

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Thais Santos de Oliveira

**MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL
E ADMINISTRATIVA À LUZ DO ART. 21, § 4, DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA.**

BACHARELADO EM DIREITO

São Paulo
2022

Thais Santos de Oliveira

MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E
ADMINISTRATIVA À LUZ DO ART. 21, § 4, DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA.

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Erik Frederico
Gamstrup

São Paulo
2022

Banca Examinadora

Dedico este trabalho a todos que estiveram do meu lado nesta caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos pais, amigos de faculdade e aos meus grandes professores por estarem ao meu lado nessa trajetória, vocês foram essenciais para que eu pudesse concluir essa etapa.

RESUMO

O trabalho aborda o tema da pluralidade de regimes sancionadores que incidem sobre um o mesmo fato. A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em razão de apego ao mantra da independência entre as instâncias, não enfrentam o tema com a profundidade devida. Esta pesquisa busca, por isso e inicialmente, o fenômeno da multiplicidade sancionatória estatal por meio da análise da introdução do artigo 21, § 4º na Lei de Improbidade Administrativa, que passa a prever que também os ilícitos administrativos de improbidade poderão se beneficiar da comprovação de inexistência de autoria ou conduta identificada na esfera criminal quando houver decisão confirmada por um colegiado na esfera penal. Pretende, por fim, analisar se o Estado, ao sancionar mais de uma vez o mesmo fato, viola o princípio do *ne bis in idem*.

PALAVRAS-CHAVE: Multiplicidade sancionatória; Independência das instâncias; Penalização do direito administrativo; *Ne bis in idem*; Proporcionalidade.

ABSTRATC

This monographic research seeks the issue of the plurality of sanctioning regimes that apply to the same fact. The Brazilian doctrine and jurisprudence, due to the attachment to the mantra of independence between the instances, do not face the theme with due depth. Therefore and initially, this research seeks to understand the phenomenon of multiple state sanctions by analyzing the introduction of article 21, paragraph 4 in the Administrative Improbability Law, which now provides that administrative offenses of improbity may also benefit from proof of inexistence of authorship or conduct identified in the criminal sphere when there is a decision confirmed by a collegiate in the criminal sphere. Finally, it intends to analyze whether the state, by sanctioning the same fact more than once, violates the ne bis in idem principle.

KEY WORDS: Multiple sanctions; Independence of jurisdictions; Penalization in administrative law; Ne bis in idem; Proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|--|
| AGU | Advocacia-Geral da União |
| CF | Constituição Federal |
| BCB | Banco Central do Brasil |
| CPC | Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) |
| LAC | Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) |
| LACP | Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.327/1985) |
| LGL | Lei Geral de Licitações |
| LIA | Lei de Improbidade Administrativa |
| LINDB | Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) |
| LOMP | Lei Orgânica Nacional do Ministério Público Federal (Lei 8.625/1993) |
| LOTUCU | Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992) |
| LPA | Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999) |
| MPF | Ministério Público Federal |
| MPTCU | Ministério Público de Contas |
| MS | Mandado de Segurança |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PAD | Processo Administrativo Disciplinar |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TCU | Tribunal de Contas da União |

SUMÁRIO

| | | |
|------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO | 12 |
| 2.1 | Contextualização | 12 |
| 2.2 | Sanções do direito administrativo..... | 16 |
| 2.3 | Sanções judiciais | 18 |
| 3 | PRINCÍPIO DO <i>NON BIS IN IDEM</i> E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS .. | 22 |
| 3.1. | Finalidade da sanção..... | 22 |
| 3.3. | Ne Bis in Idem | 23 |
| 4 | MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA INDEPENDÊNCIAS DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA ANTE o ART. 21, § 4, da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA...27 | |
| 4.1 | Direito penal e direito administrativo sancionador | 27 |
| 4.2 | Sentença penal absolutória e seus reflexos nas demais instâncias..... | 29 |
| 4.3 | Artigo 21, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa..... | 31 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 35 |
| 6 | REFERÊNCIAS | 37 |

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, no direito brasileiro, uma mesma pessoa é sancionada múltiplas vezes pelo Estado em decorrência de um mesmo fato. A admissibilidade da multiplicidade sancionatória se respalda – quase que exclusivamente – pelo postulado da independência entre as instâncias.

Historicamente os (mais usuais) critérios de distinção são i) a espécie/natureza de sanção que é imposta quando da ocorrência do ilícito; ii) a autoridade que impõe a sanção; iii) a função/finalidade da sanção imposta e iv) o próprio conteúdo do ilícito.

Assim, analisa-se criticamente cada um dos critérios de distinção para, ao cabo, eleger/construir um critério próprio de diferenciação entre ilícito penal e administrativo, que guia os capítulos subsequentes.

Em seguida, o trabalho se ocupa em demonstrar que o *ne bis in idem* não é princípio exclusivo do direito penal. Tal princípio opera no âmbito interno de todas as instâncias: no direito tributário, no direito do trabalho, no direito civil e processual civil e no (intimamente relacionado à tese) direito administrativo.

Mas e entre as instâncias? Se é verdade que o *ne bis in idem* se aplica no âmbito interno de todas as instâncias, será verdade que opera entre distintas instâncias?

Para responder a tal questionamento, a tese analisa tema relacionado à independência entre as instâncias e conclui – através dos reflexos da sentença penal condenatória, da sentença penal absolutória e de outros relevantes institutos –, que as instâncias contam com independência, mas relativa/mitigada. O mantra da independência absoluta entre instância está sepultado e, cada vez mais, a independência divide espaço com a coerência: as instâncias estão, sim, intimamente relacionadas – e esse é ponto essencial à tese.

A pesquisa foi realizada a partir da leitura e fichamento da bibliografia indicada, além de pesquisa jurisprudencial, a fim de melhor compreender as questões

técnicas atreladas ao tema sob análise, bem como com a análise da Lei de Improbidade Administrativa.

2 MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Contextualização

No ordenamento jurídico brasileira a relação entre administração e sanção pode ser enxergada por duas perspectivas, diferentes entre si: sanção como instrumento do controle e sanção como instrumento da regulação¹. Essas óticas existem simultaneamente na realidade da gestão pública e cada uma dá seu próprio giro ao uso da sanção.

Compreendê-las individualmente é essencial para a utilização adequada do poder sancionador do estado e, para isso, é útil sua contextualização em dois períodos emblemáticos do Brasil democrático, que ilustram bem a lógica por trás delas. Para o controle, esse período é a edição da Constituição Federal de 1988 e os anos seguintes, até o início da reforma do estado, verificada na presidência de Fernando Henrique Cardoso (FHC, 1995 – 2003), momento já representativo da ótica da regulação.

A Constituição de 1988 foi um grande marco no controle da administração pública brasileira que, desde então, está em expansão. Após mais de 20 anos de ditadura militar, veio intrínseca ao diploma constitucional a ideia de colocar limites à atuação estatal, bem como fazer com que esses limites fossem respeitados pelo estado e por aqueles que com ele se relacionavam. Eram premissas preciosas para a redemocratização do país.

