

Coutinho e Medeiros: Improbidade, matéria penal e tribunais

Em outubro de 2021, com a entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, as regras aplicáveis aos casos e processos decorrentes da (suposta) prática de atos de improbidade (originalmente definidas pela Lei nº 8.429/1992) foram alteradas, substancialmente. Desde então, a jurisprudência dos tribunais superiores, predisposta a orientar a interpretação do novo texto legal, vem sendo adaptada. Porém, de forma ainda oscilante.

Até agora, há decisões que terminam por conferir larga operatividade às mudanças implementadas, enquanto outras, restringiram-na. E o cenário de instabilidade — prejudicial à segurança jurídica — que a variabilidade jurisprudencial, sozinha, já costuma criar, aqui, fica agravada pelo fato de algumas



A (controversa) posição, recentemente firmada pelo Superior

Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do AREsp nº 1877917, serve de exemplo. O Informativo de Jurisprudência nº 776, divulgado no *site* oficial do órgão, no último dia 30 de maio, deu notícia do julgado, sugerindo aderência à linha de entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando da fixação do Tema nº 1.199, no âmbito do ARE 843989, conforme a tese que ficou assentada ("[e]m atenção ao Tema 1199/STF, deve-se conferir interpretação restritiva às hipóteses de aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021, adstringindo-se aos atos ímprobos culposos não transitados em julgado"). Mas não é isso o que o inteiro teor do acórdão — nem mesmo o que essa tese, em si — revela.

A análise pelo STF do *leading case* que resultou na consolidação do Tema nº 1.199, não foi longe ao ponto de abarcar todas as novas disposições, mais benéficas ao acusado, incorporadas pela Lei nº 14.230/2021 à LIA, tampouco encerrou a discussão acerca da (in)viabilidade de retroação de todas elas. As próprias teses, ao final, fixadas, assim sinalizam: "1) *É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se — nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA — a presença do elemento subjetivo – DOLO*; 2) *A norma benéfica da Lei 14.230/2021 — revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa — , é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes*; 3) *A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente*; 4) *O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei*".

Não há dúvida de que o STF, com isso, limitou bastante os efeitos que a plena incidência do artigo 5º, XL, da CR ("*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*"), poderia alcançar dentro dos processos decorrentes de ações de improbidade, o que já deu margem a críticas. Sobretudo, porque o regime jurídico a que esses casos se submetem é conformado pelos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador — os quais, basicamente, correspondem àqueles em face dos quais a Constituição assegura direitos específicos aos acusados em geral —, pressuposto que, aliás, ficou, pacificado após a reforma da LIA, com a inclusão no artigo 1º, do §4º ("*[a]plicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*").

Sem falar que o sentido de "*lei penal*", para uma ordem jurídica fundada em valores axiológicos-normativos iguais àqueles consagrados no texto constitucional de 1988, não pode se fechar na literalidade de um termo. Ao contrário, ele (o sentido do texto legal) precisa assumir densidade material [\[1\]](#).

O STJ, nada obstante, foi além do que o STF já havia ido. Ao fim e ao cabo, ao resolver o AREsp nº 1877917 (supracitado), o STJ reduziu o espaço de aplicação da regra constitucional em questão a uma única hipótese de incidência, em casos de improbidade. É bem provável, de consequência, que essa discussão ainda ganhe novos desdobramentos. Mesmo porque, num outro julgamento recente — de caso análogo, mesmo não envolvendo atos de improbidade —, o próprio STJ entendeu cabível a retroação de lei mais benéfica, na esfera administrativo-sancionatória, defendendo, dentre outras coisas, "*ser possível extrair do artigo 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja: a lei mais benéfica retroage. Isso porque, se até no caso de sanção penal, que é a mais grave das punições, a Lei Maior determina a retroação da lei mais benéfica, com razão é cabível a retroatividade da lei no caso de sanções menos graves, como a administrativa*". Trata-se do AgInst em REsp nº 2024133, decidido em março de 2023.

