

A (RE)DEFINIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA EUROPA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO ITALIANO “GRANDE STEVENS”

Rafael Gonçalves Fernandes¹

Centro Universitário de Brasília (CEUB)

Liziane Paixão Silva Oliveira²

Universidade Tiradentes (UNIT)

Artigo recebido em: 30/08/2023

Artigo aceito em: 21/11/2023

Os autores declaram não haver conflito de interesse.

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar o caso “Grande Stevens vs. Itália”, que tramitou no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e verificar se houve redefinição do direito administrativo sancionador com base nos novos horizontes do princípio *ne bis in idem*. Realizou-se o estudo do caso no âmbito do TEDH e, diante da baixa produção científica sobre a tema no cenário nacional, o caráter exploratório foi empregado para

expandir as buscas por materiais elaborados pela literatura estrangeira especializada (italiana, portuguesa, espanhola e francesa). O caso permite refletir se há desgaste do caráter punitivo do Estado com as sanções administrativas ou renovação com base nas necessidades da sociedade atual.

Palavras-chave: direito administrativo sancionador; Grande Stevens vs. Itália; TEDH.

1 Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB), Brasília/DF, Brasil. Graduado em Direito pelo CEUB. Assessor da Secretaria-Executiva do Ministério do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (MDIC), Brasília/DF, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9253298851505697> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2474-6635> / e-mail: rafaelfernandes.dto@gmail.com

2 Doutora em Direito pela Université Paul Cezanne Aix-Marseille 3, Marselha, França. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília/DF, Brasil. Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT), Aracaju/SE, Brasil. Professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Professora do Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIT. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0615371552742240> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6266-6073> / e-mail: lizianeoliveira1@yahoo.com.br

THE (RE)DEFINITION OF SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW IN EUROPE: AN ANALYSIS BASED ON THE ITALIAN “GRANDE STEVENS” CASE

Abstract

The objective of this article is to analyze the “Grande Stevens v. Italy” case, which was heard by the European Court of Human Rights, and verify whether there has been a redefinition of the administrative sanctioning law based on the new horizons of the ne bis in idem principle. The case was studied by the European Court of Human Rights and due to the low scientific production on the subject in the national scenario, the exploratory charac-

ter was used to expand the search for materials produced by specialized foreign literature (Italian, Portuguese, Spanish and French). The case allows us to reflect on whether there is a wear and tear of the punitive character of the State with administrative sanctions or a renewal based on the needs of today’s society.

Keywords: *administrative penalty law; Grande Stevens v. Italy; ECHR.*

Introdução

Em 2006, a Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), órgão administrativo italiano, investigou e condenou algumas pessoas jurídicas e naturais pela prática de atos ilícitos no mercado de capitais da Itália. Em seguida, a justiça criminal daquele país também condenou os requeridos pelos mesmos fatos, mas com base em dispositivos legais distintos. Alguns anos mais tarde, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) seria acionado pelos condenados a se posicionar sobre dois temas delicados do direito administrativo sancionador: (i) a dualidade de sistemas punitivos nacionais (administrativo e penal); e (ii) o conteúdo material do princípio *ne bis in idem*³. Esse caso teve impacto importante no direito administrativo europeu e ficou conhecido como “Grande Stevens vs. Itália”⁴. Ao final, a condenação penal foi anulada com base na violação do art. 4º do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que disserta sobre o direito de não ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo fato.

Nesse sentido, o presente artigo científico tem como problemática investigar se esse caso aponta para uma redefinição da amplitude do direito administrativo

3 Segundo Saboya (2006), a expressão latina *ne bis in idem* é a terminologia mais adequada a ser utilizada, uma vez que deriva da construção “*bis de eadem re ne sit actio e bis de eadem re agere non licet*”. Registra-se, contudo, que parte da literatura jurídica a denomina *non bis in idem*.

4 Para ter acesso ao caso na íntegra, ver European Court of Human Rights (2014) na seção Referências.

sancionador, tendo como base os novos horizontes do princípio *ne bis in idem*. Já o objetivo central é analisar as teses jurídicas utilizadas pelos magistrados que profereiram decisões sobre o caso, desde a primeira decisão administrativa até o desfecho no TEDH. Para tanto, a redação conta com três seções. A primeira abordará os detalhes fáticos e materiais do desenrolar do caso na Itália, tanto na seara administrativa quanto no âmbito judicial. A segunda seção adentrará a esfera regional, com o processamento do caso pelo TEDH, além de trazer um aporte da literatura jurídica e outros julgados correlatos produzidos no espaço europeu. Por fim, a terceira seção faz a conexão entre as duas primeiras, com base na literatura jurídica especializada para aprofundar e investigar os rumos que o direito administrativo sancionador está tomando diante das mudanças jurisprudenciais promovidas pela jurisprudência europeia.

A opção metodológica adotada neste ensaio situa-se nos limites da linha jurídico-dogmática e emprega o raciocínio dedutivo. Em decorrência da baixa produção de pesquisas científicas sobre a temática no cenário nacional, o caráter exploratório foi empregado para expandir as buscas por materiais produzidos pela literatura estrangeira especializada (italiana, portuguesa, espanhola e francesa). Trata-se, além disso, de uma pesquisa documental e de levantamento jurisprudencial. A justificativa para a realização deste estudo está na importância do caso supramencionado para o direito administrativo em geral, visto que ele pode representar possíveis mudanças capazes de afetar as construções jurídicas para além da Europa, principalmente ao lidar com temáticas internacionais, tal como o mercado de capitais.

1 O surgimento do caso “Grande Stevens”

A controvérsia que culminou no denominado caso “Grande Stevens” originou-se em 2002, quando um dos grupos de investidores e controladores majoritários da sociedade empresária Fabbrica Italiana Automobili Torino (Fiat) celebrou um contrato de financiamento com oito instituições financeiras. Esse contrato estabelecia que o termo para restituição do empréstimo deveria ocorrer em 2005 e indicava que, em caso de inadimplemento da obrigação principal, a compensação ocorreria via subscrição de novas ações, aumentando o capital social da Fiat.⁵

A acionista majoritária e controladora da Fiat era, na ocasião, a sociedade *holding* Exor S.P.A., cuja detentora era a pessoa jurídica Giovanni Agnelli S.A.S., controlada pelo núcleo familiar Agnelli, investidora também de outros grandes grupos econômicos. Além dessas duas sociedades empresárias, a controvérsia

5 A decisão pelo TEDH foi redigida originalmente em inglês e francês. Contudo, o Ministério da Justiça Italiano oferece uma tradução para o idioma local, disponível na página oficial (Itália, 2014).

também envolveu diretamente três pessoas físicas: Gianluigi Gabetti, presidente dessas duas sociedades empresárias; Virgilio Marrone, administrador da Agnelli; e o advogado do grupo econômico, Franzo Grande Stevens, peça central no desenrolar dos atos ilícitos praticados pelo grupo. Todos eles integrariam o polo passivo do processo administrativo instaurado em âmbito nacional italiano pela Consob e, em seguida, alguns deles interporiam recurso perante o TEDH no âmbito regional europeu.⁶

O principal receio da Exor S.P.A. era perder o controle acionário majoritário da Fiat, tendo em vista que, na hipótese de inadimplemento do contrato de financiamento com os bancos, tais instituições passariam a deter 28% do capital social, fazendo reduzir a participação da Exor de 30,06% para um valor inferior a 22%.

