

ISSN 0100-1981

REVISTA DE PROCESSO

Ano 42 • vol. 274 • dezembro/2017

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [12-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [31.10.2017]



AS PENAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DOS SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

THE PENALTIES IN THE ADMINISTRATIVE MISCONDUCT ACT: ANALYSIS OF ITS MAIN ASPECTS

LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor nos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna-UIT/MG e da Universidade Paranaense – Unipar/PR e dos cursos de Pós-graduação da PUC-SP – Cogea e da Escola Fundação Superior do Ministério Público do Mato Grosso – FESMP-MT. Atuou como Consultor da Organização das Nações Unidas – Relator da Comissão Especial do Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (2008-2010). Advogado.
luizm@luizmconsultoria.com.br

MIRIAM FECCHIO CHUEIRI

Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina. Professora no curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e Diretora Geral da Universidade Paranaense – *Campus* de Cianorte (UNIPAR-PR).
miriamfecchio@uol.com.br

Recebido em: 16.08.2017
Aprovado em: 11.09.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Administrativo

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar os aspectos mais relevantes envolvendo a aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade Administrativa – Penas – Razoabilidade – Proporcionalidade – Pontos polêmicos.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the most relevant aspects involving the application of the foreseen penalties in the Administrative Misconduct Act.

KEYWORDS: Administrative Misconduct Act – Penalties – Adequacy – Reasonableness – Controversial points.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As penas da Lei de Improbidade Administrativa – Independência das esferas penal, cível e administrativa – Aspectos gerais. 3. As penas previstas nos incisos I, II e III, do art. 12. 4. Há possibilidade de condenação por dano moral coletivo?. 5. Extensão do dano – Necessidade de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das penas.

6. A incidência do princípio da insignificância no caso de atos de improbidade administrativa. 7. Aspectos envolvendo a "Lei da Ficha Limpa". 8. Lei de combate à corrupção (Lei 12.846/2013). 9. Conclusões. 10. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Deve ser ponderado que a Lei de Improbidade Administrativa possui uma destacada relevância para o Sistema Coletivo Brasileiro, com a adoção de diversos mecanismos visando proteger a moralidade administrativa, com uma estrutura processual (rito próprio), além da previsão das sanções que serão aplicadas para todos aqueles que violarem o dever de agir com probidade.

Interessante notar que apesar de sancionada no ano de 1992, há ainda diversos questionamentos que envolvem a sua aplicação, especialmente em relação às penas que podem ser aplicadas, justificando assim o presente trabalho.

A finalidade aqui é a de analisar as várias nuances que envolvem a aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

2. AS PENAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL, CÍVEL E ADMINISTRATIVA – ASPECTOS GERAIS

O art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa utiliza critério usual do Sistema Jurídico Brasileiro, qual seja, a independência entre as esferas das responsabilidades penal, civil e administrativa.

Não há qualquer violação ao sistema, nem *bis in idem*, quando um mesmo fato possa justificar a aplicação de três penalidades distintas¹ contra uma mesma pessoa, sendo certo que mesmo a absolvição na esfera penal pode não ter qualquer reflexo nas demais.

1. Exemplo que pode ser citado é o de um acidente de trânsito, que pode originar: a) ação penal no caso de lesões corporais ou mesmo homicídio; b) ação de indenização visando a reparação dos danos causados e; c) penalidade administrativa caso violada alguma regra do Código Nacional de Trânsito.

Nesse sentido: "(...) 2. A Lei 8.492/92, em seu art. 12, estabelece que "Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito" (...) apenas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato ímprobo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza" (TRF-4ª Região, AgIn 2008.04.00.0425814-8, rel. Des. Marina Vasques Duarte de Barros Falcão, j. 09.02.2010, DJ 07.04.2010).

O certo é que a disciplina do art. 12 da Lei 8.429/92 deixa claro um ponto relevante, que é a necessidade de adequação das penas à gravidade do ato praticado, tanto que não há qualquer imposição no sentido de que todas as penas previstas devam ser aplicadas de forma cumulativa,² o que acabou sendo ressaltado pela modificação introduzida pela Lei 12.120/2009.

Alguns aspectos merecem maior reflexão, na tentativa de se delimitar uma *Teoria Geral* da aplicação das penas em decorrência da prática de atos de improbidade administrativa.

O primeiro ponto é o de que nem toda *ilegalidade* deve ser considerada um ato de improbidade administrativa.³ Mas a recíproca é verdadeira, já que toda vez que se pratica uma improbidade administrativa há violação do Sistema Normativo (ilegalidade acentuada).⁴

2. Em sentido contrário, mas com uma posição contra expressa previsão legal: “Equívocada está, portanto, a interpretação daqueles que afirmam ser possível a aplicação flexível das diversas sanções previstas na lei, já que estas têm previsão na Constituição Federal. E a exegese desta, como acima demonstrado, não está a permitir flexibilização alguma, sob pena de se estar admitindo que o legislador constituinte pretendeu ser condescendente com a improbidade administrativa, possibilitando que um agente ímprobo possa continuar exercendo cargo público (...)” (ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 90-91). Não se trata, com o devido respeito, de ser condescendente com a improbidade administrativa, mas simplesmente atuar em obediência ao princípio da proporcionalidade, com uma adequação ato – pena.
3. “(...) Inicialmente, convém analisar o significado de propriedade administrativa como princípio constitucional. Esclarece a doutrina que probidade vem do latim *probus*, que seria aquilo que brota bem, que é bom e que possui boa qualidade. Explicam Emerson Garcia e Rogério Alves que probidade é própria do indivíduo *probus*, que tem retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade. “Em sentido oposto, improbidade vem do latim *improbitas*, que significa desonestidade, mau caráter, má conduta. A moral deriva do latim *moralis*, relativo aos costumes. A ciência da moral é denominada de ética” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 561).
4. “Esse é um ônus da atividade de quem tem obrigatoriamente que decidir. O que parece absurdo é tentar estabelecer uma equação no sentido de que todo e qualquer ato ilegal imputável à administração pública implica um ato de improbidade de um agente público. (...)”
“No âmbito da ação de improbidade, em verdade, verifica-se que os efeitos da condenação podem superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, podendo conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

Ignorar a diferença é cometer injustiças e abusos, especialmente quando se verifica a própria complexidade da Administração Pública. Atuar com exageros em tais situações somente terá como consequência afastar da vida pública pessoas honestas que não se sujeitarão a correr riscos dia após dia, inclusive em seu patrimônio pessoal, quando a própria interpretação do direito é, em grande parte dos casos, complexa.⁵

Nesse sentido, concordamos com a posição de que há necessidade de separar a *ilegalidade da improbidade administrativa*, podendo ser afirmado que a improbidade administrativa é uma ilegalidade com um *plus*, uma evidente nota de desonestidade.⁶

O segundo ponto é que realmente não há necessidade de que haja dolo – vontade livre e consciente de violar a norma – para caracterizar um ato de improbidade administrativa. A exigência do dolo, como regra geral, desconsidera, a título de exemplo, a própria literalidade do art. 10 da Lei de Improbidade.⁷ Contudo, há necessidade de um elemento volitivo, uma vontade ou uma omissão, sob pena de ser adotada uma responsabilidade objetiva sem fundamento legal.⁸ No mínimo mostra-se necessária a *culpa grave*, que para esta finalidade se equipara ao dolo. O que é relevante destacar é que o dolo não é

eventual sentença condenatória de caráter penal. (...)” (STF, Recl 2186/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.10.2002, decisão monocrática).

5. “(...) Os agentes políticos, dada a plena liberdade funcional, ficam a salvo de responsabilização por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com dolo, culpa, má-fé ou abuso de poder (...)” (TJMG, Apelação Cível 1444130-41.2004.8.13.0672, rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. 07.11.2006, DJ 07.12.2006).
6. FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 293-294.
7. “Relativamente às sanções restritivas é preciso que se demonstre o dolo ou a culpa qualificada para que, sempre após a declaração e, em muitas situações, após a desconstituição, haja a condenação.
“Se, de um lado, a Lei de Improbidade Administrativa não aceita danos ao erário público, não se destina a condenar o administrador inábil e inexperiente (...)” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 324).
8. “1. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente

indispensável para a caracterização da improbidade administrativa podendo, em alguns casos, ser suficiente apenas a culpa.

Mas a existência do dolo, que pode decorrer da atuação com culpa grave, é elemento importante para a caracterização do ato de improbidade e das sanções que devem ser aplicadas. Exemplos podem ser citados: a) agente público que descumpra de forma intencional decisão judicial;⁹ b) quando há a prática do ato contra expressa orientação da assessoria jurídica, sem uma justificativa plausível; c) violação à literal disposição legal, especialmente quando há orientação em sentido diverso emitida pelos órgãos de controle (Corregedoria ou Tribunal de Contas); d) ato contrário a uma posição uniforme e pacificada da jurisprudência, notadamente dos Tribunais Superiores; e) deliberação que traga benefícios pessoais ao agente ou a pessoa próxima etc.

Pertinente uma séria observação: se para a pessoa física não se pode impor uma responsabilidade objetiva, o mesmo não ocorre para com as pessoas jurídicas. Com a aprovação e vigência da Lei 12.846/2013, passou a ser possível a adoção de uma *responsabilidade objetiva* na espécie: “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

Desse modo, haverá uma dualidade de regimes nos casos de atos de corrupção e improbidade, com a adoção de regras previstas na Lei 8.429/92, sem prejuízo da incidência das normas veiculadas na Lei 12.846/2013, mas limitada à responsabilidade objetiva apenas às pessoas jurídicas.¹⁰

considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa” (STJ, REsp. 875.163/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 19.05.2009, DJ 01.07.2009).

9. Como bem ponderado pelo Prof. Hugo de Brito Machado, em sede jurisdicional e atuando como relator (TRF-5ª Região, Ap. MS 55.539-PE - 96.05.18529-6, j. 03.04.1997 – DJ 23.05.1997): “(...) o Prefeito Municipal não é pessoalmente responsável pelos atos ou omissões de servidores do município, se não demonstrado que agiram, ou se omitiram, cumprindo suas determinações”.
10. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.
(...)

