

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

Paulo Burnier da Silveira¹

RESUMO

O artigo trata do princípio de *non bis in idem* no âmbito do direito administrativo sancionador, com base em recente caso paradigmático na União Europeia. Em março de 2014, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos proferiu uma decisão que pode representar um divisor de águas no sistema de cumulação de sanções administrativas e penais, existente em diversos países. O caso, conhecido como “Grande Stevens”, trata de uma infração no mercado de capitais na Itália, tendo sido sancionada, no âmbito nacional italiano, por ambas a autoridade de mercado de capitais e a justiça criminal. Diante de recurso interposto pelos condenados, o Tribunal Europeu considerou, em razão da natureza sancionatória do procedimento administrativo, uma hipótese de *bis in idem*, decidindo pela anulação das sanções penais impostas pela justiça criminal italiana. Neste contexto, o artigo analisa este importante caso, discorre sobre a evolução do debate na União Europeia e examina os possíveis impactos que a decisão pode trazer para o terreno da defesa da concorrência na Europa e no Brasil.

Palavras-chaves: direito administrativo sancionador; princípio *non bis in idem*; caso “Grande Stevens”; direito europeu; defesa da concorrência.

ABSTRACT

The paper addresses the principle of *non bis in idem* within the punitive administrative proceeding, considering a recent and paradigmatic case in the European Union. On March 2014, the European Court of Human Rights issued an extraordinary decision. It may set a new standard for the twofold system present in many countries, which allows administrative and criminal sanctions for a given illegal practice. The case, known as “Grande Stevens”, concerns a violation in the stock market’s rules in Italy, which led to sanctions by both the Italian financial market authority and the Italian criminal justice. After an appeal, the European Court considered a case of double jeopardy (*bis in idem*) due to the punitive aspects of the Italian administrative proceeding. As a result, the Court decided to overrule the criminal sanctions imposed by the Italian criminal justice. The paper analyzes the case, as well as the evolution of the debate in the European Union and the impacts that it may have in the field of competition law to Europe and to Brazil.

Key words: punitive administrative proceeding; double jeopardy; “Grande Stevens” case; European law; competition protection.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Professor na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: pburnier@gmail.com. As opiniões deste artigo são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições às quais o autor possui vínculos.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O caso “Grande Stevens”.
3. A evolução do debate na União Europeia. 4. Os
impactos da decisão na Europa e no mundo. 5.
Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução

O direito administrativo sancionador é objeto de profundos debates no mundo jurídico. Trata-se de um sub-ramo do direito penal ou de um ramo jurídico distinto? Se distinto, como diferenciá-lo do direito penal e, sobretudo, como conciliar a sua aplicação com os princípios do direito penal? Aplicam-se, da mesma forma, os princípios da retroatividade da lei benéfica, *in dubio pro reo* e busca da verdade real? Estas são indagações que merecem reflexões e justificam a atenção que o direito administrativo sancionador vem recebendo nos campos de debate jurídico. Em realidade, a doutrina parece ecoar no sentido de considerá-lo como um braço do direito punitivo estatal, podendo incidir sobre diversos terrenos jurídicos, tais como o mercado de capitais, a defesa da concorrência, o sistema tributário, entre outros.²

Este artigo pretende abordar um aspecto específico do direito administrativo sancionador: o campo de incidência do princípio *non bis in idem*. Para tanto, aproveita-se de uma decisão paradigmática do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que promete “sacudir” as atuais bases do debate entorno da cumulação das sanções administrativas e penal – pelo menos na Europa. O caso foi julgado pelo TEDH em março de 2014 e ficou conhecido pelo nome de “Grande Stevens”, em referência ao principal réu do processo, um célebre advogado italiano. Os réus foram investigados e condenados por prática ilícita, no mercado de capitais na Itália, pela *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB) e, em seguida, pela justiça criminal italiana. Não tendo mais recursos no âmbito nacional italiano, os réus optaram por uma última tentativa, no âmbito do TEDH, em instância supranacional, com fundamento na violação do princípio de que

² Cf. Fábio Medina Osorio. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 107 e ss. O mesmo autor define a sanção administrativa como sendo “(...) um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro 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”. *Idem*, p. 95.

ninguém pode ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo ilícito penal – e ganharam a batalha. Isto se deu porque o TEDH considerou as sanções administrativas impostas pela CONSOB, que corresponde à autoridade de regulação do mercado de capitais, de natureza sancionatória – o que não permitiria, desta maneira, novas sanções de mesma natureza, por via da justiça criminal italiana.