A fim de obter auxílio jurídico na resolução dessa controvérsia, o então presidente da Fiat resolveu consultar o advogado Grande Stevens para que este indicasse a saída mais adequada na manutenção do controle acionário da sociedade empresária. A alternativa apresentada consistiu na proposta de renegociação de um outro contrato de financiamento anterior com um banco britânico denominado Merrill Lynch International LTD., que financiaria o restante da dívida e adimpliria o contrato com as oito instituições financeiras. Essa manobra jurídica evitaria a perda do controle acionário, pois a Exor permaneceria com os 30% de participação no capital social da Fiat. Tais tratativas foram realizadas em segredo, ao mesmo tempo que surgia a necessidade de consultar a Consob sobre questões técnicas na renegociação do respectivo contrato.⁷

Diante da proximidade do termo final do contrato de financiamento em 2005, a Consob exigiu que a Exor e a Giovanni Agnelli publicassem comunicado formal à imprensa revelando quaisquer tratativas sobre a negociação e o adimplemento do respectivo contrato celebrado em 2002. Prontamente e com o aval do advogado supramencionado, um comunicado à imprensa foi lançado informando que não havia tratativas relacionadas ao pagamento da dívida com os bancos, ou seja, que o cenário era o mesmo, o que indicaria uma provável vitória dos bancos.⁸ No entanto, a Exor continuou com as negociações em segredo. Em 14 de setembro do mesmo ano, a Consob recebeu denúncia formal sobre as negociações entre Exor e Merrill. Entretanto, já no dia seguinte ao ocorrido, essas duas sociedades já haviam consumado o negócio jurídico, assegurando, assim, a manutenção do controle acionário à Fiat e impedindo qualquer medida prévia da Consob para evitar a concretização do negócio.

6 Para consultar os casos mais paradigmáticos do Tribunal, veja, na seção Referências, os relatórios anuais de jurisprudência (European Court of Human Rights, 2023). O caso "Grande Stevens" está no relatório de 2014, como decisão importante sobre o art. 4º do Protocolo n. 7 à Convenção.

7 O Consob é um órgão autônomo e independente semelhante à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil (CVM).

8 No referido comunicado, afirmou-se que "*né avviato né studiato iniziative riguardanti la scadenza del prestito convertendo e che auspicava di rimanere l'azionista di riferimento della Fiat*" (Ifil-Notification..., 2014b).

No ano seguinte, a Consob, por meio do seu órgão interno denominado Bureau Insider Trading (IT), concluiria, via inquérito administrativo, o procedimento formal e inquisitivo alegando que as pessoas jurídicas Exor e Giovanni Agnelli, bem como o presidente Gabetti, o administrador Marrone e o advogado Grande Stevens, praticaram infração administrativa quando realizaram manipulação do mercado com a publicação de informações falsas e/ou enganosas sobre transações financeiras no mercado de capitais da Itália.

Tratava-se, segundo a Consob, de grave omissão por parte dos acusados quando publicaram notícia sobre a inexistência de negociações, o que deu uma visão deturpada da saúde financeira da Exor. Em seguida, o órgão julgante da Consob foi chamado a agir e se encarregar da aplicação das correspondentes sanções administrativas. Tal fase se iniciou em 2007 e contou com algumas garantias aos acusados, como a possibilidade de manifestação escrita nos autos do processo administrativo, por exemplo. Cabe mencionar que a acusação se referia à violação do art. 187, I, do Decreto Legislativo n. 58, de 24 de fevereiro de 1998, da Itália, na rubrica “manipulação de mercado”. Conforme a redação traduzida para o português do dispositivo:

Sem prejuízo das sanções penais quando a conduta constitui uma infração, é punida de uma sanção administrativa de cem mil a vinte milhões de euros, quem, por qualquer canal de informação, inclusive pela Internet ou outro meio, veicular informações, notícias ou falsos indícios ou enganosos de natureza a fornecer indicações falsas ou enganosas a propósito de instrumentos financeiros (Italia, 1998, tradução livre).⁹⁻¹⁰

A conclusão do órgão julgante da Consob foi no sentido de aplicar sanções administrativas pesadas que incluíam multas com valores exorbitantes e a proibição dos acusados de administrar sociedades de capital aberto por tempo determinado. Em 2008, a decisão administrativa é confirmada pelo Tribunal de Apelação de Turim, apenas reduzindo o *quantum* da multa e o prazo de proibição da gestão de sociedades de capital aberto. Nessa oportunidade, os recorrentes alegaram que a Consob não havia respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa e que o advogado apenas realizou um aconselhamento jurídico sem participação nos atos. Contudo, todas as alegações foram rejeitadas na Câmara formada para julgar o caso.

9 Redação original do dispositivo: “*Capo III – Sanzioni amministrative art. 187-ter. Manipolazione del mercato I. Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro centomila a euro venticinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o stiano suscettibili di fornire indicazioni false o vero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari*” (Italia, 1998).

10 Cabe mencionar que o valor da multa foi quintuplicado em alteração posterior ao referido dispositivo, efetuada em 2005, pela Lei n. 262, de 28 de dezembro de 2005 (Italia, 2005).

Para ilustrar, as multas que haviam sido fixadas originalmente pela Consob eram: 5.000.000 de euros para o Sr. Gabetti; 3.000.000 de euros para o Sr. Grande Stevens; 4.500.000 de euros para a Exor; e 3.000.000 de euros para a empresa Giovanni Agnelli. Em seguida, o Tribunal de Recurso de Turim reduziu algumas dessas sanções, determinando multas mais brandas: 600.000 de euros para a empresa Giovanni Agnelli; 1.000.000 de euros para a Exor; e 1.200.000 de euros para o Sr. Gabetti. Com relação ao prazo de proibição de exercer cargos de administração em sociedades de capital aberto, para todos os requeridos houve redução de seis para quatro meses (European Court of Human Rights, 2014a, parágrafos 25 e 30).

Os requerentes interpuseram recursos de cassação da decisão colegiada sob os mesmos fundamentos e reforçaram a violação do princípio do contraditório e ampla defesa durante o trâmite do processo administrativo na Consob. Contudo, o Tribunal de Cassação rejeitou os recursos sob a alegação de que os requeridos tiveram oportunidade de apresentar defesa no processo administrativo e que este não comportaria dilações maiores tal como ocorre no processo judicial, uma vez que a garantia prevista na Constituição Italiana do direito à ampla defesa seria aplicada apenas no Poder Judiciário e não na Administração Pública (Punto 1-Ifil-Exor..., 2020).

Cabe mencionar, como adendo, que é obrigação da Consob informar ao Ministério Público sobre a prática de algum crime para além das sanções administrativas. Por esse motivo, além dessa confirmação da condenação administrativa, já havia sido aceita ação penal pelo Poder Judiciário Italiano pela prática de crime por parte dos mesmos requeridos na seara administrativa, já que na Itália a prática ilegal acima descrita constitui, ao mesmo tempo, infração administrativa e ilícito penal.

Pontua-se, agora, o dispositivo referente ao crime de manipulação do mercado, art. 185, também do Decreto Legislativo n. 58, de 24 de fevereiro de 1998, da Itália:

Quem divulgar notícias falsas, praticar operações simuladas ou empregar outros artifícios objetivamente suscetíveis de provocar uma modificação sensível no valor dos instrumentos financeiros será punido com reclusão de um a seis anos e multa de vinte mil a cinco milhões de euros (Italia, 1998, tradução livre).¹¹

11 Redação original do dispositivo: “*Capo II – Sanzioni penali – art. 185. Manipolazione del mercato. Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milion*”.

