

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Leonardo Barbosa Abib Nepomuceno

Improbidade administrativa e os efeitos das suas sanções nos direitos políticos:
suspensão das capacidades eleitorais ativa e passiva

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO

São Paulo
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Leonardo Barbosa Abib Nepomuceno

Improbidade administrativa e os efeitos das suas sanções nos direitos políticos:
suspensão das capacidades eleitorais ativa e passiva

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
como exigência para obtenção do título de
Especialista em Direito, área de concentração
Direito Administrativo, sob a orientação do Prof.
Ms. Maurício Maia

São Paulo
2015

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Fábio e Denise, por todo carinho e dedicação que me proporcionaram ao longo da vida e pelo exemplo de valores morais transmitidos.

À Marília, pelo amor e companheirismo de todos estes anos.

Aos amigos e familiares que me acompanharam na execução do trabalho e compreenderam a minha ausência quando necessária foi para a dedicação aos estudos.

Ao professor Maurício Maia pelos valorosos ensinamentos que recebi e pela excelente revisão feita nesta monografia.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo analisar os efeitos da condenção em ação de improbidade administrativa na esfera dos direitos políticos dos cidadãos. Para tanto, partiu-se da análise do instituto da improbidade administrativa, dos princípios que a fundamentam e das normas que lhe regem, mormente quanto às condutas e sanções à sua prática. Ato contínuo, passou-se ao estudo dos direitos políticos positivos e negativos, seus requisitos e previsões constitucionais, e, em especial, as hipóteses em que as capacidades eleitorais ativa e passiva poderão ser tolhidas. Por fim, a forma em que as sanções pela prática de ato ímprobo poderão atingir a esfera do sufrágio ativo e passivo do cidadão.

Palavras chave: Direito Público – Direito Constitucional – Direito Administrativo – Direito Eleitoral – Capacidade Eleitoral – Suspensão dos Direitos Políticos – Inelegibilidades.

ABSTRACT

The study aims to analyze the effects of the conviction into administrative improbity action in the sphere of political rights of citizens. In this way, the study starts with the analysis of the administrative improbity institute, principles on which is founded and the rules governing, especially as to the conducts and sanctions of it. Then, focus on the positive and negative political rights studies, its requirements and constitutional provisions and, especially, on the hypotheses that the active and passive electoral abilities may be forbidden. At last, focus on the form that the sanction of improbity act may hit the sphere of the active and passive suffrage of citizen.

Key words: Public Law – Constitucional Law – Administrative Law – Electoral Law – Electoral Capacity – Suspension of Political Rights – Ineligibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	10
1.1 Conceito, Natureza Jurídica e Disposições Constitucionais.....	10
1.2 Lei 8.429/1992.....	14
1.2.1 Dos atos de improbidade administrativa.....	15
1.2.1.1 Dos atos de improbidade administrativa que importem em entquecimento ilícito (Art. 9º).....	15
1.2.1.2 Dos atos de improbidade administrativa que importem em prejuízo ao erário (Art. 10).....	18
1.2.1.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípio da administração pública (Art. 11).....	20
1.2.2 Das sanções aos atos de improbidade administrativa.....	21
1.2.2.1 Ressarcimento ao erário.....	24
1.2.2.2 Perda da função pública.....	24
1.2.2.3 Suspensão dos direitos políticos.....	25
1.2.2.4 Aplicação de multa.....	26
1.2.2.5 Proibição em contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios.....	26
1.2.2.6 Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.....	28
1.2.3 Aspectos processuais (administrativo e judicial).....	28
1.2.3.1 Processos administrativos.....	29
1.2.3.2 Processo judicial.....	34
1.2.3.2.1 Legitimidade e competência.....	34
1.2.3.2.2 Aspectos procedimentais.....	41
1.2.3.2.3 Da prescrição da pretensão sancionatória dos atos ímprobos e do ressarcimento ao erário.....	43

CAPÍTULO II - DOS DIREITOS POLÍTICOS.....	49
2.1 Conceito, Natureza Jurídica e Disposições Constitucionais.....	49
2.2 Dos Direitos Políticos Positivos.....	51
2.2.1 Capacidade Eleitoral Ativa.....	54
2.2.2 Capacidade Eleitoral Passiva.....	57
2.3 Dos Direitos Políticos Negativos.....	61
2.3.1 Vedações à Capacidade Eleitoral Ativa.....	62
2.3.1.1 Perda dos direitos políticos.....	62
2.3.1.2 Suspensão dos direitos políticos.....	64
2.3.2 Vedações à Capacidade Eleitoral Passiva (causas de inelegibilidade).....	68
2.3.2.1 Inelegibilidades Constitucionais.....	69
2.3.2.2 Inelegibilidades Infraconstitucionais.....	71
 CAPÍTULO III - DOS EFEITOS DAS SANÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NOS DIREITOS POLÍTICOS.....	 77
3.1 Da Suspensão da Capacidade Eleitoral Ativa decorrente de condenação por ato ímprobo.....	78
3.1.1 Do prazo de duração das sanções, do momento de sua aplicabilidade e posicionamento jurisprudencial.....	79
3.2 Da Suspensão da Capacidade Eleitoral Passiva decorrente de condenação por ato ímprobo (Inelegibilidade).....	82
3.2.1 Dos atos ímprobos que ocasionam a inelegibilidade inelegibilidade e do disposto no artigo 1º, inciso I, alínea “I” da LC 64/1990.....	83
3.2.2 Do elemento volitivo necessário para a caracterização da suspensão da capacidade eleitoral passiva.....	86
3.2.3 Do prazo de duração das sanções e do momento de sua aplicabilidade.....	89
 CONCLUSÃO.....	 93
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 95

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o objetivo de apresentar estudo feito sobre os efeitos das sanções da condenação pela prática de ato de improbidade administrativa na esfera dos direitos políticos dos condenados.

Para tanto, apresentaremos um estudo detalhado do instituto da improbidade administrativa, no qual serão analisados os princípios que o constituinte e pretendeu proteger ao coibir a prática de atos ímprobos, em especial o estudo dos princípios da probidade e da moralidade administrativa.

Também será objeto destas razões a conceituação do ato ímprobo, a origem etimológica da palavra probidade, bem como os elementos volitivos necessários para configuração do ato atentatório a probidade, mormente no que se refere às condutas dolosas praticadas com desonestidade e má-fé pelos agentes públicos e terceiros.

