

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Com base na constelação fática apresentada, passo a demonstrar os elementos justificantes da equação jurídica, que resulta no entendimento de que **a reclamação deve ser julgada procedente** .

O objeto central de análise da reclamação é a verificação da legitimidade do deferimento de petição inicial e de medida cautelar em sede de ação civil pública, que encontra lastro no mesmo acervo fático-probatório de processo penal trancado por ilicitude de provas e demonstração de negativa de autoria.

Para que se fundamente o deferimento e se respaldem os pressupostos abarcados já na delimitação do objeto de análise acima realizada, completando assim a equação jurídica justificante, deve-se percorrer a linha de argumentação decisória traçada pelo enfrentamento das seguintes questões, cujas respostas se relacionam:

(I) É legítimo o cotejo de panoramas fático-probatórios de procedimentos distintos para fins de verificação de afronta à autoridade de decisão do Supremo em sede de reclamação?;

(II) O acervo fático-probatório utilizado como substrato empírico para fundamentar o deferimento da petição inicial e da cautelar na ação civil pública 5008470-45.2020.4.03.6100 (ação civil de improbidade administrativa) se identifica com o material que ancorou o processo penal trancado pelo STF no HC 158.319/SP?

(III) A demonstração de negativa de autoria foi uma das razões determinantes para o trancamento do processo penal pelo STF?

(IV) Em que medida o *bis in idem* – aqui compreendido como a duplicação do mesmo panorama fático-probatório como substrato empírico fundante em esferas sancionadoras distintas – é vedado na relação que se coloca entre direito penal e direito administrativo sancionador?

I - Da legitimidade do cotejo entre o acervo fático-probatório da ação penal e o da ação de improbidade administrativa, na reclamação, para fins de verificação de ofensa à decisão do STF

A Constituição da República de 1988 estabelece o instituto da reclamação constitucional como ação que visa a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e a garantir a autoridade de suas decisões. A Emenda Constitucional 45 institui a figura das Súmulas Vinculantes, bem como o controle dos casos repetitivos por meio dos temas de repercussão geral nos recursos extraordinários. Tais figuras se tornam paradigmas para os julgados dos Tribunais de instâncias inferiores, bem como um direcionamento para ações do Estado.

Segundo a EC 45/2004:

“as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

A reclamação é fruto, portanto, de um desenvolvimento histórico e tem como objetivo uniformizar as decisões do Judiciário de acordo com os julgados da Suprema Corte brasileira. Em ações com efeito *erga omnes*, representa importante instrumento para a efetivação da segurança jurídica e para a manutenção da ordem constitucional.

Nessa linha, já assentei em estudo doutrinário:

“A reclamação constitucional – sua própria evolução o demonstra – não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. A tendência hodierna é, pois, que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da totalidade da ordem constitucional. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já

foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018)

Nas ações de natureza subjetiva, entretanto, para que haja adesão da decisão reclamada à decisão precedente, **é preciso que ambas sustentem um liame temático material claramente demonstrado.**

No caso concreto, a identidade jurídico-constitucional entre a decisão do Supremo no HC 158.319/SP, que trançou a Ação Penal 2022926-82.2016.8.26.0000, e a decisão que deferiu a petição inicial e a cautelar de indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública 5008470-45.2020.4.03.6100 se revela em dois pontos nucleares:

(1) **A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador , que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal . Nesse sentido, considera-se “ a lei de improbidade administrativa uma importante manifestação do direito administrativo sancionador no Brasil” (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190)**

No ponto, desenvolve a doutrina:

“A fim de poder julgar as demandas de violações aos direitos processuais a ele direcionadas, **o TEDH firma um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados** , a fim de concretizar o conteúdo do que compreendia como *matéria penal* e poder, assim, decidir sobre as demandas que recebia. **O Tribunal estabelece um conceito de direito penal em sentido amplo (...) o direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema penal .”**(OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190)

“Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela **aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no**

campo da política sancionadora . Assim, seguindo a proposta Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão .” (LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador. 2013. p. 122)

Estabelecida a premissa de que o deferimento da petição inicial e da cautelar no caso em tela é um ato que guarda relação de aproximação com o direito penal , não existem óbices para passarmos então à análise da possibilidade propriamente dita de realizar em sede de reclamação um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos, para fins de escrutínio acerca da ofensa à decisão do STF.

