

**Autoridades administrativas independentes e o princípio do *non bis in idem***  
Palestra proferida no 2º Seminário “Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional”  
São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008

Ricardo Villas Bôas Cueva\*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estática: vedação de *bis in idem* pela mesma autoridade; 2.1 concurso material de infrações; 2.2 ilícito continuado; 2.3 cumulação aparente de sanções – 3. Dinâmica: vedação de *bis in idem* por autoridades diferentes – 4. Conclusão

## 1. Introdução

Boa tarde a todos. Agradeço inicialmente aos organizadores do evento, em especial ao Prof. Fábio Medina Osório, pela oportunidade de discutir temas tão oportunos com os ilustres participantes desta segunda edição do seminário sobre o sistema financeiro.

O tema proposto pode ser entendido simplesmente como a aplicação do princípio do *non bis in idem* por autoridades administrativas independentes consideradas individualmente ou, sob outra perspectiva, como a aplicação do dito princípio quando coexistem diversas autoridades administrativas, cujas competências para fiscalizar e punir acabam por se sobrepor. Procurarei analisar a questão sob esse segundo enfoque, tomando como objeto a intersecção de competências comuns de autoridades administrativas, as quais, apesar de suas diferentes atribuições, podem, em determinados momentos, dar ao mesmo fato conseqüências jurídicas diversas, em razão da angulação própria que justifica sua existência enquanto entes independentes.

O problema a ser examinado, então, é saber se é possível conviverem diferentes punições relativas ao mesmo fato e fundamentos, aplicadas por diferentes órgãos da administração. Isso nos remete, de algum modo, às palestras proferidas ontem pelo Prof. Nery, sobre o princípio da boa-fé objetiva e a proibição de contradição entre atos sancionadores, e pelo Prof. Medina Osório, acerca da comunicabilidade entre instâncias. Tais questões, intimamente relacionadas à proibição do *bis in idem*, têm relevância prática imediata não apenas nos processos sancionadores referentes ao sistema financeiro e ao mercado de capitais, já que não é raro depararmos com decisões aparente ou efetivamente contraditórias da CVM, do Banco Central e do Conselho de Contribuintes, mas também nos processos administrativos sancionadores de outras áreas, como a proteção da concorrência, por exemplo.

---

\* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Harvard. Doutor em Direito pela *Johann Wolfgang Goethe Universität*, de Frankfurt am Main. Advogado. Procurador da Fazenda Nacional. Foi Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de 2004 a 2008.

O que se pretende aqui, em suma, é analisar a proibição do *bis in idem* no nível dinâmico, ou interautárquico, que diz respeito a punições infligidas por sujeitos punientes diversos. Mas, para isso, é preciso, antes de tudo, começar pela discussão do princípio num nível estático, ou intraautárquico, relativos às sanções aplicadas por um mesmo sujeito.

## 2. Estática: vedação de *bis in idem* pela mesma autoridade

Pode-se indagar se o princípio do *non bis in idem* é um princípio geral do direito ou se ele se insere entre os direitos e garantias individuais abrigados na Constituição. Em nosso ordenamento jurídico, é certo, não há previsão expressa do princípio do *non bis in idem*, diferentemente do que ocorre, por exemplo, em Portugal, na Alemanha e nos Estados Unidos, países que o asseguram constitucionalmente.

Nos Estados Unidos, a proibição ao *double jeopardy* encontra-se na 5ª Emenda à Constituição, que, nesse ponto, proíbe que uma pessoa seja processada duplamente pela mesma ofensa<sup>1</sup>. A Suprema Corte já decidiu que tal proibição, em tradução livre, “foi concebida para proteger um indivíduo de se sujeitar aos riscos de julgamento e possível condenação mais de uma vez por uma ofensa alegada...A idéia subjacente, que está profundamente enraizada pelo menos no sistema jurídico anglo-americano, é a de que ao Estado, com todos os seus recursos e poder, não se deve permitir fazer repetidas tentativas de condenar um indivíduo por uma alegada ofensa, de modo a sujeitá-lo a embaraços, a despesas e a sofrimentos e a compeli-lo a viver num contínuo estado de ansiedade e insegurança, bem como a aumentar a possibilidade de que, mesmo inocente, possa ser considerado culpado”<sup>2</sup>.

