Union: Criminal Proceedings against Huseyn Gozutok and Klaus Brugge *in* 66 *The Modern Law Review*. pp: 769-780. Conteúdo extraído de HeinOnline.

FLORE, Daniel. (2014) *Droit Pénal Européen: les enjeux d'une justice pénale européenne*. 2^a ed., Larcier, Bruxelas.

GOEBEL, Roger J.; FOX, Eleanor M.; BERMANN, Georger A.; ATIK, Jeffrey; EMMERT, Frank.; GERARD, Damien. (2015) *Cases and materials on European Union Law*. 4^a ed., St. Paul, West Academic Publishing.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. (2008) *Direito Comunitário*. 5^a ed, Coimbra: Almedina.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. (2011) *Textos fundamentais de Direito Internacional Público*. Coimbra: Editora Almedina.

GUILLAIN, Christine; CARTUYVELS, Yves. (2015) Les sanction administratives communales. Bruxelles: La Charte.

HARDING, Christopher. (2015) The interplay of Criminal and Administrative Law in the context of market regulation: the case of serious competition infringements *in* Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice: theoretical, comparative and transnational perspectives. MITSILEGAS, Valsamis; ALDRIDGE, Peter; CHELIOTIS, Leonidas (ed.). Oxford, Hart Publishing,

HERLIN-KARNELL, Ester. (2012) The Constitutional dimension of European Criminal Law. Oxford: Hart Publishing.

HREBLAY, Vendelin. (1998) Les Accords de Schengen. Bruylant Bruxelles, Bruxelles.

JALVO, Belén Mariana. *Non bis in idem* y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal: Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente *in* Revista Española de Derecho Administrativo, N. 108, outubro/dezembro de 2000, pp: 607-618.

JAMIN, Vincent. (2014) Blurring boundaries between administrative and criminal law: from the perspective of an EU agency *in* Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU. GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne ed., Bruxelles, Editions de L'Universite de Bruxelles.

JOSÉ, Rosendo Dias. Sanções administrativas *in* Revista de Direito Público. Ano 5, N. 9, 1991, pp: 37-64.

KELLEY, Carol P.; MILNER, Mary Margaret. *Res Judicata* and Administrative Jurisdiction--A Proposal for Resolving Conflicts Between Agencies with Overlapping Jurisdiction *in* 35 The George Washington Law Review, 1967, pp: 1056-1067. Conteúdo extraído de HeinOnline.

KIDRON, Eithan Y. Understanding Administrative Sanctioning as Corrective Justice, 51 University of Michigan Journal of Law Reform, 2018, pp: 313-355. Conteúdo extraído de HeinOnline.

KLIP, André. (2016) *European Criminal Law: an integrative approach*. Intersentia,

KLIP, André. CAEIRO, Pedro (trad.). (2009) Repensando o Direito Penal Europeu *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias. V. I.

LANCEIRO, Rui Tavares. (2012) A “erosão” dos princípios da autoridade do caso julgado e do caso decidido pelo Direito da União Europeia *in* Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. SOUSA, Marcelo Rebelo (ed. lit) V. 5. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

LEITE, Inês Ferreira. (2016) *Ne (idem) bis in idem: proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos a racionalidade do poder punitivo público*. V. 1. Lisboa: AAFDL Editora.

LEITE, Inês Ferreira. (2016) *Ne (idem) bis in idem: proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos a racionalidade do poder punitivo público*. V. 2. Lisboa: AAFDL Editora.