(2) Diante da existência de dois procedimentos distintos, respondidos pelo mesmo sujeito e aparentemente sobre os mesmos fatos, em que o primeiro procedimento é arquivado pelo Supremo – no caso do processo trancado –, é legítimo o escrutínio da Corte, em sede de reclamação, acerca da viabilidade do trâmite do segundo procedimento – viabilidade significa neste ponto, sobretudo, a existência comprovada de fatos novos, que apontem para um acervo probatório independente com relação ao primeiro procedimento .

Nessa linha, cita-se precedente da Corte em que foi decidido que a reclamação é via adequada para se verificar se as novas provas são hábeis a ensejar a reabertura de investigação cujo arquivamento foi determinado pelo Supremo (STF, Rcl. 20.132/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 23.2.2016):

“Nesse contexto, a meu sentir, não se mostra necessário revolver, com profundidade, fatos e provas para se concluir pela existência de afronta à autoridade da decisão que ordenou o arquivamento do Inq nº 3.738, razão por que a presente reclamação constitui a via adequada para coarctar o procedimento de investigação ora impugnado. (Voto Min. Dias Toffoli)”

“O fato de o Ministério Público ter extraído dos fatos uma suspeita maior quanto ao período e quanto aos crimes não é relevante. As provas existentes e o contexto fático são os mesmos. Essas novas definições são simples tentativa de dar nova roupagem às investigações. (Voto Min. Gilmar Mendes)”

Por isso, entendo que resta devidamente caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão-paradigma como pressuposto de viabilidade da presente reclamação.

II- Da identidade entre o acervo fático-probatório utilizado na ação de improbidade e aquele no qual a ação penal se ancorou

Trata-se aqui de realizar um cotejo objetivo entre a narrativa alinhavada pela acusação, na denúncia, que deu ensejo à Ação Penal 2022926-82.2016.8.26.0000, interrompida pelo Supremo no HC 158.319/SP, e a narrativa apresentada na petição inicial da Ação Civil Pública 5008470-45.2020.4.03.6100.

Da análise das peças acima referidas, verifico que existe não só identidade do acervo fático-probatório referido nos procedimentos, mas também franca duplicação da narrativa, por vezes utilizando as mesmas palavras.

Confirmam-se, em caráter exemplificativo, sete conjuntos narrativos emblemáticos que não deixam dúvidas sobre a **duplicação do mesmo contexto fático e probatório nas ações penal e de improbidade** :

Conjunto narrativo 1 : “Consta, finalmente, que, no período compreendido entre agosto a dezembro de 2014, na sede da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, situada na Praça da República, n. 53, Centro, nesta cidade e comarca de São Paulo, FERNANDO PADULA NOVAES ocupante de cargo em comissão, mais especificamente o de Chefe de Gabinete do Secretário de Educação do Estado de São Paulo, e DIONE MARIA WHITEHURST DI PIETRO, Coordenadora da Coordenadoria de Infraestrutura e Serviços Escolares CISE daquela Pasta, agindo em concurso, com identidade de propósitos e infringindo dever funcional, deixaram de praticar ato de ofício, cedendo a pedido e a influência do Deputado Fernando Capez” (**TRECHO DA AÇÃO PENAL**).

“Evidenciou-se também que, no período compreendido entre agosto e dezembro de 2014, no âmbito da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, FERNANDO PADULA NOVAES, então ocupante do cargo em comissão de Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Educação, e DIONE MARIA WHITEHURST DI PIETRO,

então Coordenadora da Coordenadoria de Infraestrutura e Serviços Escolares – CISE daquela Pasta, agindo em conjunto, com o objetivo de atingir os propósitos acima citados, atentaram contra os princípios da administração pública da honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições ao omitirem atos de ofício a que estavam obrigados e já detalhados em momento anterior, cedendo a pedido e influência do corrêu e então Deputado Estadual FERNANDO CAPEZ” (TRECHO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE).