A Constituição da República Portuguesa dispõe, em seu art. 29, 5, que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Segundo Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 194), o que se proíbe é “o duplo julgamento e não a dupla penalização, mas é óbvio que a proibição do duplo julgamento pretende evitar tanto a condenação de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido pela prática da infração, como a aplicação renovada de sanção jurídico-penais, pela prática do mesmo crime”. A questão central, então, é saber o que constitui a prática do mesmo crime ou infração, como será visto adiante.

Na Alemanha, por outro lado, o art. 103, III, da Lei Fundamental, dispõe que “ninguém pode ser condenado mais de uma vez por causa da prática do mesmo ato com base em leis penais gerais”. Anteriormente à promulgação da Lei Fundamental, em 1949, a proibição ao *bis in idem* era tida como princípio orientador do processo penal. Em seguida, esse princípio passou a ser orientado pela ordem axiológica objetiva da Lei Fundamental,

<sup>1</sup> No original: “nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”.

<sup>2</sup> Green v. United States, **355 U.S. 184**, 187–88 (1957), no original: “The constitutional prohibition against ‘double jeopardy’ was designed to protect an individual from being subjected to the hazards of trial and possible conviction more than once for an alleged offense. The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty”

passando a ser interpretado com direito fundamental. Para Claus Roxin, esse direito fundamental associa-se intimamente à proteção da coisa julgada e tem dupla função. Por um lado, visa proteger o acusado o ônus de se defender em novos processos fundados sobre fatos já apurados. Sob esse aspecto, destina-se a tutelar a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. Por outro lado, tem função sancionatória ou limitante dos poderes do Estado: o risco de que provas insuficientes não possam ser complementadas por novas investigações impõe aos órgãos de persecução penal ou administrativa o dever de examinar cuidadosamente o fato, investigando-o em sua inteireza e dele extraindo desde logo usa implicações jurídicas. O destinatário da norma que protege a coisa julgada é o Estado-juiz ou a Administração, que, em sua atividade punitiva, deve zelar pela obediência aos princípios da moralidade e da eficiência, incompatíveis com a instauração de sucessivos processos para apurar o mesmo fato.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional caracterizou o princípio como direito fundamental, integrado no princípio da legalidade (art. 25.1 da Constituição Espanhola), que pode ser invocado pelo cidadão para impedir que o Estado venha a puni-lo novamente pelos mesmos fatos já sancionados anteriormente, desde que haja identidade de sujeitos, fatos e fundamentos.<sup>3</sup> O núcleo da garantia material do “*non bis idem*” consiste em “impedir o excesso punitivo enquanto sanção não prevista legalmente”. Vale dizer: uma reiteração punitiva não é considerada ofensiva ao direito fundamental, mesmo que sujeitos, fatos e fundamentos sejam idênticos, se na decisão sancionadora posterior forem descontados os efeitos negativos da primeira decisão, de modo que a segunda não possa ser tida por desproporcionada.<sup>4</sup> Além dessa dimensão material, o princípio do “*non bis in idem*” tem uma dimensão processual, que consiste na interdição a um duplo processo penal com o mesmo objeto, garantia que não se estende a todos os procedimentos sancionadores, mas somente àqueles que possam ser equiparados a um processo penal, seja em razão das características do procedimento, seja em razão da sanção que nele possa ser aplicada. Assim, quando a simplicidade do procedimento administrativo sancionador e da própria infração administrativa, além da natureza das sanções impostas, impedem a equiparação. Deve-se levar em conta, ainda, a qualificação jurídica que a Administração e o órgão judiciário deram ao fato.<sup>5</sup> O tribunal assentou também que não se pode invocar o princípio quando nova decisão houver sido proferida após anulação da sentença do tribunal do júri.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> STC 48/2007: “Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos afirmado que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento. Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente”.