Com a confirmação pelo Tribunal de Cassação da legalidade da aplicação das sanções administrativas pela Consob, os acusados na ação penal pleitearam a extinção do processo penal em decorrência da vedação do *bis in idem*, bem como da inconstitucionalidade do dispositivo acima referido. O Ministério Público (MP) nessa oportunidade se manifestou pela rejeição do pedido, uma vez que a lei previa o “julgamento duplo” (administrativo e criminal), porém com base em condutas ilícitas distintas. Não haveria, assim, persecução dúplice pelo Judiciário, mas análise de uma conduta culposa (pelo art. 187) e uma conduta dolosa (pelo art. 185). As teses do MP foram aceitas pelos magistrados e alguns dos acusados foram absolvidos, apenas gerando condenação penal para Gabetti e Grande Stevens. Nos recursos que foram interpostos posteriormente, a tese da violação do princípio *ne bis in idem* continuou sendo utilizada pelos requerentes, mas foi rejeitada em todas as oportunidades.

Após anos de intensa disputa judicial, que foi até a Corte Suprema da Itália (Corte di Cassazione), as condenações penais do presidente da Fiat, Gabetti e do advogado do grupo, Grande Stevens, foram confirmadas também na seara criminal, ocorrendo o trânsito em julgado. Diante desse cenário, os condenados optaram por recorrer ao TEDH para rever as punições, conforme será delineado a seguir.

2 O desenrolar do caso na seara regional com a atuação do TEDH

Fundado em 1959 e transformado em órgão permanente em 1998, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem sede em Estrasburgo, França. Embora sua jurisdição inclua o Conselho da Europa, organização internacional de longa data, o TEDH não compõe um órgão da União Europeia, porém sua missão é atuar na defesa dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1984, tanto que o Tribunal atua apenas contra os Estados-membros que ratificaram tal Documento (Council of Europe, 2013).

O procedimento junto ao TEDH foi iniciado por Gabetti e Grande Stevens, quando estes alegaram violações pelo Estado italiano a quatro dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que consagram garantias individuais relacionadas: (a) ao direito de ser processado e julgado por órgão imparcial e independente que garanta o direito à ampla defesa (art. 6º, § 1º); (b) ao direito de ser rapidamente informado sobre as acusações e do direito a acompanhamento por advogado (art. 6º, § 3º, *a e c*); e (c) ao direito de não ser julgado ou punido duas

vezes pelo mesmo fato (art. 4º, Protocolo n. 7).¹²

No item “a”, a Itália alegou em sua defesa que o processo administrativo na Consob é essencialmente escrito e não admite audiências públicas, o que não obstaria o direito de se manifestar nos autos do processo, reforçando que, conforme a decisão do Tribunal de Cassação, não houve quebra da ampla defesa, uma vez que no processo administrativo ela não encontra a mesma dimensão daquela assegurada em âmbito judicial. Alegou-se, ainda, que o art. 6º, § 1º, da Convenção é de aplicação em sanções penais e não no âmbito administrativo, como ocorreu com a previsão das multas pela Consob¹³. Para reforçar esse último posicionamento, a Itália apresentou cálculos baseados na capacidade financeira dos condenados comparados ao valor das multas aplicadas, reforçando, ainda, que o dispositivo legal italiano prevê apenas multa e restrição de direitos, mas não privação da liberdade.

Por outro lado, os requerentes (Gabetti e Stevens) alegaram em resposta ao item “a” que não houve oportunidade de manifestação nos autos, bem como ocorreu uma mescla entre fase de investigação e fase decisória na Consob, o que fere o princípio do órgão imparcial, pois a decisão final estaria contaminada com a fase inquisitiva do processo. Alegaram, ainda, que a investigação foi unilateral e não contou com provas contundentes do suposto ato praticado.

A decisão do TEDH nesse ponto específico foi de que a Consob não satisfaz todos os requisitos do art. 6º, § 1º, da Convenção, uma vez que a severidade da punição merecia a realização de uma audiência pública para que os acusados fossem ouvidos.¹⁴ De fato, o supramencionado artigo da Convenção é aplicado em caso de sanções penais. Contudo, diante da gravidade das penalidades impostas

12 Cabe mencionar que outras questões preliminares e secundárias foram alegadas pelos requerentes no procedimento junto ao TEDH. Contudo, com base no recorte temático deste artigo, optou-se por tratar apenas dos pontos mais emblemáticos do julgado.

13 Redação do art. 6º da Convenção: “art. 6º – Direito a um processo equitativo: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo” (Council of Europe, 2013, p. 10).

14 Nesse passo, veja os comentários da doutrina sobre a evolução da jurisprudência do TEDH no que diz respeito ao art. 6º, § 1º, da Convenção: Cagnazzo (2011, p. 34-45).

aos requerentes, a sanção formalmente tida como administrativa se constitui, na verdade, sanção penal. Dessa maneira, não haveria problemas na aplicação desse dispositivo. O acórdão apontou que “[...] o Tribunal considera que as sanções pecuniárias impostas aos requerentes são de natureza penal, pelo que o perfil penal do art. 6º, n. 1, é aplicável ao presente caso” (European Court of Human Rights, 2014a, parágrafo 101)¹⁵.

Tal raciocínio jurídico partiu do resgate da jurisprudência do Tribunal, que considera uma sanção penal se ela preencher algum dos seguintes critérios constitutivos, e que são alternativos: (i) previsão do tipo penal no direito interno do Estado; (ii) a própria natureza penal da conduta ilícita; e (iii) a natureza e severidade da sanção prevista.¹⁶

A partir da conclusão obtida sobre a natureza penal das penalidades impostas pela Consob, uma série de inconsistências foram observadas pelos julgadores, principalmente com relação à ampla defesa. Para os julgadores, haveria a necessidade de maior dilação probatória e ao menos uma audiência oral. Tratava-se da necessidade de paridade de armas entre acusação e defesa, que não ocorreu no caso concreto. Para ilustrar tal ponto do acórdão, é interessante observar dois trechos importantes:

110. No caso em apreço, segundo eles [os requerentes], a atividade investigativa foi unilateral e baseada em alguns depoimentos de testemunhas libertadas sem a presença do acusado ou de seus advogados, que não tiveram oportunidade de fazer perguntas a essas testemunhas ou de assistir à realização dos diversos atos de investigação. Os requerentes apenas puderam apresentar a respectiva defesa por escrito. [...] 123. Em vista do exposto, a Corte considera que o procedimento perante a Consob não satisfaz todos os requisitos do art. 6º da Convenção, especialmente no que diz respeito à igualdade de armas entre a acusação e a defesa e à não realização de uma audiência pública que permitisse uma manifestação oral (European Court of Human Rights, 2014a, tradução livre).¹⁷

15 No original: “[...] the Court considers that the fines imposed on the applicants were criminal in nature, with the result that Article 6 § 1 is applicable in this case under its criminal head.”

Jurisprudência no mesmo sentido do próprio TEDH: (i) European Court of Human Rights (2011); (ii) European Court of Human Rights (1984).

16 De acordo com o acórdão, tal tese jurídica tem seus primeiros apontamentos no TEDH com o julgado Engel (Países Baixos), em 8 de junho de 1976. Para consultá-lo na íntegra, ver European Court of Human Rights (1976) na seção Referências.