Para garanti-las, o texto constitucional utilizou três estratégias: a primeira, resguardar direitos do cidadão, que deveriam ser protegidos pelo estado, inclusive em face de sua própria atuação. Foi o que fez, por exemplo, o art. 5º, com seu rol de direitos e garantias fundamentais; a segunda, prever burocracias que condicionariam o agir estatal e, em alguma medida, facilitariam a averiguação de sua

¹ O conceito de regulação adotado é semelhante a como entende Egon Bockmann Moreira: “O verbo ‘regular’ e, especialmente, o substantivo ‘regulação’ denotam a noção de instaurar normas, de fixar a disciplina. Quem regula algo estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser considerados regulares, legítimos e/ou válidos (e quais serão os desvios inadmitidos). Nessa acepção, ‘regular’ significa ‘fixar regras’ — que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas em ambos os casos pretendem disciplinar. Quem fixa as regras visa a que o sujeito regulado mude seu comportamento natural. O objetivo é o de que a conduta futura seja de acordo com tais pautas.” (MOREIRA, Egon Bockmann. “Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil?”, em Direito da Regulação e Políticas Públicas. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111).

conformidade a preceitos constitucionais e interesses gerais (processos como licitação, concurso público e outros mais que evidenciarão a motivação dos atos administrativos); a terceira, constitucionalizar atribuições de instituições responsáveis pela fiscalização do agir estatal, antes previstas em lei, e dar-lhes outras novas, aumentando seu poder de atuação (como para Ministério Público e tribunais de contas).

A proteção de direitos individuais é importante para o controle da administração considerando o seu agir sobre particulares e a proteção dos direitos desses em face do estado. É importante para garantir que particulares não fiquem sujeitos a arbitrariedades da administração. Nas duas outras estratégias está o controle que olha para atividades do dia a dia da gestão pública: contratações públicas, expedição de licenças, nomeações para cargos públicos etc. Nessas atividades usuais, há espaço para agentes públicos e privados mal-intencionados atuarem com finalidades não republicanas, obtendo vantagens pessoais e gerando favorecimentos indevidos. É onde normalmente pode acontecer corrupção.

A Constituição colocou bases para que práticas desse tipo fossem evitadas ou combatidas e, a partir de então, um movimento jurídico pró-controle tomou corpo. Houve grande atuação legislativa para produzir uma “legislação controladora” — leis que instituíam ou reformulavam burocracias estatais, disciplinando procedimentos e sanções e dando competência de performance para diferentes controladores.

Não é coincidência que, alguns anos após a edição da Constituição, foram promulgadas quatro leis muito emblemáticas para o sistema de controle que se configurou com a retomada democrática: Lei de Improbidade Administrativa (LIA, lei 8.429, de 1992), Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU, lei 8.443, de 1992), Lei Orgânica Nacional do Ministério Público Federal (LOMP, lei 8.625, de 1993) e Lei Geral de Licitações (LGL, lei 8.666, de 1993). Foram características desse bloco de leis a desconfiança com o agente público e aqueles que com ele se relacionavam, em contraposição à fé no controlador.

A autonomia do agente público foi afetada de duas formas. Por um lado, diminuiu-se seu espaço de discricionariedade, deixando-o com pouca ou nenhuma

margem de escolha — como fez a LGL ao vincular contratações públicas a procedimentos licitatórios muito detalhados e objetivos, evitando que sobre elas o gestor pudesse ter qualquer tipo de atuação se não a mera execução da lei. Por outro, aumentou-se as chances de punição de agentes públicos e privados que travavam relações com a administração, estabelecendo condutas um tanto quanto genéricas para justificar a aplicação de sanção.

A LIA, por exemplo, considera ato de improbidade qualquer ato que importe em enriquecimento ilícito em razão do exercício de função pública (art. 9º); qualquer prática que cause prejuízo patrimonial ao erário (art. 10); ou qualquer conduta que atente contra princípios da administração (art. 11). Carlos Ari Sundfeld ilustra bem o espírito da lei:

“Em suma, na Lei da Improbidade, para a autoridade, nenhuma simpatia, nenhuma solidariedade, nenhuma condescendência, nenhuma majestade. É a autoridade finalmente ali, no banco dos réus, com seus pecados, ameaçada pelo fogo. Essa é a imagem criada pela lei, que se concentrou em desenhar esta cena, e (quase) nada mais.”²

Para o controlador o cenário posto foi diferente, mais favorável, deixando transparecer a crença em sua atuação. A mesma indeterminação normativa da LIA que fragilizou o agente público deu ao Ministério Público e ao Poder Judiciário ampla margem para avaliação de quais condutas, no seu entender, seriam ímprobas e por isso punir aqueles que as praticavam.

As leis orgânicas do Ministério Público e do TCU, por sua vez, refletiram as novidades que a Constituição havia trazido a essas instituições, no sentido de empoderá-las: ao Ministério Público, garantiu-se sua autonomia funcional frente aos três Poderes, deixando-o sujeito apenas à lei e, dentro de limites legais um tanto quanto amplos, permitindo que seus membros agissem de acordo com suas próprias convicções a respeito da proteção do interesse público. Para o TCU, houve ampliação de suas competências, passando o tribunal utilizar novas métricas de controle e estender a jurisdição de contas a temas que antes não estavam sob sua alçada.

² SUNDFELD, Carlos Ari. “Administração e Justiça: Um Novo Equilíbrio?”, em *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 330.

Naquele momento, o enaltecimento dos controladores também foi empolgado pelo ambiente político: Fernando Collor de Mello, primeiro presidente eleito após a redemocratização, havia adotado o discurso de “caça aos marajás”, que pregava o combate ao empreguismo, aos altos salários na administração pública estadual e de enfrentamento da corrupção. Foi, inclusive, quem sancionou a LIA e a LOTCU — ironicamente, acabou renunciando à presidência após a abertura de processo de *impeachment* em função de denúncias de corrupção em seu próprio governo.

Seguiu-se à renúncia de Collor escândalo que ficou conhecido por “Anões do Orçamento”, em que congressistas teriam favorecido indevidamente outros políticos e desviado mais de R\$ 100 milhões do orçamento da União. Todo esse cenário favorecia uma visão de que o gestor público deveria ser mero “braço mecânico” da lei, tendo diminuído seu espaço de discricionariedade, e reforçava a crença na salvação pelo controlador³.

Vale dizer que essas normas pró-controle, inclusive as constitucionais, não surgiram apenas de um clamor popular e na inércia dos órgãos de controle. O panorama político era favorável, mas essa legislação foi promovida por aqueles que com ela ganhavam algum poder e souberam se aproveitar da janela de oportunidade.