Conjunto narrativo 2 : “No entanto, embora tivesse vencido aquele procedimento seletivo, a Cooperativa Orgânica Agrícola Familiar COAF não foi chamada pela Secretaria de Educação para celebrar o contrato administrativo, uma vez que, em razão de irregularidades que macularam o certame, o seu prosseguimento foi informalmente suspenso.” (TRECHO DA AÇÃO PENAL).

“No entanto, embora tivesse vencido aquele procedimento seletivo, a Cooperativa Orgânica Agrícola Familiar – COAF não foi chamada pela Secretaria de Educação para celebrar o contrato administrativo, uma vez que, em razão de irregularidades que macularam o certame, o seu prosseguimento foi informalmente suspenso.” (TRECHO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE).

Conjunto narrativo 3 : “Entretanto, a obtenção desse ilegítimo intento dependia da interferência espúria de autoridades vinculadas à Secretaria de Educação ou de outras que pudessem influenciá-las a flexibilizar a fiscalização do cumprimento dos requisitos pertinentes.” (TRECHO DA AÇÃO PENAL).

“Para a consecução desse ilegítimo intento, foi necessário obter a interferência de autoridades vinculadas à Secretaria de Educação ou de outras que pudessem influenciá-las a flexibilizar a fiscalização do cumprimento dos requisitos pertinentes.” (TRECHO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE).

Conjunto narrativo 4 : “Nesse contexto, no período compreendido entre os meses de maio e julho de 2014, para o alcance daquele desiderato dos representantes da COAF, Leonel passa a manter contatos com o Deputado Fernando Capez, parlamentar a quem prestava auxílio durante suas campanhas eleitorais e que, em razão do mandato parlamentar que detinha, exercia influência sobre agentes públicos lotados na Secretaria de Educação do Estado de São Paulo. Esses contatos mantidos entre Leonel e o Deputado se davam diretamente ou por intermédio de seu assessor parlamentar, Jeter Rodrigues Pereira.” (TRECHO DA AÇÃO PENAL).

“Dito isso, no período de maio e julho de 2014, LEONEL passou a manter contatos com o Deputado FERNANDO CAPEZ, parlamentar a quem prestava auxílio durante suas campanhas eleitorais e que, em razão do mandato parlamentar que detinha, exercia influência sobre agentes públicos lotados na Secretaria de Educação do Estado de São

Paulo. Esses contatos se davam diretamente ou por intermédio do assessor parlamentar de CAPEZ, JETER.” (TRECHO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE).

Conjunto narrativo 5 : “Cientificado das pretensões dos “lobistas”, Leonel e Marcel, que intermediavam os interesses ilícitos da COAF, no mês de julho de 2014, visualizando perspectiva de obtenção de ilícita vantagem financeira, que pudesse auxiliá-lo na quitação de despesas oriundas da campanha eleitoral da qual participava naquele ano, o Deputado Fernando Capez dá início à almejada interveniência junto à Secretaria da Educação, mediante tratativas travadas com Fernando Padula Novaes, Chefe de Gabinete do Secretário daquela Pasta.” (TRECHO DA AÇÃO PENAL).

“Ciente das pretensões dos ‘lobistas’, LEONEL e MARCEL, que intermediavam os interesses ilícitos da COAF, no mês de julho de 2014, o réu FERNANDO CAPEZ deu início à almejada interveniência junto à Secretaria da Educação mediante tratativas travadas com FERNANDO PADULA, Chefe de Gabinete do Secretário daquela Pasta.” (TRECHO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE).

Conjunto narrativo 6 : “Registre-se que os assuntos tratados pelos “lobistas” com o deputado estadual e os assessores parlamentares eram de pleno conhecimento dos diretores da COAF, que anuíam e autorizavam as posturas assumidas pelos primeiros, que os representavam e, muitas vezes, nas negociações, se faziam acompanhar de César Bertholino, agente comercial daquela empresa.” (TRECHO DA AÇÃO PENAL).