Para enfrentar este assunto, examina-se o importante caso “Grande Stevens”, discorrendo sobre a evolução do debate acerca da cumulação das sanções administrativas e penais na União Europeia e os possíveis impactos que a decisão pode trazer para o terreno da defesa da concorrência na Europa e no Brasil.

2. O caso “Grande Stevens”

O caso “Grande Stevens” envolve o controle e os investidores da sociedade *Fabbrica Italiana Automobili Torino* (FIAT), controlada pela família italiana Agnelli. Na Itália, a sociedade familiar GIOVANNI AGNELLI S.A.S. detém a sociedade *holding* EXOR S.P.A., que é acionista majoritária e controladora da FIAT, além de investidora em outros importantes grupos econômicos. Além destas duas pessoas jurídicas, o caso envolve também três pessoas físicas: Gianluigi Gabetti, presidente da AGNELLI; Virgilio Marrone, administrador da AGNELLI; e Franzo Grande Stevens, advogado do grupo AGNELLI. Estas pessoas, físicas e jurídicas, integraram o polo passivo do processo administrativo instaurado pela autoridade italiana de mercado de capitais e, em seguida, foram responsáveis pela interposição de recurso perante o TEDH no âmbito europeu.³

O primeiro fato importante data de 2002, quando a FIAT celebra um contrato de financiamento com oito bancos. O contrato estabelecia o prazo para restituição do empréstimo em 20 de setembro de 2005 e previa, na hipótese de inadimplemento desta obrigação, a compensação do crédito na forma de subscrição de novas ações, com correspondente aumento do capital social da FIAT. Caso isto ocorresse, os bancos

³ Processo nº 18640/18 do TEDH, de 4 de março de 2014. Superado o prazo para o TEDH rever em sessão plenária, a decisão proferida em março de 2014 se tornou definitiva. Para mais informações, ver: Francesco Viganò. “Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva”. *Diritto Penale Contemporaneo*. Milão, 8 de julho de 2014. Disponível em: www.penalecontemporaneo.it (acessado em 20.08. 2014).

passariam a acionistas majoritários da FIAT com 28% do seu capital social, enquanto a EXOR viria reduzida sua participação social de 30% para 22%.

Diante deste cenário, Gianluigi Gabetti elabora consulta jurídica a seu advogado societário Franzo Stevens, na tentativa de evitar a perda do controle acionário da FIAT. Franzo Grande Stevens sugere como alternativa a renegociação de outro contrato, já pré-existente, com o banco britânico MERRILL LYNCH INTERNATIONAL LTD., de modo a financiar o montante necessário e evitar a alteração no quadro acionário da FIAT, o que implicaria no lançamento de uma oferta pública de ações. Assim sendo, tratativas são iniciadas com a MERRILL LYNCH INTERNATIONAL, ao passo que uma questão de ordem técnica é submetida à *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB), autoridade de regulação homóloga à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil, relativa às modalidades de renegociação do contrato.

Em 23 de agosto de 2005, a CONSOB requer às sociedades EXOR e GIOVANNI AGNELLI a publicação de um comunicado de imprensa informando sobre qualquer iniciativa tomada em relação ao vencimento do contrato de financiamento com os oito bancos. No dia seguinte, EXOR informou, com a aprovação de seu advogado Franzo Grande Stevens, que não havia iniciado nem estudado ações em relação ao vencimento do contrato de financiamento. Na sequência do comunicado de imprensa, Franzo Grande Stevens continua em tratativas com a MERRILL LYNCH INTERNATIONAL, como estratégia para viabilizar a restituição do empréstimo aos bancos no fim de setembro.

No dia 14 de setembro de 2005, a CONSOB é, finalmente e formalmente, informada das negociações em curso. No dia seguinte, a MERRILL LYNCH INTERNATIONAL celebra termo aditivo ao contrato com a EXOR, o que assegura à sociedade italiana a manutenção de sua participação de 30% no capital social da FIAT.

2.1. O procedimento administrativo junto à CONSOB

Em fevereiro de 2006, o “*Bureau Insider Trading* (IT)” da CONSOB conclui em sede de inquérito administrativo, a existência de infração da legislação italiana de mercado de capitais. Mais precisamente, acusa-se EXOR, GIOVANNI AGNELLI, Gianluigi Gabetti, Virgilio Marrone e Franzo Grande Stevens de manipulação do mercado, pela

difusão de informações falsas ou enganosas no setor financeiro. De acordo com o IT da CONSOB, o termo aditivo ao contrato entre EXOR e MERRILL LYNCH INTERNATIONAL já havia sido celebrado, ou estava em vias de celebração, antes da publicação do comunicado de imprensa, o que parecia configurar uma omissão grave dos acusados, talvez em busca de dar uma falsa representação da saúde financeira da EXOR à época. Na sequência, o IT da CONSOB transmite suas conclusões para o órgão julgante da CONSOB, encarregado de aplicar as sanções administrativas.