O Ministério Público, embora tenha tido suas atribuições fortalecidas com a constitucionalização em 1988, desde antes da Constituição vinha se empenhando para aumentar seu espectro de atribuições, tendo sido a Lei da Ação Civil Pública (LACP, lei 7.327, de 1985), resultado de seu esforço para se tornar o grande defensor dos direitos difusos e coletivos.

O órgão também se fez presente durante a Assembleia Nacional Constituinte e conseguiu influenciar na redação final dos dispositivos constitucionais que disciplinam sua atuação.¹³ De modo semelhante, a reconfiguração dos poderes

³ A ideia de “braço mecânico” da lei é empregada por Carlos Ari Sundfeld para descrever essa visão do gestor público com reduzido espaço para deliberação, potencializada após a edição da Constituição Federal de 1988 (SUNDFELD, Carlos Ari. “Administrar é criar?”, em *Direito Administrativo...*, p. 237 – 242).

e funções do TCU promovida pela Constituição e por sua lei orgânica resultaram de influência exercida pelo próprio tribunal junto ao Congresso Nacional.¹⁴

Nesse contexto, sanções foram instrumentos utilizados pela legislação como munição do controle para que fossem punidos agentes públicos e privados que agissem em prejuízo do interesse público.

Em decorrência de qualquer das irregularidades listadas na Lei de Improbidade, o Ministério Público pediria ao Poder Judiciário que aplicasse, isolada ou cumulativamente, as sanções previstas em seu art. 12: ressarcimento integral do dano, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição para contratar com o poder público.

Já o TCU poderia aplicar ele próprio multa a responsáveis por valores públicos e declarar inidôneo para contratar com a administração pública particular que fraudasse licitação, conforme previsões de sua lei orgânica (arts. 46, 57 e 58). A Lei Geral de Licitações também trouxe sanções de advertência, multa e proibição para contratar, que poderiam ser usadas pela administração para punir licitantes que tentassem frustrar a competitividade do certame ou contratados em razão do descumprimento de obrigações contratuais (arts. 87 e 88).

Por fim, a reforma da LINDB endereçou esses problemas na tentativa de aprimorar o ambiente jurídico em que as decisões públicas são tomadas e controladas. O poder sancionador estatal naturalmente não poderia ter ficado de fora. Após essa mudança, a “nova LINDB”, ao menos sob o enfoque jurídico-positivo, iniciou um novo momento na relação entre administração pública e sanção, mais exigente quanto aos critérios para sancionar. Os termos específicos em que fez isso serão estudados ao longo do trabalho.

2.2 Sanções do direito administrativo

No direito administrativo, a sanção pode ser vista por duas óticas diferentes: sanção como instrumento de controle e sanção como instrumento de regulação.

A competência para aplicar sanções é conferida por lei a órgãos e entidades da administração pública direta e indireta. Por sua vez, empresas estatais, autarquias, ministérios, secretarias e outros órgãos e entidades públicas podem utilizar sanções como forma de punir alguém pela prática de conduta irregular.

Algumas discussões relevantes sobre sanções administrativas foram feitas no Judiciário brasileiro, em especial no STF e no contexto do poder disciplinar da administração sobre agentes públicos. Entre 1953 até o início da década de 1980, o tribunal analisou diversos casos que diziam respeito essencialmente à punição de agentes públicos.

A principal questão jurídica discutida era a interseção entre as instâncias penal e administrativa, tendo o STF reiteradamente decidido que a absolvição criminal não impediria a punição administrativa, vez que a conduta do servidor poderia não ser tão grave a ponto de justificar a punição penal, mas ser suficiente para ensejar a repressão administrativa. A exceção seria se a absolvição criminal decorresse da conclusão do juízo pela inexistência do fato ou pelo não envolvimento do servidor na prática, casos em que não poderia a administração aplicar sanção⁴. Veja-se:

“Um fato pode não ser bastante grave para autorizar uma pena criminal e ser, no entanto, suficiente para justificar uma pena administrativa, como a demissão. Claro que, negada no crime a existência do fato, ou reconhecido não ser seu autor o funcionário, não será possível impor a este a sanção administrativa com base no mesmo fato.”⁵

Os casos tratavam de servidores públicos que haviam sido destituídos de suas funções (sanção administrativa), mas, por não terem sido condenados criminalmente, buscavam a anulação da sanção e a reintegração. O argumento da independência de instâncias utilizado pelo STF era baseado no fato de a autoridade administrativa e a autoridade judicial criminal estarem fazendo análises que tinham consequências jurídicas com gravidades distintas — sanções administrativas com efeitos “mais brandos”, como repreensão, multa, suspensão e destituição de função;

⁴ Sobre o posicionamento do STF a respeito da independência das instâncias administrativa e penal, cf. PARISIO, Isabela de Oliveira. Independência entre esferas x comunicabilidade de instâncias: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal. Monografia (iniciação científica). Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. São Paulo, 2016.

⁵ MS 15166 / DF – Plenário, rel. min. Luiz Gallotti, j. 2.3.1966, ementa.

e sanções penais, cujos efeitos eram mais graves, como a reclusão e a detenção.

2.3 Sanções judiciais

No campo judicial, a edição da Lei de Improbidade Administrativa ganhou bastante destaque na aplicação de sanções de direito administrativo, instituindo um sistema sancionatório diretamente ligado à atividade administrativa.

As condutas tipificadas pela LIA estão descritas de forma ampla ao longo dos arts. 9º, 10º a 11, tendo em comum o fato de haver um prejuízo para a administração — financeiro ou principiológico. Confira-se:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

Para que haja ato de improbidade administrativa, é indispensável a caracterização de alguns requisitos fundamentais, dentre os quais, a ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo, correspondente ao dolo, para todas as hipóteses dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Federal nº 8.429/92.

O dolo, nos termos do artigo 1º, § 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, é caracterizado pela “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.”

O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativo, por sua vez, é formado pela má-fé, ou seja, o estado mental de desonestidade do agente. Portanto,

não basta o dolo, exigindo-se também a demonstração da má-fé, conforme elucida Fernando Neisser⁶:

“(…) conquanto não integre o dolo, a má-fé é condição para a adequada imputação da improbidade administrativa ao sujeito, reportando-se, como equivalente funcional, ao conceito de consciência da antijuridicidade. (...) inegável que doutrina e jurisprudência, em raro acordo, reconhecem que não se pode falar em improbidade sem a demonstração de que a conduta foi praticada com um estado mental de desonestidade. (...) este requisito se posta ao lado do dolo, sem com ele se confundir, mas também como condição sem a qual não se pode falar em configuração da improbidade administrativa. A ausência de má-fé erige-se, assim, como causa de justificação, afastando a antijuridicidade da conduta, como critério negativo, e compondo, em conjunto com o dolo, o elemento subjetivo da improbidade administrativa.”

