



IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND MITIGATION OF THE INDEPENDENCE OF
INSTANCES

1. Camila Paula de Barros Gomes

1.  <https://orcid.org/0000-0002-8711-1488>
Mestra em Direito Pelo Centro Universitário
Toledo de Araçatuba-SP. Graduada em Direito pela
USP. Professora Universitária.

DOI: 10.5281/zenodo.16930480.

Recepção: 27/06/2024

Aprovação: 30/07/2025

RESUMO

Recentes alterações na Lei de Improbidade Administrativa conduzem à necessidade de reflexão acerca do papel da independência das instâncias no sistema jurídico nacional. Apesar de amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, o princípio da independência das instâncias é questionável, sob a ótica da proibição do *bis in idem* e da segurança jurídica. A nova lei de improbidade ampliou as situações de comunicação entre as instâncias, violando

de forma clara o artigo 37, §4º da Constituição Federal. Baseado em metodologia de pesquisa qualitativa e amparado em método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, esse artigo busca delimitar os prós e contras da mitigação da independência das instâncias, com especial foco nas ações de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; Independência das Instâncias; *Bis in idem*.

ABSTRACT

Recent changes to the Administrative Improbability Law lead to the need for reflection on the role of the independence of bodies in the national legal system. Despite being widely accepted by doctrine and jurisprudence, the principle of independence of instances is questionable, from the perspective of the prohibition of *bis in idem* and legal certainty. The new improbity law expanded the situations of communication between instances, clearly





violating article 37, §4º of the Federal Constitution. Based on a qualitative research methodology and supported by a deductive approach, with bibliographic and jurisprudential research, this article aims to outline the pros and cons of mitigating the independence of the courts, with a special

focus on administrative misconduct actions.

Key-words: Improbability; Independence of Instances; Bis in idem.

INTRODUÇÃO

É inegável a importância da Lei de Improbidade Administrativa no cenário nacional. Se retroagirmos ao período anterior à Constituição Federal de 1988, poucos eram os instrumentos jurídicos disponíveis para um efetivo combate à corrupção no Brasil. Em uma clara tentativa de reverter essa situação, a Carta Maior, em seu artigo 37, §4º estabeleceu que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Em 1992, o texto constitucional foi regulamentado pela Lei 8.429, cuja relevância para o combate à corrupção é ímpar no direito brasileiro. Passados vinte e um anos do advento da lei de improbidade, o microsistema jurídico foi reforçado com a Lei Anticorrupção (Lei 12846/13). Assim, foi composto um robusto sistema jurídico para a defesa da probidade administrativa. No entanto, com a lei de improbidade próxima a completar 30 anos, era necessário atualizá-la para adequar certos posicionamentos jurisprudenciais e modernizar alguns pontos, tanto no direito material como no direito processual.

Em 2021, a Lei 14.230 trouxe uma série de modificações para a lei de improbidade, modernizando o texto e reduzindo os excessos que possibilitavam a aplicação de severas punições a agentes públicos honestos, em função da possibilidade de responsabilização por atos culposos de improbidade. A punição passa a ser restrita às condutas dolosas, e isso é um avanço significativo no sentido de afastar aquilo que vem sendo denominado “direito administrativo do medo”, caracterizado pelo receio de que a tomada de decisão venha a ser



considerada irregular pelos órgãos de controle. Por conter dispositivos excessivamente abertos e punir condutas culposas, não eram raras as situações em que sanções graves eram aplicadas a agentes públicos que não agiram de forma intencional ou não acreditavam estar violando os ditames da lei. O receio de responder por improbidade passou a pautar muitas ações ou omissões dos gestores públicos, em um fenômeno capaz de comprometer a eficiência administrativa. As alterações introduzidas na Lei de Improbidade buscam minimizar essas disfunções, e abrangem pontos importantes como a restrição da punição por improbidade às condutas dolosas. São vários os pontos modificados relevantes, no entanto, esse artigo se propõe ao estudo de um aspecto específico: a questão da independência das instâncias e seu impacto nas condenações por improbidade.

Para tanto, após pesquisa bibliográfica e documental (leis e jurisprudência) que utilizou método dedutivo e análise qualitativa, far-se-á o estudo do conceito de improbidade, da independência das instâncias e do tratamento dado ao tema pela Lei 14.230/21. Para análise do tema foram selecionadas decisões do Supremo Tribunal Federal e doutrinas como Wallace Paiva Martins Júnior, Fabio Medina Osório, Gilmar Mendes e Hugo Nigro Mazzili, de modo a fornecer base sólida para análise das implicações relacionadas à temática.

1 A NECESSÁRIA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Entre os princípios constitucionais da Administração Pública destaca-se a moralidade administrativa, que traz consigo a necessidade de observância da ética, da boa-fé, da honestidade e da lealdade na prática de atividades administrativas. A noção de probidade está contida na ideia de moralidade, voltando-se, especificamente, para o dever funcional que o agente público tem de atuar de forma proba, com respeito a todos os seus deveres funcionais.