Em fevereiro de 2007, em continuidade ao processo administrativo, submetido à ampla defesa e ao contraditório, a CONSOB decide por aplicar severas sanções administrativas, que incluem multas pesadas e proibição temporária de administração de sociedades de capital aberto.

Em sede judicial, um ano depois da decisão da CONSOB, em janeiro de 2008, o Tribunal de Apelação de Turim confirma a decisão administrativa, mas reduz os valores das multas e o período de proibição temporária de Gianluigi Gabetti para administração de sociedades de capital aberto, que passou de seis para quatro meses. Em resumo, as multas impostas à GIOVANNI AGNELLI, EXOR e Gianluigi Gabetti foram, respectivamente, de 600 mil Euros, 1 milhão de Euros e 1,2 milhões de Euros.

2.2. O procedimento penal junto à justiça italiana

Em novembro de 2008, na sequência da condenação administrativa, confirmada pelo Poder Judiciário, o caso foi encaminhado para a justiça penal italiana, haja vista que a prática ilegal em questão configurava, simultaneamente, uma infração administrativa e um ilícito penal, aos olhos da legislação italiana. Após longa disputa contenciosa, que passou pela *Corte di Cassazione*, instância judicial suprema na Itália, a justiça italiana condenou ambos Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens, também no âmbito criminal.

2.3. O procedimento supranacional junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O procedimento junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), com sede na cidade de Strasbourg na França, foi iniciado por Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens. Os réus alegaram violações, por parte da Itália, das seguintes garantias individuais consagradas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴: (i) direito a um processo justo em prazo razoável (art. 6, §1º); (ii) direito de ser informado com a maior brevidade de acusações e o direito a ser assistido por um advogado (art. 6, §3º, alíneas ‘a’ e ‘c’); (iii) direito de proteção à propriedade (art. 1, Protocolo nº 1); e (iv) direito de não ser julgado ou punido duas vezes (art. 4, Protocolo nº 7).

A título de exame de admissibilidade, o governo da Itália alegou que o TEDH não teria competência para apreciar o assunto, pois não se trataria de matéria penal. No entanto, o TEDH refutou o argumento, alegando que as sanções impostas pela Itália, apesar de serem qualificadas como administrativas, possuem natureza penal em razão da severidade das penas impostas.

Em relação ao direito a um processo justo em prazo razoável, o TEDH entendeu, por unanimidade, no sentido de violação à Convenção, por parte da Itália, pelo fato de não ter ocorrido uma audiência pública, no âmbito da CONSOB, antes da decisão final administrativa. É interessante notar que houve um amplo debate envolvendo o desenho institucional da CONSOB, que comporta um órgão técnico de investigação e um tribunal composto por membros com mandato. Este aspecto não foi considerado uma violação da Convenção, o que corrobora pela legalidade de autoridades administrativas com este desenho – como é o caso da CVM no Brasil, bem como diversas autoridades da concorrência, como o próprio CADE, a Autoridade da Concorrência em Portugal, a *Autorité de la concurrence* na França, entre outros. Destacou-se o fato de seus órgãos judicantes serem compostos por membros de notório saber, com mandato, além das decisões serem passíveis de revisão perante o Poder Judiciário.

O direito de ser informado com a maior brevidade de acusações e o direito a ser assistido por um advogado também foram invocados pelos réus como violação de garantias previstas na Convenção. Neste ponto, o debate se concentrou em estabelecer se o advogado

⁴ O TEDH foi criado em 1959 pelos Estados-Membros do Conselho da Europa à época, com atribuição de julgar eventuais violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

Grande Stevens deveria ou não figurar no polo passivo do processo. Isto porque ele atuou na qualidade de advogado durante os aspectos societários e contratuais que deram origem à investigação da CONSOB, jamais tendo participado na qualidade de administrador das companhias. Em sua decisão, o TEDH esclareceu que a qualidade de administrador não constitui um elemento da infração administrativa, desconsiderando este argumento e chancelando, neste aspecto, todo o processo administrativo italiano.