Recente alteração promovida na Lei de Improbidade Administrativa, por meio da Lei nº 14.230/2021, resultou na exclusão da modalidade culposa. Assim, atualmente, não há mais ato de improbidade administrativa praticado com culpa. Nesse passo, a improbidade não corresponde à mera inobservância da lei. Nas três modalidades de ato ímprobo, é essencial que haja a consciência e o intuito, respectivamente, de enriquecer o agente público e a si ilicitamente, de causar dano ao Erário e de violar os princípios que norteiam a Administração Pública, acompanhado do estado mental de desonestidade.

A aferição do elemento subjetivo deve ser feita de forma individualizada, e exige a análise das reais circunstâncias práticas que envolvem a conduta do agente que teria cometido o ato ímprobo, conforme ensina Emerson Garcia em doutrina dedicada ao tema de improbidade administrativa⁷. Confira-se:

“Em face da impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, o seu elemento subjetivo há de ser individualizado de acordo com as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas, como a longa repetição e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão”.

Esse entendimento coaduna-se com as novas regras de direito público prescritas na LINDB, com a redação conferida pela Lei nº 13.655/18, que impõem que sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, as políticas

⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. “A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: Um debate pela perspectiva penal”. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. 313p.

⁷ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437.

públicas a seu cargo, bem assim as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. Confira-se o teor do artigo 22, §1º, da referida norma:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre a regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.”

Caso configurada a prática de improbidade administrativa, podem ser aplicadas sanções que restringem direito do sancionado ou causam-lhe impacto patrimonial. Tais sanções estão elencadas no art. 12 da LIA, contemplando: (i) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente a patrimônio particular, caso haja; (ii) perda da função pública; (iii) suspensão dos direitos políticos; (iv) pagamento de multa civil; (v) proibição de contratar com o poder público; (vi) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; (vii) ressarcimento integral do dano causado.

Uma vez aplicadas, essas sanções judiciais repercutem, por exemplo, no mercado de contratações públicas impedindo que alguém dele participe; ou no incentivo público à atividade empresarial, proibindo a percepção de benefícios e incentivos fiscais; até mesmo nos mercados político e do funcionalismo público, determinando quem deles não poderá fazer parte. Portanto, a sanção judicial impacta diretamente na configuração das relações que a administração estabelece com particulares, sejam eles agentes públicos ou privados.

Antes da Lei de Improbidade Administrativa existiam normas fragmentadas similares, compreendendo sanções aplicadas pelo Judiciário que repercutiam em questões de gestão pública.

O Código Penal (Decreto-lei 2.848), de 1940, previa a perda de cargo, função pública ou mandado eletivo em decorrência de condenações criminais em geral (art. 92, I). Em âmbito cível, a Lei nº 3.164, de 1957, revogada pela LIA, dava ao juiz civil poder para decretar, em favor da administração, o sequestro e a perda de bens adquiridos por agente público, por influência ou abuso de cargo ou função

pública (art. 1º, caput e §1º). Também havia a lei 3.502, de 1958, que regulava o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito. De modo mais geral, e não ligado apenas a casos envolvendo o erário, o ressarcimento por prejuízo poderia ser ordenado pelo Judiciário com base no Código Civil de 1916, à época vigente (art. 1.518).

Por sua vez, a lei complementar 5, de 1970, que tratava dos casos de inelegibilidade política, previa que aqueles que, por ato de improbidade, tivessem sido condenados à destituição de cargo, função ou emprego, em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo, perderiam seu direito de concorrer a cargos eletivos (art. 1º, h). Havia na lei, portanto, um tipo de punição associada, composta pela perda de cargo e pela inelegibilidade, em decorrência de decisão judicial.

3 PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM* E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS

3.1. Finalidade da sanção

O enfoque teleológico da sanção é importante para que a autoridade não cometa equívocos ao emprestar a elas finalidades não condizentes com o seu propósito. Portanto, objetiva-se analisar o porquê de existirem sanções aplicadas pelo Executivo, pelo Tribunal de Contas e pelo Judiciário, e cujos efeitos materiais manifestam-se nas relações da administração com particulares (sejam eles agentes públicos ou privados).

Tal enfoque serve, ainda, para justificar o porquê de ser dada a autoridades públicas diferentes competência para reprimir, abordagem que está diretamente relacionada à leitura que o STF fez a respeito da autonomia de instâncias sancionadoras.

No âmbito doutrinário, a discussão restringe-se a analisar as finalidades para a sanção exclusivamente sob a ótica da pena, cuja explicação pode ser feita com alguma simplicidade: a punição e a prevenção.

A finalidade punitiva adota concepção de que a sanção é um castigo destinado a alguém que cometeu irregularidade e, por isso, deve sofrer as consequências de seu ato. Teria, dessa forma, caráter retributivo. Por sua vez, a preventiva toma por premissa que a mera existência de um potencial castigo também agiria como inibidora de condutas indesejadas, dando à sanção poder de prevenir a ocorrência de irregularidades.

A doutrina costuma se dividir entre aqueles que colocam ambas como finalidades da sanção administrativa — usualmente adotada por obras com tons mais pragmáticos; e aqueles que veem a prevenção como verdadeira finalidade da sanção, sendo a punição apenas uma consequência da irregularidade praticada — utilizada em obras com traços mais principistas.

A construção dessas classificações vale-se largamente de fundamentos gerais do direito penal e do debate feito por criminalistas acerca da teoria da pena.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Rámon Fernández afirmam que esse empréstimo, já de longa data, decorreu da pouca atenção que historicamente foi dada à sanção administrativa. Mas essa chave de análise parece ser insuficiente quando transposta ao direito administrativo sem qualquer adaptação para fundamentar um debate sobre finalidade da sanção administrativa.

3.3. Ne Bis in Idem

A Constituição brasileira de 1988 não prevê *expressamente* o princípio do *ne bis in idem* em qualquer dos incisos que consubstanciam o elenco dos direitos e dos deveres individuais e coletivos constantes do art. 5º, razão pela qual a discussão é a adoção – ou não – do princípio (seja de forma *implícita*, ou seja, por derivação de outro(s) princípio(s), seja por previsão em *tratados e convenções internacionais* dos quais o Brasil é parte)⁸.

Há, no direito brasileiro, a adoção do princípio do *ne bis in idem* por ambos os caminhos. Inicialmente, há que se reconhecer que a vedação de múltipla persecução deriva de outro(s) princípio(s) expressamente previsto(s), como é o caso do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF).

No cenário dos tratados e convenções internacionais, a vedação de múltipla persecução e de múltiplo sancionamento vem destacada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁹ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas¹⁰.

Ademais, a legislação infraconstitucional brasileira faz expressa menção – em momentos diversos – à vertente processual e à vertente material do *ne bis in idem*. Pela relevância de tais previsões, que trazem importantes possibilidades de

⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292.

⁹ O Decreto n. 678/92 promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos e previu, em seu art. 8o (das garantias judiciais), 4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28.08.2022.

¹⁰ O Decreto n. 592/92 promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e aduziu, em seu art. 14, 7, que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 28.08.2022.

reflexão sobre o tema central deste estudo, serão abordadas com mais vagar nos tópicos que seguem.