“Os assuntos tratados pelos ‘lobistas’ com o deputado estadual e os assessores parlamentares eram de pleno conhecimento dos diretores da COAF, que anuíam e autorizavam as posturas assumidas pelos primeiros, que os representavam e, muitas vezes, nas negociações, se faziam acompanhar de CESAR BERTHOLINO, agente comercial daquela empresa.” (TRECHO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE).

Conjunto narrativo 7 : “Ao término da aludida reunião, em evidente manifestação de interesse na obtenção de contraprestação financeira pelo que vinha fazendo em razão do prestígio que a função pública parlamentar lhe proporcionava, o Deputado Fernando Capez, esfregando os polegares aos indicadores das duas mãos, solicitou vantagem ilícita a César Bertholino e a Marcel Júlio, a qual seria arcada pela COAF, dizendo: “...não esquece de mim, hein...,estou sofrendo em campanha...” (TRECHO DA AÇÃO PENAL).

“Ao término da aludida reunião, em evidente manifestação de interesse na obtenção de contraprestação financeira pelo que vinha fazendo em razão do prestígio que a função pública de parlamentar lhe proporcionava, o então Deputado FERNANDO CAPEZ, esfregando os polegares aos indicadores de suas mãos, solicitou

vantagem ilícita a CESAR BERTHOLINO e a MARCEL, a qual seria arcada pela COAF, dizendo: “...não esquece de mim, hein..., ...estou sofrendo em campanha...” (TRECHO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE).”

Como se depreende da análise da denúncia e da petição inicial na ação de improbidade, exemplificada nos excertos acima transcritos, constata-se uma cristalina identidade de narrativas, conjunto de fatos e acervo probatório na fundamentação dos distintos procedimentos .

III- Da tese de negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal pelo STF

No ponto, pretende-se demonstrar que a razão determinante para o trancamento do processo penal, pela Segunda Turma deste Tribunal, no HC 158.319/SP, foi o reconhecimento da tese de negativa de autoria do reclamante diante de quaisquer condutas típicas a ele imputadas .

Confirmam-se trechos do referido julgado que apontam para esse entendimento:

“Acentuo, inicialmente, o fato de a prova testemunhal, de forma uníssona, ter isentado o paciente da imputação criminosa ora em exame. Além disso, no que concerne ao depoimento do delator Marcel Júlio, não houve a imputação de qualquer fato típico criminoso no que toca à conduta do paciente (...)” (Voto por mim elaborado – eDOC 3)

“Ocorre que, no tocante ao Paciente, o delator não imputa nenhum fato típico, o faz apenas em relação a terceiros .” (Voto por mim elaborado – eDOC 3)”

“Prosseguindo, no que concerne à prova técnica então produzida, também é juridicamente relevante que essas análises técnicas, realizadas pelo órgão técnico do Ministério Público (CAEX), concluíram pela total compatibilidade entre todos os valores e bens do paciente, além da inexistência de movimentação atípica. Nesse ponto, frise-se que ‘o Paciente ofereceu espontaneamente suas contas bancárias e aplicações financeiras (cf. doc. 27, fl. 1161), pediu e autorizou a instalação de CPI para investigá-lo (cf. doc. 16, fl. 6064 /6268)’” (Voto por mim elaborado – eDOC 3)

“Por sua vez, quanto à quebra do sigilo telefônico do paciente, consta do voto do Desembargador Antônio Carlos Malheiros que, ‘ Quebrado seu sigilo telefônico, não se verificam ligações de nenhum

membro da cooperativa, nem do delator Marcel Julio, para o aparelho celular de Fernando Capez” (eDOC 1, p. 57). (Voto por mim elaborado – eDOC 3)

“No que concerne ao caso sob exame, verifico, não só a partir do que foi dito da tribuna, mas também da inicial deste habeas corpus, e agora reforçado pelo Ministro-Relator e também confirmado pelo Ministro Dias Toffoli, a denúncia baseia-se, exclusivamente, nas palavras do delator Marcel Júlio. Ela não foi confirmada por nenhuma testemunha e, mais ainda, ela foi contrariada, desmentida pela prova documental e oral carregada aos autos (...)” (Voto do Min. Ricardo Lewandowski – eDOC 3)