Argumentou-se, ainda, a proteção da propriedade, supostamente violada pelas elevadas multas impostas pela justiça italiana. No entanto, o TEDH considerou que havia base legal no direito italiano para o patamar das multas impostas. Ademais, a proibição da difusão de informações falsas ou enganosas no mercado financeiro teria o propósito de garantir a integridade do próprio mercado financeiro e manter a confiança do público nas transações financeiras, o que constituiria um objetivo maior de interesse geral. Neste sentido, o Tribunal refutou também o argumento de uma possível violação da Convenção neste particular.

Por último, chegou-se ao argumento principal – que foi acolhido pelo TEDH – que toca o direito de não ser julgado ou punido duas vezes, o que se denomina tradicionalmente por princípio de *non bis in idem*. De acordo com o art. 4 do Protocolo n° 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 22 de novembro de 1984:

Art. 4° - Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se fatos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento.
3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15° da Convenção.

Em sede de preliminares, o Governo italiano alegou que este dispositivo não teria aplicação, pois o país teria optado por uma reserva legal, de modo a afastar a aplicação desta garantia. Ocorre que a técnica das reservas deve ser específica, sendo vedadas as reservas de ordem genéricas nos termos da própria Convenção.⁵ Isto permitiu ao TEDH desconsiderar a reserva italiana para o caso concreto, pois não há qualquer referência explícita à natureza das infrações administrativas da CONSOB. Assim sendo, admitida a natureza sancionatória do direito administrativo italiano, o Tribunal Europeu entendeu que ambos os processos, administrativo e criminal, se basearam na mesma conduta, para a aplicação de sanções, o que seria proibido pela Convenção.

Quanto ao debate no mérito, o Governo italiano alegou que a prática da dualidade, administrativa e criminal, é secular na Itália, além de presente em outros países europeus, como França e Alemanha. Ademais, as sanções não teriam tido objeto a mesma infração, pelo que o argumento de *non bis in idem* não mereceria sustento. Para tanto, argumentou-se que apenas no âmbito criminal se exige o dolo, não sendo suficiente uma mera conduta negligente, imprudente ou imperita. Ademais, apenas neste âmbito se exigia a capacidade das informações falsas ou enganosas produzirem uma alteração significativa no mercado financeiro, além de ser a única via a possibilitar uma eventual pena privativa de liberdade. Por fim, sustentou-se também que a lei italiana permite ao juiz penal de considerar a sanção administrativa na aplicação da pena, eventualmente reduzindo a última, de modo a tornar ambas proporcionais às violações cometidas.

Apesar destas alegações, o TEDH entendeu, por unanimidade, que se tratava de uma hipótese de *bis in idem* e decidiu por anular o processo penal italiano e observar que novas investigações penais não sejam abertas contra os réus a respeito dos mesmos fatos. A título de sucumbência, o TEDH impôs ao Governo italiano o pagamento, para cada um dos réus, do montante de 40 mil Euros, além de 10 mil Euros por danos morais.⁶

⁵ Art. 57° - Reservas. 1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral. 2. Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei em causa.

⁶ Os elevados valores arbitrados a título de sucumbência e danos morais foram alvo de críticas da doutrina europeia, sobretudo por ter sido aplicada pelo mais alto tribunal de direitos humanos na União Europeia e os réus serem pessoas acusadas por crimes financeiros. Cf. Nicolas Rontchevsky. “Application du principe *non bis in idem* à la Double sanction des abus de marché : les droits de l’Homme sont-ils ‘irréels’?”. *Bulletin Joly Bourse*. Paris, junho de 2014.

3. A evolução do debate na União Europeia

O caso “Grande Stevens” é paradigmático em razão da solução que foi oferecida, por unanimidade, pela mais alta Corte de Direitos Humanos da Europa. No entanto, o debate que toca a legalidade do sistema de dualidade – administrativo e criminal – já havia sido apresentado no âmbito europeu. Destacam-se precedentes nacionais, como também supranacionais no âmbito do próprio TEDH e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A posição francesa pode ser considerada tradicional, pois está sedimentada desde fins da década de 1980. Na ocasião, o *Conseil constitutionnel* deixou clara sua posição pela constitucionalidade do regime de cumulação de penas administrativas e penais. Em decisão envolvendo justamente a legislação de mercado de capitais e a autoridade administrativa encarregada de sua aplicação (COB), o tribunal constitucional francês afirmou: “*sans qu’il soit besoin de rechercher si le principe dont la violation est invoquée a valeur constitutionnelle, il convient de relever qu’il ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives*”⁷. Desta maneira, optou-se por uma interpretação restritiva do princípio de *non bis in idem*, em favor, portanto, do sistema secular existente na França e outros países da Europa continental.