A vertente processual do *ne bis in idem* está relacionada à proibição de *dupla persecução* em razão do mesmo fato, derivação direta dos brocardos romanos *bis de eadem re ne sit actio* (não há ação repetida sobre a mesma coisa, em tradução livre) e *bis de eadem re agere non licet* (não há como acionar duas vezes pelo mesmo, também em livre tradução).

É evidente que a vertente processual guarda relação com a vertente material do *ne bis in idem*, vez que a proibição de *duplo julgamento* antecipa a impossibilidade de *duplo sancionamento* pelo mesmo fato. Mas a vertente processual vai além. Basta pensar na hipótese em que houver a prolação de sentença *absolutória* num (primeiro) julgamento. Não obstante não haja a possibilidade de duplo sancionamento – eis que, por ora, sancionamento não houve –, a vedação de dupla persecução opera¹¹.

A vertente processual, nesse caso e com razão, considera a própria persecução (o próprio processo) como uma sanção, afora o risco que dele advenha sanção pelo fato já anteriormente julgado¹². Ou seja, no âmbito processual o *ne bis in idem* “representa fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de um processo penal”¹³.

Ademais, neste campo o *ne bis in idem* possui papel fundamental no estabelecimento da *segurança jurídica* (ou da *paz jurídica*), ponto em que caminha de mãos dadas com o instituto da coisa julgada¹⁴. O fundamento central da coisa julgada

¹¹ OTTAVIANO, Santiago. *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional*. Tesis doctoral Universidad Austral, Buenos Aires, 2008, p. 65. Disponível em: https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Ottaviano.pdf. Acesso em: 28.08.2022.

¹² LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2013.

¹³ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In: *Direito Penal na Atualidade*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 08.

¹⁴ “A coisa julgada, como se sabe, constitui uma qualidade da sentença que assegura a imutabilidade de seu comando. De fato, uma vez esgotados os meios de impugnação postos à disposição das partes, a sentença adquire uma nova qualidade e os seus efeitos se tornam imutáveis e indiscutíveis. Assume tanto uma projeção interna, representada pela impossibilidade de reabertura da discussão no âmbito da mesma relação processual (coisa julgada formal), assim como uma projeção externa e que é dada pela impossibilidade de instauração de novo processo pelos mesmos fatos (coisa julgada material). A coisa julgada atende, primordialmente – embora não exclusivamente – à expectativa de segurança e de estabilidade das relações jurídicas. Impede, dessa forma, a perpetuação das demandas judiciais abrindo caminho para que as decisões se tornem efetivas e definitivas.” ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição

radica-se na necessidade de garantir a certeza e a segurança do direito. Ainda que com possível sacrifício à justiça (material), quer-se assegurar aos cidadãos, através da coisa julgada, a sua paz jurídica: eis uma adesão à segurança em (eventual) detrimento da verdade.

Outra preocupação concretizada pela vertente processual do *ne bis in idem* é a da coerência entre (distintas) decisões. Tal coerência não apenas confere segurança ao jurisdicionado, como também garante prestígio e eficiência aos próprios vereditos, que estão impossibilitados de revolver (e reverter) decisões já tidas como definitivas.

Os institutos que concretizam as garantias decorrentes do aspecto processual do *ne bis in idem* são, especialmente, o da litispendência e o da coisa julgada.

O instituto da litispendência trata da duplicidade de acusações em curso relativas ao mesmo réu, pelo mesmo fato. Há, justamente no intento de impedir a duplicidade de persecução, a possibilidade de apresentar exceção de litispendência – seja já na fase investigativa, seja na fase processual. Isto porque não há que se admitir duas investigações preliminares tramitando em paralelo, em diferentes órgãos, em relação ao mesmo caso penal, de modo que a exceção de litispendência conduzirá inexoravelmente à extinção de um dos feitos, permanecendo aquele cujo juiz possuir competência prevalente¹⁵.

Para a identificação da litispendência deve-se atentar para o fato natural que integra o caso penal, bem como para o imputado. Necessariamente, portanto, deve haver pendência de duas persecuções em relação *ao mesmo fato natural* (ainda que recebam diferentes nomes jurídicos, ou seja, ainda que a tipificação dada seja diversa em cada processo)¹⁶.

da Corte Interamericana de Direitos. In *Sistema interamericano de protección de los derechos y derecho penal internacional*, v. 2, 2010. Ademais, há que se registrar que a coisa julgada possui, para ampla maioria doutrinária, uma função positiva e uma função negativa. A função positiva diz respeito ao fato de que uma decisão futura estará vinculada à outra já proferida. Portanto, o juízo estará obrigado a reconhecer o conteúdo do primeiro julgamento para decidir futuramente. Já a função negativa é a que está diretamente relacionada à vertente processual do *ne bis in idem*, dizendo respeito ao impedimento de uma segunda demanda em razão da coisa julgada, ou seja, à proibição de se reestabelecer a discussão de uma controvérsia já decidida. Vide, nesse sentido, NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 489.

¹⁵ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

¹⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

Já a coisa julgada – que também admite exceção – refere a um processo que *já foi definitivamente encerrado*. Ou seja, trata de caso impeditivo de nova persecução penal, posto que aquele mesmo *fato natural* (independentemente da classificação jurídica recebida, diga-se uma vez mais) já fora anteriormente julgado. Caso a exceção de coisa julgada seja acolhida, o (novo) processo será automaticamente extinto¹⁷.

Para que haja coisa julgada, indiferente que no caso que já fora definitivamente julgado o resultado tenha sido a *condenação* ou a *absolvição* do réu. Porém, há que se lembrar que a coisa julgada no processo penal é peculiar, pois somente produz sua plenitude de efeitos (coisa soberanamente julgada, nas palavras de Aury LOPES JR) quando a sentença for absolutória ou declaratória de extinção de punibilidade, pois nesses casos não se admite revisão criminal contra o réu (ou *pro societate*), mesmo que surjam novas provas de autoria e/ou materialidade¹⁸.

Trata-se de uma opção democrática - fortalecimento do indivíduo – “de cunho político-processual, de modo que, uma vez transitada em julgado a sentença penal absolutória, em nenhuma hipótese aquele réu poderá ser novamente acusado por aquele fato natural”¹⁹.