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

O terceiro ponto reside na necessidade de ressaltar que as penas previstas não devem, de forma obrigatória, ser aplicadas cumulativamente, sendo indispensável uma gradação¹¹ tendo em vista a gravidade do ato praticado/questionado.¹²

O quarto ponto é o de que os agentes políticos também são destinatários da Lei 8.429/92, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:¹³

Ora, pacífica a orientação jurisprudencial e doutrinária no sentido de que aplicável a Lei de Improbidade no caso dos Prefeitos Municipais: (...). 8. A hodierna jurisprudência desta Corte, no julgamento de hipóteses análogas, vem decidindo que: “Ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei 1.079/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa” (REsp 764.836/SP, rel. Min. José Delgado, relator p/ acórdão Min. Francisco Falcão, DJ 10.03.2008). Precedentes do STJ: REsp 1103011/ES, 1.ª T., j. 12.05.2009, DJ 20.05.2009; REsp 1066772/MS, 1.ª T., DJ 03.09.2009; REsp 895530/PR, 1.ª T., DJ 04.02.2009. (...).

As exceções são, justamente, para aqueles casos em que o agente político está sujeito – *na esfera penal* – a julgamento direto por um Tribunal Superior, o que se infere de decisão do Superior Tribunal de Justiça:¹⁴

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

11. TJSP, Apelação com revisão 0033416-04.1996.8.26.0000, rel. Des. Clímaco de Godoy, j. 20.08.1998. Na doutrina: SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 74.
12. Um dos coautores já atuou em um caso em que Prefeito do interior de São Paulo teve contra si ajuizadas mais de 30 ações de improbidade administrativa – todas idênticas –, cada uma questionando contratação de servidores, quando aquele apenas aplicou uma norma que estava em vigor no município há décadas, sem qualquer questionamento de quem quer que seja. Até poderia haver ilegalidade, mas jamais uma improbidade.
13. STJ, REsp 1.073.233/MG (Emb. Decl), rel. Min. Luiz Fux, j. 13.10.2009, DJ 04.11.2009. Mais recentemente nesse mesmo sentido: STJ, AREsp. 21.662-SP (Ag. Reg.), rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.02.2012, DJ 12.02.2012.
14. STJ, Recl 2790/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.12.2009, DJ 04.03.2010. Seguindo esta mesma diretriz: “I – Segundo a orientação do e. Pretório Excelso e desta colenda Corte Especial, compete ao STJ o processo e o julgamento de ação de

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

(...). 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembleia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, *a*), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, referida orientação não foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁵ isso pelo menos com relação aos Prefeitos Municipais:

(...). Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes (...).

Em outro julgado¹⁶ restou decidido que: “(...). Entendimento firmado no sentido de que inexistente foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa”.

Mas em se tratando de Desembargador Federal, a linha seguida foi outra, inclusive não vendo possibilidade de incidência da Lei de Improbidade Administrativa¹⁷ e reconhecendo a competência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a inaplicabilidade da Lei de Improbidade na espécie.

improbidade administrativa proposta contra juiz de Tribunal Regional do Trabalho, em que se possa resultar a perda do cargo (Precedentes: STF, Tribunal Pleno, Questão de Ordem na Pet 3211/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p// acórdão Min. Menezes Direito, *DJe* de 26.06.2008; STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl 2115/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 16.12.2009)” (STJ, Recl. 4.927/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 15.06.2011, *DJ* 29.06.2011).

15. STF, Ag. In. 506.323/PR, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2009, *DJ* 01.07.2009, RT 888/152.

16. STF, Ag. Reg. no AgIn. 554.398/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.10.2010, *DJ* 16.11.2010.

17. STF, RE 579.799/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 02.12.2008, *DJ* 19.12.2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

O fato é que o tema ainda não está consolidado no STF, mas a tendência é admitir, a nosso ver, o foro por prerrogativa de função em se tratando de agentes públicos submetidos à jurisdição originária dos Tribunais Superiores em outras situações, como em ações penais.

3. AS PENAS PREVISTAS NOS INCISOS I, II E III, DO ART. 12

Estando o ato de improbidade administrativo enquadrado nas hipóteses do art. 9º da Lei 8.429, podem ser aplicadas diversas penas.¹⁸

A primeira, uma das mais importantes, é a obrigatoriedade do ressarcimento dos danos causados,¹⁹ em um evidente objetivo de ressarcir os cofres públicos dos prejuízos originários do ato ímprobo. Aqui o termo legal é muito claro: ressarcimento integral do dano quando este tiver ocorrido. É o mínimo que o Estado e a sociedade requer.

Nos termos de precedente do STJ,²⁰ o ressarcimento dos danos não seria uma pena, mas uma obrigação decorrente do dever de reparar, o que leva à necessidade, em princípio, da cumulação desta obrigação com algumas das demais penas:

-
18. Deve ser anotado que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a imposição de condenação por dano moral coletivo quando há a prática de ato de improbidade administrativa (STJ, REsp. 960.926/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 18.03.2008, DJ 01.04.2008). Na doutrina: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 349.
 19. “(...) 2. Asseverada a ocorrência de conduta ímproba, tal como ficou consignado no acórdão atacado, necessária a aplicação (mesmo que parcial) do art. 12 da Lei 8.429/92, na medida em que a sanção é a decorrência lógica da configuração da improbidade.
“3. Por “sanção”, na espécie, leia-se todas aquelas previstas no inciso pertinente do art. 12, exceto o ressarcimento (que, como já decidido por esta Corte Superior em mais de uma oportunidade, não é propriamente sanção) – pois não houve dano ao patrimônio público no caso concreto.
“4. Apenas para deixar claro, não é preciso que se apliquem todas as sanções previstas legalmente, mas pelo menos uma delas, na medida em que restou caracterizada a improbidade – embora, no caso, não possa ser determinado o ressarcimento” (STJ, REsp. 748.787-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15.10.2009, DJ 28.10.2009).
 20. STJ, REsp. 1.019.555/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 16.06.2009, DJ 29.06.2009. Anote-se que mesmo havendo o ressarcimento prévio, isso não afasta a imposição das demais penas (STJ, REsp. 1.009.204/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.12.2009, DJ 17.12.2009).

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

(...) Caracterizado o ato de improbidade administrativa, o ressarcimento ao erário constitui o mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção em sentido estrito e, portanto, não sendo suficiente por si só a atender ao espírito da Lei 8.429/92, devendo ser cumulada com ao menos alguma outra das medidas previstas em seu art. 12.

(...). Pensamento diverso, tal qual o esposado pela Corte de origem, representaria a ausência de punição substancial a indivíduos que adotaram conduta de manifesto descaso para com o patrimônio público. Permitir-se que a devolução dos valores recebidos por “funcionário-fantasma” seja a única punição a agentes que concorreram diretamente para a prática deste ilícito, significa conferir à questão um enfoque de simples responsabilidade civil, o que, à toda evidência, não é o escopo da Lei 8.429/92.

Na linha defendida nos comentários ao art. 16, entendemos que poderá até mesmo haver a penhora de salários na hipótese de o condenado em ação coletiva (ação popular ação civil pública ou ação de improbidade administrativa) auferir rendimentos do Poder Público (em sentido amplo), visando o ressarcimento dos valores devidos, incidindo a regra do art. 14, § 3º, da Lei da Ação Popular, que integra o Sistema Único Coletivo, afastando a vedação genérica do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido há a posição da doutrina:²¹

Para sustentar a validade da forma de execução da sentença prevista no art. 14, § 3º, da LAP, além dos argumentos acima, que são válidos pela aplicação subsidiária do CPC, deve-se ter em mente, também, que se trata de lei especial, valendo o princípio pela qual *lex specialis derogat generalis*. Vale dizer, prevalece, contra a impenhorabilidade, a possibilidade de desconto parcelado, em folha de pagamentos, para quitação da obrigação decorrente da sentença condenatória proferida em ação popular. (...).

21. LEONEL, Ricardo Barros. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei da Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 259-260. Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 288-289) também admite a possibilidade da constrição, inclusive invocando regras que regem as relações estatutárias no mesmo sentido (por exemplo: Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais – art. 96 e 182). No mesmo sentido, admitindo a via apontada, há a lição de Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 162) e a de José Afonso da Silva (*Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 282). No âmbito federal há a regra do art. 46 da Lei 8.112/91 – Estatuto dos Servidores Públicos da União, sendo que jamais restou alegada a sua incompatibilidade com o inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil, justamente por se tratar de uma norma de natureza especial.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

Referido doutrinador alerta, apenas, que o montante a ser descontado não pode tornar inviável a sobrevivência do devedor e de sua família.

Apesar dos poucos precedentes na jurisprudência sobre o tema, há julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo²² admitindo a constrição:

Execução de sentença proferida em ação popular que determinou a restituição de subsídios de vereador percebidos indevidamente a maior. Art. 14 da Lei 4.717/65 (que regula a ação popular) que estatui: “quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público”. Norma de direito especial não derogada pela norma geral do art. 649 do Código de Processo Civil. Na forma do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (...)”.

Há outro aspecto que deve ser objeto de consideração, a norma do § 3º do art. 14 da Lei da Ação Popular, tem o inegável objetivo de proteger o Erário daqueles servidores que desviam verbas públicas, tendo o legislador excepcionado, na hipótese, a regra da impenhorabilidade. Ora, atualmente pode-se oferecer salários em garantia de empréstimos bancários (*empréstimo consignado*), não havendo qualquer sentido em ser vedada a retenção de parcela visando o ressarcimento ao Erário dos prejuízos causados pela prática de ato de improbidade administrativa.

Pena relevante é a da perda da função pública, ou seja, o agente condenado pela prática de um ato de improbidade administrativa irá perder a função pública. Mas qual função pública?