No âmbito supranacional, destaca-se o caso *Aklagaren vs. Hans Akerberg Fransson*, no terreno do direito tributário, mais precisamente no âmbito do imposto sobre valor agregado. O cidadão Hans Åkerberg Fransson, pescador sueco, foi condenado em ambas esferas, tributária e criminal, por declarações falsas em relação a impostos devidos. O TJUE entendeu que não houve violação do princípio *non bis in idem*, pois este apenas se aplicaria caso ambas as sanções fossem revestidas de caráter penal – o que não foi verificado nesta relação concreta envolvendo o direito tributário e o direito penal. O Tribunal foi claro na tentativa de estabelecer os critérios para qualificar uma sanção como tendo natureza penal: “*The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence, and the third is the nature and degree of severity of the*

⁷ Decisão do *Conseil constitutionnel*, de 28 de julho de 1989, déc. nº 89-260 DC. Tradução livre do autor: “sem que seja necessário buscar o valor constitucional do princípio objeto de possível violação, parece oportuno destacar que o princípio não se aplica no caso de acúmulo de sanções penais e administrativas”.

penalty that the person concerned is liable to incur”⁸. Destaca-se o último critério, que diz respeito à natureza e ao grau de severidade da penalidade em que a pessoa se sujeita, como forma de determinar a natureza penal da sanção administrativa.

No caso *Franz Fischer vs. Austria*, o TEDH desenvolveu entendimento sobre o que considera “mesma infração” para efeito de interpretação do texto da Convenção. Nesta ocasião, desenvolveu a ideia de infrações com os mesmos “*éléments essentiels*” para fazer esta distinção.⁹ No caso *Sergueï Zolotoukhine vs. Russia*, o mesmo Tribunal entendeu que a vedação de investigar ou julgar por motivo de uma mesma infração aplica-se desde que a segunda infração tenha origem em fatos idênticos ou fatos que “*en substance*” sejam os mesmos.¹⁰ De acordo com este precedente, a questão-chave não é identificar se os elementos constitutivos das infrações, nos âmbitos administrativo e penal, são ou não idênticos; mas determinar se os fatos reprovados se referem à mesma conduta, assim considerada sob o ângulo do conjunto dos aspectos fáticos que deram ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais.

Em suma, o cenário atual da discussão foi elevado para outro patamar com a decisão do TEDH no caso “Grande Stevens”. No meio jurídico europeu, já se fala na possibilidade de “fórum shopping” entre as instâncias administrativas e criminais de um mesmo país, como forma de receber apenas a potencial sanção mais branda, considerando a possível invalidação da segunda sob o argumento do princípio de *non bis in idem*.¹¹

4. Os impactos da decisão na Europa e no mundo

⁸ Processo nº C-617/10 do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, parágrafo 35. Tradução livre do autor: “O primeiro critério é a classificação legal da ofensa nos termos da legislação nacional, o segundo é a própria natureza da ofensa, e o terceiro é o tipo e o grau de severidade da penalidade em que a pessoa está sujeita”.

⁹ Processo nº 37950/97 do TEDH, de 29 de maio de 2001.

¹⁰ Processo nº 14939/03 do TEDH, de 7 de junho de 2007.

¹¹ Cf. Laura Atherton; e Gabriela da Costa. “Double jeopardy: ECHR findings in market manipulation case Grande Stevens and others v. Italy”. *Thomson Reuters Accelus*. Londres, 15 de agosto de 2014. Disponível em: www.klgates.com (acessado em 20.08.2014).

Apesar de recente, a decisão do TEDH sobre o caso italiano tem gerado repercussões na Europa. O professor francês STÉPHANE TORCK ironiza a resistência dos tribunais superiores na França em reconhecer a incompatibilidade do atual regime francês com os postulados da Convenção Europeia de Direitos Humanos, fazendo referência, com certo tom de deboche, a uma *mort annoncée* deste sistema.¹² Na mesma linha, JÉRÔME CHACORNAC afirma que o caso “Grande Stevens” antecipou o inevitável, no sentido da necessidade de transformação do modelo repressivo francês no terreno de infrações no mercado de capitais.¹³ Em perspectiva mais ampla, acadêmicos da Universidade de Harvard falam em “sacudida” das regras de mercado de captais como consequência da decisão do TEDH.¹⁴

Independente da posição adotada em favor ou contra o sistema de cumulação de penas administrativas e criminais, verifica-se que o modelo do direito administrativo sancionador está presente em outros Estados-Membros da União Europeia, como é o caso da Alemanha, da França, de Portugal e da Espanha. Isto gera preocupações importantes, que merecem a atenção do mundo jurídico, pois estas evoluções tendem a ser sentidas em países de mesma tradição jurídica, como o Brasil e outros tantos que basearam seus ordenamentos jurídicos nos sistemas da Europa continental.