<sup>4</sup> Cf. STC 334/2005.

<sup>5</sup> Cf. STC 48/2007.

<sup>6</sup> STC 115/2006: “Aun cuando la retroacción de actuaciones acordada por el Tribunal Supremo signifique para el demandante de amparo la sumisión a un nuevo juicio, tal efecto no es cuestionable desde la perspectiva constitucional, pues aquella prohibición opera respecto de Sentencias firmes con efecto de cosa

No Brasil, a vedação ao *bis in idem* tende a ser vista, majoritariamente, como princípio geral de direito. Fábio Medina Osório, entre outros autores, repele sua subordinação à coisa julgada, preferindo associá-la aos “vetores da proporcionalidade, da coerência e da racionalidade, valores nem sempre abrigados na coisa julgada”.<sup>7</sup>

O Supremo Tribunal Federal deixou claro, na Súmula 19, que não se admite “segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”. Na Súmula 18, a seu turno, assentou que “é possível a punição administrativa do servidor por falta residual não compreendida pela absolvição no juízo criminal”.

Em decisões do STJ e dos TRFs encontra-se também claramente o entendimento de que não é possível segunda punição pelo mesmo fato<sup>8</sup>.

A possibilidade da punição administrativa da falta residual que não houver sido objeto da sentença absolutória criminal indica, desde logo, que as esferas penal e administrativa (podendo-se dizer o mesmo das diversas instâncias administrativas) não se confundem e não se sobrepõem, na medida em que os ilícitos não são semanticamente idênticos.

Outros pontos importantes a examinar sempre que se depare com aparente ou efetivo *bis in idem* são a existência ou não de concurso material de infrações, de ilícitos continuados e a cumulação aparente de sanções.

## 2.1 Concurso material de infrações

Quanto ao concurso material, o Tribunal Constitucional português entendeu que a punição pelo crime de tráfico de entorpecentes não se confunde com punição pelo crime de lavagem

---

*juzgada, y la recurrida en casación en este caso carecia de ese carácter. Así pues no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando los anteriores han sido anulados”.*

<sup>7</sup> Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, RT, São Paulo, 2005, 2ª ed, p. 388.

<sup>8</sup> No Mandado de Segurança 8658/DF (Proc. 2002/0124131-0, rel. Min. Paulo Medina, publ. DJ 29.03.2004, p. 170), decidiu a Terceira Seção do STJ que “a existência de mais de um processo administrativo disciplinar tendente a apurar o mesmo fato não consiste em ilegalidade. O ordenamento proíbe a dupla punição pelo mesmo fato”. No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 18115/SP (Proc. 2005/0120865-9, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, publ. no DJ de 01.09.2008), decidiu a Sexta Turma do STJ: “PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 5.º DA LEI 7.492/86. ANTERIOR PROCESSO-CRIME PELO ART. 168, § 1.º, III, DO CP. **BIS IN IDEM**. PERÍODOS DISTINTOS. CONSTRANGIMENTO. INEXISTÊNCIA. 1. Não há falar em violação do princípio ne **bis in idem**, quando, após sentença absolutória trântita em julgado pela imputação de apropriação indébita qualificada, mantém-se o curso de ação penal pelo delito do art. 5.º da Lei 7.492/86, na qual se enfocam ações desenvolvidas em períodos distintos”. No HC 97753/DF (Proc. 2007/0309674-2, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, publ. no DJ de 10.06.2008), decidiu a Sexta Turma do STJ: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. 1. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE ROUBO. APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, INICIADA NOVA AÇÃO PELOS MESMOS FATOS. CONDENAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA. NOVO TRÂNSITO EM JULGADO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA DO PRIMEIRO PROCESSO. NULIDADE ABSOLUTA DO SEGUNDO PROCESSO. PROIBIÇÃO DE **BIS IN IDEM**. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Havendo duas condenações em processos distintos, ambos com trântito em julgado, que versam exatamente sobre os mesmos fatos delituosos, deve prevalecer a que primeiro transitou em julgado, anulando-se a segunda. Ainda que a violação à coisa julgada não tenha sido suscitada pelo paciente no curso do segundo processo, a sua nulidade é flagrante, impondo-se a sua anulação”.