“Então, o que se verificou, no caso dos autos, é que o delator, além de não ter as suas palavras comprovadas por nenhum elemento externo - e, não só isso, aliás, contraditadas pelos elementos externos colhidos -, não atribui ao paciente nenhum fato típico.” (Voto do Min. Dias Toffoli – eDOC 3)

“Ora, o que objetiva uma ação penal senão a privação futura, numa eventual condenação, da liberdade de ir e vir? E, aqui, o eminente Relator destacou do voto do relator no Tribunal de Justiça de São Paulo, que reinquiriu testemunhas, que elas simplesmente disseram que foram coagidas. E disseram isso para um desembargador do Tribunal de Justiça e dentro do Tribunal de Justiça.” (Voto Dias Toffoli – eDOC 3)

“Com a devida vênia, para mim, isso não é um hard case, é um caso bastante simples de abuso de autoridade na investigação, direcionado a perseguir alguém, adredemente preparado, coagindo-se pessoas a depor contra determinada outra pessoa . Se isso não era possível num governo de exceção, em um Estado de exceção, muito menos pode ser admitido no Estado democrático de direito .” (Voto Min. Dias Toffoli – eDOC 3)

Como se observa, trata-se de mais do que uma concessão de ordem de habeas corpus lastreada no benefício da dúvida, trata-se verdadeiramente do estabelecimento de um juízo definitivo do STF quanto à não autoria ou participação por parte do reclamante de qualquer conduta típica.

Isto significa que esta Suprema Corte verificou estar diante de robusto material probatório apto a demonstrar a não autoria do reclamante – o substrato empírico apresentado nos autos atingiu um *standard* probatório mais rigoroso do aquele necessário para um juízo de mera incerteza sobre a autoria.

IV- Da vedação de *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador

A relação entre direito penal e direito administrativo sancionador revela um nóculo problemático do sistema penal com o qual a doutrina especializada vem se ocupando desde o início do século XX, quase coincidindo com o desenvolvimento da própria dogmática jurídico-penal moderna, que foi impulsionada por nomes como Binding, v. Liszt e Beling.

O ponto central de tensão que aqui nos interessa nessa relação, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de *Das Verwaltungsstrafrecht*, por Goldschmidt, em 1902 – é a **limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador**.

Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) estabelece, a partir do paradigmático caso *Oztürk*, em 1984, um conceito amplo de direito penal, que reconhece o direito administrativo sancionador como um “*autêntico subsistema*” da ordem jurídico-penal. A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato. (OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. p. 128)

Acerca disso, afirma a doutrina:

“ A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*”.
(OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. p. 241)

A assunção desse pressuposto pelo interprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*, resulta na compreensão, como será

observado, que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos *subsistemas* mas também e principalmente na relação que se coloca entre ambos os *subsistemas* – trata-se aqui justamente de uma baliza hermenêutica para a qualidade da relação.

A Constituição Federal anuncia, no art. 37, § 4º, uma noção de independência entre as diferentes esferas sancionadoras:

“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.”

Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do *ne bis in idem*. Explica-se: o *subsistema* do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência disso é que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito penal não pode ser revista no âmbito do *subsistema* do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca de fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do *subsistema* do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo *subsistema* do direito penal – este é ponto da independência mitigada.

O artigo 935 do Código Civil coaduna-se perfeitamente com esta interpretação: “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.”