Ainda no tocante ao instituto ora em referência, pretendemos trazer ao leitor questionamentos sobre a tipificação dos atos, as sanções aplicadas e, ainda, os aspectos processuais que regem tanto o processo jurisdicional apto a julgar a demanda desta natureza, assim como os processos administrativos investigatórios prévios às ações, por meio da apresentação das regras previstas na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e dos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Em capítulo separado serão tecidas considerações a respeito dos direitos políticos, sua conceituação, natureza jurídica e origem, bem como os dispositivos em que a Constituição Federal trata sobre o tema, sempre com fulcro nos ensinamentos doutrinários especializados.

Ato contínuo, abordaremos o instituto direitos políticos positivos por meio do estudo das capacidades eleitorais ativa e passiva, os requisitos para adquiri-las, e, por derradeiro, as hipóteses de perda e suspensão das mesmas, segundo a jurisprudência pátria.

Ao final do trabalho, e antes de expormos nossas conclusões, será, ainda, objeto do presente estudo o efeitos das sanções de improbidade administrativa no sufrágio ativo e passivo, através de debate sobre o que prevê o texto constitucional e a legislação infraconstitucional, mormente as Leis Complementares nº 64 de 1990 e

135 de 2010 e como e quando as sanções por atos ímprobos atingem a esfera de direitos políticos do cidadão.

Feito o intróito do objeto de estudo do presente trabalho, esperamos que os debates expostos nas presentes razões possa colaborar em algo o estudo do tema aos leitores.

CAPÍTULO I - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Conceito, Natureza Jurídica e Disposições Constitucionais

Para iniciarmos nosso debate deste afável tema antes de adentrarmos às especificidades dos atos ímprobos, suas previsões constitucionais e infraconstitucionais, bem como suas sanções e efeitos, devemos, previamente, analisar o arcabouço principiológico que deu origem a tal instituto, bem como esmiuçar a raiz etimológica do termo probidade (do qual sua ofensa caracteriza a improbidade).

A Constituição Federal de 1988 – inobstante a existência de inúmeros princípios¹ implícitos – ao tratar da Administração Pública, fez-se inserir no *caput* do artigo 37 alguns princípios, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Apesar de serem todos estes princípios de inegável importância para o estudo dos atos praticados pelos agentes públicos, para não fugirmos do foco do presente estudo peço *venia* para me ater ao princípio que fulcra o estudo da probidade: o princípio da moralidade.

A moralidade prevista na Carta Magna, diversamente do conceito de moral estudado na Teoria Geral do Direito, não se trata da moral comum, ou seja, aquela que poderá coincidir ou não com o direito, sendo – conforme ensinamentos do Professor Miguel Reale² – demonstrado figurativamente como dois círculos concêntricos no qual a moral é representada pelo círculo de maior diâmetro enquanto o direito pela esfera de menor abrangência.

¹ A título de esclarecimento, coadunamos com a definição de princípio como mandamento nuclear de um sistema, como brilhantemente leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. p 54)

² Neste sentido entende-se que o que é imoral não necessariamente será ilegal enquanto uma conduta ilegal será sempre, e concomitantemente, imoral. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.)

A moral em sentido ordinário, para alguns³, é conceito similar à ética, do qual se extrai que o seu respeito se dará sempre de forma natural e não coercitiva, por meio de juízo valorativo realizado internamente pelo indivíduo. Neste sentido, divergir-se-ão moral e direito posto que o último regula condutas, nas quais quando ofendidas poderão vir a acarretar em sanções⁴.

Por outro espectro, a moral prevista na Constituição vigente é a “Moral Administrativa”, na qual seu conceito possui maior amplitude e abrangência, caracterizando-se como uma moral “qualificada”, necessária para a consecução da atividade administrativa⁵.

Assim, a moral administrativa não poderá ser representada pela representação gráfica dos círculos concêntricos, posto que o que ofender a moral qualificada ofenderá, de igual forma, o direito.

Neste sentido é válida a lição Lúcia Valle Figueiredo que ao conceituar a moralidade administrativa apresenta a seguinte definição: “conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas ‘standards’ comportamentais que a sociedade deseja e espera.”⁶

³ Em defesa da moral como termo adjetivo à ética, segue lição do ilustre Professor Goffredo Telles Jr.: “O termo ‘ético’, provindo do grego (‘êthe’), e o termo ‘moral’, provindo do latim (‘mores’), designam os usos e costumes, ou seja, os modos e maneiras com que o homem se comporta. Nas referidas expressões ‘ordenação ética’ e ‘ordenação moral’, tais termos são adjetivos, qualificando uma espécie certa de ordenação.” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *Ética: do mundo da cédula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 228.)

⁴ Quanto à diferença entre moral e direito, segue interessante definição de Thalita Abdala Aris: “Portanto, entendemos que a distinção entre Direito e Moral reside especialmente no que diz respeito à coercibilidade, tratando a Moral de valores pessoais, individualmente considerados, e, o Direito, de valores coletivos, impondo deveres e obrigações para a pacificação social.” (ARIS, Thalita Abdala. *Improbidade administrativa no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. pág. 59)

⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, citado na obra dos professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, relembra a origem da apreciação da moralidade administrativa nos atos da Administração: “Atribui-se a Hauriou – esse fecundo e operoso agitador de ideias –, como lhe qualifica Antonio José Brandão – quem primeiro lançou as bases conceituais da ‘moralidade administrativa’ ao comentar um acórdão do Conseil d’État (arrêt Gommel, Sirey, 1917); propunha ele que, além do controle da mera legalidade dos atos administrativos, pelo meios ordinários, impunha-se algo mais, consistente no exame do eventual desvio de poder na ação administrativa. Fundou o conceito de ‘moralidade administrativa’ no ‘conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’. O núcleo desse conceito foi ao depois desenvolvido por Walter (Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, 1930): ‘A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa’” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. In ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Verbatim, 2012).

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.45.

Feitas as devidas ressalvas e apresentado o conceito da moralidade administrativa, passaremos à análise da probidade administrativa, ponto lapidar do presente estudo.

O vocábulo probidade advém do latim *probus*, que significa honesto. Desta forma a probidade é o dever de atuação com honestidade, boa-fé, sendo as condutas exercidas de forma adversa consideradas ímprobadas.

Para os doutrinadores a probidade decorre diretamente do princípio da moralidade administrativa, sendo, conforme defende Marcelo Figueiredo, espécie do gênero moralidade administrativa:

“Entendemos que a probidade é espécie do gênero “moralidade administrativa” a que alude, ‘v.g’, o artigo 37, ‘caput’, e seu §4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como faz a moderna doutrina de direito administrativo, os atos atentatórios à moralidade administrativa. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa. Assim, as ofensas ao princípio da lealdade, da boa-fé, da boa administração, estão igualmente contidas na lei, ao lado das situações lá descritas como ensejadoras de punição. É dizer, a lei, quando alude à ‘probidade’, determina ao intérprete sacar seu conteúdo da Constituição e da lei.”^{7,8}

Decorre do conceito de probidade, como já acima dito, o dever de honestidade, e, portanto, não se presta para a caracterização do ato ímprobo uma mera ilegalidade.