Entendemos que a finalidade da norma é afastar da vida pública aquele que cometeu ato de improbidade administrativa, evitando assim que novas ilegali-

22. TJSP, Ag. In. 174.576-5/1 (0081403-94.2000.8.26.0000), rel. Des. Paulo Shintate, j. 13.02.2001. Admitindo a penhora mesmo em se tratando de relação jurídica privada, a nosso ver com razão: “Penhora – Pedido de constrição sobre o rendimento líquido do executado em conta salário – Possibilidade da incidência da penhora em salário – Flexibilização da orientação contida do art. 649, IV do CPC – Percentual que não deve entretanto comprometer a subsistência do devedor ou de sua família, além de assegurar o princípio da dignidade. Imóvel – Bem de família – Reconhecimento – Prova dos autos que demonstra que o imóvel objeto da constrição serve de residência do executado e de sua família – Impossibilidade de efetivação da penhora – Recurso parcialmente provido” (TJSP, Ag. In. 990.10.021592-2 – 0021592-57.2010.8.26.0000, rel. Des. Irineu Fava, j. 07.04.2010).

dades sejam praticadas. Desse modo, a perda da função é daquela que eventualmente estiver sendo ocupada pelo condenado, quando do trânsito em julgado, ainda que o cargo tenha sido obtido antes da prática do ato de improbidade administrativa questionado.²³ Admitir o contrário seria tornar inócuo o texto legal, já que, no caso de mandato eletivo, por exemplo, o processo jamais estaria terminado, com trânsito em julgado, antes do período legal de duração do mesmo.²⁴ Ainda que o ato seja praticado vinculado a uma determinada função pública, o relevante é aquela na qual esteja o agente quando do trânsito em julgado, ainda que eletiva ou obtida em concurso público. É a pena por praticar ato de improbidade administrativa.²⁵

-
23. SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 84 e GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 366. A perda se dará mesmo que tiver o agente público optado pela aposentadoria. Concordando com a nossa posição: “Assim sendo, lícito concluir que o servidor comissionado perde a função pública que estiver ocupando no momento em que a condenação tornar-se exequível (trânsito em julgado), isto quer dizer que, não importa o cargo público exercido quando da prática do ato de improbidade, bem como pouco importa se federal, estadual ou municipal, o que será levado em conta, para a execução dessa espécie de pena, é o fato de estar ele no exercício ou não do cargo comissionado ou da função pública ao tempo de sua definitiva condenação, visto que, em última análise, o que se busca preservar é a Administração Pública, dela eliminando ou afastando o servidor ímprobo” (TJMG, Apelação 1.0016.08.085954-5/001 (0859545), rel. Des. Peixoto Henriques, j. 03.12.2013, DJ 06.12.2013).
24. Esta nossa posição acabou prevalecendo em importante precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP, Ap Cív 769.742-5/2-00 (0193494-49.2008.8.26.0000), rel. Des. Borelli Thomaz, j. 24.06.2009, em recurso de lavra de um dos coautores deste trabalho: “Essa perda não está ligada a que o agente esteja em cargo ou função alçados por ingresso, acesso, concurso, nomeação, eleição ou qualquer outra forma e, mais, independe se é ou esteja sendo exercido no âmbito municipal, estadual ou federal, ainda que o imputado, quando do ato ímprobo, estivesse em cargo de outro ente da Federação.
“A condenação por improbidade atinge o ímprobo no cargo ou função públicos em que esteja, o que autoriza concluir pela aplicação da pena de perda da função pública exercida pelos réus, motivo por que é dado provimento ao recurso da Prefeitura Municipal”. De igual teor: STJ, REsp. 924.439/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.08.2009, DJ 19.08.2009.
25. Ponto diferente é afastar de forma cautelar do cargo público, especialmente o titular de mandato eletivo. Trata-se da exceção da exceção, que somente se justifica se houver possibilidade de comprometer a colheita da prova: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 644-MC/AP, assentou que “a subtração do titular, ainda que parcial, do conteúdo do exercício de um mandato político é, por si mesma,

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

A doutrina caminha neste sentido:²⁶

Com ela extirpa-se da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício de função pública, expandindo-se para qualquer uma, mesmo se em nível de governo diferente da executada quando praticado o ato de ímprobo. De fato, não há limitação: se o agente público era ímprobo quando exercia seu cargo efetivo na Administração Pública estadual, não foi a sentença que o constituiu na improbidade, mas a sua atuação, de forma que, se ao tempo do trânsito em julgado ele exerce cargo em comissão na Administração Pública federal ou outro cargo efetivo, a perda da função incidirá. Da mesma maneira, o

um dano irreparável”. Na ocasião, o Relator, Min. Sepúlveda Pertence, entendeu que “os mandatos republicanos são essencialmente limitados no tempo e improrrogáveis: por isso, a indevida privação, embora temporária, do seu exercício é irremediável, por definição” (STJ, AC 3.298/PB, rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Ricardo Lewandowski, j. 23.01.2013).

No mesmo sentido: “Além de excepcional (pois o prejuízo à instrução é o único motivo apto ao afastamento cautelar de prefeito em ação de improbidade administrativa), essa providência é sempre gravosa pois acarreta instabilidade da Administração, podendo existir mudança relevante de governo, inclusive dos escalões inferiores, ou das políticas governamentais, a prejuízo do administrado” (TJSP, Suspensão de Liminar 0175265-65.2013.8.26.0000, rel. Des. Presidente, j. 09.12.2013).

26. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 354. No mesmo sentido: “(...) Para Aristides Junqueira Alvarenga, das sanções previstas para o agente que tenha praticado algum ato de improbidade administrativa, as duas mais importantes e compulsórias são as de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública. Isto porque o agente público ímprobo, segundo tal autor, além de não poder permanecer no exercício de suas funções, por não haver lugar para ímprobos na Administração Pública, deve ser afastado, ainda que temporariamente, da vida política nacional quer em relação à cidadania ativa (votar), quer em relação à cidadania passiva (ser votado). Aliás, realmente, não haveria sentido em o agente público perder sua função pública, mas poder se candidatar, e ser eleito para o exercício de algum mandato eletivo. Para ele, tais penas são imperativas e cumulativas, não possuindo o magistrado discricionariedade qualitativa, mas sim quantitativa. “(...) Cabe ainda sublinhar que o agente perde a função pública que estiver exercendo na atualidade da condenação exequível, ou seja, se o agente cometeu a improbidade quando era Secretário de Obras de um Município, e ao tempo de sua condenação era Secretário de Administração de outro Município, perderá ele essa última função. Não importa que o ilícito civil tenha sido cometido ao tempo em que era Secretário de Obras. Importa é que, ao tempo da condenação, perde o agente público a função que estiver exercendo, já que o que se pretende é proteger a Administração Pública de tal agente ímprobo” (ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. *Ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa*. Orientadora Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, PUC, 2006. p. 120-122).

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

agente público inativo: a improbidade praticada na atividade era causa que impunha a desvinculação compulsória, motivo pelo qual a sentença anula a aposentação e aplica-se a perda da função pública.

A referida perda da função pública está prevista para os atos indicados nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei de Improbidade.

Ponto relevante reside na pena de suspensão dos direitos políticos,²⁷ isso ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se dentro dos limites dos direitos políticos o direito de voto em eleições (votar e ser votado), em plebiscitos e referendos, o de iniciativa popular e o de organizar e participar de partidos políticos. São direitos que decorrem do *status* do indivíduo frente ao Estado.²⁸

Como já decidido pelo STF:

O exercício e o gozo dos direitos políticos perfazem uma das facetas mais importantes dos direitos fundamentais do cidadão. Remonta uma conquista histórica por séculos batalhada, e que se traduz, em suma, na possibilidade do indivíduo influir no destino do Estado e opinar, em uma conjuntura coletiva, na fixação dos fins e das regras aplicáveis a sua comunidade, histórica e espacialmente contextualizada.²⁹

Partindo das disposições constitucionais, o elemento chave para a compreensão do referido direito reside no parágrafo único do art. 1º da CF/88 (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), combinado com os arts. 14, 15 e 16 da Constituição (Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, Capítulo IV, *Dos Direitos Políticos*).³⁰

27. “5. Não se pode olvidar que a suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das sanções estipuladas pela Lei 8.429/92 e que sua aplicação importa impedir – ainda que de forma justificada e temporária – o exercício de um dos direitos fundamentais de maior magnitude em nossa ordem constitucional” (STJ, REsp. 1.055.644-GO, rel. Min. Castro Meira, j. 21.05.2009, DJ 21.06.2009). É sempre temporária: BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 439.

28. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 118.

29. STF, ADC 30-DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012, DJe 29.06.2012 – trecho do voto do Min. Dias Toffoli.

30. As normas infraconstitucionais brasileiras mais importantes relativas a direitos políticos são: Lei 4.737, de 15.07.1965 (Código Eleitoral); Lei 9.096, de 19.09.1995

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

Com a suspensão dos direitos políticos há sérios reflexos na vida política/social do condenado, não podendo esse, durante o período em que vigorar seus efeitos: a) ser elegível para cargo público (art. 14, § 3º, inciso II); b) perda de cargo público cuja obtenção tem como pressuposto o pleno exercício dos direitos políticos (cargos eletivos – art. 55, inciso IV, CF/88, por exemplo)³¹ e; c) exercício do direito de voto.³²

A gradação da suspensão dos direitos políticos é realizada de forma diferenciada, sendo de oito a dez anos nas hipóteses do art. 9º; de cinco a oito anos nas hipóteses do art. 10 e de três a cinco anos quando presente algumas das situações previstas no art. 11. Relevante ressaltar que *não há a soma das penas de suspensão*, ainda que um mesmo ato possa ser enquadrado nos arts. 9º e 11, por exemplo.

Havendo diversos atos da mesma natureza, com igualdade de atuação e que possam ser considerados como vinculados entre si, a pena de suspensão dos direitos políticos não deve ser aplicada de forma cumulativa, mas por apenas um período³³, sob pena de tornar-se uma *cassação de direitos políticos* perpétua, quando deve ser temporária. Ao optar pela suspensão, o objetivo da norma

(dispõe sobre partidos políticos); Lei 9.504, de 30.09.1997 (estabelece normas para as eleições); Lei 9.709, de 18.11.1998 (regulamenta a execução de plebiscitos, referendos e iniciativa popular); Lei Complementar 64, de 18.05.1990 (estabelece casos de inelegibilidade), alterada pela Lei Complementar 81, de 13.04.1994. Fonte: [pt.wikipedia.org].