LELIEUR-FISCHER, Juliette. (2005) *La règle ne bis in idem: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*. Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

LELIEUR, Juliette. Transnationalising *Ne Bis in Idem*: How the Rule of *Ne is Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty *in* 9 Utrecht L. Rev. 198, 2013, pp: 198-210. Conteúdo extraído de HeinOnline

LENAERTS, Koen. The contribution of the European Court of Justice to the area of Freedom, Security and Justice, ICLQ vol 59, April 2010

LIGETI, Katalin. Transforming the *ne bis in idem* principle into a fundamental right in the EU in European Criminal Law in the global context: values, principles and policies (abstracts). CAEIRO, Pedro (org.). Coimbra, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 30-31 março 2017

LOOF, Robin. 54 CISA and the Principles of Ne Bis In Idem in 15 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. 2007, pp: 309-334. Conteúdo extraído HeinOnline

LOUREIRO, Flávia Norversa; FREITAS, Pedro Miguel. (2013) Art. 50.º Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delido in Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - Comentada. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (coord.). Coimbra: Editora Almedina

MACHADO, Jonatas E. M. (2010) Direito da União Europeia. 1ª ed, Coimbra: Coimbra Editora.

MALETTA, Angelo. The *ne bis in idem* principle in the case law of the European Court of Human Rights in 2017 TaxMag, n.º 4, abril, 2017 pp: 178-184. Conteúdo extraído de HeinOnline.

MARTÍN, José. NANCLARES, Pérez. El TJUE como actor de la constitucionalidade em el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal com los tribunales constitucionales y com el TEDH. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, p. 235. disponível em: <http://eds.a.ebscohost.com/Legacy/Views/static/html/Error.htm?aspxerrorpath=/eds/pdfviewer/pdfviewer>.

MEDHURST, David. (2001) A brief and practical guide to EU Law. 3.^a ed., Oxford: Blackwell Science.

MENDES, António de Oliveira; CABRAL, José dos Santos. (2004) Notas ao regime geral das contra-ordenações e coimas. Coimbra: Almedina.

MESQUITA, Maria José Rangel de. (2016) Direito da União Europeia: textos básicos. Lisboa: AAFDL Editora.

MESQUITA, Maria José Rangel de. (2013) Introdução ao contencioso da União Europeia. Coimbra: Almedina.

MODERNE, Franck. (1993) Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines. Paris: Economica.

MONTE, Mário Ferreira; WHYTE, Joana. (2016) Cooperação Judiciária em Matéria penal *in* Direito da União Europeia: elementos de Direito e Políticas da União Europeia. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE Pedro madeira (coord.). Coimbra: Editora Almedina.

MOREIRA, Vital. Introdução à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 20, V. 95 (março-abril), 2012, pp: 443-467.

MOUTINHO, José Lobo. (2008) Direito das contra ordenações: ensinar e investigar. Lisboa: Universidade Católica Editora.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2004) Derecho penal: parte general. Sevilla-Barcelona: Tirant lo Blanch, 6^a ed.

NABAIAS, José Casalta. (2016) Direito Fiscal. 9^o ed. Coimbra, Editora Almedina.

NIETO, Alejandro. El principio *Non bis in idem* in *Revista Vasca de Administracion Publica*. – 28, 1990, pp: 157-170.

PALIERO, Carlo Enrico; TRAVI, Aldo. (1988) *La sanzione amministrativa: profili sistematici*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore.

PALIERO, Carlo Enrico. (2013) *the definition of Administrative sanction – general report in Administrative Sanction in the European Union*. JANSEN Oswald (ed.). Intersentia.

PALMA, Maria Fernanda. (2006) *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina.

PEREIRA, António Pinto. (2016) *Direito da União Europeia: o sistema institucional*. Lisboa: Escolar Editora.

PEREIRA, Luis Silva. MARTINS, Teresa Alves. *O princípio do Ne bis in idem e os conflitos internacionais de jurisdição*. *Revista do CEJ*, VII, 2007, pp: 313-356.

PINTO, Inês Horta. (2003) *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ªed.

PRADEL, Jean; CORSTENS, Geert; VERMEULEN, Gert. (2009) *Droit pénal européen*. Paris: 3ª ed, Dalloz,

PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manuel Izquierdo; ARMIJO, Antonio M.ª Bueno. (2010) *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 1ª ed.