17 No original: “110. They submitted that, in the present case, the investigative activity had been unilateral and based on witness statements made in the absence of the accused or their counsel, who had not had an opportunity to question those witnesses or to be present when the various investigative measures were carried out. The applicants had been able to submit their respective pleadings only in writing. [...] 123. In the light of the foregoing, the Court considers that the proceedings before the Consob did not satisfy all of the requirements

Já com relação a isenção e independência da Consob, o TEDH considerou a separação dos procedimentos adequada, entendendo que não houve contaminação das fases de investigação e aplicação da penalidade, tendo como base a jurisprudência do próprio Tribunal.

No item “b”, os requerentes alegaram que não foram informados com brevidade sobre as acusações pela Consob e que o advogado Stevens não deveria compor o polo passivo, já que não fazia parte do Grupo, ou seja, não era administrador, apenas advogado societário. Contudo, a decisão do TEDH apontou que os prazos estabelecidos para as comunicações sobre as acusações foram cumpridos e que o fato de o advogado não compor os quadros de administração não era suficiente para retirá-lo do polo passivo, já que a tipificação da conduta na seara administrativa (embora considerada pelo Tribunal como de natureza penal) menciona que “qualquer pessoa” pode praticar o ato contido no dispositivo legal, o que engloba administradores e terceiros (Conway, 2003; Petronio; Hyeraci; Contesso, 2014).

No entanto, o ponto principal da controvérsia, e que gerou grande debate no TEDH, até mesmo após a decisão, foi a questão presente no item “c”, sobre o direito de não ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo fato, o que tradicionalmente se denomina “princípio *ne bis in idem*”. Esse argumento central dos requerentes foi acolhido pelo Tribunal.

Inicialmente, cabe mencionar que o princípio *ne bis in idem* veda que uma pessoa seja processada ou punida duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Decorre, portanto, da ideia de litispendência, coisa julgada e proporcionalidade na punição estatal, sendo que a sua configuração depende de três elementos ligados ao sujeito, ao fato e aos fundamentos jurídicos utilizados no caso concreto. De acordo com Silveira (2014), questão interessante está justamente na controvérsia que envolve as sanções concomitantes impostas por esferas punitivas distintas, ou seja, a administrativa e a penal. Trata-se de um princípio consolidado em diversos documentos normativos nas searas nacionais, regionais e internacional. Em alguns documentos internacionais, ele aparece de maneira explícita, tal como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, na Convenção Americana de Direitos Humanos, no Estatuto de Roma, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁸

Textualmente, de acordo com o art. 4º do Protocolo n. 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, “ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi

of Article 6 of the Convention, particularly with regard to equality of arms between the prosecution and the defence and the holding of a public hearing which would have allowed for an oral confrontation”.

18 Já no cenário brasileiro, por outro lado, o princípio *ne bis in idem* não é previsto explicitamente na Constituição Federal de 1988, mas pode ser extraído do art. 5º, XXXVI, da Carta, que preserva a coisa julgada. Ele aparece na legislação infraconstitucional, principalmente no Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 621.

absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado” (European Court of Human Rights, 2020, tradução livre).

No caso concreto, como preliminar, o governo italiano alegou que, no momento da ratificação da Convenção, havia realizado uma reserva quanto à aplicação desse dispositivo. Para a Itália, o art. 4º do Protocolo n. 7 deveria alcançar apenas infrações, procedimentos e decisões que o ordenamento jurídico interno considere criminais, o que excluiria qualquer discussão acerca da esfera administrativa. Contudo, no momento do depósito do instrumento de ratificação, a Itália não especificou o conteúdo de tal reserva. Em conformidade com o art. 57 da Convenção, as reservas genéricas são proibidas e tidas como nulas. Uma vez que não houve especificação sobre procedimentos na Consob ou quaisquer outros procedimentos administrativos, a reserva caiu e o Tribunal considerou plenamente aplicável o dispositivo supramencionado.¹⁹

Os requerentes, seguindo a tese da natureza penal da sanção aplicada pela Consob, alegaram que sofreram duas perseguições penais, com o resultado de duas condenações para o mesmo fato, o que viola frontalmente o dispositivo supramencionado. Para evitar qualquer controvérsia sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acerca do art. 50 da Carta de Direitos Humanos, os requerentes reforçaram que, nos termos da jurisprudência do TEDH, as duas punições se caracterizaram de natureza penal.²⁰

Nesse sentido, o TJUE entende que nada obsta o Estado-membro de prever mais de uma penalidade para a mesma conduta ilícita, seja no âmbito da Administração, seja no âmbito criminal. Contudo, o Estado não pode prever duas ou mais qualificações penais para o mesmo fato. Tal tese foi obtida no julgamento do caso Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson sobre o princípio *ne bis in idem*, que aborda sanções administrativas e crimes envolvendo questões tributárias. Veja o seguinte trecho do referido caso:

A este respeito, deve notar-se, em primeiro lugar, que o art. 50 da Carta não impede um Estado-membro de impor, pelos mesmos

19 Texto original: “209. By ‘reservation of a general character’ in Article 57 is meant, in particular, a reservation couched in terms that are too vague or broad for it to be possible to determine their exact meaning and scope. The wording of the declaration must enable the scope of the Contracting State’s undertaking to be ascertained, in particular as to which categories of dispute are included, and must not lend itself to different interpretations. [...] 211. Consequently, the reservation relied on by Italy does not meet the requirements of Article 57 § 2 of the Convention. This conclusion is a sufficient basis for finding the reservation invalid, without it being necessary to examine further whether there has been compliance with the other requirements of Article 57” (European Court of Human Rights, 2014).

20 “Art. 50. Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei” (União Europeia, 2000).

atos de descumprimento das obrigações de declaração no domínio do IVA, uma combinação de sanções fiscais e penalidades criminais. A fim de garantir a cobrança de todas as receitas do IVA [Imposto sobre Valor Agregado] e, ao fazê-lo, a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, os Estados-Membros têm a liberdade de escolher as sanções aplicáveis. Essas penalidades podem, portanto, assumir a forma de sanções administrativas, penais ou uma combinação das duas. Só se a sanção fiscal for de natureza penal para efeitos do art. 50 da Carta e se tornar definitiva é que essa disposição impede que um processo penal pelos mesmos atos seja intentado contra a mesma pessoa (União Europeia, 2013, parágrafo 34).

Utilizando o mesmo julgado, a Itália encampou a tese da natureza administrativa da sanção, conforme abordado acima, já que “[...] não seria adequado considerar que a imposição de uma sanção administrativa definitiva impedisse o início de um processo penal” (Itália, 2014, tradução livre).²¹ Também defendeu a tese da diferença entre o fato punido como sanção administrativa e o fato punido como crime. Trata-se da discussão entre os dois dispositivos do Decreto Legislativo n. 58, especificamente os arts. 185 e 187, elencados na primeira seção deste estudo.

Para o governo italiano, o art. 187 prevê uma sanção administrativa que inclui qualquer conduta, não importando que ela seja dolosa ou culposa, apta a gerar informações falsas ou inverídicas sobre qualquer situação capaz a confundir investidores nos mercados financeiros. Trata-se da proteção ao risco potencial de gerar prejuízo, cuja análise parte da responsabilidade objetiva. As penalidades administrativas alcançariam apenas o patrimônio dos investigados ou sua capacidade de administrar sociedades empresárias, mas nunca culminaria em pena de prisão.²²

Por outro lado, no art. 185, a sanção penal tem como tutelado outro bem jurídico, exige-se, também, a falta deliberada, a intenção dolosa na prática do crime de manipulação do mercado. No tipo penal, a análise seria subjetiva e dependente do dolo para averiguar se a informação falsa era capaz de gerar qualquer alteração nas ações negociadas na bolsa de valores. Além disso, não haveria qualquer ilegalidade na cumulação das duas penalidades, já que de naturezas distintas.