31. Em sentido contrário, entendendo que não há a perda do cargo ou da função política que esteja sendo exercida (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros editores, 2001. p. 149). Referida posição, com o devido respeito, não se sustenta, pois é pressuposto para a obtenção de cargo ou função eletiva o efetivo gozo dos direitos políticos e, com a suspensão desses, não estão presentes os requisitos para a atuação do agente público. Como afirmar que um vereador pode exercer suas funções com os direitos políticos suspensos?
32. “Direitos Políticos – Representam o complexo de relações jurídicas que a ordem legal e constitucional brasileira institui em favor das pessoas naturais, atribuindo-lhes o direito de votar e de serem votadas. (...)” (MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 408). No mesmo sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 386-387.
33. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 411-412. No Superior Tribunal de Justiça há relevante precedente: “1. O cumprimento de sanções políticas concomitantes, por atos de improbidade administrativa contemporâneos (art. 20 da Lei 8.429/92), deve observar as disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84.

não foi impor uma pena que pudesse ter a natureza de cassação.³⁴ Esta posição resta ratificada com a provação da Lei da Ficha Limpa e a declaração da sua constitucionalidade pelo STF, com uma ampliação dos efeitos da condenação por ato de improbidade administrativa, conforme comentaremos em tópico destacado sobre o tema.

A multa civil é um *plus* ao dever de indenizar³⁵. Enquanto o ressarcimento tem como finalidade repor os prejuízos sofridos pelo Poder Público (erário), a imposição de uma pena dessa natureza tem como objetivo impor aos causadores do dano um prejuízo de natureza financeira (além do dever de ressarcir), que tanto pode ter como base de cálculo o acréscimo patrimonial, o valor do dano ou o valor da remuneração percebida pelo agente, dependendo do enquadramento legal (arts. 9º, 10 e/ou 11).

Desse modo, o fato de haver a condenação ao ressarcimento, por si só, não afasta a possibilidade, frente à gravidade do ato, de ser imposta a multa civil.

Já a vedação com relação à contratação com o Poder Público, a nosso ver, atinge especialmente o particular que praticou juntamente com o agente

“2. É que a inexistência de legislação específica acerca da forma de cumprimento das sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, deve ser suprida à luz das disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84, que instrui a Lei de Execuções Penais, verbis: ‘Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime’” (STJ, REsp. 993.658/SC (Emb. Decl), rel. Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010, DJ 23.03.2010).

34. “Merece especial cuidado a execução da sanção suspensiva dos direitos políticos. Existindo diversos processos com pretensão à aplicação de sanções idênticas, a individualizada execução destas se restringirá às de natureza pecuniária. A suspensão dos direitos políticos será única e terá seu termo inicial com o trânsito em julgado mediante expedição de ofício comunicando a sanção à Justiça Eleitoral” (TJSP, Apelação Cível 433.410-5/0-00 – 9132903-70.2005.8.26.0000, rel. Des. Laerte Sampaio, j. 30.10.2007).
35. Um dos autores já defendeu referida posição: “Aliás, a multa civil é um *plus* ao dever de indenizar” (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério, *op. cit.*, p. 185). Logo, se não há, no caso, a sanção elementar (indenização), não pode haver seu *plus*, sobretudo com base de cálculo em valor de dano atualizado (elemento que apenas teria elo de amarração lógica se houvesse condenação em reparação de danos), a duplicar, como consta no julgado” (TJSP, 0000665-73.2009.8.26.0172, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 07.06.2011).

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

público, o ato de improbidade. Esse particular não sofre os efeitos da perda da função pública ou da multa civil, isso apenas na hipótese do art. 11, tendo então uma *sanção diferenciada* e expressamente prevista na norma. Nesse sentido:

Por outro lado, a sanção de proibição de contratar e receber benefícios ou incentivos fiscais não guarda qualquer relação com a atividade do agente público na prática de improbidade. Em verdade, tem relacionamento direto e imediato com o beneficiário do ato, que, em não sendo agente público, fica a salvo da perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.³⁶

Reformulamos nossa anterior posição no sentido de que apenas o particular poderia sofrer referida pena. Considerando a gravidade do ato, mesmo o agente público poderá sofrer as sanções previstas na Lei de Improbidade. A regra será apenas o particular, mas a gravidade da sanção pode justificar que referida restrição também seja imposta ao agente público.

Aqui, no ponto, devemos ter um maior cuidado, pois a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios somente pode ser imposta à pessoa jurídica de direito privado da qual o responsável seja sócio majoritário, mas que tenha algum vínculo com os fatos, sob pena de manifesta desproporção.

Também devemos fazer outra diferenciação: sendo empresa familiar, de propriedade do agente público ou de sua família, não haveria qualquer vedação na imposição da pena, desde que atendidos aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. No entanto, em outras situações, deve haver redobrada cautela para não ser ignorada a antiga diretriz de separação entre as personalidades dos sócios e da pessoa jurídica.

Podemos traçar algumas diretrizes para que seja imposta tal tipo de penalidade: a) a regra é que a pena de não poder contratar com o Poder Público seja imposta ao particular, mas a gravidade do ato pode justificar a sua ampliação para atingir o agente público; b) em se tratando de empresa familiar do agente público, possível a imposição deste tipo de pena, já que há uma presunção do benefício pessoal para este (agente público); c) sendo empresa que não possua natureza familiar, deve ser verificado o limite de atuação do agente público, inclusive se foi utilizada para a prática do ato ilícito, tudo como elementos que possam autorizar a imposição da pena.

36. (TJSP, Apelação Cível 433.410-5/0-00 – 9132903-70.2005.8.26.0000, rel. Des. Laerte Sampaio, j. 30.10.2007).

Outrossim, não se afigura lógico, por exemplo, vedar referida contratação de uma empresa da qual o condenado detenha percentual insignificante das cotas ou ações, ou que não tenha qualquer vínculo, ainda que indireto, com os atos questionados. A sanção também não se aplica para vedar acesso aos serviços públicos essenciais (água, energia elétrica, telefonia etc.), pois seria totalmente desproporcional.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a vedação com relação à contratação com o Poder Público somente estaria relacionada com o ente público que sofreu a lesão.³⁷ Com todo o respeito, temos que discordar. A finalidade é punir aquele que praticou ato de improbidade e, mais, evitar a repetição da conduta com prejuízos para outros entes públicos e órgãos da administração, o que somente será alcançado com uma vedação ampla, desde que proporcional à extensão do dano.

Vale aqui a mesma lógica do sistema de sanções da Lei de Licitações, que na hipótese da “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar”,³⁸ a vedação ao particular estende-se para todos os órgãos da Administração Pública e de todas as esferas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Justamente para impedir que aquele que praticou ilícito continue lesando o Estado e se beneficiando de recursos públicos em procedimentos licitatórios.

4. HÁ POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO?

Tema que merece consideração é o relativo à possibilidade de condenação, em sede de ação de improbidade administrativa por dano moral coletivo. Na linha da doutrina,³⁹ a justificativa para a condenação em *dano moral coletivo* é justamente deixar claro que há um império das leis, de modo que qualquer lesão a um direito encontre a necessária reparação, especialmente se houver violação a um direito transindividual.

Continua o citado autor asseverando que mesmo referida lesão, indivisível, deve ser reparada. O STJ⁴⁰ forneceu diretrizes para justificar a condenação em

37. STJ, REsp 1.003.179/RO, rel. Min. Teori Zavascki, j. 05.08.2008, DJ 18.08.2008. Pensamos que essa limitação pode decorrer da necessidade de adequação das penas frente ao ato praticado, mas não que seja a forma de impor a sanção em toda e qualquer situação.

38. Art. 87, IV, da Lei 8.666/93.

39. RAMOS, André de Carvalho; FARENA, Duciran Van Marse. Sistema financeiro da habitação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, p. 267-268. jan.-mar. 2001.

40. STJ, REsp. 1.221.756/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.02.2012, DJ 10.02.2012.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

indenizar por eventuais danos morais coletivos: a) ato ilegal; b) repercussão do ato ilegal; e c) razoável repercussão, que vá além dos “(...) limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva”.⁴¹

Mesmo no âmbito do STJ⁴² o tema não está pacificado, havendo julgados afastando a possibilidade de condenação por dano moral coletivo. Restou adotado o fundamento de que dano moral é incompatível com a noção de “transindividualidade”:

(...) 2. O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral – como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo”.

Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando “a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 236), “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).

Nesse sentido é a lição de Rui Stoco, em seu *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, que refuta a assertiva segundo a qual ‘sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental’ (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 300, apud Rui Stoco, op. cit., p. 854 (...)).

A divergência interna é clara no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Adotando outra posição⁴³:

41. STJ, REsp 1.269.494/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j.24.09.2013, DJe 01.10.2013.

42. STJ, REsp. 598.281/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.05.2006, DJ 01.06.2006.

43. “Em suma, pode-se elencar como pressupostos necessários à configuração do dano moral coletivo, de maneira a ensejar a sua respectiva reparação, (1) a conduta

O dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade poderia sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história e costumes, tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.

A nosso ver, com a devida *venia*, admissível a condenação por dano moral coletivo. Podemos citar o exemplo de destruição de uma obra ou construção de elevado valor afetivo ou histórico de uma determinada população local ou mesmo nacional. Como afirmar que a mesma, enquanto grupo de indivíduos, não foi afetada? O art. 5º, V, da CF/88 assegura indenização, inclusive por danos morais, quando houver uma violação ou agravo.

Já aqui a discussão deve ser travada sob outro ângulo. Apesar de termos como possível a condenação por dano moral coletivo no caso da Lei de Improbidade Administrativa⁴⁴, a mesma não pode ser imposta de forma ampla e automática.

Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Com base nesse entendimento, há de se entender presente o cabimento de pedido de condenação por dano moral no âmbito de ação de improbidade movida pelo Ministério Público, pois a Lei de Ação Civil Pública sustenta

antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas); (3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (4) o nexos causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (*lato sensu*)” (STJ, REsp 1.269.494/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.09.2013, DJe 01.10.2013 – citando trecho da monografia de Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 121).

44. Admitindo a condenação por dano moral coletivo: “Não há dúvida de que a reiteração de atos de improbidade com o absoluto descaso pela coisa pública e os vetores axiológicos constitucionais que regulam a atuação dos agentes públicos constitui-se sério dano moral coletivo, porque implica em descrédito para as instituições políticas” (TJSP, Apelação 001411-23.2008.8.26.0059, rel. Des. Magalhães Coelho, j. 16.12.2013 e TJSP, Apelação 0012528-19.20108.26.0066, rel. Des. Francisco Bianco, j. 10.03.2014).

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

tal pedido como direito coletivo, mormente após a edição da Lei 8.884/94, que o explicitou.⁴⁵

Apesar de estar ausente previsão legal expressa dentre as penas que podem ser cominadas, o fato é que há determinação para a reparação dos danos, obviamente incluindo eventuais danos morais.