O *ne bis in idem* na vertente material – também chamada vertente substancial –, guarda relação com a impossibilidade de *duplo sancionamento*. Trata-se de um imperativo de justiça material decorrente “da valoração jurídica integral do fato e da consequente proibição de se punir mais de uma vez o fato que corresponde, concomitante e igualmente, em todas as suas partes, a mais de um tipo incriminador”²⁰

¹⁷ Há, quanto ao tema, interessante discussão. Trata-se da hipótese em que a defesa não argui a litispendência e tampouco o Estado nota a existência de duplicidade de acusação. Há, então, dois processos concomitantes, pelo mesmo fato natural, sendo que um resulta em condenação e outro resulta em absolvição. Tal situação já fora objeto de enfrentamento no Superior Tribunal de Justiça (vide Informativo n. 642 e RHC 69.586/PA, de novembro de 2018). No caso julgado pelo STJ, o réu estava sendo acusado (em duplicidade) pelo crime de estupro de vulnerável, tendo sido condenado em uma ação (a que primeiro encerrou) e absolvido em outra ação. A Defensoria Pública, então, impetrou *Habeas Corpus* buscando a prevalência da decisão absolutória. O Min. Sebastião Reis Junior restou vencido ao dar provimento ao recurso e afirmar que deveria prevalecer a decisão mais favorável ao réu, em atenção aos princípios do *favor rei* e *favor libertatis*. Prevaleceu, entretanto, voto do Min. Rogério Schietti Cruz que, ao invocar precedentes do próprio STJ e (também) do STF, concluiu que deveria preponderar a *primeira decisão*.

¹⁸ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

¹⁹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 371.

²⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 318.

4 MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA INDEPENDÊNCIAS DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA ANTE O ART. 21, § 4, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

4.1 Direito penal e direito administrativo sancionador

Há, por parte da doutrina, a tentativa de delimitar traços distintivos entre o direito penal e o direito administrativo. Há quem realize tal tentativa através a) das *funções* das duas instâncias, b) através das *sanções impostas* por ambas as instâncias, c) através da *autoridade* que as impõem e, ainda, d) através da distinção entre o *conteúdo material do ilícito* penal e administrativo³⁴.

Para que a distinção possa guiar o esforço de racionalização que estabelece limites ao âmbito punitivo estatal, há que descartar as distinções realizadas através das *sanções impostas*, bem como das *autoridades* que lhes impõem. E por uma simples razão: tais distinções em nada limitam a escolha do legislador, *pois dela decorrem*.

Assim, a distinção deve ser feita, a um, através da cuidadosa análise do próprio conteúdo material do ilícito penal e administrativo – como fez, classicamente, Goldschmidt, em seu célebre escrito denominado ‘Direito Penal Administrativo’; e como fez, atualmente, Fabio Roberto D’Avila, no artigo ‘Direito penal e Direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença’. - Ou, a dois, através da função do direito penal e do direito administrativo, na esteira das correntes funcionalistas. Apenas esses dois modos de realizar a distinção é que, efetivamente, pode significar uma racionalização e uma limitação à atividade legislativa.

No mais, o direito administrativo é composto por diferentes atividades. Para que se realize a análise a respeito da eventual sobreposição indevida entre direito penal e direito administrativo, é necessário que se separe a função sancionadora de demais atividades desempenhadas pela administração pública, inclusive a função disciplinar.

A doutrina brasileira, não bastasse todas as problemáticas acima mencionadas, mas ainda confrontada com leis recentes que são evidentes exemplares de leis com *natureza* penal, mas carimbo de natureza diversa – como a Lei n. 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção -, deveria estar demonstrando maior preocupação com o tema.

O mesmo se pode afirmar quanto à jurisprudência nacional, que insiste em se apegar ao clássico – e ultrapassado – mantra de que “não há ilegitimidade na cumulação de punições penal e administrativa, pois advém de instâncias independentes”. Veja-se, também a título exemplificativo, o AgRg no AREsp 606352/SP, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), lavrado pela ministra relatora Assusete Magalhães, com data de julgamento em 10.02.2016.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por outro lado, proferiu, já em março de 2014, decisão paradigmática sobre o tema, no caso que ficou conhecido como “Grande Stevens”. No caso, o Tribunal analisou o art. 4 do Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que garante o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato. Reconheceu, o TEDH, que, sendo admitida a natureza *sancionatória* do direito administrativo italiano, as punições advindas do direito penal e do direito administrativo, tendo como origem a mesma conduta, violam a Convenção²¹.

Assim, sem dúvida, são muitos os pontos que, nesse tema, merecem atenção e estudo aprofundado. Por ora, há que se reconhecer quão importante e indispensável é que a doutrina e a jurisprudência brasileiras se debrucem sobre o assunto, firmando novos pressupostos e desenvolvendo os já firmados, de modo a criar um sistema punitivo mais integrado e, conseqüentemente, menos excessivo e irracional.

A primeira prova disso é a consequência – em outros ramos do direito – advinda da condenação penal transitada em julgado.

²¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Européia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. In *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 2, 2014, p. 5-22.

Veja-se, nesse ponto, que o art. 935 do Código Civil prevê, inicialmente, a independência da responsabilidade civil e criminal. Assim, é certo que há possibilidade, por exemplo, de ajuizamento de ação buscando a responsabilização civil independentemente de haver – ou não – o ajuizamento de ação discutindo a responsabilização penal. Porém, o mesmo artigo, na sequência, estabelece que não se pode questionar, no cível, sobre *a existência do fato* ou sobre *quem seja o seu autor*, quando tais questões se acharem decididas no juízo criminal.

Daí, a razão do art. 91 do Código Penal prever, como efeito da condenação transitada em julgado, o dever de indenizar o dano causado pelo crime.

4.2 Sentença penal absolutória e seus reflexos nas demais instâncias

Primeiramente, convém ressaltar que a absolvição no âmbito criminal pode estar respaldada em *distintos motivos*. O art. 386 do Código de Processo Penal prevê que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva” e, em seguida, traz sete distintas causas: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência e VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Assim, a depender da causa, a absolvição penal definitiva pode ser comunicável ou não comunicável para as demais instâncias, isto é, podendo ou não vincular as demais instâncias.

Na hipótese de sentenças absolutórias que reconhecem a *inexistência do fato* (inciso I)²² e a *não concorrência do autor para a prática criminosa* (inciso IV), é certa a existência de comunicabilidade dos efeitos da decisão a outras instâncias, não havendo controvérsia a esse respeito. Nesse sentido, o art. 935 do Código Civil²³

²² Art. 66 do CPP: Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

²³ 935 do CC: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

e a jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal²⁴ e do Superior Tribunal de Justiça²⁵.

A razão, uma vez mais, passa pela manutenção da coerência entre as decisões estatais. Sentido algum há no Estado afirmar – através do juízo penal – que o fato inexistente ou que o sujeito não é o autor do fato, e, na porta ao lado, o mesmo Estado afirmar – agora através do âmbito cível ou administrativista – que o sujeito deve indenizar ou perder o cargo em decorrência daquele mesmo fato.

Quanto às demais causas de absolvição e seus reflexos nas demais instâncias, há menos unanimidade.

A doutrina majoritária²⁶ compreende que a *insuficiência probatória (in dubio pro reo)* que conduz à absolvição penal (vide incs. II, V e VII, do artigo 386, do Código de Processo Penal) não vincula os outros âmbitos, pois, a um, pode haver, nas outras instâncias, produção probatória diversa ou complementar, que possibilite decisão distinta e, a dois, pode ser que outra instância *considerare suficientes* as provas que a instância penal – que é a mais exigente, por lidar com privação de liberdade – não considerou.

Veja-se que – e aqui se está com a doutrina minoritária²⁷ – se houver *nova produção probatória*, que acaba por *complementar* a produção probatória

²⁴ Há amplo número de decisões reconhecendo que “há independência/autonomia entre as instâncias administrativa, civil e penal, excetuados os efeitos da decisão penal assentada na inexistência de autoria ou inexistência do próprio fato”. Nesse sentido os seguintes precedentes – não exaustivos – do Supremo Tribunal Federal: Mandado de Segurança n. 21.310, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 11/03/1994; Mandado de Segurança n. 22.796, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 12.02.1999; Mandado de Segurança n. 22.534, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 10/09/1999; Mandado de Segurança n. 22.899, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 16/05/2003; Mandado de Segurança n. 22.155, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 24/11/2006; Recurso em Habeas Corpus n. 91.110, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 22/08/2008; MS 34.420-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe 28/11/2014.

²⁵ STJ, REsp 1.103.011/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 20/05/2009; RMS 32.319/GO, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/09/2016; REsp 1.344.199/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 10/8/2017; AgInt no AREsp 1.315.567/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 7/06/2019; AgInt no REsp 1.605.192/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 12/04/2019; AgInt no REsp 1.658.173/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/09/2017.

²⁶ Nesse sentido, por exemplo, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2017, p. 759; FERNANDES, André Dias. As repercussões da sentença judicial no processo administrativo e o novel entendimento do STF alusivo à pena de prisão derivante de condenação criminal em segunda instância. In *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: Jan./ Abr. 2018, p. 351. v. 19; MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 1180.

²⁷ Nesse sentido interessante o posicionamento de Romeu Felipe Bacellar Filho, que rejeita a interpretação da doutrina e da jurisprudência majoritárias e sustenta que a sentença penal absolutória transitada em julgado sempre deve repercutir no direito administrativo, qualquer que seja o fundamento invocado para a absolvição, “uma vez que deve ser emprestada interpretação conforme à Constituição ao art. 126 da Lei 8.112/90, a fim de harmonizá-lo com o princípio constitucional da presunção da inocência, evitando-se assim uma distinção hierárquica entre as sentenças penais absolutórias”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Mensalão e a propalada independência das instâncias. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2013, p. 445-454. v. 933.

realizada em âmbito penal, é aceitável que advenha decisão administrativa/civil distinta (condenatória, portanto). Porém, caso se esteja diante *do mesmo material probatório* da instância penal, ou seja, caso se trate de conjunto probatório *já considerado e já valorado como insuficiente pelo Estado*, parece inaceitável que, em instância diversa, o mesmo Estado *valore distintamente*, a fim de condenar/sancionar alguém. Ainda, caso haja atipicidade do fato (inc. III, do artigo 386, do Código de Processo Penal), não há que se falar em comunicabilidade/vinculação de outras instâncias. “Basta lembrar que nem todo ato ilícito, capaz de provocar prejuízo, está necessariamente tipificado como crime”²⁸.

Finalmente, nos casos em que há presença de causas excludentes de ilicitude (*causas de justificação*), o Código Civil, no art. 188, expressa que “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Assim, não havendo fato ilícito, não há que se falar em dever de indenizar²⁹.

A corroborar tal fato, o art. 65 do CPP esclarece que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito”. No mesmo sentido, está a redação do art. 8º da Lei n. 13.869/2019³⁰.

4.3 Artigo 21, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa

O texto dos parágrafos do artigo 21 da Lei Federal nº 8.429/92, inseridos pela Lei Federal nº 14.230/2021 reforça que independência entre as instâncias é relativa e não absoluta.

²⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 1179. Nesse sentido também os Tribunais Superiores. Vide STJ AgInt nos EDcl no REsp 1451163, Primeira Turma, Min. Rel. Sérgio Kukina, DJe 24.04.2020 e AgInt no AResp 1315567, Segunda Turma, Min. Rel. Assusete Magalhães, DJe 07.06.2019.

²⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 1179.

³⁰ “Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.”.

Mais precisamente, o § 4º do artigo 21 da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que a absolvição criminal em ação penal que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade administrativa.

Mesmo antes da inovação legislativa, a tese de mitigação da independência das instâncias, há muito tempo, já era consagrada pelo Código de Processo Civil e reconhecida pela doutrina e pelos Tribunais.

Nesse sentido, o § 2º do artigo 315 do Código de Processo Civil, que disciplina a “prejudicialidade externa” entre a ação civil e ação penal, dispõe que “se o conhecimento do mérito [da ação civil] depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal”, no prazo de um ano. Tal prejudicialidade decorre da “existência de questões que serão resolvidas na motivação da sentença penal (por exemplo, materialidade e autoria do crime, presença de excludentes de ilicitude) e que poderão influenciar a formação do convencimento do juiz na esfera cível”.

Waldo Fazzio Jr. sustenta a independência relativa das instâncias penal e civil-administrativa:

“Tem-se, pois, que é relativa a independência das instâncias penal e civil. A sentença penal absolutória somente produz coisa julgada no cível quando reconhece que o agente praticou o ato sob uma das formas excludentes de ilicitude ou, ainda, quando decidido naquela a inexistência material do fato ou de sua autoria.”³¹

Por sua vez, o E. Supremo Tribunal Federal, em precedente sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu sobre a independência mitigada entre a esfera do direito penal e do direito administrativo:

“A adoção de uma noção de independência mitigada entre as esferas penal e administrativa – esta parece ser a posição mais acertada diante dos princípios constitucionais reitores do sistema penal, principalmente da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade – na interpretação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) [...]”³²

³¹31 FAZZIO Jr, Waldo. Improbidade Administrativa. 4. ed.: GEN - Atlas, 2016. Fls. 501.

³²32 STF. Rcl 41557, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 10.03.2021; processo eletrônico dje-045.