do dinheiro produto do crime antecedente, assim como já havia decidido que a dupla punição pelo crime de tráfico de e pelo crime de associação criminosa não viola a proibição do *bis in idem*. Para tanto, verificou a existência de concurso material de crimes, cada qual voltado à tutela de um bem jurídico diferente<sup>9</sup>.

No Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por sua vez, tem-se entendido que certos ilícitos cambiais podem ser punidos tanto pela Lei nº 4.595/64 quanto pela Lei nº 4.131/62, sempre que houver concurso material, ou seja, sempre que por mais de uma ação ou omissão, dois ou mais ilícitos são praticados. Veja-se, por exemplo, o Recurso 4216 (Processo BCB 0101098622).

## 2.2 Ilícito continuado

No que tange ao ilícito continuado, pode-se lembrar a lição da Corte Constitucional alemã, que entendeu caracterizado *bis in idem* em condenações sucessivas pela recusa, motivada por razões de consciência, de prestação do serviço civil substitutivo do serviço militar obrigatório. Os tribunais *ad quem* haviam entendido que a conduta punível teria sido interrompida pela primeira condenação e que o comportamento posterior, não alcançado pela primeira condenação, seria punível como novo delito. Mas a corte constitucional entendeu que os recorrentes permaneceram, “*após a sua primeira convocação e após a segunda convocação, fiéis à sua decisão fundamentada por motivos de consciência, tomada anteriormente, de maneira definitiva, de nunca prestar serviço substitutivo civil (...). Na medida em que ele seguirem esta decisão também na segunda convocação, permanecendo distantes do serviço substitutivo, não cometeram um segundo delito na acepção do Art. 103 III GG*” (BVerfGE 23, 191).

Trazendo o foco para a experiência no direito administrativo brasileiro, encontramos no CADE questões semelhantes, que têm sido objeto de acirrado debate, ora concluindo a autarquia pela existência de ilícito continuado, ora no sentido oposto. No Processo Administrativo nº 08012.002440/2005-97, por exemplo, que tratava da imposição a seus associados, por cooperativa médica, de exclusividade na prestação de serviços médicos, havendo condenação anterior por infração ao mesmo tipo, decidiu o conselho, por maioria, que a infração antitruste é um plexo de atos delimitado por um lapso temporal. Após a condenação do CADE, a prática restritiva de mercado constitui nova infração.

## 2.3 Cumulação aparente de sanções

No que diz respeito à cumulação aparente de sanções, é preciso lembrar que, na lição de Fábio Medina Osório, sanção administrativa é qualquer mal infligido a um administrado,

---

<sup>9</sup> V. Acórdão nº 566/04 (Processo nº 675/04), da 1ª Secção do Tribunal Constitucional português, no trecho em que cita aresto STJ: “*Na realidade, os bens jurídicos tutelados por ambos os ilícitos em referência são efetivamente distintos. Assim, a criminalização do tráfico de estupefacientes visa, em primeiro lugar, tutelar a saúde pública da comunidade e, reflexamente ou, melhor dizendo, em paralelo, a saúde (física e psíquica) de todos e de cada um dos membros da comunidade. Por seu turno, o crime de branqueamento de capitais visa, para além do mais, tutelar a ‘saúde’ do circuito financeiro, econômico e jurídico dessa mesma comunidade, assim o visando resguardar de ‘contaminações’ derivadas do afluxo à respectiva corrente, de bens de origem criminosa que aí procuram a sua legitimação.*”