Dessa forma, pode-se afirmar que há improbidade administrativa “quando o agente público rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à função” (Martins Júnior, 2002, p.113). A probidade é a mais importante forma de manifestação da moralidade administrativa, um dos pilares do Estado de Direito, e deve ser observada durante toda a vida



ARTIGO

funcional dos agentes públicos. Ao estabelecer o dever de honestidade e lealdade, o objetivo da norma é, sem dúvida alguma, proibir a desonestidade na condução dos negócios públicos. Esse foi o espírito que conduziu o legislador constituinte a estabelecer, no art. 37, §4º da Constituição Federal que: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Ao se analisar o dispositivo constitucional, percebe-se o caráter multifacetado dos atos de improbidade administrativa, cuja reprimenda possibilita a aplicação de sanções de natureza civil e político-administrativa, sem prejuízo de eventuais punições por crimes que se caracterizem como improbidade. Essa constatação conduz ao acirrado debate acerca da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa. A tendência era aceitar que a ação de improbidade teria natureza civil, podendo ter como consequências sanções civis e político-administrativas, em conformidade com a previsão constitucional. No entanto, as alterações trazidas na Lei 8429/92 causam profunda estranheza, vez que negam a natureza de ação civil da improbidade administrativa. Conforme estabelece o art. 17 D da Lei 8429/92:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Negar, de forma explícita, a natureza de ação civil para as ações de improbidade administrativa, só pode ser entendido como inconstitucional. Afinal, a Carta Maior de 1988 é explícita ao estabelecer que as sanções por improbidade são independentes das eventuais sanções penais, o que retira a natureza penal de tais condutas. Em outras palavras, eventualmente uma conduta pode se caracterizar como crime e improbidade, mas nem toda improbidade administrativa terá natureza penal.

Na verdade, o debate de fundo é outro. O Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2009) tinha entendimento pacífico no sentido da compatibilidade do ajuizamento da ação civil pública para apurar atos de improbidade administrativa, o que era questionado por uma parcela



ARTIGO

reduzida da doutrina. Calil Simão (2014, p. 354), por exemplo, afirmava que a função da improbidade era punir os corruptos e ressarcir o erário, razão pela qual não se confundiria com a ação civil pública. O Judiciário não poderia apreciar pedidos de natureza punitiva por meio de ação civil pública, vez que as sanções só poderiam ser aplicadas com a observância estrita do procedimento previsto na lei de improbidade.

O legislador, ao atualizar a lei de improbidade, estabeleceu claramente que ela se destina a aplicação de sanções de caráter pessoal, não sendo mecanismo adequado para o controle de políticas públicas ou para a proteção de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. É justamente a mescla entre as duas legislações (improbidade e ação civil pública) que foi afastada pelo legislador com a nova redação do art. 17D da Lei 8429/92. Hugo Nigro Mazzilli (2022) salienta que o objetivo da norma é estabelecer que a ação de improbidade não é espécie de ação civil pública. Tal circunstância pode ser constatada pelo fato de que a lei de improbidade traz regras próprias no que tange a prescrição, ajuizamento e sanções que divergem do disposto na Lei de Ação Civil Pública. É preciso reforçar, no entanto, que em momento algum o legislador reconheceu natureza penal aos atos de improbidade.

Na verdade, as alterações introduzidas na Lei 8429/92 pela Lei 14.230/21 conduzem ao entendimento de que a improbidade administrativa estaria inserida no contexto do direito administrativo sancionador. Nesse sentido, o art. 1º, §4º, estabelece que: “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Um dos precursores dessa ideia, Fabio Medina Osório (2007, p.227), assim define a sanção administrativa:

...a sanção administrativa consiste em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, considerada materialmente, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado (r), agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, expostos ou não a relações especiais 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 ou material do direito administrativo.



O autor, já há muitos anos, sustenta que a improbidade administrativa é uma patologia da gestão pública, disciplinada pelo direito administrativo sancionador (Osório, 2007, p.230), que delimita o poder punitivo da Administração Pública e do próprio Judiciário. Em outras palavras, é preciso reconhecer que as autoridades judiciais impõem sanções de natureza administrativa aos ilícitos de improbidade, preservando, nesse processo, todas as garantias derivadas do devido processo legal. Afinal, o direito administrativo sancionador é manifestação do poder punitivo estatal, devendo ser aplicado com a observância dos direitos fundamentais.

Reconhecer que a improbidade administrativa está inserida no contexto do direito administrativo sancionador, no entanto, não impede interações com outros ramos do direito, o que remete à questão da independência das instâncias.