Por outro lado, em que pese o STF ter suspenso, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7236, a eficácia do §4º, do artigo 21, da LIA (com redação dada pela Lei nº 14.230/2021), um dos dispositivos que mais inovou (positivamente) no ordenamento, ampliando a margem de comunicabilidade/repercussão de decisões criminais sobre ações de improbidade referidas aos mesmos fatos [2], o STJ, na oportunidade em que teve chance de falar sobre o assunto, entendeu, reportando-se à Constituição, que esse ato (de suspensão) não atinge o *ne bis in idem*.

Tal decisão, também de março de 2023, foi firmada no âmbito de um recurso em Habeas Corpus — o RHC nº 173448, que versava sobre crimes contra a Administração Pública, logo, matéria penal — ; e é emblemática em várias passagens, começando pela afirmação trazida no sentido de que *"a independência das esferas tem por objetivo o exame particularizado do fato narrado, com base em cada ramo do direito, devendo as consequências cíveis e administrativas ser aferidas pelo juízo cível e as repercussões penais pelo Juízo criminal, dada a especialização de cada esfera"*, sob a advertência de que *"[n]o entanto, as consequências jurídicas recaem sobre o mesmo fato"*.

Na sequência, conclusões de extrema relevância são deduzidas. Dentre elas as seguintes: 1) *"[n]essa linha de inteligência, não é possível que o dolo da conduta em si não esteja demonstrado no juízo cível e se revele no juízo penal, porquanto se trata do mesmo fato, na medida em que a ausência do requisito subjetivo provado interfere na caracterização da própria tipicidade do delito, mormente se se considera a doutrina finalista (que insere o elemento subjetivo no tipo), bem como que os fatos aduzidos na denúncia não admitem uma figura culposa, culminando-se, dessa forma em atipicidade, ensejadora do trancamento ora visado"*; 2) *"[t]rata-se de crime contra a Administração Pública, cuja especificidade recomenda atentar para o que decidido, sobre os fatos, na esfera cível. Ademais, deve se levar em consideração que o artigo 21, §4º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021, disciplina 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)'"*; 3) *"[a] suspensão do artigo 21, §4º, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei nº 14.230/2021 (ADI 7.236/DF) não atinge a vedação constitucional do ne bis in idem (...) e sem justa causa não há persecução penal"*; 4) *"[a] pesar de, pela letra da lei, o contrário não justificar o encerramento da ação penal, inevitável concluir que a absolvição na ação de improbidade administrativa, na hipótese dos autos, em virtude da ausência de dolo e da ausência de obtenção de vantagem indevida, esvazia a justa causa para manutenção da ação penal"*.

Esse entendimento do STJ, mais do que alargar a operatividade da Lei nº 14.230/2023, prestigia à racionalidade subjacente a ela — refletida, senão em todos, em boa parte dos seus dispositivos — , empurrando na direção do desenvolvimento de uma dinâmica de atuação das instâncias persecutórias competentes mais integrada e menos propensa a incorrer em *bis in idem*, o que significa um grande avanço.



A real e profícua defesa da probidade, coisa da mais alta importância, passa muito mais pela racionalização das técnicas de intervenção punitivo-estatais e pelo respeito às regras (constitucionais) do jogo, do que pela insistência em manter aceso um discurso (retórico) de combate à impunidade e à corrupção. Isso, no fundo, promove a continuidade do emprego de métodos anacrônicos e de baixa sincronicidade com a lógica do sistema constitucional, com prejuízo a interesses e direitos individuais e coletivos. Por isto, almeja-se que a jurisprudência comece a andar, daqui para diante, mais em compasso com esses dois últimos julgados do STJ, do que com aqueles (do STJ e do STF) mencionados primeiro.

[1] Sobre o mesmo tema: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-20/limite-penal-retroatividade-lei-benigna-improbidade>.

[2] E, vindo, assim, a permitir um início de ressignificação para a máxima da *Independência entre as Instâncias*, não raro empregada para justificar intoleráveis burlas à vedação ao *bis in idem*. Para uma análise mais aprofundada da questão, *vide*:

<https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/887>

Meta Fields