21 No original: “Pertanto, ne sarebbe opportuno ritenere che l'imposizione di una sanzione amministrativa definitiva impedisca l'avvio di un'azione penale”.

22 Nesse sentido, veja o seguinte trecho do acórdão do TEDH: “90. As to the nature of the offence, it included any conduct, even that of mere negligence, which was likely to provide erroneous signals or information to investors, without it being necessary that this be likely to trigger a significant change in the financial markets. It protected investors against any potential risk that might influence their choices and thus referred to interests other than those usually protected by criminal law. Finally, the sanctions that could be imposed affected only the assets of the person concerned and/or his ability to exercise managerial functions, and under no circumstances could they lead to a custodial sentence, even in the event of non-payment. They were not mentioned in an individual's criminal record and usually concerned professional operators in the financial system rather than the population as a whole” (European Court of Human Rights, 2014).

Na decisão sobre esse ponto específico, o TEDH frisou que a garantia prevista e consagrada no art. 4º do Protocolo n. 7 à Convenção só pode ser invocada quando um novo processo é iniciado ou continuado pelo Estado-membro, desde já haja absolvição ou condenação definitiva anterior sobre o mesmo fato apurado. Conforme frisou o Tribunal:

[...] a Corte observa, em primeiro lugar, que acaba de concluir, do ponto de vista do art. 6º da Convenção, que era apropriado considerar que o processo perante a Consob dizia respeito a uma “acusação em matéria penal” contra recorrentes e ainda observa que as sentenças aplicadas pela Consob e parcialmente reduzidas pelo tribunal de recurso se tornaram definitivas em 23 de junho de 2009, quando as sentenças do Tribunal de Cassação foram proferidas. A partir desse momento, os requerentes deveriam, portanto, ser considerados como “já condenados por um crime na sequência de uma sentença definitiva” nos termos do art. 4º do Protocolo n. 7.

Apesar disso, a nova ação penal intentada contra eles não foi interrompida e conduziu à condenação em primeira e segunda instâncias (European Court of Human Rights, 2014a, parágrafos 222 e 223, tradução livre).

Para o Tribunal, não se tratava de distinguir os elementos constitutivos previstos nas infrações contidas em um ou outro artigo do Decreto Legislativo italiano, mas de compreender se os dois dispositivos traziam a previsão de fatos imputáveis à mesma conduta ilícita. Nas palavras dos magistrados, “[...] trata-se manifestamente de um mesmo comportamento, das mesmas pessoas e na mesma data” (European Court of Human Rights, 2014a, parágrafo 227, tradução livre).

Sobre esse último ponto, cabe mencionar que o caso foi Sergueï Zolotoukhine contra Rússia, julgado anterior e mencionado pelo TEDH, que delineou com mais objetividade quais eram os critérios para considerar iguais dois dispositivos legais sancionadores. Não haveria necessidade de identidade completa entre os fatos previstos como ilícitos nos dispositivos, bastaria que “substancialmente” eles conduzissem à punição dúplice do mesmo fato.²³ Nesse julgado de 2009, também se decidiu pela desqualificação da decisão administrativa sancionadora para um típico caso de sanção penal decorrente da gravidade da penalidade imposta pela Administração. Da mesma maneira, o TEDH entendeu pela violação russa da

23 Nesse passo, veja o seguinte trecho: “[...] the Court stated that Article 4 of Protocol n. 7 should be construed as prohibiting the prosecution or trial of an individual for a second offence in so far as it arose from identical facts or facts that were ‘substantially’ the same as those underlying the first offence. This guarantee came into play where a new set of proceedings was instituted after the previous acquittal or conviction had acquired the force of res judicata” (European Court of Human Rights, 2009).

garantia *ne bis in idem*, já que o Sr. Zolotukhin foi condenado na esfera administrativa por conduta desordeira (punição militar de três dias de detenção imediata) e submetido a processo judicial em que foi detido provisoriamente, porém, ao final, acabou absolvido das acusações. Conforme trecho resumido da parte fática do caso:

Em 4 de janeiro de 2002, o Sr. Zolotukhin foi detido por trazer a sua namorada para um complexo militar sem autorização. De acordo com o boletim de ocorrência, o requerente, que estava bêbado, agiu com insolência, usou linguagem obscena e tentou fugir. No mesmo dia, o Tribunal Distrital de Gribovskiy considerou o requerente culpado de “pequenos atos desordenados” nos termos do art. 158 do Código de Infrações Administrativas e condenou-o a três dias de detenção.

Posteriormente, foi instaurado um processo penal contra o requerente ao abrigo do art. 213, n. 2, *b*), do Código Penal em relação à sua conduta desordeira antes da elaboração do relatório policial, e ao abrigo dos arts. 318 e 319 do Código Penal, em relação à sua ameaça e comportamento inadequado durante e após a elaboração do relatório. Foi detido em prisão preventiva em 24 de janeiro de 2002. Em 2 de Dezembro de 2002, o mesmo tribunal distrital considerou o requerente culpado das acusações ao abrigo do art. 319 do Código Penal. Ele foi, no entanto, absolvido das acusações nos termos do art. 213, pois o tribunal considerou que sua culpa não havia sido provada de acordo com os padrões exigidos em processos criminais (European Court of Human Rights, 2009, item 1 [Principal facts], tradução livre).²⁴

Partindo dessa construção jurisprudencial, o TEDH entendeu que os fatos apontavam claramente para a violação da garantia *ne bis in idem* pela Itália, tanto que essa foi a conclusão unânime alcançada pelo colegiado.²⁵ Ao final, a Itália foi condenada ao pagamento de indenização referente aos danos materiais e imateriais

24 No original: “On 4 January 2002 Mr Zolotukhin was arrested for bringing his girlfriend into a military compound without authorisation. He was then taken to the Voronezh Leninskiy district police station. According to the police report the applicant, who was drunk, behaved insolently, used obscene language and attempted to escape. On the same day the Gribovskiy District Court found the applicant guilty of “minor disorderly acts” under Article 158 of the Code of Administrative Offences and sentenced him to three days’ detention. Subsequently, criminal proceedings were brought against the applicant under Article 213 § 2 (b) of the Criminal Code in relation to his disorderly conduct before the police report was drawn up, and under Articles 318 and 319 of the Criminal Code in relation to his threatening and insulting behavior during and after the drafting of the report. He was remanded in custody on 24 January 2002. On 2 December 2002 the same district court found the applicant guilty of the charges under Article 319 of the Criminal Code. He was, however, acquitted of the charges under Article 213, as the court found that his guilt had not been proven to the standard required in criminal proceedings”.

25 Para aprofundamento da jurisprudência do TEDH sobre o art. 4º do Protocolo n. 7 à Convenção, veja, na seção Referências, European Court of Human Rights (2020).

provocados aos requerentes, na ordem de 50 mil euros cada.