2. A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

É inegável que, no direito brasileiro, uma mesma conduta pode trazer consequências penais, civis e administrativas. Assim, um policial que atropela alguém com a viatura poderá ser responsabilizado pelo crime, pela indenização e pela falta funcional. Trata-se do chamado princípio da independência das instâncias, reconhecido em inúmeros julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que autoriza a aplicação de sanções autônomas nas esferas civil, penal e administrativa, ainda que oriundas de uma única conduta. As penalidades não se confundem, vez que tutelam objetos distintos. Nessa perspectiva, o princípio da independência das instâncias se conecta com a separação de poderes, ampliando os mecanismos de proteção dos bens jurídicos.

A adoção da independência das instâncias é alvo de críticas, pois contribui para a insegurança jurídica, possibilitando punições que, quando analisadas em conjunto, são absolutamente desproporcionais à conduta praticada. Valter Shuenquener de Araújo (2018, p.437) vê o modelo brasileiro como “caótico, inseguro, desprovido de uma racionalização e, sobretudo, fundado em noções generalistas e principiológicas”, o que possibilita o surgimento



ARTIGO

de decisões arbitrárias e ineficientes. No mesmo sentido, Adriano Teixeira, Heloísa Estellita e Marcelo Cavali (2018) afirmam que a fórmula mágica da independência das instâncias visa varrer para debaixo do tapete problemas complexos e sensíveis. Os autores lembram que essa sobreposição de sanções, nos Estados Unidos da América, é conhecida como *piling on*, em analogia aos jogadores de futebol americano, que saltam um sobre outros, de modo a formar uma pilha sobre um oponente que já estava neutralizado. Nesse mesmo sentido, afirmam Garcia e Dantas (2023, p. 8775):

A falta de coordenação e integração entre as diversas instâncias pode gerar um amontoado de sanções, podendo ser as administrativas, maiores que as penais. Ao mesmo passo que essa gravidade de sanções administrativas não está acompanhada das mesmas garantias atreladas ao processo penal. Exemplo disso é que na instância penal a dúvida se apresenta como vantagem ao acusado (*in dubio pro reo*). Já no direito administrativo sancionador, como no processo de improbidade, a dúvida depõe contra o réu (*in dubio pro societate*). Quando as sanções administrativas são impostas, não por juízes que conhecem o Direito, mas por funcionários públicos investidos dessa autoridade, há de se ter ainda mais cautela.

Fábio Medina Osório (2015) vê nessa situação uma total desvalorização do princípio da proibição do *bis in idem*, previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Segundo o art. 8, item 4, da referida Convenção: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Não se pode diagnosticar a impunidade, ou sua redução, a partir do princípio da independência das instâncias. Estas, se interligadas, poderiam, teoricamente, atuar de modo mais eficiente, se considerarmos que a suposta independência tem conduzido mais ao isolacionismo e à irresponsabilidade do que propriamente à unidade estatal (Osório, 2015, p. 304).

Inobstante as críticas doutrinárias, fato é que a possibilidade de aplicação cumulativa de sanções, em diversas áreas, por um mesmo fato, é uma realidade no Brasil. A ponto do art. 22, §3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) assim estabelecer: “As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de



mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Tal determinação legislativa conduz autores como José Carlos Berardo (2018) a afirmar que o Brasil se coloca na contramão da experiência internacional ao permitir a dupla punição por uma única conduta.

A redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro gera controvérsias. Se por um lado, há aqueles que a criticam por entender que a norma consagra o *bis in idem* no país, outros entendem tratar-se de uma tentativa de trazer racionalidade ao sistema, o que só pode ser compreendido como um avanço. Nesse sentido, Valter Shuenquener de Araújo (2022, p.642):

Em nossa percepção, fez bem a LINDB ao estipular que uma sanção já aplicada será considerada na dosimetria, quando existir a possibilidade/necessidade de nova punição de mesma natureza pelo mesmo fato. Não se trata de uma hipótese de dupla punição vedada pelo ordenamento, mas de uma autêntica e legítima preocupação da lei com a proporcionalidade e com a racionalidade naqueles casos em que o ordenamento possibilita a aplicação de mais de uma sanção de mesma natureza para um mesmo ilícito.

É necessário destacar que a independência das instâncias admite exceções no cenário nacional. Assim, estabelece o artigo 935 do Código Civil que: “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”. No mesmo sentido, o artigo 126 da Lei 8112/90 estabelece que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. Já o art. 8º da lei do abuso de autoridade, Lei 13.869/19, dispõe que: “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 de direito”. Assim, tem-se que a decisão penal produz efeitos nas esferas civil e administrativa quando a absolvição resultar de negativa de autoria ou de existência dos fatos, ou reconhecer uma das excludentes de ilicitude.