Ato contínuo, o que se pretende esclarecer nas presentes alegações é que a improbidade é uma espécie de imoralidade administrativa qualificada, que se

⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41-42.

⁸ No mesmo sentido leciona o Professor José Afonso da Silva: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 680).

presume a má-fé do agente público, a intenção deliberada de praticar ato ofensivo à administração, através de conduta dolosa ou, ao menos, com culpa grave.⁹

Não está sob o espectro dos diplomas que regem as condutas e sanções aos ímprobos atos de mera ilegalidade ou falta de habilidade do agente público.

Neste sentido, jurisprudência é majoritária no entendimento pelo o qual que para a configuração do ato ímprobo é necessária a demonstração de má-fé, desonestidade do colaborador da máquina administrativa, conforme julgado de lavra do ilustre Ministro Luiz Fux:

*“Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade [...]”*¹⁰

Não é diferente o entendimento da doutrina quanto ao tema, conforme lição abaixo:

*“Nessa direção, 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’, ou de improbidade propriamente dita.”*¹¹

No tocante à sua natureza jurídica, inobstante haver divergências quanto ao tema, defendemos que se trata de instituto com natureza autônoma, ou seja, diversa da penal, administrativa ou civil, apresentando-se como um quarto gênero de ato ilícito.

Todavia, para se alcançar uma concepção crível de sua natureza, coadunamos com a definição dada pelo professor Marino Pazzaglini Filho que, através do estudo das sanções atribui uma natureza político-civil-administrativa, pois decorrem da prática de seus atos decorrem imputações em todas essas esferas¹².

⁹ A culpa grave é admitida somente nas condutas tipificadas no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), não sendo admitida nas condutas dispostas nos artigos 9º e 11 do mesmo diploma legal, os quais admitem somente a conduta dolosa.

¹⁰ REsp nº 480.387/SP. 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux – DJU 16-3-2004.

¹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42-43.

¹² A suspensão de direitos políticos consiste em pena política; a perda da função pública em pena político-administrativa; a proibição de contratar e receber benefícios corresponde à pena administrativa; a multa civil corresponde a uma pena civil. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2011)

A constituição federal, ao tratar do tema, não dispõe a natureza jurídica do instituto, tão somente faz uma exclusão quanto à esfera criminal ao dispor na parte final do parágrafo §4º do artigo 37:

*§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**. (grifo nosso)*

No texto da carta constitucional poucas são as menções¹³ no que tange a improbidade administrativa, apesar de seu conteúdo principiológico ser bastante vasto ao tratar do tema, dispondo, além do parágrafo acima transcrito, a previsão referente à suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 15, *caput* e inciso V:

*Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
(...)
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.*

Feitas as considerações preliminares, passaremos ao estudo do diploma normativo que tipifica os atos ímprobos, impõem suas sanções e apresenta seus procedimentos administrativos e jurisdicionais.

1.2 Lei 8.429/1992

A Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 surgiu no ordenamento jurídico para complementar a disposição constitucional do §4º do artigo 37, e, portanto, regulamenta os tipos, sanções, procedimentos, competência e legitimidade referentes ao ato ímprobo.

Diversamente do que prevê em seu preâmbulo¹⁴, a Lei classifica os atos ímprobos em três categorias: a) que causem enriquecimento ilícito; b) que importem

¹³ Trata-se o §4º do artigo 37 de norma de eficácia contida explícita posto que menciona que suas disposições serão feitas em lei ordinária, conforme se depreende do trecho “[...]na forma e gradação previstas em lei[...]”.

¹⁴ O preâmbulo da Lei refere-se somente às condutas que causem enriquecimento ilícito do agente, sem dispor sobre as demais possibilidades de configuração do ato ímprobo: “*Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.*”

em prejuízo ao erário; e c) que atentem contra os princípios da administração pública.

O referido diploma normativo também apresenta o rol de legitimados, tanto para figurar no polo passivo da respectiva ação – dispondo a quem se aplicará as sanções – como quem poderá propô-la.

Ainda na redação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) resta especificada a ação cabível e seus aspectos procedimentais, bem como os processos administrativos investigativos prévios e o rol de sanções possíveis a serem aplicadas contra o agente ímprobo.

No decorrer do capítulo trabalharemos todos os aspectos descritos no parágrafo supra, iniciando-se o presente arrazoado pelo estudo dos atos tipicamente dispostos nos artigos 9º, 10 e 11.

1.2.1 Dos atos de improbidade administrativa

A LIA reservou os artigos 9º, 10 e 11 para apresentar o rol de condutas que configuram o ato ímprobo, dispondo em seus *caput* e incisos, de forma bem delimitada quais atos estão passíveis da incidência de suas sanções.

O rol que será apresentado, por ser exemplificativo, carrega grande margem de subjetividade de modo a não dificultar a imputação das condutas referidas dentro dos ditames legais previsto.

Ademais, poderão ser imputadas as condutas na conformidade com os *caput* de cada artigo, os quais por preverem de maneira mais genérica as hipóteses do ato proporcionam maior lastro para a tipificação da conduta.

A Lei classificou os atos ímprobos, conforme já mencionado entre os atos que importem em enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), que causem prejuízo ao erário (art. 10) ou que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11).

Nos subitens que seguem vamos apresentar de maneira separada cada um dos artigos e seus tipos de modo a esmiuçar suas especificidades.

1.2.1.1 Dos atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito (Art. 9º)

A conduta de enriquecimento ilícito foi considerada pelo legislador como a mais repugnante dentre os atos passíveis de caracterização de improbidade administrativa, posto que as sanções impostas aos tipos do artigo 9º são as gravosas, como se verá no subitem 1.2.2 da presente monografia.

Para melhor elucidarmos quais os tipos que a Lei de Improbidade previu como passíveis de caracterização de ato ímprobo que importem em enriquecimento ilícito, segue redação de seu artigo 9º:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou

omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Conforme se verifica, o rol de condutas passíveis de imputação do ato ímprobo decorrente do enriquecimento ilícito é muito vasto, cabendo a nós nos atermos às disposições gerais que regem tais condutas, o seu elemento volitivo e os requisitos para a sua classificação.