É interessante observar a conclusão do julgador, que deixa um recado ao legislador italiano para “[...] remediar as deficiências estruturais do procedimento administrativo e do procedimento judicial para a aplicação e controle das sanções administrativas da Consob”. Para além disso, os magistrados informaram que, “se o legislador aceitar esse desafio, isso poderá representar um exemplo e uma fonte de inspiração para outros legisladores que enfrentam um problema sistêmico semelhante” (European Court of Human Rights, 2014a, tradução livre).²⁶

Para abordar a problemática sistêmica, o próximo tópico aprofundará as questões específicas colocadas pela literatura jurídica no que diz respeito à evolução do direito administrativo sancionador e ao princípio *ne bis in idem*. Tal evolução promovida em grande parte pelos tribunais no âmbito europeu (como pode ser observado nos julgados supramencionados) afeta com mais vigor alguns Estados-membros, como Alemanha, França, Portugal e Espanha, que compartilham da dualidade de sistemas administrativo sancionador e penal. Essa disciplina pode afetar o Brasil, tendo em vista que os impactos lá sentidos são capazes de redefinir, ainda que indiretamente, a construção jurídica (legislativa, administrativa ou jurisprudencial) aqui desenvolvida.

3 Evolução do direito administrativo sancionador ou sanções administrativas travestidas de penas?

Enterría e Fernández (2013, p. 169) entendem por sanção administrativa: “[...] *un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal*”. Esse mal priva o administrado de um bem (coisa) ou de um direito. Esse tipo de sanção administrativa se diferencia das penas propriamente ditas, uma vez que estas são impostas por tribunais penais, órgãos pertencentes ao poder judiciário.²⁷ Além disso, as penas no âmbito penal são personalíssimas, atingindo apenas o agente que praticou a conduta. Já no direito administrativo,

26 No original: “*Conclusion: [...] 34. We consider that the applicants were treated unfairly by the Consob and the domestic courts, and that this Court has done them only ‘half justice’.* This is the reason why we follow the majority only in part. We expect that this judgment will provide the domestic courts with an opportunity to deliver full justice to the applicants, and the Italian legislature with the incentive to remedy the structural deficiencies in the administrative and judicial procedure for the application and review of administrative sanctions by the Consob. If the Italian legislature is up to this challenge, its work could provide an example of cross-fertilization to other legislatures which are faced with a similar systemic problem”.

27 Cabe expor outra definição de sanção administrativa elaborada por Osório (2015, p. 106): “Em um mal ou castigo, porque tem efeitos afletivos, com alcance geral e potencialmente futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de Direito Público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”.

as sanções pecuniárias podem atingir os sucessores do infrator. Diferenciam-se, também, no tipo de pessoa atingida, pois a maior parte das sanções administrativas alcançam tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas (Silveira, 2014).

Antes de adentrar as concepções específicas sobre o direito administrativo sancionador, cabe esclarecer questões prévias sobre a noção do direito como sistema cindido por ramos, o que repercute na noção de direito administrativo sancionador, que será explorada ainda nesta seção.

Nesse sentido, a noção sistêmica do direito cindido por ramos funciona para ordenar as funções que cada setor do Estado deve se encarregar. Para Mello (2007), o Estado tem duas funções principais: (i) pela ação legislativa e executiva promove a utilidade pública; e (ii) pela ação judicial preserva a ordem jurídica normativa e assegura os direitos dos indivíduos, aplicando o ordenamento jurídico. Assim, a primeira é reservada à função administrativa (integração da ordem jurídica); a segunda, à função jurisdicional (reintegração da ordem jurídica). Por esse motivo, cada função deve ter um ordenamento jurídico próprio (ou seja, são ramos autônomos do direito).

Além disso, Mayer (1949, p. 5) afirma que “a legislação, a justiça e a administração são todas atividades mediante as quais o Estado tende a realizar o seu fim”. O autor explora a evolução da definição de administração, que abrangia essas três atividades estatais, mas com a evolução da ciência jurídica os ramos foram se separando e tornando-se autônomos. Partindo dessa leitura, a “administração deve ser toda atividade do Estado, que não seja legislação ou justiça” (Mayer, 1949, p. 10). Por esse motivo, o direito administrativo e o direito constitucional são distintos e autônomos, apesar de o último ser essencial para instituir a vontade constituinte e organizativa da sociedade, não é capaz de, por si só, concretizar a atuação estatal, tarefa direcionada essencialmente ao direito administrativo. Na Alemanha, local onde as considerações de Mayer (1949) são realizadas, há o costume de reunir tais áreas na nomenclatura Direito de Estado (*Staatsrecht*).

Com base nessa noção inicial da formação do direito administrativo como ramo autônomo, podemos entender o próprio direito administrativo como um sistema próprio. Ressalta-se que a lógica sistemática cumpre três funções jurídicas essenciais no direito administrativo: a prática, a dogmática e a política. A função prática se refere ao auxílio prático judicial e administrativo, pois durante a evolução dessa área houve constante experimentação de rotinas, modelos e teorias jurídicas até que se consolidasse, por meio da prática, o direito administrativo tal como o conhecemos hoje. A função dogmática refere-se à racionalidade e à coerência de argumentos e condutas adotados pelos operadores desse sistema, que conduzem ao desenvolvimento da ciência jurídica. Já a função política revela que

o direito administrativo está a serviço da política legislativa, além de conseguir, por meio da sua sistematização, realizar um movimento de evolução do próprio sistema.²⁸ Para Schmidt-Assmann (2003, p. 8-9):

La sistematización del Derecho administrativo general, por lo demás, no es sinónimo de codificación; su sistematicidad no implica sin más una llamada a la codificación. Antes al contrario, a nuestro juicio, la función de la teoría general del Derecho administrativo consiste fundamentalmente no sólo en saber insertar los nuevos fenómenos y las normas especiales en un ámbito o sector administrativo claramente definido, sino también en ofrecer un contexto analítico u un adecuado campo de observación que permita comprender la interacción y la evolución constantes entre el Estado y la sociedad, sus nuevas competencias y la redefinición de sus respectivas responsabilidades.

Feitas tais observações, é interessante notar que essa ideia sistêmica resulta na concepção dual dos sistemas repressivos entre sanções administrativas e crimes. Tal construção apresenta um aspecto histórico que remete à Revolução Francesa. O direito administrativo sancionador é um resquício dos poderes sancionatórios diretos que foram mantidos com o Poder Executivo mesmo após a adoção de um direito penal legalizado e judicializado. Perfaz, assim, uma herança do Estado de Polícia, onde havia um direito ilimitado de administrar, consubstanciado na expressão *“the king can do no wrong”* (Medauar, 2017, p. 30). Nesse passo, o exercício da “polícia” funcionava como “instrumento sistemático” para conduzir a massa humana (os súditos) ao fim desejado pelo soberano. O poder público nesse caso era exercido sem limites ou qualquer controle externo, já que vigorava a tese da irresponsabilidade estatal. Tal poder ilimitado tinha as seguintes características: a) o poder pertencia ao príncipe como atributo pessoal que se confunde com a vontade do Estado, não havendo limites jurídicos da atuação estatal frente aos súditos; b) o controle central pertencia ao príncipe, e os seus funcionários deveriam ser fiéis, executando as medidas já predefinidas por ele e sujeitas à mudança repentina sem aviso prévio; c) interferência do príncipe no trâmite judicial, legitimamente aceito pelo “ato de soberania” (*Machtspruch*). Além disso, ficava a cargo do príncipe a edição de leis sobre justiça e administração. Um ponto importante citado no texto é que no período de polícia nasceu a teoria do fisco. Trata-se do fisco como autoridade auxiliar do príncipe e que tinha poderes exorbitantes para fazer valer as obrigações impostas aos súditos.²⁹

28 Para aprofundar a ideia de sistema na ciência jurídica, veja, na seção Referências, Canaris (2012).

29 Para aprofundar a temática, ver Mayer (1949), sobretudo capítulo 4.

Partindo desse contexto histórico, Enterría e Fernández (2013) entendem que não há justificativa científica apta a explicar a manutenção de sanções administrativas no atual sistema jurídico (que no caso mencionado é o sistema espanhol)³⁰, pois *“todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado”* (Enterría; Fernández, 2013, p. 172). Além disso, a ausência de um corpo principiológico próprio para as sanções administrativas levaram o Judiciário a considerar a aplicação dos princípios gerais do direito penal no direito administrativo sancionador.³¹ Para além desses princípios, exige-se o cumprimento dos requisitos constitucionais da legalidade, tipicidade e demais garantias que acompanham o administrado. Um desses princípios é justamente a proibição de processar ou julgar uma pessoa duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Contudo, a falta de uma alocação adequada a esse poder sancionador gera conflitos entre as esferas de poder.