Em que pesem as exceções reconhecidas, muitos são os argumentos em prol da construção de um sistema interdependência das instâncias, ante a clara constatação de que a



ARTIGO

adoção da separação das esferas penal, civil e administrativa, como regra, já não se adequa à realidade jurídica vigente. A partir da análise de algumas decisões judiciais, Valter Shuenquener de Araújo (2022, p. 639) afirma que:

A necessidade de relativização da autonomia das instâncias ainda é preocupação incipiente no Brasil, mas já é possível reconhecer algumas premissas: (i) condutas reputadas lícitas na instância administrativa não podem, como regra, ser objeto de persecução penal, por falta de justa causa; (ii) condutas analisadas de forma específica e consideradas regulares pela Corte de Contas não podem ser necessariamente alvo de processamento penal; e (iii) a decisão da Corte de Contas afastando a existência de irregularidades em uma conduta ou liberando o responsável pelas irregularidades encontradas deve repercutir, na extensão que seja possível, no juízo cível.

Por mais tentadores que sejam os argumentos favoráveis a uma relativização, cada vez mais acentuada, do princípio da independência das instâncias, é inegável que os argumentos dessa tese encontram maiores obstáculos quando o tema é improbidade administrativa. A importância da defesa da probidade é tamanha para uma gestão pública eficiente que a punição por atos de improbidade ganhou autonomia diferenciada e distinta das normas penais, civis e administrativas por expressa determinação constitucional. Nesse sentido, é preciosa a lição de Fábio Medina Osório (2015, p.343);

Em realidade, a independência das instâncias consagrada para a tutela da probidade administrativa tem status autônomo. Há um dispositivo constitucional que prevê essa hipótese, repudiando interferências recíprocas entre Direito Penal, Direito Administrativo e até mesmo Direito das Responsabilidades Cíveis. Conforme referi, o art. 37, §4º, da Magna Carta, apresenta a singular perspectiva de apartar as sanções aos atos de improbidade da esfera penal, tornando-as independentes. E se assim procedeu, também exclui outras esferas, menos rigorosas do que a penal, do âmbito de interferência direta. Ao ressaltar o cabimento da ação penal para castigar o agente ímprobo, com a simultânea perspectiva das sanções constitucionalmente previstas, além daquelas previstas na Lei 8429/92, tem-se um tratamento normativo que opta pela independência das instâncias de modo singular. (...) Não é possível invocar o *non bis in idem* com o mesmo alcance geral na tutela das relações entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador quando se trata de perquirir atos de improbidade administrativa.



É evidente intenção do legislador constituinte de estabelecer um rigoroso sistema punitivo para os atos de improbidade administrativa, que atentam contra os principais valores que devem pautar a conduta de um agente público, quais sejam a ética, a honestidade e a boa-fé. Por mais que o princípio da independência das instâncias suscite dúvidas devido ao seu potencial para gerar insegurança jurídica, nos casos que envolvem improbidade administrativa essa pluralidade de possíveis sanções, oriundas de diversas áreas do direito, deriva do próprio texto constitucional e é inegável. Tal premissa, no entanto, não foi suficientemente forte para conter o avanço da corrente que propõe a mitigação da independência entre as instâncias, claramente inserida no contexto da improbidade administrativa pela Lei 14.230/21.

3. MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

A Lei 14.230/21 acresceu parágrafos ao texto do artigo 21 da Lei 8429/92, cujo objetivo é flexibilizar o princípio da independência das instâncias em tema de improbidade administrativa. Assim dispõem os novos acréscimos ao art. 21:

§ 3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.

§ 4º 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 art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Nota-se que a redação dada ao parágrafo 3º causa certa dificuldade aos juristas. É uma questão lógica e bastante coerente admitir que se o fato não ocorreu, e assim já foi reconhecido pela esfera penal, responsável por tutelar as mais graves ofensas ao ordenamento jurídico, dele não podem decorrer punições. Se o fato é inexistente, não há o que punir, seja na esfera penal, civil, administrativa ou na improbidade. Trata-se de mera aplicação de um preceito básico de justiça, que também pode ser utilizado nas situações em que o juiz penal



ARTIGO

afasta a autoria, ou seja, reconhece a existência do fato, mas atesta que ele não foi praticado pelo acusado. Se a redação do texto se limitasse a esses aspectos, pouco haveria a ser discutido.

O problema é que o texto vai além disso. É preciso considerar que a redação não fala em inexistência do fato, e sim, inexistência da conduta, o que já pode gerar controvérsias. Afinal, o fato pode existir sem que haja conduta do acusado, o que seria causa de absolvição por negativa de autoria, e não por inexistência de conduta. Melhor seria se o legislador tivesse mantido a redação tradicional que fala em inexistência do fato como causa que viabiliza a comunicação entre as diferentes instâncias. Não bastasse a questão redacional, foi incluída a possibilidade da sentença de natureza civil, que concluir pela inexistência da conduta ou negativa de autoria, produzir efeitos na improbidade. Sérgio M. P. Oliveira e Sebastião S. Silveira afirmam que o dispositivo é incompreensível, pois não há como uma ação civil se sobrepor a outra. Nas palavras dos autores:

No Brasil, as sanções civis da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013) têm natureza não penal e são aplicadas no Poder Judiciário por juiz em sentença cível. A ação de improbidade administrativa tem natureza jurídica civil e aplica sanções civis, porém o legislador pretendeu apartá-la, como se fosse um terceiro gênero de sentença (Oliveira, Silveira, 2023, p.110)

Os autores alertam para as inúmeras dificuldades que a redação do texto legal trará aos juízes. Caso o investigado decida ingressar com ação civil declaratória da inexistência da conduta jurídica, e obtiver um provimento favorável, não mais será possível prosseguir na aferição da improbidade administrativa (Oliveira, Silveira, 2023).