No mais, deve haver uma atenção e cuidado redobrados do julgador na imposição deste tipo de pena, na linha decidida no precedente retromencionado do STJ:

Em resumo, seja pelo dano moral causado à coletividade ante a frustração concreta causada pelo ato ímprobo, seja pelo prejuízo moral que leve a macular a imagem do agente público junto à coletividade, são devidos danos morais.

Não se diga, entretanto, que qualquer ato ímprobo leve a tal dano, há de se ter em mente que ele deve ser aferido no caso concreto, pois não é a mera insatisfação da coletividade com falta de realização do ideal do Estado-provedor ou mesmo a simples indignação que se reflita na coletividade que justificaria sua existência.

O Magistrado deve ter como foco as consequências do ato e, com base nas argumentações e provas trazidas nos autos, nortear a aferição de existência e o grau do dano para efeito de cálculo da indenização.

Desse modo, em sede de ação de improbidade administrativa temos como viável, em princípio, a condenação dos réus ao ressarcimento pela prática de danos morais coletivos, mas exige-se uma motivação específica e a correta demonstração fática do mesmo.

Outro problema é a fixação de um valor. Extrai-se da complexidade de apresentação do dano extrapatrimonial a importância de aferir o fato concreto com todos os seus elementos, para compreender o interesse lesado, procurando-se eliminar o prejuízo ou repor a pessoa no ponto mais próximo do estado anterior, ao mesmo tempo sem cair no equívoco de outros sistemas, como o norte-americano, onde se costumam estipular reparações elevadíssimas.

Portanto, a fixação do valor da indenização conduz ao reconhecimento de um dever de servir de desestímulo à repetição de situações, *theory of deterrence* do direito inglês (processo de dissuasão ou desmotivação do ofensor), assumindo, em acréscimo, um caráter punitivo (punitive ou *exemplary damages*

45. STJ, REsp. 960.926/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 18.03.2008, DJ 01.04.2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

norte-americano), que vem já do Direito Romano e se traduz em Diplomas como o Código Nacional de Trânsito, o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral e da revogada Lei de Imprensa.

De sorte que a indenização há de consistir em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento ou o evento lesivo advindo daquele, função preventiva de relevante papel na pedagogia da aprendizagem social. Há de sentir o lesante a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido, pela condenação em quantia economicamente significante.⁴⁶

Uma indenização proporcional ao interesse ferido representa considerável desafio ao julgador, ao tentar encontrar um ponto de equivalência entre variáveis que não têm, propriamente, um traço comparativo. Porque nem se pode dar ênfase demasiada à compaixão pela vítima, desconhecendo o peso da condenação para o lesante, nem se pode deixar o prejuízo sem reparação adequada, tampouco se devendo incidir no erro de um arbitramento diminuto ou sem a sua quota preventivo-punitiva.

No mais, a indenização, nesse caso, deve ser utilizada em favor da coletividade atingida pelo ato ímprobo, não havendo qualquer sentido em destinar o valor para o Fundo (perdido) de Reparação de Danos Difusos (art. 13 da Lei 7.347/85) ou para a pessoa jurídica lesada (que não foi quem teve sua moral ofendida). Se os efeitos do dano foram causados em determinada coletividade, esta deve ser a beneficiada pela reparação. É o juiz da causa quem deve, casuisticamente, definir, após a oitiva de todos os interessados e do Ministério Público, onde o valor será aplicado.

5. EXTENSÃO DO DANO – NECESSIDADE DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS PENAS

Realmente a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92) trouxe um marco no controle dos atos administrativos. O elevado diferencial da lei foi a adoção de graves penas para aqueles que forem condenados por atos de improbidade, especialmente a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Mas considerando a já mencionada gravidade das penas, o que ocorre, em muitos processos judiciais, na linha já exposta, é a confusão entre ilegalidade

46. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 219-225.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

e improbidade, já que nem sempre a existência da primeira tem como efeito automático a presença da segunda.⁴⁷

Desse modo, duplo cuidado deve ser tomado: a) nem sempre haverá improbidade quando praticada uma ilegalidade; e b) ainda que a ilegalidade possa caracterizar-se como um ato ímprobo, haverá sempre a necessidade de graduação da pena, com a análise de diversos elementos que devem estar nos autos (dolo ou culpa, experiência do agente público, repercussão financeira para o Poder Público etc.).

A regra do parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (atualmente também no seu *caput*) exige que haja – até em consonância com as diretrizes constitucionais – uma adequação na aplicação das penas. Em outros termos, mostra-se indispensável que as penas sejam aplicadas segundo os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade⁴⁸ e que haja a devida motivação na imposição de cada uma delas.⁴⁹

47. “(...) Acho importante deixar claro que ato de improbidade administrativa não é sinônimo de ato ilegal. Parece que a discussão tem sido conduzida nessa linha: basta que haja uma ilegalidade para sustentarem que também houve ato de improbidade administrativa. Isso é um exagero.

“(...) A tarefa de aplicar as leis não é simples. O administrador público está rotineiramente aplicando normas jurídicas. Há muita divergência, até entre juristas, sobre a interpretação de uma norma. Existe a possibilidade de que haja má interpretação das leis sem que isso represente má-fé ou dolo do administrador público.

“Isso tem um efeito perverso: acaba afastando as pessoas sérias da administração. Se todo aquele que assumir um cargo público e correr o risco de descumprir uma lei ficar sujeito às pesadas sanções de Lei de Improbidade, a tendência é as pessoas sérias se afastarem da administração pública (...)” (PORTO NETO, Benedicto. Advogado pede pena mais severa para fraude em licitação. *Folha de S. Paulo*, 25.12.2000, p. A6).

48. Como ponderado pela doutrina: “(...) Para nós, é de excessivo rigor legal a punição do agente público que laborou culposamente, para a consumação de lesão ao erário, sendo de toda oportuna a seguinte lição de Marcelo Figueiredo: “(...) não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de desonestidade (...)” (ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. Orientadora Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier. Ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa. São Paulo, PUC, 2006. p. 102).

49. STJ, REsp. 507.574/MG, rel. Min. Teori Zavascki, j. 15.09.2005, DJ 08.05.2006. Já houve o reconhecimento da nulidade da sentença que, apesar de reconhecer a participação diferenciada de cada um dos agentes, aplicou as penas de maneira uniforme (STJ, REsp. 885.836/MG, rel. Min. Teori Zavascki, j. 26.06.2007, DJ 02.08.2007). Na doutrina, defendendo a necessidade de motivação expressa: MEDINA, José Miguel

Não é ocioso acrescentar, desde já, que em um Estado Democrático de Direito inexistente Poder Absoluto. Todos os atos de quaisquer dos Poderes do Estado – Judiciário, Executivo e Legislativo – sujeitam-se à Constituição Federal e, ainda, aos princípios nela inseridos.

E um dos limites mais evidentes na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo é o da razoabilidade, também intitulado como da proporcionalidade. Em outras palavras, tanto as restrições a determinados direitos como, ainda, a discriminação positiva (que cria privilégios) se sujeitam a tal limitação. Será inadmissível qualquer tipo de atuação estatal que vá além dos limites do razoável para o atendimento de determinado interesse público.

Devem o Administrador, o Legislador e o Julgador sopesar os fins a serem alcançados e os meios empregados, de forma que estes últimos justifiquem aqueles. É a proibição do excesso.⁵⁰ A questão nem é nova na jurisprudência, como pode ser verificado em antigos precedentes do Supremo Tribunal Federal.⁵¹

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação de improbidade administrativa não pode ser utilizada como simples instrumento para obter a responsabilização civil do agente público, especialmente se considerada a gravidade das penas que podem ser aplicadas.⁵²

A gravidade da conduta deve orientar na aplicação da pena, deve ser reservada para as hipóteses em que haja evidente desvio de poder que interfira no

Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 425.

50. STF, HC 97.976/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 09.03.2009, decisão monocrática.

51. STF, Representação por Inconstitucionalidade 930/DF, rel. Min. Rodrigues Alckmin; RE 18.331, rel. Min. Ozimbo Nonato, RF 145/164 e Representação por Inconstitucionalidade 1.077, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 112/58-59.

52. “Essa confusão inaceitável é coirmã da concepção que tenta vislumbrar as ações de improbidade como um simples mecanismo de responsabilização civil. De fato, não é correto tomar as sanções por improbidade como sanções de índole meramente civil. “Ao contrário, as sanções de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública demonstram, de modo inequívoco, que as ações de improbidade possuem, sobretudo, natureza penal. Não é difícil perceber a gravidade de tais sanções e a sua implicação na esfera de liberdade daqueles agentes políticos. “No âmbito da ação de improbidade, em verdade, verifica-se que os efeitos da condenação podem superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, podendo conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal. (...)” (STF, Recl 2186/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.10.2002, decisão monocrática).

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

regular funcionamento da Administração Pública, ou que cause manifesto e grave prejuízo patrimonial.

A questão torna-se ainda mais grave quando se verifica que há julgados que não admitem a discussão do tema (proporcionalidade na aplicação das penas por ato de Improbidade Administrativa) em sede de ação rescisória.⁵³

Aliás, nesse sentido deve ser frisado que a Lei de Improbidade, em seu art. 12, *caput*, com redação dada pela Lei 12.120/2009, passou a estabelecer que as sanções previstas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, deixando expressa a necessidade de proporcionalidade na aplicação de suas sanções.⁵⁴

De outro lado, as penas devem ser graduadas segundo a gravidade do ato praticado, sob pena de restar violada a norma do parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade, sendo possível o seu controle através do recurso especial,⁵⁵ tal como já admitido:

(...). Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

(...). O art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na 'extensão do dano causado' bem como no 'proveito patrimonial obtido pelo agente'. No caso dos autos, o dano causado aos cofres municipais é de pequena monta, já que se trata de ação civil pública por

53. TJSP, Ação Rescisória (Ag. Interno) 823.211-5/4-01 - 0148798-25.2008.8.26.0000, rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 15.12.2008 em que menciona o TJSP, Ag. Reg. 701.994-5/6, rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 26.11.2007. No STJ, também não admitindo a ação rescisória: STJ, AgRg no REsp 1.220.274-SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.02.2011. Em sentido contrário, admitindo a análise do tema em ação rescisória: TJSP, Ação Rescisória 546.045-5/5-00 - 0153258-26.2006.8.26.0000, rel. Des. Décio Notarangeli, j. 28.11.2007, processo no qual atuamos como advogados do autor: "(...). Violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Excesso na aplicação da pena. Ausência de motivação na aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Inexistência de dosimetria da pena. Pedido subsidiário ou sucessivo julgado procedente". Para nós, a posição que admite a ação rescisória é a mais acertada, *data venia*.