Vieira de Andrade (2012) acrescenta outra problemática relacionada à dimensão funcional da justiça administrativa. Trata-se da nebulosidade presente na delimitação das matérias sujeitas à jurisdição administrativa, já que segundo o autor nem todos os litígios têm uma “questão jurídica” a ser resolvida e não necessitam de um tribunal. Nesse sentido, as sanções administrativas serviriam para dissuadir condutas menos graves e que não merecem atenção do Judiciário.

Com críticas mais contundentes ao direito português, Otero (2011) entende que essa leitura é apenas um dos lados da moeda, pois a criação de tribunais administrativos ou a manutenção de resquícios do poder punitivo não funcionaria apenas para garantir as reservas de administração ou os direitos dos jurisdicionados, antes estaria direcionada a restringir a intervenção do Poder Judiciário (na nossa visão e utilizando o jargão econômico: uma espécie de “reserva de mercado”). Além disso, a tendência de juridicidade da Administração acaba gerando maior intervenção e controle sobre seus atos, o que provoca um distanciamento do conteúdo da lei para criação de uma “legalidade de caráter autovinculativo” (Otero, 2011, p. 237).

Uma das saídas para os problemas sistêmicos apresentados acima estaria na uniformidade que o sistema de garantias europeu pode proporcionar à diversidade de ordenamentos jurídicos. Cassese (2011) ressalta que o sistema administrativo europeu é mais sofisticado e complexo que o adotado pelas organizações internacionais tradicionais. Há uma articulação plural e em níveis assegurada por

30 Sobre o Direito Administrativo Sancionador, veja a coletânea de jurisprudência realizada por Llobregat (2012, p. 481-511).

31 Cabe mencionar que existe extensa literatura jurídica sobre as teorias explicativas da distinção entre sanção administrativa e sanção penal e o motivo dessa subdivisão. Trata-se das teorias diferenciadora, ontológica ou qualitativa, da teoria unitária, normativa ou quantitativa e da teoria mista ou quantitativo-qualitativa. Para aprofundar a temática, consulte Mello (2007, p. 47-57) e Giublin (2019).

um conjunto de princípios e recursos da justiça administrativa europeia. O autor menciona que “[...] existe uma articulação do sistema de justiça muito complexa, que se baseia tanto na divisão de competências entre os órgãos que parecem em nível europeu como na cooperação entre autoridades europeias e nacionais” (Cassese, 2011, p. 31). Um dos pontos principais é a possibilidade de os órgãos de jurisdição europeia adotarem decisões vinculativas para os Estados-membros, tal como ocorreu no caso italiano julgado pelo TEDH e trabalhado neste artigo científico.

Feitas essas ponderações preparatórias à abordagem sancionatória, cabe adentrar a temática própria do direito administrativo sancionador. Trata-se do ramo punitivo do direito administrativo, cujo objetivo está na “[...] tutela dos valores relacionados ao Estado, ao interesse público, à Administração Pública e aos múltiplos e infinitos domínios onde haja interesse público a justificar a presença dos controles estatais” (Osório, 2015, p. 143, adaptado). Apesar de beber na fonte principiológica do direito penal, como elencado acima, o regime jurídico administrativo sancionador não equivale ao regime penal. Nas palavras de Silva-Sánchez (2002, p. 146),

[...] caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (assim, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos da sensibilidade e do erro etc.) como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade). Tais princípios são suscetíveis, com efeito, de uma acolhida gradual e, como sucede hoje entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas privativas de liberdade.

Essa dita flexibilidade do direito administrativo sancionador é elencada como um dos seus benefícios para combater uma série de condutas indesejadas na sociedade de forma mais ágil e eficaz. Tal concepção não afetaria as garantias constitucionais e legais presentes nos ordenamentos jurídicos (Giublin, 2019). Contudo, em nome do anseio pela punição e pela agilidade na sua aplicação, alguns países procuram embutir no direito administrativo sancionador penalidades que são eminentemente do direito penal, ou seja, são tipos penais travestidos de meras sanções administrativas.

A jurisprudência do TEDH surge justamente para frear o comportamento desses países pertencentes ao bloco europeu que impunham severas penalidades

em âmbito administrativo e, ainda, replicavam-nas na esfera penal. A tese de defesa sobre a escusa na aplicação do princípio *ne bis in idem* na esfera administrativa acabou caindo por terra, já que o TEDH considerou não o aspecto formal do dispositivo legal, mas a natureza da sanção, que devido a sua severidade deve ser considerada de natureza penal e não passível de repetição na esfera criminal, tal como ocorreu no caso “Grande Stevens”.

Goisis (2011) comenta esse ponto específico da evolução jurisprudencial promovida no TEDH. Como apontado na segunda seção deste artigo, o Tribunal não observa apenas o aspecto formal, mas recorre a dois critérios alternativos para qualificar uma sanção como tipo penal. Para o autor, pode-se resumir esses dois critérios da seguinte maneira: (i) primeiro o Tribunal analisa a natureza da sanção, se tem função de retribuição (natureza punitiva e não compensatória) e sua função preventiva (de dissuasão); em seguida, (ii) analisa-se a gravidade da sanção pecuniária imposta, ou seja, do sacrifício econômico imposto ou, até mesmo, da gravidade da privação de um direito, tal como ocorreu no caso “Grande Stevens” na vedação do exercício da gestão de sociedades de capital aberto (Goisis, 2011).

Por fim, a importância da observância das garantias processuais previstas na Convenção Europeia de Direitos Humanos no procedimento administrativo também foi observada por Goisis (2011), que comenta a necessidade da paridade de armas entre acusação e defesa, bem como as garantias previstas no art. 6º, § 1º, da Carta sobre ampla defesa e direito a um processo justo, conduzido por autoridade isenta. Esse foi, inclusive, o argumento utilizado pelo TEDH quando julgou o caso exposto nas seções anteriores. O professor da Universidade de Milão menciona, inclusive, a tentativa de a Corte de Cassação Italiana se adaptar à jurisprudência do TEDH. Goisis (2011, p. 46) traz um trocadilho para trabalhar o tema: “adaptação progressiva da ordem italiana às obrigações convencionais europeias, ou regressão, devido a uma visão redutora da relevância dos vícios processuais?”. Apesar dessa frase ser anterior ao julgado trabalhado acima, o autor já apontava as falhas procedimentais da Consob que violam frontalmente as disposições da Convenção. Tais violações não recebiam atenção necessária da Corte de Cassação e, por esse motivo, alguns casos começaram a ser promovidos no TEDH, para evitar, principalmente, o *bis in idem* (Goisis, 2011).