Devido à importância do bem jurídico tutelado pela improbidade, e tendo em vista a expressa adoção da separação de instâncias pelo dispositivo constitucional que trata da improbidade administrativa, é preciso refletir sobre as inovações propostas. Como já afirmado, nenhum prejuízo decorre de se reconhecer que a absolvição penal fundada em inexistência do fato ou negativa de autoria produza efeitos no universo sancionador da improbidade. Afinal, se não há fato, não pode haver consequências. Do mesmo modo, se não foi o autor dos fatos, não pode haver punição. Trata-se de medida salutar para garantir um mínimo de segurança





ARTIGO

jurídica ao sistema. Importa mencionar, inclusive, que antes mesmo das alterações promovidas na Lei de Improbidade, já havia entendimento jurisprudencial nesse sentido. Na reclamação 41557, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já ficara estabelecido que qualquer interpretação que preveja uma independência absoluta entre o direito penal e o direito administrativo sancionador é um equívoco metodológico, de modo que:

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) sobretudo do art. 12 (“Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:”), nos leva ao entendimento de que a mesma narrativa fático-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador – círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o bis in idem vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos (STF, 2020)

Quanto a ampliação legal que estabelece a produção de efeitos sobre os atos de improbidade derivada de sentenças civis que reconheçam a inexistência da conduta ou da autoria, é preciso considerar que parte do mesmo pressuposto, de modo que não há, a priori, um evidente prejuízo para o objeto tutelado na ação de improbidade. Afinal, já se demonstrou, judicialmente, que a conduta não existiu ou que o acusado não foi o autor dos fatos. Houve um processo em que se garantiu contraditório e ampla defesa, dali derivando a coisa julgada. As críticas, nesse ponto, parecem excessivas, vez que não é razoável continuar perseguindo uma condenação por improbidade fundada em uma conduta que o judiciário já concluiu ser inexistente.

A novidade trazida pelo §3º do artigo 21 da Lei 8429/92 auxilia na harmonização do sistema jurídico como um todo e preserva a segurança jurídica, “inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes” (Mello, 2017, p.128), contribuindo para a estabilidade do sistema.





Assim, pode-se afirmar que houve acerto na inovação trazida pelo texto do art. 21, §3º da Lei 8429/92. Trata-se do reforço a uma tese que já vinha sendo admitida por parte da doutrina e da jurisprudência e que permite a relativização da independência das instâncias nas hipóteses específicas de absolvição fundada em negativa do fato ou da autoria.

Completamente diverso é o estabelecido no art. 21, §4º da Lei de Improbidade, que amplia, consideravelmente, a prevalência da esfera penal sobre a administrativa, e será detalhado a seguir.

3.1 A ampliação da comunicabilidade entre as instâncias penal e civil

Entre as modificações inseridas na Lei de Improbidade Administrativa destaca-se o art. 21, §4º: “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 art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

A lei estabelece que, independentemente do fundamento da absolvição criminal, seus efeitos se aplicarão à ação de improbidade administrativa. Sequer é exigido o trânsito em julgado da decisão, bastando que ela tenha sido confirmada por decisão colegiada. Em outras palavras, presentes os requisitos da absolvição penal, por qualquer dos fundamentos arrolados no art. 386 CPP, e da confirmação da decisão por órgão colegiado, não tramitará a ação de improbidade administrativa.

Para melhor análise do tema, reproduz-se o art. 386 CPP:

Art. 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



ARTIGO

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 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.

A comunicação entre as instâncias nos casos previstos nos incisos I (inexistência do fato) e IV (negativa de autoria), já era admitida pela jurisprudência e se revela medida de segurança jurídica, conforme já abordado anteriormente.

Já a absolvição por falta de provas (incisos II, V e VII) produzir efeitos em outras instâncias é uma novidade no sistema jurídico, que afronta de modo direto a Constituição Federal. Não há argumento que sustente a impossibilidade de se buscar provas, na ação de improbidade, que demonstrem a existência de uma conduta desonesta. É preciso considerar que, enquanto o tipo penal é fechado, as condutas por improbidade são definidas em tipos mais abertos, o que amplia a possibilidade de prova. Como expõe Thadeu A. G. Lima (2022):

Com efeito, tolher-se desde logo o trâmite da ação de improbidade em tais situações, sem oportunizar ao autor a possibilidade de complementar o acervo probatório e produzir no bojo daquela a (s) prova (s) considerada (s) faltante (s) e determinante (s) da absolvição criminal, desde que isso se mostre fática e processualmente viável — *verbi gratia*, se o demandante já dispuser daquela (s) prova (s) ou puder obtê-la (s) e enquanto não proferida sentença na ação de improbidade —, soa afrontoso não só à regra da cumulação sancionatória como também às garantias do acesso à justiça, do devido processo legal e do contraditório e ao direito fundamental à prova que delas se extrai.