54. Analisando o tema com excelentes argumentos: TJSP, Apelação Cível 433.410-5/0-00-9233349-52.2003.8.26.0000, rel. Des. Laerte Sampaio, j. 30.10.2007.

55. STJ, Emb. Decl. no REsp 593.522/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.05.2008, DJ 23.06.2008; STJ, REsp. 513.576/MG, rel. p/acórdão Min. Teori Zavasecki, DJ 06.03.2006 e STJ, REsp. 300.184/SP, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 03.11.2003.

ato de improbidade decorrente da acumulação indevida de cargo e emprego públicos. E, também, o acórdão recorrido reconheceu não haver “indícios de que o agente tenha obtido proveito patrimonial. 4. Não devem ser cumulas as sanções por ato de improbidade se for de pequena monta o dano causado ao erário e se o agente não obteve proveito patrimonial com o ato.

Em outros termos, não se pode admitir o excesso, havendo a necessidade não só de adequação e proporcionalidade frente ao ato praticado, como expressa motivação a justificar cada uma das penas impostas.

6. A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tema relevante é verificar se pode ser aplicado o princípio da insignificância no caso de atos de improbidade administrativa, na linha de precedente do Supremo Tribunal Federal que entende que qualquer sanção somente pode ser aplicada se obedecidos os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.⁵⁶

O tema foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça,⁵⁷ na esfera penal, tendo sido decidido que:

O problema do montante, em si considerado, relativo ao eventual prejuízo ou dano causado pelo uso da coisa pública em proveito do alcaide, em realidade não é propriamente o móvel para afastar ou legitimar a aplicação, em casos deste jaez, do princípio da insignificância.

Na verdade, o que se espera de um prefeito, como chefe do executivo local, à frente da administração municipal e encarregado, por isso mesmo, do bem-estar geral dos residentes da cidade, é que tenha uma atuação irrepreensível na condução dos interesses da coletividade, velando, da melhor maneira possível, pelos bens públicos sob o seu jugo.

Daí porque não se cogita da incidência do princípio da insignificância em seu proveito se, distanciando-se desse modelo ideal de conduta, utiliza-se da coisa pública, ainda que imbuído de bons propósitos, mesmo que, como

56. STF, HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.10.2004, DJ 19.11.2004 – impetrado por um dos subscritores destes comentários.

57. STJ, HC 148.765/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11.05.2010, DJ 31.05.2010 – também impetrado por um dos subscritos destes comentários. Referida diretriz foi confirmada em sede de Ação por Ato de Improbidade Administrativa: STJ, REsp. 1.074.090/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.11.2009, DJ 02.12.2009.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

no caso concreto, tenha pago por isso a quantia que entendeu ser a usual para os serviços, conforme a 'praxe' da região e abastecido os tratores com combustível.

Esse mesmo entendimento restou consolidado em outro julgado, agora de natureza cível.⁵⁸

5. Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado – sob o influxo do princípio da insignificância, mormente se por 'insignificância' se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos – evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas.

Temos dúvidas em acompanhar referido entendimento, apesar dos seus argumentos e da inegável autoridade do Superior Tribunal de Justiça.

Como já decidido na esfera penal,⁵⁹ mas que pode ser invocado na espécie:

Ora, nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. É indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido para que se possa concluir por um juízo positivo de tipicidade.

Não se pode ignorar que seria mesmo desproporcional o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa se ausente um dano relevante para o valor a ser protegido. Deve ser ponderado que aplicação de qualquer sanção é indispensável uma adequação meio-fim, em outras palavras, a proporcionalidade.

Na lição da doutrina:⁶⁰

(...). 3. O princípio da proporcionalidade também conhecido princípio da proibição do excesso, pode ser entendido como princípio do Estado de Direito, ou

58. STJ, REsp. 892.918-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.11.2009, DJ 10.02.2010.

59. TRF, 2.^a T., Ap. 96.05.18872-4/PE, rel. Juiz Araken Mariz, j. 05.09.2000, DJU 23.03.2001, RT 792/743.

60. ROSAS, Roberto. Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 783/12-13, São Paulo: Ed. RT, 2001.

direito fundamental, que vai desdobrar-se em vários aspectos ou até requisitos. A solução adotada para a efetivação do ato ou medida deve ser adequada a seu fim ou fins. Deve ser conforme nos fins que justificam a sua adoção. É o meio e fim. (...). Como expõe Konrad Hesse, para o direito alemão, a proporcionalidade expressa uma relação de duas grandezas variáveis. Não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos, e insiste na relação entre concessões e restrições de liberdade, sendo determinada no sentido de uma presunção inicial a favor da liberdade (Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Fabris, 1998, p. 67) (...).

Na incidência do princípio da insignificância, o que se mostra relevante é a natureza ou magnitude da lesão provocada.

Mas a nosso ver há diferença fundamental em sede penal com os atos de natureza civil: na primeira hipótese, o dolo do agente ou o diploma legal que contenha a norma incriminadora são irrelevantes. Pode-se invocar tal princípio, ainda que o crime seja doloso ou praticado por agente político, sob pena de violação ao princípio da igualdade jurídica, especialmente porque em uma sociedade pluralista e democrática, todos devem dar exemplo e não apenas aqueles que são eleitos.

Mas no âmbito civil, a matéria contém nuances diferentes, ou seja, no nosso entendimento, somente *condutas culposas* admitiriam a incidência do princípio da insignificância, já que nem teria sentido afirmar que atos dolosos estariam fora dos limites da Lei de Improbidade, por menores que fossem. Nesses casos, a questão resolve-se pela gradação da pena. Se diminuto ou ínfimo, a pena deve ser aplicada levando tal aspecto em consideração, com a imposição apenas de uma multa, por exemplo.

A atuação ética e moral é uma obrigação de toda a sociedade, o que afasta a posição de que agentes políticos não podem ser beneficiados com a incidência do princípio da insignificância.

Levamos o tema ao STF⁶¹ – possibilidade de aplicação do princípio da insignificância mesmo em atos de improbidade administrativa –, justamente

61. STF, HC 104.286/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.05.2011, DJ 20.05.2011 – impenetrado por um dos autores deste trabalho: “*Habeas Corpus*. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida”.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

questionando julgado retromencionado do STJ,⁶² tendo sido adotado o entendimento de que possível a adoção do princípio da insignificância mesmo que o ato questionado tenha a nota de improbidade administrativa.

Na concepção da Turma Julgadora resumida no voto do Ministro Gilmar Mendes, para a incidência do referido princípio devem ser sopeados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta questionada; b) ausência de dano social originário da ação; c) reduzido grau de reprobabilidade.

Discordando do entendimento do STJ, restou assentado que a condição pessoal do agente (prefeito municipal) e por se tratar de bem público, por si só eram insuficientes para afastar a aplicação do princípio da insignificância. O relevante para o julgador, na concepção do STF, é a avaliação dos aspectos de ordem objetiva (circunstâncias objetivas) na prática do ato, ou seja, o próprio fato e não atributos do agente.⁶³

Desse modo, em situações que sejam sob a ótica objetiva estritamente excepcionais, adequada a possível adoção do princípio da insignificância, mesmo que o ato possa ser enquadrado como violação ao dever de atuar conforme as regras da probidade administrativa. *Last, but not least*, nem se alegue que a posição ora defendida seria um estímulo à prática de atos ilegais e ímprobos, pois o que:

62. STJ, HC 148.765/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11.05.2010, DJ 31.05.2010. No mesmo sentido: "(...). Se o bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade é, por excelência, a moralidade administrativa, desarrazoado falar em aplicação do princípio da insignificância às condutas consideradas imorais pelo próprio magistrado. Não existe improbidade administrativa significativa e improbidade administrativa insignificante. O que há é irregularidade insignificante (e, por isso, não constitui improbidade) e irregularidade significativa (e, por isso, improbidade administrativa). No campo dos valores principiológicos que regem a Administração Pública, não há como fiscalizar a sua obediência com calculadora na mão, expressando-os na forma de reais e centavos. Logo, o princípio da insignificância não se presta para, após o juízo positivo de improbidade, exonerar, por inteiro e de forma absoluta, o infrator da aplicação das sanções – até da multa civil – previstas na Lei" (STJ, REsp 892.818/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.11.2008, DJe 10.02.2010, RT. 895/214).

63. Admitindo a incidência do princípio da insignificância em sede de ação de improbidade administrativa: "Contrapõe-se aos princípios da razoabilidade e da legalidade classificar de ímproba conduta destituída de significância e de má-fé, que não acarretou lesão ao erário público" (TJRS, Apelação 70023940224, rel. Des. Mara Larsen Chechi, j. 21.05.2009).

(...) fomenta a impunidade e o recrudescimento da criminalidade são muito mais a ausência de resposta estatal efetiva aos grandes desmandos e ilícitos da Nação, condutas que não raras vezes sangram os cofres públicos e o bolso dos cidadãos que trabalham e pagam impostos, bem como o não atendimento das necessidades básicas das pessoas.⁶⁴

7. ASPECTOS ENVOLVENDO A "LEI DA FICHA LIMPA"

Não se pode ignorar que foi realmente surpreendente a aprovação da LC 135/2010, que altera a redação da LC 64/90 que disciplina as hipóteses de elegibilidade eleitoral. Referidas modificações, como decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral: a) seriam aplicáveis de forma imediata, inclusive para as eleições de 2010;⁶⁵ e b) produziriam seus efeitos mesmo em relação às condenações proferidas antes da sua publicação.⁶⁶

Constou do voto do Ministro Relator no segundo precedente citado:

A segunda pergunta tem o seguinte teor: Lei eleitoral que alterar as causas de inelegibilidade e o período de duração da perda dos direitos políticos, aplica-se aos processos em tramitação iniciados antes de sua vigência?

Respondo-a afirmativamente, isto é, dizendo que a LC 135/10, que alterou as causas de inelegibilidade, se aplica aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere a nova lei.