Além disso, os impactos podem perfeitamente ser transpostos a outros tipos de processos administrativos sancionadores, como os que tratam de matéria concorrencial, pois o debate principal de fundo diz respeito à caracterização da violação do princípio *non bis in idem*, independente do seu terreno de aplicação (mercado de capitais, fiscal, concorrencial, etc.).

Para melhor avaliar estes impactos, uma análise separada dos dois componentes do princípio – o *bis* e o *idem* – pode ser desenvolvida, de modo a buscar antecipar como o assunto seria aplicável a outras searas do direito administrativo sancionador, seja na Itália,

¹² Cf. Stéphane Torck. “Chronique d’une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : cumul des sanctions pénales et administratives”. *Droit des sociétés*. nº 5, commentaire 87. Paris, maio de 2014.

¹³ Cf. Jérôme Chacornac. “Interprétation du principe *non bis in idem* confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la double répression des infractions boursières”. *Bulletin Joly Bourse*. Paris, abril de 2014.

¹⁴ Cf. June Rhee. “European Court of Human Rights Shakes Insider Trading Rules”. *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*. Cambridge, 2014. Disponível em: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2014/04/13/european-court-of-human-rights-shakes-insider-trading-rules/> (acessado em 20.08.2014).

onde a decisão tem efeito direto, seja em outras jurisdições. Afinal, são estes dois vetores – da dupla imposição de sanção (*bis*) e da identidade da conduta (*idem*) – que deverão ser avaliados para fins de verificação de eventual violação do princípio *non bis in idem*. No entanto, considerando as diferentes gradações na interpretação destes componentes, esta tarefa não é tão fácil quanto pode parecer à primeira vista.

4.1. A dupla imposição de sanção (*bis*)

No campo da dupla imposição de sanção, que remete ao componente “*bis*” do princípio, o debate sobre a natureza do direito administrativo sancionador ganha um contorno especial. O aspecto central da discussão é saber qual a relação deste com o direito penal.

No Brasil, o direito administrativo sancionador é objeto de relevantes discussões na doutrina, pois guarda semelhanças com o direito penal, ainda que estes sejam considerados ramos jurídicos distintos. Dentre as diferenças, destaca-se que as sanções no âmbito penal são personalíssimas, enquanto na seara administrativa as sanções, como no caso de multas, podem atingir os sucessores do infrator, como herdeiros ou empresas adquirentes. Em relação aos sujeitos, o direito penal é, em regra, restrito às pessoas físicas, enquanto o direito administrativo tolera aplicação a ambas as pessoas físicas e jurídicas. Em matéria de culpabilidade reside talvez a maior diferença, pois o direito administrativo admite a responsabilidade objetiva, independente de culpa, enquanto no terreno penal a culpa em sentido amplo (dolo, imprudência, negligência ou imperícia) aparece como elemento essencial na configuração da responsabilidade do infrator.¹⁵

As peculiaridades do direito administrativo sancionador impõem cautelas especiais. Isto porque, apesar de ser considerado ramo distinto do direito penal, o direito administrativo sancionador é considerado um braço do direito punitivo estatal, com origens no poder de polícia, ainda que possua certa flexibilidade na sua aplicação, como assinala

¹⁵ Dentre outros, ver: Othon de Azevedo Lopes. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 223 e ss.

FABIO MEDINA OSORIO.¹⁶ Neste sentido, alguns princípios tradicionais do direito penal ganham relevo no terreno do direito administrativo sancionador, como é o caso da aplicação de lei posterior mais benéfica ao administrado, além dos princípios gerais processuais consagrados constitucionalmente, como o do devido processo legal, da ampla defesa e do direito ao contraditório. Os precedentes administrativos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) cofirmam estes dizeres na prática.¹⁷