Além disso, pertinente apontar a lógica da ação civil *ex delicto*, a partir da qual uma ação de reparação de danos poderá ser proposta em âmbito civil mesmo ante uma sentença absolutória, desde que, contudo, não se tenha estabelecido uma tese que reconheça a inexistência do fato ou negativa de autoria. Veja-se a doutrina:

(...) uma vez reconhecido na decisão absolutória (...) a prova de não ter o réu praticado a infração, parece-nos irrecusável que a instância civil haverá de se submeter ao referido conteúdo decisório, impedindo-se qualquer tentativa de responsabilização civil pelo fato. (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 2017. p. 200)

Desse modo, se a fixação de uma tese de negativa de autoria impede a ação civil de indenização, mas ainda obstaculiza a ação civil de improbidade

Reforçando a linha de fundamentação aqui construída, a professora e pesquisadora Helena Lobo da Costa, em monografia por meio da qual recebeu o título de Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, destaca que a interpretação no sentido de uma independência absoluta entre o direito penal e o direito administrativo sancionador revela um equívoco metodológico, que alcança sérios problemas práticos :

“ Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de ‘ independência entre as instâncias’ , que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia . (...) Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário”. (LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador. 2013. p. 119 e 222)

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 .

Nesse sentido, trago à baila novamente a lição de Helena Lobo:

“ Isto porque decisões penais que reconheçam a inexistência de fato ou ausência de autoria não podem ser simplesmente desconsideradas pelo órgão administrativo (...) O princípio da proporcionalidade configura o fundamento jurídico do direito do *bis in idem* relativo às searas penal e administrativa (...) Para a identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in idem* examinado, devem-se verificar identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de efeitos jurídicos das sanções (natureza punitiva ou sancionadora) . (...) Examinada a possibilidade de aplicação do *ne bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa no direito brasileiro, verificou-se que não apenas inexistente qualquer óbice para sua adoção, senão também que o princípio da proporcionalidade o impõe, já que a cumulação das vias penal e administrativa viola o subprincípio da necessidade .”(LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador. 2013. p. 236-237)

Sobre isso, veja-se a jurisprudência recente da Corte:

EMENTA Processo administrativo disciplinar. Cassação da aposentadoria. Constitucionalidade. Independência das esferas penal e administrativa. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. 2. Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo 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, o que não ocorre na espécie . 3. Agravo regimental não provido, insubsistente a medida cautelar incidentalmente deferida nos autos. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do

CPC, haja vista tratar-se, na origem, de mandado de segurança, art. 25 da Lei 12.016/09. (STF, RE 1044681 Agr., rel. Min. Dias Toffoli, 6/3 /2018)

Na mesma direção, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sinalizou adotar, desde o paradigmático caso *Grande Stevens*, em 2014, o entendimento de que é vedado o *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador.

No caso, em apertada síntese, três empresários italianos foram responsabilizados, tanto na seara criminal quanto na seara administrativa, por infrações contra o mercado de capitais na Itália. Tendo sido interposto recurso junto ao TEDH, o Tribunal internacional decidiu por anular as sanções de natureza penal determinadas pela justiça italiana. Isso porquanto foi reconhecida uma dupla punição pelos mesmos fatos, já que houve punição administrativa anterior à sanção criminal, que foi imposta pelo órgão *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB). Destaca-se aqui que a dupla punição ofende garantias individuais já consolidadas no âmbito internacional a algum tempo, a exemplo daquilo que prevê a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. (SILVEIRA, Paulo Burnier. O deito administrativo sancionador e princípio non bis in idem na União Europeia, 2014; VENTORUZZO, M. Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia, 2014)

Copila-se excerto da referida convenção:

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

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se fatos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.

Ainda que no caso citado a punição administrativa tenha ocorrido antes da criminal, disposição fática reversa do que ocorre no caso em apreço, trata-se de um importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado.

Com base nesses fundamentos, verificando-se, como se demonstrou, a identidade entre sujeito, conjunto fático-probatório e sanções de natureza punitiva, reconhece-se o direito do reclamante.

Pontua-se que a própria PGR, por meio do Procurador Geral da República, Dr. Augusto Aras, se manifestou nesse sentido . Confira-se excerto do parecer (eDOC 48, p. 13):

“Em face do exposto, o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA manifesta-se pela procedência da reclamação, com a confirmação da liminar deferida anteriormente, em razão da ocorrência de desrespeito à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 158319, mediante a prática do ato reclamado ”.

Ante todo exposto, confirmando a liminar, julgo procedente a reclamação e determino o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao Reclamante, com sua exclusão do polo passivo e a consequente desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de seus bens .

É como voto.