Para a caracterização do enriquecimento ilícito deverão estar presentes os seguintes requisitos, como muito bem delineado pelo ilustre Marino Pazzaglini Filho¹⁵:

1. **“Recebimento de vantagem econômica indevida por agente público, acarretando, ou não, dano ao Erário ou ao patrimônio público de entidades públicas ou de entidades privadas de interesse público (no caso de verbas públicas por estas recebidas);**
2. **Vantagem patrimonial decorrente de comportamento ilegal do agente público;**
3. **Ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial pretendida e obtida; e**
4. **Conexão entre o exercício funconal abusivo do agente público nas entidades indicadas no art. 1º da LIA e a vantagem econômica indevida por ele alcançada para si ou para outrem.”**
(grifos do original)

Desta forma, ao se deparar o membro do do *parquet* ou o patrono do ente público lesado com a ilegalidade, obrigatoriamente deverão fazer um juízo prévio para verificar se foram preenchidos os requisitos para a configuração do enriquecimento ilícito.

Para tanto – e em consonância com a lição acima transcrita – é condição *sine qua non* para a imputação do ato ora em estudo que a vantagem econômica obtida seja patrimonial e possível de auferir, ou seja, economicamente apreciável,

¹⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 44.

compreendendo dinheiro, bens móveis ou imóveis ou qualquer outro ganho de natureza econômica.

Segundo ponto necessário para averiguação é que decorra de comportamento ilegal e contrário ao princípio da probidade, de modo em que reste caracterizado uma conduta desonesta do agente e que ele tenha o conhecimento da ilicitude de tal ato.

No tocante ao conhecimento do caráter ilícito do ato, desta premissa se extrai, também, o elemento volitivo necessário, posto que incabível se faz imputar o enriquecimento ilícito por conduta culposa, sendo admitida tão somente o elemento subjetivo do dolo para a real configuração do ato ímprobo sobre os tipos do artigo 9º.

“Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijudicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata.”¹⁶

Para encerrar, o último critério a ser analisado é o nexo causal entre a vantagem econômica obtida ilicitamente e o exercício da função. Quanto ao referido ponto, mister salientar que somente poderá se imputar o o ato ímprobo decorrente do enriquecimento ilícito se houver demonstrado o elo entre o ganho obtido e a atividade do agente junto ao estado.

Em assim sendo, não restando claro o nexo causal, poderá, eventual ato, configurar improbidade administrativa nas figuras do ressarcimento ao erário¹⁷ (art. 10) ou afronta aos princípios da administração pública (art. 11), entretanto, nunca como prevê o artigo 9º.

1.2.1.2 Dos atos de improbidade administrativa que importem em prejuízo ao erário (Art. 10)

¹⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 63. In PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 44.

¹⁷ Urge ressaltar que o enriquecimento ilícito não possui correlação obrigatória com o ressarcimento ao erário, pois poderá o agente receber vantagem indevida sem que isso causa prejuízo financeiro aos cofres públicos.

O artigo 10, ao tratar do prejuízo ao erário, assim reza:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

O ato ímprobo que cause prejuízo ao erário possui certas especificidades, mormente quando à possibilidade de se configurar a conduta pelo elemento subjetivo culpa e não somente pelo dolo, como reza o *caput* do artigo 10 ao mencionar “ação ou omissão, dolosa ou culposa”.

No que tange ao elemento volitivo entendemos que a Lei de Improbidade foi um pouco infeliz ao prever a modalidade culposa haja vista que conforme já salientado o ato ímprobo não equipara-se a um simples ato ilegal e que para a configuração daquele se faz necessária a comprovação da desonestidade e da má-fé do agente.

Portanto, parece-nos pouco crível que um indivíduo possa de forma negligente ou imprudente ser desonesto.

Outro ponto que entendemos de alta relevância no que toca ao ressarcimento ao erário é a comprovação da efetividade do dano para a caracterização das condutas tipificadas no artigo 10 da Lei 8.429/1992.

Neste sentido vem decidindo os tribunais pátrios que não poderá ser imputado um dano presumido, devendo, por conseguinte, restar comprovadamente demonstrado o prejuízo e sua extensão.

“o ato de improbidade previsto no art. 10 da LIA exige para a sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário, sob pena de não tipificação do ato impugnado.”¹⁸

Feitas as devidas considerações, passaremos ao estudo da última hipótese de ato ímprobo: os que atentam contra os princípios da administração pública.

1.2.1.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (Art. 11)

Por fim, o artigo 11 trata dos atos que atentam contra os princípios da administração pública – os quais o legislador entendeu serem de menor potencial ofensivo ao estipular sanções mais brandas¹⁹ – são os seguintes²⁰:

¹⁸ Recurso Especial nº 285.305/DF. Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 20-2-2007

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Primeiro aspecto a se tratar tange à subsidiariedade das condutas previstas no artigo 11 em face dos atos previstos nos artigos anteriores. Assim, é entendimento de parte da doutrina, ao qual nos filiamos, que somente se tipificará a conduta prevista no artigo ora analisado quando não configuradas as demais modalidades.

No tocante ao elemento volitivo, assim como os atos que importem em enriquecimento ilícito, somente será admitido o dolo, sendo vedado sob qualquer argumento a configuração da ofensa aos princípios da administração pública decorrente de conduta culposa.

1.2.2 Das sanções aos atos de improbidade administrativa

Para o estudo do rol sancionatório aplicável aos condenados em ação de improbidade administrativa, primeiramente temos que analisar quais dispositivos normativos regem a aplicação das referidas penalidades e quais são as suas origens.

¹⁹ Trabalharemos de forma mais específica as sanções em tópico específico, mas desde já adiantamos que o legislador federal entendeu por bem fixar parâmetros diversos às sanções aplicadas aos atos administrativos, determinando sanções maiores aos artigos 9º e 10 em face do artigo 11.

²⁰ Importante ressaltar que foi aprovado projeto de lei (PL 7699/06), no qual há a previsão de inclusão de ato ímprobo ao gestor que não cumprir as leis de acessibilidade, que inclui o acesso a espaços e equipamentos urbanos, a edifícios, transporte e meios de comunicação. A lei decorrente da aprovação deste projeto, Lei nº 13.146/2015, até a data de depósito do presente trabalho permanece em *vacatio legis*.

A primeira previsão legal que trata das sanções ora estudadas foi disposta pela Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4º, o qual ao tratar do instituto da improbidade administrativa assim assevera:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Da leitura do texto constitucional é possível chegar às seguintes premissas: a) trata-se de norma de eficácia limitada²¹; b) há um rol de sanções, ainda que não regulamentadas na esfera constitucional, já previamente estabelecido; e c) não há litispendência entre a ação de improbidade e ação penal proposta para julgamento de condutas ímprobas sob os mesmos fatos.