De há muito este Tribunal assentou que não há direito adquirido à elegibilidade, devendo as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade serem aferidas a cada eleição (v.g., AgRg no REsp 32.158).

E essa aferição, como já evidenciado anteriormente, deve ocorrer à data do pedido de registro de candidatura e sem prejuízo até mesmo da verificação de qualquer inelegibilidade superveniente. CTA 1147-09.2010.6.00.0000/DF 11

A propósito, anoto que o Ministro Hamilton Carvalhido, na Consulta 1120-26.2010.6.00.0000, antes citada, asseverou, no tocante à nova lei, que "seus

64. NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Os miseráveis e o princípio da insignificância. *Boletim IBCCRIM*, ano 10, n. 116, p. 7, jul. 2002.

65. TSE, Consulta 1120-26.2010.6.00.0000, relator o Ministro Hamilton Carvalhido.

66. TSE, Consulta 1147-09.2010.6.00.0000, Classe 10, Brasília, rel. Min. Arnaldo Versiani.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

termos não deixam dúvida quanto a alcançar situações anteriores ao início de sua vigência e, conseqüentemente, as eleições do presente ano, de 2010". A existência do art. 3º da LC 135/2010, por sinal, não deixa margem a dúvidas, pois ele seria manifestamente inócuo se não permitisse o aditamento de recursos interpostos antes da entrada em vigor da nova lei, caso as inelegibilidades só incidissem para o futuro.

E sempre se deve prestigiar a interpretação que retire da lei a maior eficácia e plenitude de seus dispositivos.

No terceiro questionamento, pergunta-se: "Lei eleitoral que alterar as causas de inelegibilidade e o período de duração da perda dos direitos políticos, aplica-se aos processos em tramitação, já julgados e em grau de recurso, com decisão onde se adotou punição com base na regra legal então vigente?"

Como já respondido na pergunta anterior, a LC 135/10 se aplica aos processos em tramitação, já julgados e em grau de recurso. Por isso mesmo, insisto, o art. 3º dessa lei abriu a possibilidade de aditamento dos recursos interpostos antes da sua entrada em vigor.

Nossa posição era no sentido de que as restrições originárias das modificações da LC 64/90, introduzidas pela LC 135/2010, incidiriam nas eleições de 2010, inclusive com referência as condenações anteriores segundo o magistério jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral. Ocorre que referido entendimento acabou sendo vencido no STF que, por maioria, adotou a posição que haveria vedação pelo art. 16 da Constituição Federal para que as modificações originárias da Lei da Ficha Limpa pudessem incidir de forma imediata.

Posteriormente, a Lei da Ficha Limpa passou a ser objeto de mais três ações no STF (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, ajuizadas pelo PPS e Conselho Federal da OAB,⁶⁷ respectivamente, e ADIn 4578, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais). O pedido na ADC 30 era o mais amplo: declaração da constitucionalidade de toda a Lei da Ficha Limpa, atingindo atos e condenações passados e futuros, tudo na proteção dos valores da legalidade e da probidade administrativa.

Na linha defendida na ADC 30, a Lei da Ficha Limpa realmente não fere os princípios da razoabilidade (ou proporcionalidade), tampouco sua aplicação a

67. Tivemos a honra de ser um dos subscritores da inicial da ADC 30, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com os advogados José Miguel Garcia Medina e Oswaldo Pinheiro Ribeiro Junior, sendo também subscrita pelo Presidente do Conselho Federal, Ophir Cavalcante Junior. Todas as ações tiveram a relatoria do Ministro Luiz Fux e foram julgadas no dia 16.02.2012.

atos/fatos passados ofende os incs. XXXVI⁶⁸ e XL⁶⁹ do art. 5º da Constituição Federal, notadamente ao estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade, daí a constitucionalidade das alíneas *c, d, e, f, g, h, j, k, l, m, n, o, p e q*, todos do inc. I do art. 1º da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010.

Na verdade, há uma busca pela ética na política, pela transparência e a melhoria da representação do poder popular em todos os níveis de governo, com a incidência das novas regras mesmo diante de atos/fatos ocorridos antes da sua vigência, na forma do § 9º do art. 14 da Carta da República, sem que se possa falar em ofensa aos incs. XXXVI e XL do art. 5º da CF/88.

O que se tem é que a Constituição que determina que possa a lei complementar, ao estabelecer causas de inelegibilidade, que observe a vida pregressa do candidato, o seu passado e, à luz desse mandamento, as novas hipóteses de inelegibilidade criadas pela LC 135/2010 devem considerar o passado do cidadão.

Desse modo, os efeitos da Lei Ficha Limpa, seguindo a orientação do STF: a) incidem de forma imediata e; b) atingem atos e/ou condenações praticados antes e depois da vigência do referido texto normativo.

Mas qual deve ser a exegese das referidas restrições, no caso, aquelas vinculadas com a Lei de Improbidade Administrativa?

Dispõe o art. 1º, I, l, da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010:

Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar 135/2010).

Vários são os requisitos para a incidência da restrição legal. O primeiro é que na aplicação das penas tenha sido imposta a *suspensão dos direitos políticos*,⁷⁰ já que se trata de uma exigência expressa. Se essa espécie de condenação não foi imposta não há a incidência da Lei Ficha Limpa. Além disso, a decisão

68. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e coisa julgada.

69. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

70. Neste sentido: TRE-SP, Registro de Candidatura 3464-54.2010.6.26.0000, Classe 38, São Paulo, rel. Moreira de Carvalho, j. 23.08.2010. Pedido de impugnação contra Paulo Salim Maluf.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

deve estar acobertada pela coisa julgada (art. 20 da Lei de Improbidade) ou pelos menos ter sido proferida por órgão colegiado (Tribunal, por maioria ou por unanimidade), o que não causa maiores problemas na interpretação.

Como não há possibilidade de ser imposta a suspensão de direitos políticos em ação popular, eventuais condenações proferidas nesse tipo de demanda também não atende aos requisitos exigidos pela Lei da Ficha Limpa.⁷¹ Em outros termos: condenação em ação popular não torna admissível a imposição das restrições originárias da Lei da Ficha Limpa, especialmente pela impossibilidade de imposição da pena de suspensão de direitos políticos.

A celeuma está no trecho da lei que exige que o ato questionado judicialmente seja *doloso* e que importe *lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito*.

A primeira conclusão é a de que *atos culposos* não autorizam a imposição da restrição legal (inelegibilidade), mesmo na hipótese do art. 10 da Lei de Improbidade, que admite a condenação na modalidade culposa, aliás como decidido em sede liminar pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷²

-
71. “2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis, a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade ad causam para ambas e o procedimento, fato que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos. Precedente da Corte: REsp 704570/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 04.06.2007” (STJ, REsp. 879.360-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.06.2008, DJ 08.09.2008). No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível 92.644-5, rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 21.06.2000, LEX-JTJ 240/13-14. Na doutrina, com outra posição: “(...). Cumpre ainda recordar, com apoio em Mendes, que a sentença judicial transitada em julgado, com o decreto de procedência da ação popular obrigando o condenado a reparar o dano que provocou ao patrimônio público, é suficiente para caracterizar a quebra do dever de probidade. Dessa forma, as hipóteses contidas na Lei da Ação Popular caracterizam-se como atos de improbidade que, reconhecidos judicialmente, implicam a suspensão dos direitos políticos até o ressarcimento do ônus imposto ao erário, a teor do art. 15, inciso V, combinado com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal. (...)” (FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 58).
72. STJ, MC 17.051-SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.07.2010, decisão monocrática do Min. Hamilton Carvalhido. Na fundamentação da decisão foi reconhecido que o ato de improbidade administrativa seja doloso: “Tem-se, assim, que a improbidade administrativa não se ajusta à inelegibilidade tipificada no art. 1º, I, alínea “I”, da Lei Complementar 64/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar 135/2010, que tem como elementar o dolo do agente (...)”.

Mas o maior problema é na exigência da lei que tenha ocorrido lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Contudo, na Lei de Improbidade Administrativa os dois tipos são regulados em regras diversas, quais sejam, os arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 10º (lesão ao erário). Como regra geral, um mesmo ato não estará enquadrado nos dois artigos, sob pena de *bis in idem*, pois se houver enriquecimento ilícito, já incidirá as sanções correspondentes ao art. 9º e, se negativa a resposta, poderá haver o enquadramento nas hipóteses do art. 10, com as respectivas penas.⁷³

Anote-se que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo⁷⁴ foi longe na exegese da restrição, em precedente sobre o tema:

Ademais, não é demais deixar consignado que este Relator entende que a interpretação teleológica que se tira é que são inelegíveis os condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado por ato de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público, ou, os condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato de improbidade administrativa.

Este entendimento é possível porque o conectivo “e” que consta da redação reflete uma complementariedade precária, isto é, diante dos objetivos da denominada popularmente “Lei da Ficha Limpa”, a conexão não é absoluta, não é obrigatória.

Como as duas hipóteses são realmente graves, especialmente quando somadas à necessidade do dolo, a exegese mais razoável é a de que o legislador quis utilizar o “ou” e não o “e”, sob pena de restringir de forma desproporcional a incidência da restrição legal.⁷⁵

73. Em julgado do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, Recurso Ordinário 2136-89.2010.6.26.000-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25.11.2010), em voto do Min. Ricardo Lewandowski ficou claro que três são as condições para a incidência da Lei da Ficha Limpa em se tratando de ato de improbidade: a) condenação em suspensão de direitos políticos; b) enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público; e c) presença do dolo.

74. TRE-SP, Registro de Candidatura 3464-54.2010.6.26.0000, Classe 38, São Paulo, rel. Moreira de Carvalho, j. 23.08.2010. Pedido de impugnação contra Paulo Salim Maluf.

75. Discordando da nossa posição, entendendo que necessária à dupla condenação: PAZ-ZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Inelegibilidade comentada*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51. Cita julgados do Tribunal Superior Eleitoral: TSE, Recurso Especial Eleitoral

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

A posição ora defendida justifica-se ainda mais quando se verifica que as hipóteses do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa – violação aos princípios da Administração Pública – não estão submetidos ao regramento da Lei da Ficha Limpa por ausência de previsão legal. Aqui houve manifesta falha do legislador, pois atos de elevada gravidade ficarão fora dos efeitos da Lei da Ficha Limpa.⁷⁶

Assim, havendo ato de improbidade administrativa doloso que importe enriquecimento ilícito⁷⁷ ou lesão ao erário, incide a inelegibilidade, mas somente se houver condenação à suspensão dos direitos políticos.