Além disso, o texto constitucional é explícito ao separar as instâncias penal e administrativa no contexto da improbidade. Ainda analisando os fundamentos da absolvição penal, o inciso III possibilita a absolvição pelo fato da conduta não se caracterizar como crime. Ora, é evidente que nessa hipótese não há que se falar em comunicação da decisão com a improbidade administrativa, vez que esta independe de eventuais sanções penais. Uma conduta pode não estar tipificada como crime, mas constituir um ilícito administrativo ou um ato de improbidade. Como bem destacam Oliveira e Silveira (2023), a tutela protetiva do patrimônio público permanece íntegra. A atipicidade penal não impede a propositura de



eventual ação civil ou ação de improbidade, vez que tutelam objetos distintos. Na arguta observação de Mendes, Buonicore e De-Lorenzi (2022, p. 16):

O juízo de tipicidade é fundado em parâmetros especificamente penais, que identificam os caracteres essenciais do conteúdo de injusto de uma conduta que constitui crime; a atipicidade de uma conduta, no entanto, significa apenas que ela não é penalmente punível, mas não afasta a possibilidade de constituir ilícito em outro ramo do Direito.

Quanto à absolvição fundada no art. 386, VI CPP, a análise é mais complexa. Trata-se da absolvição penal por circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, mesmo em caso de fundada dúvida sobre sua existência.

Com relação às excludentes de ilicitude, o próprio artigo 65 do Código de Processo Penal assim estabelece: “Faz coisa julgada no cível 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 de direito”. A comunicação entre as instâncias nesses casos é de ordem lógica, pois não há como considerar um ato que foi praticado no estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito como ato desonesto, apto a caracterizar improbidade. Quanto à legítima defesa e ao estado de necessidade, por serem praticados em defesa de interesse privado, são incompatíveis com o objeto tutelado pela improbidade administrativa. Mais uma vez com Oliveira e Silveira (2023, p.123):

As excludentes de ilicitude estado de necessidade e em legítima defesa contra o crime têm aplicação insustentável na instância de defesa do patrimônio público e social. É impossível conceber estado de necessidade privado e legítima defesa, própria ou de interesses particulares de terceiro, contra o interesse público.

Os casos de isenção de pena, inseridos nos fundamentos de absolvição previstos no art. 386, VI, CPP, estão disciplinados no Código Penal. De acordo com o artigo 20, §1º da referida norma, “é isento de pena aquele que por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”, não havendo isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. Na



ARTIGO

verdade, nessas situações, o erro sobre elemento constitutivo do crime exclui o dolo, o que, por si só, afastará qualquer possibilidade de punição por improbidade administrativa, tendo em vista que os novos parâmetros normativos só admitem a improbidade dolosa. Assim, se uma mesma conduta se enquadra como crime e improbidade, mas for reconhecida a isenção de pena por erro plenamente justificado, será afastado o dolo e, conseqüentemente, descaracterizada a improbidade administrativa.

Por sua vez, o artigo 21 do Código Penal estabelece a isenção de pena, nos casos de erro inevitável sobre a ilicitude do fato. A hipótese comunicará com os atos de improbidade, vez que o objetivo desta não é punir o agente incompetente, e sim, o desonesto. No entanto, se o erro de proibição for evitável, “a ação de improbidade administrativa não poderá ser impedida, mas o fato poderá ser levado em consideração pelo juiz cível na aplicação da pena do ímprobo” (Oliveira, Silveira, 2023, p.125).

Por fim, o artigo 22 do Código Penal ainda isenta de pena aquele que comete ato sob coação irresistível, ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Ocorre que o autor da coação ou da ordem continua punível, tanto na esfera penal, quanto pelo ato de improbidade, caso este esteja caracterizado.

A ampliação excessiva da comunicabilidade das instâncias, prevista no art. 21, §4º da Lei de Improbidade traz consigo problemas de ordem prática, vez que pode conduzir à impunidade. Isso porque a extensão dos efeitos da absolvição penal em casos de atipicidade da conduta ou falta de provas, impossibilitaria a punição por improbidade, mesmo que a conduta, atípica para fins penais, seja típica nos moldes da Lei 8429/92.