Já na esfera infraconstitucional, a Lei 8.429/1992, em seu artigo 12 e incisos, regulamentou a previsão constitucional acima transcrita, bem como imputou novas sanções:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a

²¹ A definição de norma de eficácia limitada é feita no presente trabalho em consonância com o que leciona o professor José Afonso da Silva no clássico “Aplicabilidade das normas constitucionais” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.)

cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Ab initio, pedimos licença para novamente tecer um comentário sobre a interpretação literal do dispositivo, ainda que possa parecer algo desnecessário, far-se-á de grande importância para o deslinde do estudo ora em comento.

A primeira observação a ser feita quanto às disposições da Lei de Improbidade se refere ao *caput*, o qual, acertadamente, nos traz mais duas premissas básicas da aplicação das penalidades dispostas nos incisos: *a)* reitera a autonomia das penalidades decorrentes do ato ímprobo das penas aplicáveis na esfera criminal e vai além, porquanto também difere das sanções a serem aplicadas nas esferas civil e administrativa, em clara configuração da autonomia da responsabilidade por ato de improbidade administrativa em face das demais; e *b)* dispõe de maneira explícita a necessidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A segunda e igualmente de suma importância em se relatar no presente arrazoado é a gradação dos parâmetros de aplicação da sanção conforme a conduta praticada.

Tal situação se mostra clara na medida em que os incisos imputam as mesmas sanções aos atos que importam em enriquecimento ilícito, aos que causam prejuízo ao erário e aos que atentam contra os princípios da administração pública, podendo, a todos os atos serem impostas as seguintes sanções:

- i.* Ressarcimento integral do dano;
- ii.* Perda da função pública;
- iii.* Suspensão dos direitos políticos;
- iv.* Aplicação de multa;
- v.* Proibição em contratar com o poder público;
- vi.* Proibição em receber benefícios fiscais ou creditícios; e
- vii.* *Excetuando-se a regra somente a sanção da Perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pois não incide sobre as condutas típicas do artigo 11.

Entretanto, o lapso temporal de duração das sanções restritivas de direitos difere conforme a gravidade do ato ímprobo, assim como a aplicação da multa terá base de cálculo variável a depender da tipificação do ato.

O que se vislumbra é que o legislador entendeu por bem que as condutas previstas no artigo 9º (enriquecimento ilícito) são mais gravosas que as do artigo 10 (dano ao erário) e que ambas apresentam-se mais ofensivas que as do artigo 11 (ofensa aos princípios da administração) e, desta forma, determinou diferentes prazos de duração das sanções previstas nos itens “*iii*, *v* e *vi*” acima e utilizou-se de base de cálculo diversas para aplicação da sanção do item “*iv*”.

Postas as primeiras linhas norteadoras do presente tópico passaremos ao estudo individualizado das sanções e de sua aplicação, levando-se em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

1.2.2.1 Ressarcimento do dano

O ressarcimento integral do dano, primeira sanção a ser estudada no presente trabalho, tem natureza eminentemente indenizatória, ou seja, de recomposição patrimonial ao erário.

Prevista nos três incisos, ela visa tornar indene o ente o qual foi lesado pela conduta ímproba do agente ou terceiro. Isto posto, conclui-se, que diversamente das demais sanções, esta não possui natureza de penalidade, mas tão somente reparatória.

Para incidência da referida sanção se faz necessária a comprovação do dano direto, efetivo e certo, nos termos que rege a legislação civil (artigo 927 do Código Civil), sendo incabível o requerimento do ressarcimento sob danos presumidos.

1.2.2.2 Perda da função pública

Quanto a perda da função pública importante analisar os aspectos valorativos que sustentam tal penalidade. Assim, a carga principiológica, principalmente no que se refere à moralidade administrativa é a pedra lapidar que

fundamenta esta sanção, pois incabível se apresenta a manutenção de agente desonesto nos quadros da administração pública.

Três pontos de necessário destaque no que tange a esta sanção são: momento de incidência, alcance e duração dos seus efeitos.

O momento de início se dará, como regra, após o trânsito em julgado da decisão em que condenar o agente público à perda da função. Entretanto, não resta no texto constitucional ou na Lei de Improbidade qualquer vedação à concessão de tutela antecipada para que o agente seja afastado das suas funções no decorrer da ação de improbidade.

Quanto ao alcance, restringir-se-á, como regra, à função pública eticamente agredida, salvo se houver vínculo jurídico entre a função perdida e outra.

Por fim, a duração dos seus efeitos não serão eternizados, sob pena de contrariar o disposto no artigo 5º, XLVII, *b*. Desta forma, poderá futuramente o agente retornar à máquina estatal na mesma ou em outra órbita federativa, como leciona o professor José Roberto Pimenta Oliveira²².

1.2.2.3 Suspensão dos direitos políticos

A suspensão dos direitos políticos, matéria a qual será melhor tratada no capítulo III do presente trabalho, é sanção aplicada por prazo determinado – 3 (três) a 5 (cinco) anos nas hipóteses do artigo 11, 5 (cinco) a 8 (oito) anos nas hipóteses do artigo 10 e 8 (oito) a 10 (dez) anos nas condutas do artigo 9ª. Verifica-se neste ponto o que já foi dito por nós durante as preliminares do presente capítulo quanto à gravidade dos atos ímprobos e consequente gradação de suas sanções.

Mister ressaltar que a suspensão dos direitos políticos incidirão sob o sufrágio (capacidade eleitoral) ativo e passivo, ou seja, sobre o direito de votar e de ser votado²³.

²² “A perda da função pública, deflagrados seus efeitos, não implica na impossibilidade definitiva de exercer nova função pública, no âmbito estatal, na mesma ou diversa órbita federativa da que acolhia o vínculo perdido.” (OLIVEIRA. José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pág. 300).

²³ Implica também na retirada, enquanto durarem os efeitos das sanções, dentre outras sanções consequentes, a propositura de ação popular e a possibilidade de criar novos partidos.

A suspensão dos direitos políticos somente se efetivará após o trânsito em julgado, sendo vedada qualquer medida de antecipação de tutela, sob pena de inconstitucionalidade.

1.2.2.4 Aplicação de multa

A multa civil prevista nos incisos do artigo 12, assim como a sanção acima estudada, também possui variações conforme a conduta perpetrada, inclusive sobre a forma de incidência e sua base de cálculo.

Nas condutas ímprobas descritas nos artigos 9º e 10 a base de cálculo é o valor total do dano causado à administração, variando somente o índice de multiplicação aplicado ao caso, posto que nos atos ímprobos que causem enriquecimento ilícito a multa incidirá até três vezes o valor a ser indenizado enquanto no ressarcimento ao erário a multa será de até duas vezes este valor.

Diversamente ao exposto no parágrafo supra, aos atos ímprobos que ofendam os princípios da administração pública a base de cálculo é a remuneração auferida pelo agente, podendo a multa chegar ao limite de 100 (cem vezes) a sua remuneração.