A análise do caso “Grande Stevens” e de outros precedentes europeus confirma que o direito administrativo sancionador pode ter sim um caráter penal, a depender da severidade das sanções impostas pela Administração Pública. Isto foi justamente o que ocorreu no caso italiano, cujas sanções administrativas foram consideradas de natureza penal. Destaca-se que a decisão do TEDH inova ao afirmar que os Estados-Membros da UE não têm a liberalidade de definir, por uma classificação própria e prévia, quais sanções são de natureza administrativa e quais são de natureza penal, de modo a excluí-las da aplicação do princípio de *non bis in idem*.¹⁸ O que será analisado é o condão da sanção administrativa imposta, sendo seu grau de severidade um aspecto determinante desta análise. Desta maneira, surge a necessidade de um cuidado especial, por parte da autoridade administrativa, na dosagem das sanções quando da aplicação de remédios administrativos, sob risco destas sanções serem consideradas de natureza penal e, portanto, passível de incidência do princípio de vedação do *bis in idem* em relação a eventuais sanções criminais.

Este parece ser um aspecto-chave da decisão do TEDH, pois até então países como a França e Itália se escusavam da aplicação do princípio no campo administrativo sob o argumento da tradição secular dos processos administrativos sancionadores em ambos os sistemas jurídicos, que permitiam aos tribunais nacionais categorizarem as infrações administrativas como não-penais.

¹⁶ Cf. Fábio Medina Osorio. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp; 156 e ss.. Ver também: André Marques Gilberto. *O processo antitruste sancionador*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2008. pp. 9 e ss.

¹⁷ A título de referência, seguem alguns precedentes do CADE: Processo Administrativo nº 08012.002381/2004-76, Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57, Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12, Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 e Auto de Infração nº 08700.007907/2013-47.

¹⁸ Cf. também Francesca Petronio, Marilena Hyeraci e Massimo Contesso. “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 - Stay Current*, 2014. Disponível em: <http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=1943e169-2334-6428-811c-ff00004cbded>.

4.2. A identidade substancial dos fatos sancionados (*idem*)

O outro componente essencial do princípio diz respeito ao *idem*, ou seja, à identidade do fato ou conduta passível de condenação. No caso “Grande Stevens”, a Itália argumentou que não se tratava do mesmo fato, portanto não passível de incidência do princípio *non bis in idem*. Alegou-se que a infração administrativa não exigia culpa, por ser caso de responsabilidade objetiva, enquanto no campo penal era necessária a verificação de dolo, negligência, imprudência ou imperícia para configuração do ilícito. Além disso, o governo italiano buscou fazer distinção na redação normativa da infração administrativa e do ilícito penal. Isto porque apenas no campo penal exige-se que a informação falsa seja capaz de provocar uma alteração sensível no valor das ações negociadas na bolsa de valores, conforme transcrição comparativa abaixo:

Capo II - Sanzioni penali

Art. 185. Manipolazione del mercato

1. 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.¹⁹

Capo III - Sanzioni amministrative

187-ter. Manipolazione del mercato

1. Salve le sanzioni penali quando il fatto costituis ce 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

¹⁹ Cf. Decreto legislativo nº 58, de 24 de fevereiro de 1998, da Itália. Tradução livre do autor: “Capítulo 2. Sanção penal. Art. 185. Manipulação de mercado. 1. Qualquer pessoa que divulgue notícias falsas, ou proceda a operações simuladas, ou empregue outros artifícios objetivamente suscetíveis de provocar uma modificação sensível no valor dos instrumentos financeiros é punido de uma reclusão de um a seis anos e de multa de vinte milhões a cinquenta milhões de Euros”.

*forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari.*²⁰

Pela comparação dos textos normativos, percebe-se que a tipificação do ilícito é, de fato, distinta. No entanto, qual deve ser o critério para preencher o requisito *idem* do princípio? A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabelece o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelas jurisdições do mesmo Estado “por motivo de uma infração” (art. 4, §1º) pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva. Ou seja, o *idem* diz respeito a uma mesma infração. As duas infrações destacadas acima, uma no âmbito criminal e outro no âmbito administrativo, constituem a mesma infração? É este o ponto-chave no caso “Grande Stevens” para verificação do componente *idem*, o qual foi crucial para a decisão no sentido de violação do princípio de *non bis in idem*. O TEDH assentou de vez o entendimento de que o *idem* se refere ao conjunto de circunstâncias fáticas que deem ensejo a duas condenações de natureza penal. No caso concreto analisado, tratou-se da “veiculação de informações falsas ou enganosas”. Este foi o fato sobre o qual incidiu a aplicação de ambos os dispositivos da legislação italiana – o art. 185 e 187-ter do decreto legislativo nº 58, de 1998.