Como consequência, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 7236, visando, entre outros, obter o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 21, §4º da Lei 8429/92, sob alegação de violação a independência das instâncias, juiz natural, livre convencimento motivado e inafastabilidade da jurisdição. O ministro Alexandre de Moraes, ao julgar a cautelar, suspendeu a eficácia do artigo 21, §4º da Lei 8429/92 e afirmou que “a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica



constitucional da autonomia das instâncias, o que indica, ao menos em sede de cognição sumária, a necessidade do provimento cautelar” (STF, 2022).

Acertou o Supremo Tribunal Federal ao conceder a cautelar. Por mais que seja necessário se discutir, de forma mais aprofundada, o princípio da separação das instâncias e a proibição do *bis in idem*, não há como ignorar a expressa separação entre ação penal e ação de improbidade, imposta pelo artigo 37, §4º do texto constitucional. A punição por atos de improbidade é independente de eventual sanção penal, razão pela qual não é possível transpor todos os fundamentos de absolvição criminal como impeditivos da propositura ou julgamento de eventual ação de improbidade. A ofensa à Constituição em tal cenário é gritante.

3.2 A necessária relativização

Por tudo que já foi exposto, percebe-se a inadequação de posicionamentos extremos. Defender a absoluta independência das instâncias não é adequado, ante a possibilidade de punições completamente desproporcionais ao ato praticado. Por outro lado, a adoção de uma completa comunicabilidade geraria uma prevalência da seara penal sobre todas as outras, afastando a possibilidade de punição caso o sujeito fosse absolvido do crime, qualquer que fosse o fundamento da absolvição.

O caminho parece ser o da relativização ou mitigação do princípio da independência das instâncias. Como afirmam Mendes, Buonicore e De-Lorenzi (2022, p.10):

Por fim, pode-se cogitar de uma série de variáveis intermediárias, de relativa independência (ou dependência) entre as instâncias. Assim, as sanções aplicadas seriam autônomas, mas aquela aplicada em uma seara poderia ser integralmente subtraída ou ter um efeito mitigador – não correspondente ao seu quantum integral – sobre a aplicada em outra seara. No que diz respeito aos processos, poderiam tramitar simultaneamente ou um deles ficar suspenso aguardando a resolução em outra instância e, quanto ao efeito de coisa julgada material, poderia haver repercussão sobre a outra esfera de todos os fundamentos da absolvição ou condenação, ou então de uma parte deles. Há, ainda, um outro sentido no qual se pode falar de uma relativa independência (ou dependência), que é considerar que existe independência entre as sanções – o mesmo fato pode ser sancionado em todas as instâncias –, mas dependência entre os processos – a decisão em uma instância



ARTIGO

faz coisa julgada material nas demais (nesse caso, também pode haver prevalência de alguma das esferas sobre as demais).

No que tange especificamente à improbidade administrativa, o legislador infraconstitucional não poderia impedir a independência das instâncias, em razão de expressa previsão na Carta Maior, mas nada impede que haja certa compensação entre as sanções, ou seja, que seja considerada a pena já sofrida em uma das instâncias no momento de se fazer a dosimetria na outra esfera. Tal medida seria adequada para garantir a proporcionalidade, a razoabilidade e impedir punições excessivas. Como bem esclarece Marion Bach (2021, p. 295):

... em nome do princípio da proporcionalidade, o Poder Judiciário poderá – e deverá – considerar o conjunto sancionatório estatal pelo mesmo fato, ou seja, a conjugação entre as sanções advindas das distintas instâncias. Com isso, o julgador, no momento da decisão, deverá direcionar o olhar para a instância que já houver aplicado sanção em relação ao mesmo fato ora em julgamento, de modo a considerá-la na nova dosimetria.

Em casos em que impera a independência das instâncias, é necessário cautela na fixação da segunda punição, de modo a não acarretar um sancionamento excessivo e desproporcional. O magistrado tem papel muito relevante em tais hipóteses, vez que a ele incumbe definir qual sanção será aplicada, sem perder de vista o conjunto de penas já estabelecidas, por outras esferas jurídicas, decorrentes do mesmo fato. A existência prévia de punições oriundas de outras instâncias deve ser considerada no momento de sopesar a sanção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o exposto revela que a independência das instâncias, no que tange à improbidade administrativa, é previsão constitucional expressamente disciplinada pelo art. 37, §4º da Carta Maior. Dessa forma, ainda que existam fortes argumentos no sentido de questionar a adoção da independência das instâncias, ante o claro risco de violação ao princípio da proibição do *bis in idem*, da proporcionalidade na aplicação da sanção e da





ARTIGO

segurança jurídica, quando o tema é improbidade a Constituição é expressa em separar a punição por improbidade da sanção penal, estabelecendo que elas são independentes. Assim, a abolição da independência das instâncias, nessa hipótese em específico, depende de emenda constitucional.