QUADROS, Fausto de. (2004) *Direito da União Europeia*. Coimbra: Editora Almedina.

RAMOS, Vânia Costa. Direito penal europeu institucional: o quadro "pós-Lisboa": por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino? Revista da Ordem dos Advogados, A. 73 abril-setembro Lisboa, 2013.

RAMOS, Vânia Costa. (2009) *Ne bis in idem* e União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora.

ROCHA, Armando. (2010) O contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: o modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda. (2008) O Direito Penal Europeu Emergente. Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda . (2014). A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra: Coimbra Editora.

ROGALSKI, Maciej. Exceptions to *Res Judicata* and the Prohibition of *Ne Bis in Idem* in Criminal Law, 8 International Law Year Book. 2017-2018, pp: 103-138. Conteúdo extraído de HeinOnline.

ROSA, Manuel Cortes. (1999) Natureza jurídica das penas fiscais *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. II, Coimbra: Coimbra Editora.

ROXIN, Claus. GRECOO, Luis (trad.). (2000) Política criminal e sistema jurídico penal. Rio de Janeiro: Renovar.

SABOYA, Keity. (2014) *Ne bis in idem*: história, teoria e perspectivas. Editora Lumen Juris.

SALINAS, Henrique. (2014) Os limites objectivos do *ne bis in idem* e a estrutura acusatória no Processo Penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora.

SCHABAS, Willian A. (2015) *The European Convention on Human Rights: a commentary*. Oxford: Oxford University Press.

SCHUTZE, Robert. (2015) *European Union Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

SHAPIRO, Martin. (1999) *Compliance and Enforcement of European Community Law*. VERVAELE, John A. E. (ed.) Kluwer Law International.

SILVA, Germano Marques da. (2000) *Imposto, ética e crime (tentativas de resposta a algumas interrogações correntes) in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, V. 2*. Coimbra: Editora Almedina.

SILVA, RUI CANAS. (2011). *A europeização do Direito Constitucional Português: o ne bis in idem em matéria criminal in Revista de Direito Público, Ano III, N.º 5, janeiro/junho pp: 183-226T*.

SILVEIRA, Alessandra. (2012) *Autonomia institucional/processual dos Estados-membros e efectividade do Direito da União Europeia na jurisprudência do TJUE (ou do Baile de Pierre-Auguste Renoir) in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. SOUSA, Marcelo Rebelo (ed. lit) V. 5. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

SNYDER, Francis. (1999) *Compliance and Enforcement of European Community Law*. Vervaele, J.A.E., Kluwer Law International.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. (2007) *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. 1ª ed., Civitas.

SOUSA, Susana Aires de. (2009) Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. V. 3, Coimbra: Coimbra Editora.

SOUSA, Susana Aires de. (2006) Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora.

STEINER, Jo; WOODS, Lorna; TWIGG-FLESNER, Christian. (2003) Textbook on EC Law. 8^a ed, Oxford University Press.

STUBBS, Katja Sugman; JAGER, Matjaz. (2014) The organization of administrative and criminal law in national legal systems: exclusion, organize dor non-organized co-existence *in* Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU. GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (ed.), Bruxelas: Editions de L'Universite de Bruxelles.

TANASESCU, Simina. (2012) La Charte des Droits fondamentaux de l'UE: avantages et effects pour les citoyens européens *in* Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. SOUSA, Marcelo Rebelo (ed. lit) V. 5. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

TEJADA, Javier Tajadura. (2012) Derechos fundamnetales y Unión Euroepa: los limites de la integración diferenciada *in* Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. SOUSA, Marcelo Rebelo (ed. lit) V. 5. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

TELES, Patrícia Galvão. (2012) As sanções e as relações entre as ordens jurídicas internacional e europeia *in* Boletim da Faculdade de Direito Vol. LXXXVIII, Tomo II (separata), Coimbra.