Quanto à sua natureza, frisamos que se tratam de multas de natureza eminentemente punitiva, e não compensatória, visto que não visa indenizar o eventual prejuízo sofrido pelo erário, posto que tal situação já está acobertada pela sanção de ressarcimento do dano.

1.2.2.5 Proibição em contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios

Estas sanções também possuem gradação conforme a gravidade da conduta e, portanto, deverá o julgador, ao aplicar a pena ora em comento, balizar-se pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conforme será visto adiante, todavia dentro dos parâmetros legais dispostos, 10 (dez), 5 (cinco) e 3 (três) anos, respectivamente aplicadas aos artigos 9º, 10 e 11.

A proibição na contratação com o Poder Público aplica-se tanto ao agente como ao terceiro concorrente para a realização do ato ímprobo, independentemente se este é pessoa física ou jurídica.

A extensão da eficácia da sanção, como regra, abrangerá todos os entes da administração direta, indireta ou fundacional, inclusive pessoas jurídicas de direito privado que possuam capital e gestão pública, porque se entende, como regra, que a pessoa ímproba carece de honestidade e idoneidade para manter qualquer vínculo com a Administração Pública.

No entanto, a *contrario sensu* de parte da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo a tese de cabimento de modulação dos efeitos desta sanção para que sua incidência tenha eficácia somente frente ao ente contratante e não à administração pública como um todo, conforme julgado de lavra da Ministra Eliana Calmon, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OMISSÕES E CONTRADIÇÕES – MODULAÇÃO AUTORIZADA PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 12 DA LIA (LEI 8.429/92) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MC 10.517/SP: ANÁLISE PREJUDICADA.

- 1. O princípio da legalidade estrita enseja o exame do questionamento dos embargantes quanto à modulação das sanções administrativas diante da previsão constante do parágrafo único do art. 12 da LIA, para verificar se as condenações foram proporcionais e razoáveis à extensão do dano causado.*
- 2. Constatada a demasia nas sanções administrativas aplicadas às empresas, merecem acolhida os embargos de declaração, para readequá-las às condutas examinadas.*
- 3. Proibição de contratar com o serviço público que deve restringir-se, para a empresa ODEBRECHT S.A. às avenças com a empresa LIMPURB, diante do fato de só ter participado de três aditamentos, nenhum deles para inserir serviços sem licitação. Pela mesma razão, a vedação ao recebimento de benefícios e incentivos deve ficar restrito ao Município de São Paulo.*
- 4. Aceita-se ainda a moderação para a empresa CBPO LTDA., para limitar a sanção quanto à contratação com o serviço público e ao recebimento de benefícios e incentivos ao Município de São Paulo.*
- 5. Prejudicada a análise dos embargos de declaração na MC 10.517/SP, cujo pleito era para manter o efeito suspensivo do recurso especial até o julgamento dos presentes embargos declaratórios.*
- 6. Embargos de declaração acolhidos para esclarecimentos e ajustamentos quanto à extensão dos dois primeiros declaratórios,*

*sem efeito modificativo quanto ao resultado, no que se refere aos demais recursos.*²⁴

No tocante às sanções de proibição do recebimento de benefícios fiscais e creditícios, estes vedam que o ímprobo possa obter junto à Administração isenções, efetuar parcelamentos, obter moratórias ou remissão, bem como que consiga obter junto a bancos públicos crédito para a consecução de suas atividades.

1.2.2.6 Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

A última penalidade a ser analisada no presente trabalho, decorre de íntima relação com as condutas do artigo 9º da Lei de Improbidade – inobstante ser aplicada também aos atos tipificados no artigo 10 – pois demanda a vedação ao enriquecimento ilícito.

Representa, por conseguinte e diversamente do ressarcimento ao erário, não uma recomposição patrimonial ao ente lesado porquanto não se trata de dinheiro público desviado mas sim uma penalização pelo enriquecimento oriundo da prática de ato ímprobo, ou seja, da utilização da máquina pública para auferir rendimentos de forma ilícita.

Ponto importante a se ressaltar à sanção de perdimento de bens é o momento de sua eficácia, posto que por não haver previsão que reze pela aplicabilidade somente após o trânsito²⁵, esta seguirá o que disciplina o Código de Processo Civil, podendo, por conseguinte, produzir efeitos a partir da sentença ou acórdão e, inclusive, em deferimento de pedido feito *in limine* no processo.

1.2.3 Aspectos processuais (administrativo e jurisdicional)

A Constituição Federal, conforme entendimento do ilustre professor José Roberto Pimenta Oliveira, traz nas linhas do artigo 37, §4º, que as sanções de

²⁴ (EDcl no REsp 1021851/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

²⁵ “A efetividade da perda de bens ou valores não foi condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, na disciplina da Lei nº 8.429/92 (art. 20). Logo, referido efeito da sentença condenatória está submetido às regras que governam o processo civil.” (OLIVEIRA. José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pág. 309).

improbidade administrativa serão efetivadas mediante processo jurisdicional cível, devido às seguintes características:

“seja (i) pelos direitos fundamentais afetados pelas medidas sancionatórias previstas (direito de acessibilidade a função pública, direito de propriedade e direitos políticos) seja pela referência à ação judicial de índole cível, apreendida a contrario da expressa citação de ação criminal no final do dispositivo”²⁶.

Portanto, *prima facie*, verifica-se que a Carta Magna vedou a possibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa por vias administrativas, v.g. Tribunais de Contas e Controladoria Geral da União.

Tal fato, conforme descrição do texto de lavra do professor supracitado, deu-se devido às graves sanções aplicadas a quem pratica o ato ímprobo, estas as quais atingem desde o patrimônio até o exercício dos direitos políticos pelos cidadãos.

Em consonância com o disposto na Constituição, a legislação federal, Lei 8.429/1992, dispôs em seu artigo 17 a previsão da ação jurisdicional para julgamento de condutas ditas ímprobas, bem como o seu rito e as pessoas legitimadas à sua propositura, pontos os quais serão abordados com mais riqueza de detalhes no item 1.2.3.2 infra.

Outro ponto de suma importância a ser delineado neste intróito processual-procedimental é a previsão da Lei de Improbidade quanto ao requerimento, por qualquer pessoa, de representação à autoridade para que se instaure investigação, prévia no âmbito da administrativo, para apuração da prática de atos ímprobos.

Desta forma, estabelecidas as premissas formalísticas para investigação e concretização do poder punitivo estatal no tocante a aplicação de sanções a atos ímprobos, cabe-nos analisar qual forma processual, jurisdição, competência e aspectos processuais específicos que nortearão a ação judicial de improbidade administrativa.