Considerações finais

Há uma redefinição do direito administrativo sancionador em andamento, como se extrai dos julgados e da literatura jurídica mencionados neste artigo científico. Contudo, o que não ficou suficientemente esclarecido foi qual seria a

direção dessa mudança. Haveria um desgaste no braço punitivo do Estado com as sanções administrativas ou uma renovação com base nas necessidades da sociedade atual? As sanções administrativas precisam ser moderadas ou podem pesar no critério punitivo? Tais questões são parte integrante do caso “Grande Stevens”, que trouxe importantes teses jurídicas aptas a aclarar o caminho dessa mudança.

Entre as teses jurídicas elencadas pelo TEDH no caso “Grande Stevens”, duas mereceram destaque. A primeira diz respeito à transmutação de uma sanção administrativa para um tipo penal. O TEDH entendeu que a severidade das penalidades impostas pelo órgão administrativo (Consob), apesar de estarem previstas em lei como sanção administrativa, qualificam-se como penais quando extrapolam a proporcionalidade do poder punitivo exercido nessa esfera de poder. A segunda tese relembra as garantias de todo cidadão de ser processado e julgado uma única vez por determinado fato. Quando uma pessoa (física ou jurídica) é submetida duas ou mais vezes ao processamento e julgamento judicial e/ou administrativo pelo mesmo fato, está violada a garantia *ne bis in idem*. A parte nebulosa da vedação à repetição é justamente quando há um processo administrativo e outro penal, o que não acarreta automaticamente a aplicação daquele princípio. Contudo, o TEDH esclareceu que os Estados não podem se utilizar dessa classificação doméstica entre sanção administrativa e penal para punir duas vezes o agente pelo mesmo fato (igualdade substancial entre sanções) ou para se esquivar da demora do processo judicial e aplicar multas exorbitantes na seara administrativa (severidade da penalidade).

Todas as problemáticas elencadas pelo TEDH no caso “Grande Stevens” revelam a necessidade de debates mais intensos sobre a necessidade de diálogo entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Revelam também a questão do direito como sistema, o que merece atenção dos juristas, especialmente sobre os momentos de evolução e regresso do desenho institucional adotado pelo direito administrativo sancionador.

Referências

- CAGNAZZO, A. *La sanzione amministrativa: principi generali*. Torino: G. Giappichelli, 2011.
- CANARIS, C. W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CASSESE, S. *Diritto amministrativo europeo: principi e istituti*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

CONWAY, G. Ne Bis in Idem in International Law. *International Criminal Law Review*, London, v. 3, p. 217-244, 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228176991_Ne_Bis_in_Idem_in_International_Law. Acesso em: 9 nov. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: Estrasburgo: European Court of Human Rights, 2013. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023.

ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T.-R. *Curso de derecho administrativo*. t. II. 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Engel and others v. The Netherlands – 5370/72*. Judgment. Strasbourg, 8 June 1976. Court (Plenary). Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-57479%22>}. Acesso em: 9 dez. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Öztürk v. Germany – 8544/79*. Judgment. Strasbourg, 21 Feb. 1984. Court (Plenary). Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57553%22>}. Acesso em: 9 dez. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Sergey Zolotukhin v. Russia*. Grand Chamber Judgment. Strasbourg, 10 Feb. 2009. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-2637279-2867829%22>}. Acesso em: 9 dez. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Forthcoming judgments: A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy – 43509/08. *Press Release ECHR*, 19 Sept. 2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-3678860-4184885&filename=003-3678860-4184885.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Grande Stevens and other v. Italy – 18640/10*. Second Section. Judgment (Merits). Strasbourg, 4 mar. 2014a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-141794%22>}. Acesso em: 9 dez. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Causa Grande Stevens e altri c. Italia*. Seconda Sezione. Sentenza. Strasbourg, 4 mar. 2014b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-146249%22>}. Acesso em: 10 dez. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 4 of Protocol n. 7 to the European Convention on Human Rights*: Right not to be tried or punished twice. Council of Europe, 31 Aug. 2020. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf. Acesso em: 9 dez. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Selection of key cases. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/selection-of-key-cases>. Acesso em: 9 dez. 2023.

GIUBLIN, P. N. *A política sancionadora estatal e o princípio ne bis in idem*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2019. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=8187247#. Acesso em: 1º dez. 2023.

GOISIS, F. Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. In: CAGNAZZO, A. *La sanzione amministrativa*: principi generali. Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 32-52.

IFIL-NOTIFICATION of objections on the part of Consob. *Exor*, Amsterdam, 22 fev. 2006. Disponível em: <https://www.exor.com/press-releases/2006-02-22/ifil-notification-objections-part-consob>. Acesso em: 2 dez. 2023.

ITALIA. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. *Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana*, serie generale, n. 71, suppl. ordinario n. 52, 26 mar. 1998. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.versione=1&art.idGruppo=2&art.flagTipoArticolo=0&art.codiceRedazionale=005G0082&art.idArticolo=9&art.idSottoArticolo=1&art.idSottoArticolo1=10&art.dataPubblicazioneGazzetta=2005-04-27&art.progressivo=0. Acesso em: 3 dez. 2023.

ITALIA. Legge 28 dicembre 2005, n. 262. *Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana*, serie generale, n. 301, suppl. ordinario n. 208, 28 dic. 2005. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2005/12/28/005G0295/sg>. Acesso em: 3 dez. 2023.

ITALIA. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014*: Ricorso n. 18640/10, Grande Stevens e altri c. Italia. Roma, Ministero della Giustizia, 4 mar. 2014. Disponível em: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU997175&previousPage=mg_1_20#. Acesso em: 3 dez. 2023.

- LLOBREGAT, J. G. *Derecho administrativo sancionador práctico: comentarios, jurisprudencia y normativa reguladora. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*. v. 1. Barcelona: Bosch, 2012.
- MAYER, O. *Derecho administrativo alemán: parte general*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MELLO, O. A. B. de. *Princípios gerais de direito administrativo: introdução*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, R. M. de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OSÓRIO, F. M. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.
- OTERO, P. *Legalidade e administração pública*. Lisboa: Almedina, 2011.
- PETRONIO, F.; HYERACI, M.; CONTESSO, M. The “Ne bis in idem” Principle among International Treaties and Domestic Rules: The Recent Case Law of the European Court of Human Rights on Italy. *Paul Hastings*, 5 jun. 2014. Disponível em: <https://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=1943e169-2334-6428-811c-ff00004cbded>. Acesso em: 23 dez. 2020.
- PUNTO 1-Ifil-Exor, cassazione annulla sentenza assoluzione Gabetti, Grande Stevens. *Reuters*, 20 jun. 2012. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/idUSL5E8HKJK8/>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- SABOYA, K. M. F. de S. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/13875/1/NeBisInIdem_Souza_2003.pdf. Acesso em: 1º dez. 2023.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SILVA-SÁNCHEZ, J. M. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- SILVEIRA, P. B. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in*

idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *RDC*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov. 2014. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>. Acesso em: 1º dez. 2023.

UE – UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: (2000/C 364/01). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

UE – UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-617/10 (Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson)*. Acórdão do Tribunal (Plenário), 23 fev. 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0617&from=EN>. Acesso em: 9 dez. 2020.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *A justiça administrativa*. 12. ed. Lisboa: Almedina, 2012.