Partindo dessa premissa, causa estranheza a tentativa do legislador infraconstitucional que, ao promover alterações na Lei de Improbidade Administrativa, pretendeu comunicar todos os fundamentos de uma eventual absolvição penal com a improbidade. O objetivo seria impedir o trâmite e a condenação por ato de improbidade administrativa nas hipóteses em que o réu fosse absolvido na seara penal, sendo irrelevante o fundamento da absolvição. Ora, a inconstitucionalidade do dispositivo é gritante, de modo que acertou o Supremo Tribunal Federal ao suspendê-lo em julgamento de cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. É notório que uma mesma conduta pode gerar dois processos: um por improbidade e outro por crime. Se for demonstrada a atipicidade penal, não necessariamente estará descaracterizada a improbidade. Tamanha amplitude à comunicabilidade de instâncias, nesses casos, conduziria à impunidade.

Da mesma forma como é necessária a preocupação com eventuais excessos punitivos e violações ao *ne bis in idem*, também é preciso cautela para não gerar ou agravar a impunidade. Não há sequer como cogitar uma ampla comunicabilidade de instâncias envolvendo atos de improbidade, ante a previsão constitucional, razão pela qual foi frustrada a tentativa do legislador infraconstitucional. Por outro lado, por mais que se imponha a independência das instâncias, é preciso que se pondere acerca da dosimetria das sanções. Se cada uma das esferas punitivas aplicar punições sem levar em consideração o que já foi aplicado em outro processo, corre-se o risco de aplicação de punições totalmente desproporcionais.

A solução caminha por um meio termo, onde vigore uma independência relativa entre as instâncias. Assim, são comunicáveis as absolvições penais ou civis baseadas em inexistência do fato ou negativa da autoria, vez que se o fato não ocorreu ou o réu não é autor, daí não pode derivar consequências jurídicas em nenhuma esfera, seja penal ou civil. Por outro



ARTIGO

lado, nas hipóteses em que não há comunicabilidade e os processos tramitam de forma independente, o juiz deve estar atento para não violar a proporcionalidade. Explica-se. Caso o réu já tenha sido condenado na esfera penal pelo mesmo fato, o julgador da improbidade deve considerar as sanções já aplicadas pelo juízo criminal ao fazer a dosimetria da sanção por improbidade, evitando dessa forma eventuais excessos.

O tema é relevante e atual. A cada dia percebe-se uma aproximação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, fenômeno que demanda novas reflexões e interpretações para antigos institutos jurídicos, como é o caso da necessidade de se mitigar a ideia da total independência das instâncias.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: Arabi, Abhner Youssif Mota; Maluf, Fernando; Machado Neto, Marcello Lavenère (coord.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 23, n. 131, Out. 2021/Jan. 2022. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/142>. Acesso em 19 out. 2023.

BACH, Marion. *Multiplicidade sancionatória estatal pelo mesmo fato: ne bis in idem e proporcionalidade*. Tese de Doutorado, PUCRS, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9788/2/Tese%20VF%20Com%20Introdu%20%a7%20%a3o%20e%20Conclus%20%a3o.pdf>, Acesso em 09 nov. 2023.

BERARDO, José Carlos. Brasil oficializou o bis in idem – e todo mundo está quieto. Consultor Jurídico – Conjur., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todomundo-quieto>. Acesso em: 19 out. 2023.

GARCIA, Thiago.; Dantas, Thomas Kefas de Souza. Múltiplas instâncias: independência relativa, argumentos e alternativa. *Revista Observatório de La Economia Latinoamericana*, Curitiba, v. 21, n. 8, 2023. Disponível em:





<https://ojs.observatoriolatinoamericano.com/ojs/index.php/olel/article/view/927/714>. Acesso em 30 out. 2023.

LIMA, Thadeu Algimeri de Goes. O art. 21, §4º da Lei de Improbidade Administrativa à luz da Constituição., *Revista Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-20/thadeu-augimeri-artigo-21-lia>. Acesso em 23 out. 2023.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza jurídica da ação de improbidade administrativa no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 92, jul.-dez., 2022. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/290/171> Acesso em 16 de out. de 2023.

MENDES, Gilmar.; Buonicore, Bruno Tadeu; De-Lorenzi, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 192, set-out., 2022. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf> Acesso em 31 out. 2023.

OLIVEIRA, Sérgio Martin Piovesan de., Silveira, Sebastião Sérgio da. A vinculação de instâncias na Lei 14.230 de 2021. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 10, n. 2, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/203573/196899>. Acesso em 23 out. 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. 2ª ed. Leme: JHMizuno, 2014.

STF. *Reclamação41557-SP.*, Min. Rel. Gilmar Mendes, 2ª Turma, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755279509> Acesso em 23 out. 2023.



ARTIGO

STF. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* 7236-DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 27 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7236CautelarLeideImprobidade.pdf> Acesso em 30 out. 2023.

STJ. *Recurso Especial 805.080-SP*, Min. Rel. Deise Arruda, DJE 06/08/09, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501723577&dt_publicacao=06/08/2009 Acesso em 16 de out. de 2023.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Jota. [São Paulo]: 1o ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-eo-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativa>