

Novaes e Aguiar: Interdependência entre improbidade e Direito Penal

11/05/2023

O debate sobre a aplicação da nova Lei de Improbidade Administrativa (nº 14.230/2021) ainda contará com diversos capítulos e múltiplas decisões judiciais. A razão para tanto está na disputa entre as entidades que representam os membros do Ministério Público e da Advocacia Pública (que figuram como autores dessas ações) e aqueles que defendem os que são réus dessas ações, sobretudo a advocacia militante no direito administrativo sancionador.



Certo é que as transformações promovidas na Lei

8.429/1992 visaram ao ajuste dos instrumentos materiais e processuais utilizados na persecução dos objetivos da norma, considerando a necessidade de aperfeiçoamento de sua aplicação, *"o que vinha sendo cumprido, em parte, e até onde possível, pela jurisprudência dos tribunais superiores, e especial do Superior Tribunal de Justiça, mas já chegara, em muitos casos, aos limites textuais da norma. A partir daí, impunha-se a correção e atualização do próprio texto da lei"* [1], como nos ensinou o professor e ex-ministro da CGU Jorge Hage.

Uma das alterações que chamam a atenção nesse processo de atualização dos preceitos que regem o microssistema da LIA está presente no artigo 21, §4º, inserido pela Lei 14.230/2021. O dispositivo estabelece que *"a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no artigo 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)"* [2].

Ao fazê-lo, a nova lei repercute direta e propositalmente no regime de independência e comunicação entre as instâncias jurídico-punitivas cível-administrativa sancionatória e penal. De modo expresse, o novo texto normativo traz que, a rigor, as sentenças penais que absolvam o réu sob qualquer fundamento resultarão no impedimento imediato da pretensão punitiva pautada na Lei de Improbidade Administrativa.

O dispositivo em referência foi questionado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta de inconstitucionalidade. A ADI 7.236 suscita o debate quanto a diversas alterações provenientes da Lei 14.230/2021, argumentando, dentre outros capítulos, pela invalidade constitucional do mencionado artigo 21, §4º, da nova LIA, pois, para o ente, amplia indevidamente os efeitos das sentenças penais absolutórias exaradas no juízo criminal e, em razão disso, fere o princípio da independência das instâncias do Direito.

Em 27 de dezembro de 2022, o dispositivo teve sua eficácia suspensa por decisão do relator do caso no STF, ministro Alexandre de Moraes, por meio de medida cautelar. Para assim ordenar, o relator colocou sob perspectiva o apontado princípio da independência entre as instâncias e o seu grau de mitigação nas hipóteses de apreciação dos mesmos atos na esfera criminal e de improbidade administrativa.

A decisão considerou e reconheceu a existência de mitigação na independência das instâncias, quando, *"na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa"* [3]. Em seguida, o relator pondera que *"a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias"*, tornando claro, portanto, que a discussão que gravita o dispositivo não se dirige à mitigação da independência das instâncias acerca do mesmo fato, mas à dimensão dessa mitigação — se restrita ou ampla.

Isso significa o reconhecimento da existência de interdependência entre as searas cível-administrativa sancionatória e penal daqueles casos já previstos em outros dispositivos legais, como no artigo 935 do Código Civil [4] e no artigo 66 do CPP, ou seja, quando sentença absolutória verifica a inexistência do fato ou a negativa da autoria (artigo 386, I e IV, CPP), mesmo após a suspensão da eficácia do artigo 21, §4º, da nova Lei de Improbidade Administrativa.

É que, conforme ressaltou o próprio relator ao proferir a decisão liminar, bem como ressaltado pelo autor da ADI 7236, inexistente dúvida quanto ao dever de flexibilizar a autonomia entre as instâncias para permitir que a esfera administrativa conheça a absolvição penal por inexistência de fato ou negativa de autoria e, conseqüentemente, encerre a persecução punitiva por improbidade administrativa — à medida em que o Poder Judiciário já sabe que o fato não existiu ou a sua autoria é diversa.

Já as demais hipóteses de absolvição previstas no artigo 386 do CPP, segundo a decisão do STF e de modo contrário ao pretendido pelo legislador, não possuem condições de influenciar imediatamente no deslinde da ação de improbidade administrativa, sob o fundamento de se resguardar a independência entre as instâncias.

Nessa conjuntura de alinhamento e interseção entre ambas as esferas de responsabilização, o artigo 21, §4º, da nova LIA representa marco importante. Todavia, a redação escolhida pelo legislador ao dispositivo parece não ter sido a melhor para a finalidade visada. A comunicabilidade ampla e irrestrita pretendida pelo referido dispositivo encontra obstáculos inerentes ao tratamento que o ordenamento jurídico dá a determinado fato, a depender da

instância do direito tida como parâmetro de responsabilização.

É que, como se sabe, um mesmo fato pode configurar ilícito tipificado no Direito Penal, mas não encontrar previsão correspondente na esfera civil-administrativa; por outro lado, nem todo ato de improbidade administrativa configura infração penal. A compreensão dessa lógica é relevante para a leitura do artigo 21, §4º, da LIA, pois permite observar que nem toda hipótese de absolvição prevista no artigo 386 do CPP — sendo ele o paradigma de comunicabilidade da nova LIA — permite-se ser aproveitada pelo juízo da improbidade administrativa.

O inciso III do artigo 386, CPP, é interessante para ilustrar esse apontamento. Segundo ele, em caso de *"não constituir o fato infração penal"*, tem-se a absolvição do réu. Entretanto, a atipicidade da conduta para o direito penal não induz atipicidade da mesma para a Lei 8.429/1992 — é o caso de algumas condutas de violação a princípio da Administração Pública, como *"deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades"* (artigo 11, VI, Lei 8.429/1992).

Entretanto, assim como a redação do dispositivo não foi a mais apurada, também se compreende que a decisão liminar proferida para suspender o artigo 21, §4º da LIA deve ser mais bem refletida pelo Supremo quando da análise do mérito da causa. Isso porque a ideia de vincular a decisão na ação de improbidade administrativa àquela tomada na ação penal vai ao encontro da ideia de se manter ao máximo a coerência do Poder Judiciário, bem como respeitar o Direito Penal como medida mais extrema do Direito, sobre o qual recai a responsabilidade de balizar as discussões em toda a seara.

O princípio da independência entre as instâncias, quando envolvido o Direito Penal, deve ser entendido como a separação entre tudo aquilo que é e deve ser diferente, mas a vinculação entre aquilo que é igual e comum. Sendo assim, quando se está diante de decisão penal absolutória, caso as mesmas circunstâncias recaiam sobre o Direito Administrativo, deve haver a absolvição sumária também na improbidade administrativa, como na hipótese de decisão em que se reconhece a falta de provas. Já na hipótese de absolvição em razão da não configuração de crime, compreende-se que a vinculação da ação de improbidade se mostra impossível.

Denota-se que a ideia acima descrita diz respeito à vinculação entre a decisão tomada no âmbito criminal daquela proferida no âmbito do direito administrativo. Essa discussão toma outros contornos (que revelam a dita interdependência acentuada entre o Direito Penal e a improbidade administrativa) quando se discute não a vinculação, mas a influência de elementos produzidos entre as diferentes searas do direito.

Isso porque, conforme já entendeu a 5ª Turma do STJ, a independência das instâncias não significa impossibilidade de, em tese, uma esfera jurídica considerar os "elementos de persuasão" ponderados em outra esfera para absolvição do agente [5].

Com efeito, a força da comunicabilidade estrita somada ao dever de coerência imposto aos órgãos jurisdicionais e acusatórios que investigam fatos idênticos já levou o STJ a, no âmbito de ação penal, decidir favoravelmente ao réu por ausência de prova do dolo (em crime que não aceita a modalidade culposa) após considerar a absolvição em improbidade administrativa sob o mesmo fundamento [6].

Exemplo disso é o julgamento do RHC nº 173.448/DF, no qual a 5ª Turma do STJ afirmou que, embora suspensa a eficácia do artigo 21, §4º, da nova Lei de Improbidade, tem-se que "*o legislador pretendeu definir ampla exceção legal à independência das esferas que, embora não autorize o encerramento da ação penal em virtude da absolvição na ação de improbidade administrativa por qualquer fundamento, revela que existem fundamentos tão relevantes que não podem ser ignorados pelas demais esferas*".

Esse cenário permite concluir que a comunicabilidade de sentença absolutória fundada em inexistência do fato ou negativa de autoria transcende a invocação do artigo 21, §4º, da nova LIA e não é prejudicada pela suspensão da eficácia do dispositivo. Além disso, a discussão quanto ao grau de mitigação da independência entre as instâncias sinaliza o caminhar em direção à coerência e à segurança jurídica, ao menos entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, quando perseguida a responsabilização pelo mesmo fato, sendo certo que os fundamentos de absolvição em uma esfera não podem ser desconsiderados por outra — ainda que não digam sobre inexistência do fato ou negativa de autoria, hipóteses em que, no caso concreto, gozarão do mínimo poder de persuasão do juízo.

A conclusão, portanto, é a de que a ampliação da comunicabilidade da sentença absolutória, prevista no artigo 21, §4º, da nova Lei de Improbidade Administrativa, consubstancia escolha legislativa e imperativo de coerência e racionalidade na interseção entre o Direito Penal e Administrativo Sancionador, em benefício da pessoa sobre a qual recai o poder investigatório do Estado. É necessário, contudo, ressaltar pontuais hipóteses em que o intercâmbio da sentença de absolvição fica impossibilitado pela natureza de seu fundamento, oportunidades em que, certamente, a absolvição penal será elemento relevante na ação de improbidade administrativa, mas não resultará em automática absolvição nesse âmbito.

[1] HAGE, Jorge. Aos 30 anos da Lei de Improbidade, os avanços do Brasil no combate à corrupção. Nova lei de improbidade administrativa: inspirações e desafios. Coord. Gilmar Ferreira Mendes, Rafael de A. Araripe Carneiro. - São Paulo, SP : Almedina, 2022.

[2] Artigo 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- 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 ([artigos 20, 21, 22, 23, 26, e §1º do art. 28, todos do Código Penal](#)), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

[3] RE 1.044.681 AgR, relator ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 21/03/2018.

[4] CC/2022. Artigo 935. 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

[5] REsp nº 1.847.488/SP, relator ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021

[6] AgRg nos EDcl no HC nº 601.533/SP, relator ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 1/10/2021.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mai-11/novaese-aguiar-interdependencia-entre-improbidade-direito-penal/>