Apesar do precedente mencionado, temos como indispensáveis os seguintes requisitos para a incidência da Lei da Ficha Limpa: a) condenação pela prática de ato doloso de improbidade administrativa; b) que haja enriquecimento ilícito, que não precisa ser necessariamente do agente ou lesão ao patrimônio público, sem necessidade de cumulação; e c) que tenha sido imposta a pena de suspensão de direitos políticos ao interessado.

7.855/SC, rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2012 e TSE, Recurso Especial Eleitoral 6710/AM (Ag. Reg), rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.2012, ambos publicados em Sessão. Constou do voto do Ministro Marco Aurélio no primeiro julgado: “Presidente, a inelegibilidade prevista na alínea e pressupõe ato doloso de improbidade administrativa a importar lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Tem-se o conectivo ‘e’. Portanto é exigível que haja, além da lesão ao patrimônio público, o enriquecimento ilícito”. Apesar dos respeitáveis argumentos, ratificamos nossa posição.

76. Concordando com essa posição: PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Inelegibilidade comentada*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52. Menciona julgado do Tribunal Superior Eleitoral: TSE, Recurso Especial Eleitoral 154.144/SP, rel. Min. Luciana Lóssio, j. 06.08.2013: “1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não incide a inelegibilidade da alínea e do inciso I do art. 1 da LC n. 64190, nos casos em que a condenação por improbidade administrativa importou apenas violação aos princípios da administração pública, sendo necessária também a lesão ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito (Precedentes: AgR-REspe 67-10/AM, Rei. Min. Nancy Andrighi, PSESS de 6.12.2012)”.

77. Aqui também concordamos que o enriquecimento ilícito não precisa ser necessariamente do agente político, pode ser de terceiros, como já decidido (TRE-SP, Registro de Candidatura 3464-54.2010.6.26.0000, Classe 38, São Paulo, rel. Moreira de Carvalho, j. 23.08.2010. Pedido de impugnação contra Paulo Salim Maluf): “Nota-se que no texto legal consta o enriquecimento ilícito, mas não determina que seja enriquecimento ilícito do agente, podendo ser de terceiros. No presente caso, o favorecimento foi às empresas que contrataram com o Município, favorecidas pela conduta de improbidade praticada pelo impugnado. Desse modo, presente o enriquecimento ilícito exigido pela lei”.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

Outra questão complexa é se a Justiça Eleitoral pode alterar a definição (limites e fundamentação) dada quando da condenação por ato de improbidade administrativa. Explicamos: entende a Justiça Estadual, por decisão colegiada, que o ato praticado é caracterizador de improbidade administrativa, mas não reconhece o enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas unicamente a violação aos princípios da Administração (art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa).

Pode a Justiça Eleitoral, por exemplo, alterar a qualificação jurídica do ato, entendendo que, no caso, houve enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário?

Essa situação ocorreu em precedente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo⁷⁸. A condenação originária foi pela violação ao art. 11 da Lei de Improbidade, mas o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo deu nova definição dos fatos, entendendo presente o enriquecimento ilícito e o prejuízo ao erário.

Pensamos que não é possível à Justiça Eleitoral alterar a qualificação dos fatos já que a Lei da Ficha Limpa exige que tenha ocorrido uma condenação anterior:

(...) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

Assim, parte-se da condenação já imposta, decidida. Compete à Justiça Eleitoral verificar a presença dos requisitos legais retro apontados, mas partindo da moldura fática desenhada pela Justiça Estadual, como, aliás, decidido em outro julgado do mesmo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.⁷⁹

Nesse sentido:

(...) cumpre assentar que, a despeito da gravidade do que noticiado nos autos, não cabe à Justiça Eleitoral proceder a novo enquadramento dos fatos e provas veiculados na ação de improbidade para concluir pela presença de dano ao erário e enriquecimento ilícito, sendo necessária a observância dos

78. TRE-SP, Recurso Eleitoral 100-37.2012.6.26.0022, rel. Juiz Paulo Hamilton, j. 13.09.2012.

79. TRE-SP, Recurso Eleitoral 224-25.2012.6.26.0085, rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. 03.09.2012.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

termos em que realizada a tipificação legal pelo órgão competente para o julgamento da referida ação.⁸⁰

Entender de forma diversa poderá originar situações com decisões antagônicas, ou seja, a Justiça Estadual condenar, afastando expressamente o enriquecimento ilícito e/ou o prejuízo ao erário (podendo até ter o trânsito em julgado), com outro entendimento da Justiça Eleitoral sobre a mesma situação fática.

O que nos afigura mais correto é que a Justiça Eleitoral possui um campo mais delimitado na aplicação da Lei da Ficha Limpa, ou seja, deve partir dos termos da condenação imposta pela Justiça Estadual. Caso não fosse essa a exegese correta não teria a lei exigido uma *prévia condenação – os que forem condenados* – ou que a mesma fosse prolatada por órgão colegiado. Poderia ter autorizado a análise dos fatos diretamente pela Justiça Eleitoral, mas não foi esta a opção legal.

Em resumo, temos que a Lei da Ficha Limpa é uma grande inovação no Sistema Eleitoral, mas deve ser aplicada nos seus limites, sem possibilidade de a Justiça Eleitoral alterar o panorama fático da condenação anterior da Justiça Estadual.

8. LEI DE COMBATE À CORRUPÇÃO (LEI 12.846/2013)

Algumas inovações da Lei de Combate à Corrupção devem ser objeto de considerações. Haverá uma possibilidade de haver dualidade de vias⁸¹, há punições que somente como regra geral devem ser impostas administrativamente (art. 6º)⁸², sendo que outras dependem de decisão judicial (arts. 18 e 19)⁸³.

80. TSE, Recurso Especial Eleitoral 154.144-SP, rel. Min. Luciana Lóssio, j. 06.08.2013.

81. Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992; e II – atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.

82. Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa; e II – publicação extraordinária da decisão condenatória.

83. Art. 18 Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

As punições previstas no art. 6º, usualmente, somente serão impostas administrativamente, mas podem ser aplicadas judicialmente, desde que postulado pelo Ministério Público. Aqui há uma diferenciação totalmente coerente: o ente de direito público lesado não poderá postular judicialmente a aplicação das referidas penas, devendo o seu pedido nesse sentido ser indeferido, já que lei de forma expressa permite apenas ao Ministério Público.

Ora, lógica a restrição, já que o Poder Público pode impor tais sanções administrativamente, não tendo interesse jurídico processual em almejar a tal tipo de pedido judicialmente, sendo tal ato uma prerrogativa exclusiva do Ministério Público no campo judicial. O art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa prevê a legitimidade concorrente, mas aqui nem há restrição, já que sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário, poderá o Poder Público agir e sancionar internamente.

Deverá haver cuidado redobrado para não haver *bis in idem*, com penas cumuladas com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa com aquelas previstas na Lei de Combate à Corrupção, pois um diploma normativo não é excludente do outro.

Ao que nos parece, o correto, em princípio, seria a incidência da Lei de Improbidade Administrativa contra as pessoas físicas e a Lei de Combate à

Art. 19 Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III – dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I – ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II – ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Corrupção contra as pessoas jurídicas, já que nessa última as penas são mais adequadas.

Apesar de não estar claro na referida norma, temos que deverá ser utilizada a ação civil pública para veicular os pedidos e não simplesmente ser utilizado o seu rito (art. 21). Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei 7.347, de 24.07.1985), inclusive podendo, a nosso ver, ocorrer a cumulação de pedidos com base na Lei de Improbidade Administrativa.

9. CONCLUSÕES

Frente aos argumentos apresentados, podemos delimitar alguns pontos sobre a matéria:

1. Não podemos ignorar a relevância da Lei de Improbidade Administrativa para o sistema único coletivo de proteção dos direitos.
2. Há a necessidade de uma diferenciação entre os sistemas de responsabilidade, sendo que a Lei de Improbidade Administrativa tem clara natureza sancionatória, devendo ser adotada uma interpretação restritiva.
3. Em termos de penas, a Lei de Improbidade Administrativa traz uma adequada sistematização, levando em consideração a gravidade dos atos praticados. Contudo, nunca pode ser ignorada a necessidade de aplicação das penas com a adoção dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de uma atuação abusiva do órgão julgador.
4. Em princípio, temos como possível a condenação em dano moral coletivo no caso de haver a prática de ato de improbidade administrativa.
5. Não há incompatibilidade entre a Lei de Improbidade Administrativa e o princípio da insignificância. O que se mostra relevante é a gravidade da conduta e não apenas o fato de a mesma ser considerada ímproba.
6. A Lei da Ficha Limpa trouxe uma maior relevância para a Lei de Improbidade Administrativa, tendo sido ampliados os reflexos eleitorais no caso de condenação pela prática de ato de improbidade, apesar dos diversos problemas na redação daquele texto normativo.
7. Em termos da Lei de Combate à Corrupção, deve haver um destacado cuidado para não haver *bis in idem*, com penas cumuladas com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa com aquelas previstas na Lei de Combate à Corrupção, já que uma não é excludente da outra.

10. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira Alvarenga. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; Bueno, PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LEONEL, Ricardo Barros. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei da Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na Lei de Improbidade Administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*. vol. 274. ano 42. p. 343-382. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

- NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Os miseráveis e o princípio da insignificância. *Boletim IBCCRIM*, ano 10, n. 116, jul. 2002.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Inelegibilidade comentada*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PORTO NETO, Benedicto. Advogado pede pena mais severa para fraude em licitação. *Folha de São Paulo*, 25.12.2000, p. A6.
- PRADO, Francisco Octavio de. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho; FARENA, Duciran Van Marse. Sistema financeiro da habitação. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 37, p. 267-268, jan.-mar. 2001.
- REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. *Ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa*. Orientadora Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, PUC, 2006
- ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 783, p. 12-13, 2001.
- SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei de Improbidade e a dosimetria de suas sanções, de Emerson Garcia - *RBCCrim* 58/29-63 (DTR\2011\1768); e
- Improbidade Administrativa - considerações sobre a Lei 8.429/92, de Cláudio Ari Mello - *RDCI* 11/49-62 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 7/787-806 (DTR\1995\160).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2015\6047.