Ao julgar ações de improbidade administrativa, deve-se, portanto, observar se foi proferida decisão colegiada no âmbito de ação penal confirmando a absolvição do réu, atinentes aos mesmos fatos discutidos nesta ação. Confirmada a absolvição, de rigor o trancamento do trâmite da ação, nos termos do § 4º do artigo 21 da Lei Federal nº 8.429/92, conforme precedente do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALTERAÇÕES DA LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS. ART. 1º § 4º DA LEI 14.230/2021. ABSOLVIÇÃO. AÇÃO PENAL. 1. O sistema de responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa deve ater-se aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, conforme prevê o § 4º do art. 1º da Lei 8.429/92. 2. A retroatividade da lei penal mais benéfica é um princípio constitucional previsto no art. 5, inciso XL, da Constituição Federal de 1988, e por se aplicar os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador nas ações de improbidade, tal princípio deve ser aplicado subsidiariamente. [...] 5. Considerando que a absolvição criminal em ação em que se discute os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/2021, que é a hipótese dos autos, deve, pois, a presente ação de improbidade administrativa ser julgada improcedente, nos termos do art. 487, I, do CPC. 6. Agravo de instrumento a que se dá provimento.”³³

Todavia, na prática, a aplicação do dispositivo poderá acarretar problemas. Basta imaginarmos eventual reforma da absolvição em terceira instância, o que não é impossível de acontecer. Sobre a questão, em outra perspectiva, *mutatis mutandis*, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou algumas vezes e na última decisão, proferida nas ADCs 43, 44 e 54, fixou o entendimento de que é necessário o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

A improbidade administrativa, quando possuir conexões com a esfera penal e outras formas de controle, não pode ser processada e julgada como se fosse um elemento estranho e desconsideradas eventuais atenuantes ou absolvições que possam ter sido reconhecidas em outras esferas. É justamente a necessidade de se

³³ AG 1000875-16.2022.4.01.0000, JUIZ FEDERAL MARLLON SOUSA (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, PJe 28/04/2022.

admitir essa conexão e interlocução que os § 4º do artigo 21 buscam assegurar e evitar o acúmulo de apurações, e assim o conflito de decisões sobre o mesmo fato³⁴.

De certo modo o legislador, tal como no direito espanhol, confere maior medida e intensidade às decisões criminais, o que seria uma tentativa de conferir coerência ao sistema sancionatório³⁵.

³⁴ Sobre a conexão entre ações penais e por atos de improbidade administrativa, veja-se a decisão monocrática proferida nos autos da Reclamação 41.557 de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que sobrestou a tramitação de ação de improbidade administrativa em virtude do trancamento de ação penal sobre o mesmo fato: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343654221&ext=.pdf>

³⁵ O princípio da vedação do *bis in idem* não está expressamente previsto no direito espanhol. Após a Constituição Espanhola de 1978 a jurisprudência reconheceu a incidência do *non bis in idem* na relação entre as vias penal e administrativa, excluídas as relações disciplinares (NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 215).

5 CONCLUSÃO

Inserido pela Lei 14.230/2021, o parágrafo 4º do artigo 21 da Lei nº 8.429/92 representa iniciativa do legislador de garantir segurança jurídica nas ações de improbidade administrativa a partir dos reflexos de outras esferas sancionatórias, como a penal, à medida que buscam harmonizar os efeitos de eventuais absolvições ou sanções já aplicadas em outras instâncias com a tramitação e os resultados da ação de improbidade administrativa.

Essas previsões não se apresentam exatamente como inesperada inovação, uma vez que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as alterações introduzidas pela Lei n-º 13.655/2018, já contempla a necessidade reclamada pelo direito sancionador de harmonização da atividade sancionatória, como corolário do postulado da racionalidade intrínseco ao Estado Democrático de Direito, em abandono à ultrapassada e questionável independência (ou verdadeiro isolamento) das instâncias, limitadora do princípio constitucional implícito do non bis in idem, conforme previsão do seu §3º do art. 22.

Apesar de a absolvição criminal por inexistência de conduta ou negativa de autoria com reflexos no âmbito civil já tenha disposição semelhante prevista no artigo 935 do Código Civil, a redação trazida pelo PL que acrescenta o §3º ao artigo 21 da Lei de Improbidade Administrativa não deixa de ser benéfica, já que passa a prever que também os ilícitos administrativos de improbidade poderão se beneficiar da comprovação de inexistência de autoria ou conduta identificada na esfera criminal.

Também o Código Penal já trata da comunicabilidade das decisões em caso de condenação, conforme disposto nos seus artigos 91 e 92[5]. A Lei nº 8.112/1990 (estatuto jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), por sua vez, prevê que os prazos de prescrição previstos na lei penal se aplicam às infrações disciplinares capituladas também como crime. É curioso, portanto, que a comunicabilidade entre as instâncias vinha se operando de forma seletiva; permanecia o distanciamento entre elas no que se refere a alguns efeitos, como no caso da repercussão das sanções aplicadas, o que parece ter começado a mudar, notadamente após a LINDB.

Além disso, a inclusão ao artigo 21 do §4º inova ao ampliar os efeitos da absolvição por inexistência de autoria ou fato obtida na esfera cível, o que evita um cenário de instabilidade muito recorrente no controle da Administração Pública pelo Judiciário, em que é imposto ao gestor público o ônus de responder e eventualmente ser condenado por improbidade, mesmo já tendo sido absolvido em uma ação ordinária relativa ao mesmo episódio.

Embora a redação do §4º do art. 21 introduzido na Lei de Improbidade Administrativa não explicita que as sentenças civis e criminais que produzirão efeitos no âmbito da ação de improbidade devam se referir ao mesmo fato, o que faz o §4º de forma expressa, é certo que a interpretação do dispositivo deverá ser nesse sentido, em consonância ao previsto na LINDB. A identidade entre os fatos não significa correspondência entre os tipos. A tipificação na esfera criminal, por exemplo, não precisa ser idêntica ao tipo de improbidade administrativa, basta que os fatos e a conduta investigados em uma e outra instância sejam os mesmos.

De qualquer forma, os parágrafos acrescentados ao artigo 21 da Lei nº 8.429/92 possuem aspectos consideravelmente positivos na tentativa de implementar mais segurança jurídica à ação de improbidade administrativa.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 71-103 set/dez. Rio de Janeiro, 2018.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Parecer jurídico disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-sefaz-rj-decide-processo.pdf>.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS TOLEDO, Francisco. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BACH, Marion; CARUNCHO, Alexey Choi. A suficiência como baliza à substituição das penas privativas de liberdade. In *Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 24a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 10, p. 1467-1497, ago., 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2017.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2014,

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In *Seleções jurídicas da COAD*. São Paulo, no 8, jul/1993. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Humberto Cestaro Teixeira. A dosimetria da penalidade administrativa aplicada pelo Banco Central, após a Vigência da Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017. In *Revista da PGBC*, vol. 14, n. 1, jun., 2020.

NEISSER, Fernando Gaspar. “A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: Um debate pela perspectiva penal”. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

OLIVEIRA, Aline Silva de. Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o Direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG/Senado, 2018.

RANGEL, Paulo. A Coisa Julgada no Processo Penal Brasileiro Como Instrumento de Garantia. Editora Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. O Garantismo penal e o aditamento da denúncia. In Revista de Estudos Criminais n. 04, p. 56 e ss. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_55.pdf.

REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem. In Ciências Penais, vol. 5, dez./2006, p. 131 – 143.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 07. São Paulo, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luis Regis (Coord). Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002. REZEK NETO, Chade. O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

RINCÓN, Jose Suay. Sanciones administrativas. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

RIVA, Carlo Ruga. Diritto Penale dell' Ambiente. Torino: Giappichelli Editore, 2011.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. (A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e Consequências. In Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Administração e Justiça: Um Novo Equilíbrio?", em Direito Administrativo para Céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.