com finalidade puramente repressiva, em decorrência de conduta ilícita apurada em processo administrativo. Medidas de polícia, ao revés, mesmo que coercitivas e por vezes ligadas ao cometimento de algum ato ilícito, não se confundem com as sanções porque dotadas de elementos objetivo e teleológico diversos, ou seja, não têm efeito aflitivo e, tampouco, finalidade punitiva. Visam, antes, a conter, a coibir abusos de direito individual, com a finalidade de restabelecer a legalidade e preservar o interesse público. Assim, quando a Administração veda determinada conduta por falta de amparo legal ou determina a correção de certa prática, não há falar em sanção administrativa. Mesmo as medidas de polícia coativas, que podem apresentar elementos comuns às sanções, ostentam elemento teleológico distinto, não se sujeitando aos princípios que regem o direito administrativo sancionador.<sup>10</sup>

Atento à aparência de cumulação de sanções, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro tem entendido incorrente violação ao princípio do *non bis idem* quando se trata de descredenciamento de agência de turismo para operar com câmbio seguido de multa por infringência à Lei nº 4.131/62. No Recurso 3985 (Processo BCB 9800901716), decidiu o CRSFN não se tratar de “*dupla punição, uma vez que o descredenciamento da empresa, determinado pela autoridade discricionariamente, não se confunde com a penalidade que, ora confirmada, tem respaldo no art. 23 da Lei 4.131/62, daí a impertinência de se falar em ofensa ao princípio do non bis in idem*”.

Do mesmo modo, no Recurso 4182 (Processo BCB 9900955309) assentou que, no caso, “*o descredenciamento decorreu de desobediência do administrado às condições que autorizaram expedição da credencial. Não se trata de sanção, mas do ato administrativo de cocessão, inevitável após a autoridade zelosamente coligir os elementos de fato demonstrativos do descumprimento daquelas condições e das normas e procedimentos operacionais ínsitos ao credenciamento para operar com câmbio. Não há falar, portanto, em cumulação indevida do descredenciamento e da sanção estabelecida no presente processo, não se vislumbrando ofensa alguma ao princípio do non bis in idem*”.

### **3. Dinâmica: vedação de *bis in idem* por autoridades diferentes**

Não há, entre nós, uma orientação jurisprudencial que permita estabelecer com clareza quais são os limites da vedação ao *bis in idem*. No nível estático, ou intra-autárquico, pode-se entender como proibida a imposição de dupla sanção, ou a instauração de novo processo administrativo, se ocorrer identidade de sujeito, de fato e de fundamento, desde que não presentes hipóteses como concurso material, ilícito continuado ou cumulação aparente de sanções. No nível dinâmico, ou inter-autárquico, os critérios de análise são os mesmos, mas costuma-se por vezes indagar pela identidade dos sujeitos punientes e pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Se atentarmos, por exemplo, para a experiência da corte constitucional espanhola, veremos que, entre 1999 e 2003, prevaleceu o entendimento de que a vedação ao *bis in idem* constituía proibição absoluta à instauração de processos acerca de fatos e fundamentos idênticos, ainda que por instâncias tão diversas como a penal e a administrativa, entendimento este que desde então foi relativizado, em vista de outros interesses dignos de tutela, corporificados, entre outros, no princípio da prevalência da

---

<sup>10</sup> Cf. Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, cit., p. 103.

jurisdição penal e no princípio da proporcionalidade.<sup>11</sup> No Brasil, embora o debate sobre o *bis in idem* não seja marcado por semelhante radicalidade, há algumas situações no direito administrativo que suscitam dúvida sobre a ocorrência de *bis in idem* e sobre os critérios adequados para verificá-la.

Vejam os clássicos conflitos – ou, ao menos, a zona de penumbra – entre agências reguladoras e autoridade da concorrência. Em virtude da existência de várias agências reguladoras, com competências específicas, de um lado, e, de outro, de uma autoridade da concorrência dotada de competência para proteger a livre concorrência em todos os setores da economia, sem exceção de qualquer atividade ou setor, inclusive os regulados, não é incomum aparecerem situações em que o CADE é chamado a manifestar-se em questões já examinadas por outras autoridades.