5. Considerações finais

O caso “Grande Stevens” pode representar um divisor de águas no estudo do direito administrativo sancionador, pelo menos na União Europeia. O TEDH decidiu, pela primeira vez, invalidar um processo criminal, incluindo as sanções criminais impostas, por conta de sanções administrativas, de teor punitivo, aplicadas anteriormente sobre a mesma conduta ilícita. Para chegar a esta solução, o Tribunal europeu entendeu que houve violação do

²⁰ Cf. Decreto legislativo nº 58, de 24 de fevereiro de 1998, da Itália. Tradução livre do autor: “Capítulo 3. Sanção administrativa. Art. 185. Manipulação de mercado. 1. 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”.

princípio *non bis in idem* – o *bis* ocorreu por considerar as sanções administrativas de natureza penal e o *idem* por se referirem a mesma conduta ilícita.

É latente o impacto que a decisão traz para as atuais regras do mercado de capitais na Itália e nos demais 28 Estados-Membros da União Europeia. É também significativo os impactos que a decisão pode trazer para outros terrenos do direito administrativo sancionador, inclusive a defesa da concorrência, pois os fundamentos jurídicos são gerais e aplicáveis indistintamente ao ramo do direito administrativo sancionador. As sanções impostas a práticas anticompetitivas, por exemplo em casos de cartel, costumam incidir sob a mesma conduta – um acordo ilícito entre concorrentes. É por esta razão que as autoridades da concorrência da União Europeia estão acompanhando, com especial atenção, os impactos da decisão do caso “Grande Stevens” na esfera de suas competências. De acordo com a atual linha de entendimento do TEDH, bastará a caracterização das sanções administrativas como sendo de natureza penal para que o todo sistema secular da cumulação de sanções administrativas e criminais seja posto em xeque.

No Brasil, o debate também merece atenção especial, considerando o diálogo necessário entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Ademais, parece evidente a influência dos sistemas da Europa continental no desenho da responsabilidade administrativa brasileiro, pelo que qualquer transformação no modelo europeu pode gerar desdobramento, em menor ou maior prazo, no regime adotado no Brasil. Ademais, o caso também é provocativo no sentido que traz digressões importantes a respeito de outros aspectos dos sistemas administrativos tradicionais na Europa continental e presente no Brasil. Apesar de ter sido voto vencido, dois membros do Tribunal de Strasbourg manifestaram preocupações sobre o desenho institucional de alguns países, onde existiria acúmulo das funções de instrução, de acusação e de julgamento, em particular na França através da figura do *juge d’instruction*.²¹

²¹ Cf. votos apartados dos juízes Isil Karakas e Paulo Pinto de Albuquerque, p. 57 e ss. Ver também: Olivia Dufour: “L’affaire Grande Stevens sonne la fin de la double répression des abus de marché”. *Petites affiches*. n° 86. Paris, abril de 2014.

6. Referências Bibliográficas

ATHERTON, Laura; e COSTA, Gabriela da. “Double jeopardy: ECHR findings in market manipulation case Grande Stevens and others v. Italy”. *Thomson Reuters Accelus*. Londres, 15 de agosto de 2014. Disponível em: www.klgates.com (acessado em 20.08.2014).

CHACORNAC, Jérôme. “Interprétation du principe *non bis in idem* confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la double répression des infractions boursières”. *Bulletin Joly Bourse*. Paris, abril de 2014.

DUFOUR, Olivia. “L’affaire Grande Stevens sonne la fin de la double répression des abus de marché”. *Petites affiches*. nº 86. Paris, abril de 2014.

GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2008.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PETRONIO, Francesca; HYERACI, Marilena; e CONTESSO, Massimo. “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 - Stay Current*, 2014. Disponível em: <http://www.paulhastings.com/publications-items/details/?id=1943e169-2334-6428-811c-ff00004cbded> (acessado em 20.08.2004).

RHEE, June. “European Court of Human Rights Shakes Insider Trading Rules”. *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*.

*O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na UE:
uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência*

Cambridge, 2014. Disponível em: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2014/04/13/european-court-of-human-rights-shakes-insider-trading-rules> (acessado em 20.08.2014).

TORCK, Stéphane. “Chronique d’une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : cumul des sanctions pénales et administratives”. *Droit des sociétés*. nº 5, commentaire 87. Paris, maio de 2014

VIGANO, Francesco. “Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva”. *Diritto Penale Contemporaneo*. Milão, 8 de julho de 2014. Disponível em: www.penalecontemporaneo.it (acessado em 20.08.2014)