1.2.3.1 Processo administrativo

²⁶ OLIVEIRA. José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pág. 339.

O procedimento administrativo investigativo prévio à ação judicial está disposto nos artigos 14 e 15 da Lei 8.429/1992, os quais possuem as seguintes redações:

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Assim, conforme se lê do texto legal, inobstante a ação de improbidade possuir como pessoas legitimadas para a sua propositura o Ministério Público e a pessoa jurídica jurídica interessada, para o requerimento de instauração de procedimento investigativo ou abertura de inquérito civil²⁷, qualquer pessoa poderá requerê-lo junto as autoridades competentes.

A representação feita por qualquer do povo importa, no bojo da Lei de Improbidade Administrativa, o direito de petição assegurado pela Constituição Federal (artigo 5º, XXXIV, a) a qualquer pessoa pessoa em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder.

Mister salientar que o direito de petição, expresso na Lei 8.429/92 apresenta-se da forma mais ampla do exercício das garantias fundamentais, posto

²⁷ No tocante ao Inquérito Civil, este é instrumento de investigação de competência exclusiva do Ministério Público, conforme dispõe a Constituição Federal (art. 129, III) e a Lei 7.347/85).

que, diversamente da ação popular, *e.g.*, não está adistrita ao cidadãos, ou seja, aos nacionais que estejam no gozo dos direitos políticos, mas a qualquer pessoa – física ou jurídica, nacional ou estrangeira – que tiver conhecimento de atos e fatos ilegais ou abusivos.

Para a aceitação da referida representação se faz condição *sine qua non* o preenchimento dos requisitos do §1º do artigo 14 supratranscrito, quais sejam, (a) que a representação seja escrita ou reduzida a termo, (b) que seja apresentada a qualificação do representante, (c) quando possível, a qualificação do representado, (d) a narração do fato imputado como ímprobo, e (e) indicação das provas que comprovam as alegações feitas.

Importante trazer à baila que o posicionamento disposto no parágrafo acima, ao qual me filio, possuem severas críticas, como tecido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁸ ao entender cabível a instauração de inquérito civil a partir de denúncia anônima e, por conseguinte, estaria dispensada a qualificação do representante.

Quanto a este ponto, não obstante tais argumentações possuírem robusto arcabouço principiológico, posto que em se trata da defesa da moralidade administrativa e da proteção a interesses públicos primários – como o zelo ao patrimônio público, bem como pelo fato de não ser obrigatória a instauração de processo administrativo prévio à propositura de ação civil pública de improbidade administrativa²⁹ – peço vênica para discordar de tais posicionamentos, pelas razões que seguem.

A Lei de Improbidade prevê em seu artigo 19 que constitui crime a representação por ato de improbidade administrativa quando o representante souber da inocência do representado³⁰, podendo, inclusive, o representado requerer indenização por danos morais e materiais do representante.

²⁸ RMS 38.010/RJ, rel. Min Herman Benjamin, DJe 16.05.2013.

²⁹ É entendimento majoritário ser desnecessária a instauração de processo administrativo ou inquérito civil para a propositura de ação jurisdicional. Corroborando com esta alegação, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu no julgamento do ARES 113.436/SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 18.5.2012) que eventuais defeitos no processo administrativo instaurando previamente a ação de improbidade não acarretam em nulidade da ação de improbidade.

³⁰ Lei 8.429/92: “Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa. Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.”

Desta forma, permitindo-se a representação anônima, tornar-se-á letra morta a redação do artigo 19 pois não será possível identificar o autor das alegações ofensivas ao investigado.

Assim, o aval jurisprudencial à realização de denúncias anônimas obstaculiza a descoberta da autoria do crime de falsa representação, como também fomenta o desvio do exercício ao direito de petição preconizado na Carta Magna ao possibilitar a utilização da representação como meio instrumento de perseguição política.

Prosseguindo na análise procedimental do processo administrativo de apuração de indícios de responsabilidade por ato ímprobo, o artigo 15 da Lei 8.429/1992 dispõe que a comissão que processar o pedido de representação informará ao Ministério Público, bem como ao Tribunal de Contas competente a existência do procedimento instaurado para averiguação de conduta ímproba, podendo, ainda, os órgãos citados nomear representante para acompanhamento do referido processo administrativo.

Segundo o Professor Cássio Scarpinella Bueno³¹, no processo administrativo e/ou inquérito civil instaurados deverão ser resguardados os princípios do contraditório e ampla defesa preconizados no artigo 5º, LIV e LV da CF. E tal fato se dá pois, ainda nas lições do eminente jurista, “o ‘investigado’ não é objeto, mas sujeito de direitos”.

Em *contrario sensu*, o Professor Marino Pazzaglini Filho, em detalhada obra sobre a Lei de Improbidade Administrativa, posiciona-se em sentido diverso ao sustentar que o inquérito civil “*trata-se de um procedimento investigatório, de natureza inquisitiva e, como tal, não é informado pelo princípios da ampla defesa e do contraditório*”³².

³¹ “O art 14, *caput*, da Lei 8.429/1992 garante a qualquer pessoa o direito de representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurado *processo administrativo* voltado à apuração de ato de improbidade administrativa, observando-se os diplomas legislativos aplicáveis à espécie (art. 14, §3º, da Lei 8.429/1992), resguardando-se em qualquer caso, os princípios do *contraditório*, da *ampla defesa* e, enfim, todas as garantias inerentes ao “devido processo legal [...] O que importa é que também no âmbito do inquérito civil público as garantias constitucionais inerentes a qualquer *processo administrativo* sejam asseguradas”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo*, vol. 2, tomo III - 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145).

³² Pazzaglini Filho, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

Quanto ao ponto acima debatido, filio-me à doutrina do professor Cássio Scarpinella Bueno, posto que inobstante tratar-se de um procedimento investigatório tal premissa não deverá se sobrepor à garantia fundamental prevista na Constituição Federal, motivo pelo qual, ainda que o cunho decisório do inquérito caiba exclusivamente ao *parquet*, deverse-á notificar o investigado para que este apresente suas explicações e razões pelas quais entende não ter incidido em conduta ímproba.

Por fim, mas de não menor importância, um ponto fulcral a se analisar no inquérito civil é a questão da publicidade do referido procedimento investigatório.

No tocante ao tema, posiciono-me em consonância com a doutrina³³ e jurisprudência pátrias que advogam pela tese na qual a publicidade é regra e o sigilo sua exceção³⁴.