Um exemplo é a *Terminal Handling Charge*, ou THC, um preço cobrado aos armadores pelos portos para a descarga e movimentação de contêineres. Os terminais portuários de Santos começaram a cobrar dos chamados “portos secos” um segundo preço, ou THC2, ao argumento de que havia um custo adicional na movimentação e entrega dos contêineres. A Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (ANTAQ) havia proferido decisão, ainda sujeita a recurso, no sentido de que tal prática não seria ilícita. O CADE, entretanto, entendeu que a nova cobrança (THC2) visava a aumentar os custos dos rivais naquilo em que competiam com os terminais portuários – a armazenagem de contêineres – razão por que infligiu multa a vários terminais do porto de Santos. É importante notar, por outro lado, que o art. 7º, II, da Lei nº 8.884/94 atribuiu ao Plenário do CADE a competência para “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei”. Trata-se de competência exclusiva do CADE, o que afasta a possibilidade de *bis in idem* interautárquico.

Outro exemplo pode ser encontrado na decisão do CRSFN no Recurso 3278, no qual os recorrentes sustentavam a violação ao princípio do *non bis in idem* pelo fato de haver o TCU arquivado procedimento referente à taxa de serviço cobrada em operação bancária, o qual não alcançava, contudo, as outras irregularidades cometidas na concessão do empréstimo, objeto de processo administrativo sancionador instaurado pelo Banco Central :

---

<sup>11</sup> Cf. Antonio Jiménez Mostazo e Pero Alvarado Rodríguez, “*Ne bis idem*, um princípio constitucional de creación jurisprudencial. Significado del principio *ne bis idem*”, in *Anuário de la Facultad de Derecho*, vol. XXIII, 2005, 331-347: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 llevó hasta sus últimas consecuencias la garantía de la vertiente material o sustantiva de *ne bis in idem* (prohibición de la doble sanción) otorgando carácter accesorio o secundario a la regla de prevalencia del proceso penal o garantía formal, así en la sentencia el Constitucional interpretó que la interdicción del *bis in idem* em cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva no puede depender del orden de preferéncia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio de Derecho punitivo y sancionador del Estado (...)”. Ou seja, a pendéncia de um processo penal tornou-se então um óbice à tramitação simultânea de um processo administrativo sancionador, que devia ser suspenso. Com a STC 2/2003, o Tribunal Constitucional espanhol reviu expressamente o entendimento anterior, no sentido de que a violação ao direito fundamental só ocorre materialmente se houver efetiva reiteração sancionadora, não bastando a mera declaração de imposição da sanção, sendo necessário verificar, ainda, se a segunda decisão condenatória levou em conta a punição anterior, de modo a evitar excesso punitivo e violação ao princípio da proporcionalidade. A comparação entre sanção penal e administrativa passou a depender da natureza e da intensidade desta última, bem como da complexidade do processo administrativo sancionador.

*“Ao frisar que os atos do Tribunal de Contas da União - TCU não se sobrepõem hierarquicamente aos atos de competência de outros órgãos da administração, em especial aqueles, como os de que se trata presentemente, cuja competência *ratione materiae* seja estabelecida para órgão com atribuições específicas, regidas por lei especial, tais as do Banco Central, que se incumbem de zelar pela higidez e transparência do sistema financeiro nacional, entendeu o CRSFN que o descumprimento das normas prudenciais internas da mutuante, pela inversão do trâmite regular do processo e por outras deficiências procedimentais demonstradas na decisão recorrida, materializa violação aos princípios da boa técnica bancária e a infração, no caso, é formal, de mera conduta, basta que se comprove a lesividade potencial do proceder. O simples desrespeito aos princípios da prudência e da boa gestão bancárias já a caracteriza e justifica sanção (...)”*<sup>12</sup>

No sentido oposto, pode-se mencionar a decisão do CRSFN no Recurso 3308, na qual se entendeu violado o princípio do *non bis in idem* por haver o Banco Central instaurado processo administrativo sancionador relativo à mesma infração pela qual os recorrentes já haviam sido punidos pela CVM.