TOMILLO, Manuel Gómez. (2008) Derecho Administrativo Sancionador. Parte general: teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo. Navarra: Editorial Aranzadi.

TORRES, Agostinho S. O princípio *ne bis in idem*: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia in Revista Julgar, Nº 14, 2011. Pp: 77—100.

TRECHSEL, Stefan. (2005) Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford: Oxford University Press.

VERVAELE, John A. E. (2005) The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law dimension of European integration. Brugge: European Legal Studies - College of Europe.

VERVAELE, John A.E. *Ne Bis In Idem*: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU? *Utretch Law Review*, Vol. 9, Issue 4 , stembro, 2013, pp: 211-229.

VERVAELE, John. The application of the EU Charter of Fundamental Rights (CRF) and its *Ne bis in idem* Principle in the Member States of the EU in *Review of European Administrative law*. V 6, n.º 2013/1, pp: 113-134.

VIDAL, José Marques. (1997) Os Tratados Comunitários e o Acordo e Convenção Schengen. Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa.

VUGT, Adrienne de Moos-van. (2013) Administrative Sanction in the European Union. JANSEN Oswald (ed.). Intersentia.

WEYEMBERG, Anne. Transforming the *ne bis in idem* principle into a fundamental right in the EU in *European Criminal Law in the global context: values, principles and policies (abstracts)*. CAEIRO, Pedro (org.). Coimbra, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 30-31 março 2017.

WEYEMBERGH, Anne; JONCHERAY, Nicolas. Punitive administrative sanctions and procedural safeguards *in* New Journal of European Criminal Law. V. 7, n.º 02, 2016, pp: 190-209.

WEYMBERG, Anne; ARMADA, Inés. The principle of ne bis in idem Europe's Area of Freedom, Security and Justice *in* Research Handbook on EU Criminal Law. MITSILEGAS, Valsamis; BERGSTROM, Maria; KONSTANDINIDES, Theodore (ed.). Edward Elgar Publishing, 2016 Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=CMixCwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false> acessado em: 24.04.2017.

WONG, Christoffer. Criminal sanction and administrative penalties: the *quid* of the *ne bis in idem* principle and some original sins *in* Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU. GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne ed., Bruxelas, Editions de L'Universite de Bruxelles, 2014.

ZULEEG, Manfred. (1999). Enforcement of Community Law: administrative and criminal sanction in a European setting. Compliance and Enforcement of European Community Law. Vervaele, J.A.E., Kluwer Law International.

Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Engel e Outros c. Holanda, 8 junho 1976, Series A no. 22

Öztürk c. Alemanha, 21 fevereiro 1984, Series A no. 73

Jussila c. Finlândia [GC], no. 73053/01, TEDH 2006-XIV

Sergey Zolotukhin c. Rússia [GC], no. 14939/03, TEDH 2009

A e B c. Noruega [GC], nos. 24130/11 e 29758/11, TEDH 2016

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão de 11 de julho de 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, C-210/00, Conclusões da Advogada-Geral, EU:C:2001:645

Acórdão de 11 de fevereiro de 2003, *Gözütok e Brügge*, C-187/01 e 385/01, EU:C:2003:87

Acórdão de 09 de março de 2006, *Van Esbroek*, C-436/04, EU:C:2006:165

Acórdão de 28 de setembro de 2006, *van Straaten*, C-150/05, Conclusões do Advogado Geral EU:C:2006:381

Acórdão de 5 de junho de 2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319

Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105

Acórdão de 05 de abril de 2017, *Orsi e Baldetti*, C- 217/15 e C-350/15, EU:C:2017:264

Acórdão de 20 de março de 2018, *Di Puma*, C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192

Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, EU:C:2018:193

Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C-537/16, Conclusões do Advogado Geral, EU:C:2017:668

Acórdão de 20 de março de 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197

Acórdão de 20 de março de 2018, *Menci*, C-524/15, Conclusões do Advogado-Geral, EU:C:2017:667