Em outros recursos, embora não se tenha expressamente invocado o princípio do *non bis in idem*, o CRSFN determinou o arquivamento de processos sancionadores instaurados pelo Banco Central em razão da prática de elisão fiscal, posto que tal conduta já havia sido objeto de decisões absolutórias do Conselho de Contribuintes. Tratava-se de situações já examinadas pelo CRSFN, *“conforme julgados da 235a e 236a Sessões, relativos aos recursos 4293 e 4359, onde as Instituições Financeiras, para reduzir o pagamento do IOF, que àquela altura incidia à alíquota de 15% nas operações com pessoas físicas, substituíram os financiamentos que faziam a estas, para compra de automóveis, por empréstimo às pessoas jurídicas vendedoras desses bens, sujeitando-se ao tributo, mas à alíquota de 0,0041% ao dia. Como bem destacado pela Procuradoria da Fazenda Nacional (...), a questão fiscal escapa da competência deste Conselho de Recursos, restando a este analisar o eventual descumprimento às regras relativas à atuação da Instituição Financeira. Neste particular, a autarquia aplicou a penalidade por entender ter ocorrido infração grave na condução dos interesses da instituição financeira. Não me parece ser o caso. Afinal, a relação obrigacional entre o Banco e a Pessoa Jurídica, mutuária, não apresenta qualquer irregularidade. Podia ser feita e contava com garantia suficiente para que o Banco recebesse, no vencimento, o crédito. Adicionalmente – para cumprir o objetivo de reduzir o tributo incidente, provavelmente – no momento em que o bem dado em garantia era transferido a terceiro, pessoa física, o Banco condicionava a sua aceitação à prestação de novas garantias, sem, no entanto, abrir mão das existentes. Moralmente pode haver críticas à atuação da instituição, posto que evitou o pagamento de tributo, mas esta questão escapa à competência deste Conselho”*<sup>13</sup>

#### **4. Conclusão**

A análise das possíveis ofensas ao princípio *non bis in idem*, seja no nível estático, seja no dinâmico, deve ser iniciada com a verificação da presença da tríade a que se referem as decisões do Tribunal Constitucional espanhol: há identidade de sujeitos, de fato e de

<sup>12</sup> Cf. Acórdão CRSFN 3893/03.

<sup>13</sup> Cf. voto condutor do Conselheiro Revisor, Valdecyr Gomes, acórdão CRSFN nº 6098/05.

fundamento? Para saber se há identidade de fundamento, deve-se indagar se os bens jurídicos tutelados pelas normas de que tratam os processos sancionadores são idênticos. Em seguida, cumpre eliminar as hipóteses de concurso material, de ilícito continuado e de cumulação aparente de sanções.

Caso os processos sancionadores tenham sido instaurados por autoridades estatais diversas (sejam de nível diferente, como no contraste entre um processo penal e um processo administrativo sancionador, sejam do mesmo nível, como nas situações de conflito inter-autárquico), deve-se verificar se há comunicabilidade de instâncias com base na regra do Código de Processo Penal: decisão absolutória penal fundada na negação do fato ou da autoria certamente repercute na esfera administrativa, se não houver resíduo infracional. O inverso, ou seja, a repercussão da decisão absolutória administrativa fundada nos mesmos pressupostos na jurisdição penal tende crescentemente a ser verdadeiro, o mesmo podendo ser dito da comunicabilidade das decisões dentro do Estado, entre autoridades administrativas independentes, observados certos limites.

Não se deve perder de vista que o princípio do *non bis idem* funda-se não apenas no princípio da legalidade, mas também no princípio da proporcionalidade. Assim, um duplo apenamento por autoridades administrativas diversas deve ser primeiramente avaliado à luz desse princípio, para que se verifique se houve ou não excesso punitivo.