Neste sentido, segue entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Inquérito Civil Público – Negativa de vista dos autos aos impetrantes, intimados a prestar declarações no inquérito – violação do princípio da publicidade – inexistência de causa que justifique decreto de sigilo do inquérito – a CF de 1988, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, em processo judicial ou administrativo, referiu-se aos acusados em geral – todo procedimento investigatório colocou materialmente a pessoa

³³ V.g “No inquérito civil deve prevalecer a regra da publicidade dos atos da administração, que, naturalmente, só se excepciona se o inquérito civil contiver informações que a lei considere sigilosas ou se nele deverem ser colhidas informações que possam vir a ser prejudicadas com a prévia publicidade. No primeiro caso, o princípio do estado de Direito, consagrado pela CF, não admite apurações clandestinas, consentindo excepcionalmente na preservação do sigilo de determinadas informações, somente para proteger a intimidade, a honra e a imagem dos cidadãos, no caso, os próprios investigados. E, no segundo caso, por analogia ao sistema do inquérito policial, admite-se o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000. Pag. 277-278)

³⁴ O caráter de excepcionalidade do sigilo no inquérito civil resta claramente demonstrado no julgamento proferido pela primeira turma do Superior Tribunal de Justiça ora transcrito: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. DECRETAÇÃO DE SIGILO DA INFORMAÇÕES. DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DOS INVESTIGADOS. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE ACESSO AO INQUÉRITO CIVIL. [...]

2. O inquérito civil, procedimento administrativo, de natureza inquisitiva e informativa, destinado à formação da convicção do Ministério Público a respeito de fatos determinados, deve obediência ao princípio constitucional da publicidade.

3. Porém, o princípio da publicidade dos atos administrativos não é absoluto, podendo ser mitigado quando haja fatos ou atos protegidos pelos direitos relacionados à intimidade e a privacidade do investigado, a exemplo do comando inserto no § 2º do art. 8º da Lei n. 7.347/85. [...]

(RMS 28.989/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 26/08/2010)

investigada na categoria de ‘acusado em geral’ – segurança denegada – recurso provido.³⁵”

O arcabouço jurídico que sustenta tal premissa está previsto no *caput* do artigo 37 da Carta Magna, o qual, como já nos é de amplo conhecimento, elenca os princípios explícitos da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência).

Corroborando com a posição mencionada, segue lapidar lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ ao postular que tal princípio *“consagra-se o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside do no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.”*

Exposta a breve síntese do processo administrativo investigativo de conduta de ato ímprobo, cabe-nos passar a análise do processo jurisdicional afeito ao tema.

1.2.3.2 Processo judicial

Como já previamente delineado na exposição do processo administrativo acima, a aplicação de sanções a atos ímprobos, obrigatoriamente, advirão de processo jurisdicional próprio, como rezam os artigos 17 e 18 da Lei 8.429/92.

No decorrer da análise deste tópico trabalharemos os principais pontos referentes a natureza da ação, legitimidade, competência, aspectos processuais afeitos à ação de improbidade administrativa e a prescrição da pretensão sancionatória do ato ímprobo e do ressarcimento ao erário.

1.2.3.2.1 Legitimidade e competência

O *caput* do artigo 17 supracitado reza em sua redação que a ação terá rito ordinário e *“será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada”*.

³⁵ Apelação Cível nº 528.429.5/6-00, Rel. Franklin Nogueira, julgado em 19-12-2006

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014. Pág. 117

Assim, para a análise da ação jurisdicional que julga o ato imputado como ímprobo, do texto legal ora debatido já é possível observar dois pontos de suma importância para o presente estudo: a) o rito e natureza da ação; e b) a legitimidade ativa para a sua propositura.

O rito será sempre ordinário e quanto a isto a Lei não nos impõe qualquer dúvida. Todavia, o que se mostra discutível no âmbito da ação seria a sua natureza, posto que doutrinadores divergem – ainda que o tema não impute grandes divergências no andamento do processo – sobre o nome qualificativo a se atribuir a ação.

Em geral a ação é intitulada de ação civil pública, ou mais especificamente, ação civil pública de improbidade administrativa.

As críticas de alguns estudiosos sobre o tema recaem sobre a natureza dos objetos mediatos e imediatos, bem como sobre a disciplina processual atinente à referida ação.

No tocante à natureza dos pedidos, o professor Marino Pazzaglini Filho³⁷ destaca que na ação de improbidade o pedido imediato é a declaração da ocorrência dos atos ímprobos dispostos nos artigos 9º (que caracterizem enriquecimento ilícito), 10 (que causem prejuízo ao erário) e 11 (que atentem contra os princípios da administração pública) enquanto o objeto mediato seria a condenação às sanções previstas no artigo 12 da LIA, caso configurada a existência dos referidos atos.

Desta forma, o “encontro” da ação de improbidade com a ação civil pública apresentar-se-ia na convergência dos objetos mediatos de ambos, posto que na ação civil pública os objetos imediatos é a proteção ao direitos previstos nos incisos do artigo 1º³⁸, enquanto o objeto mediato é a responsabilização por danos patrimoniais e morais às referidas ofensas (artigo 1º, *caput*).

³⁷ Pazzaglini Filho, Marino. Lei de Improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 5 edição – São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 189.

³⁸ “I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII – ao patrimônio público e social.”

Assim sendo, sua convergência se dará na similaridade entre sanções patrimoniais impostas a ambos, divergindo, por conseguinte, quanto à sua causa de pedir e convergindo tão somente quanto ao seu objeto e pedidos mediatos³⁹.

Já quanto ao diploma processual legal aplicado ao julgamento de atos ímprobos, o posicionamento divergente à denominação “ação civil pública” se fulcra em premissa simples: a Lei 8.429/1992 dispõe tanto sobre o direito material como sobre o direito processual, não ressaltando, em momento algum, a aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública. Ao contrário, faz remissão, quanto à subsidiariedade formal à Lei de Improbidade, ao Código de Processo Civil.

Neste sentido, segue – em atualização à obra do jurista Hely Lopes Meirelles – lição lapidar do Professor Arnoldo Wald⁴⁰:

“Ainda que se entendesse estar a probidade administrativa incluída dentre os direitos difusos e coletivos da sociedade, por ser a moralidade um princípio básico e genérico da Administração Pública, consagrado expressamente no art. 37 da CF, é preciso reconhecer que a Lei 8.429/92 é posterior, e regulou inteiramente a matéria. Assim sendo, afastou por completo a incidência da Lei 7.347/85 nesta seara, consoante regra do §1º do artigo 2º da LICC. Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que a Lei 8.429/92 traz regras tanto de direito material quanto de direito processual, e não ressaltou a aplicação subsidiária da Lei 7.347/85. Na parte processual, ao contrário, faz remissões ao Código de Processo Civil, mas nunca à Lei da Ação Civil Pública.”

Ainda no que se refere à natureza da ação ora estudada – inobstante entender tal denominação não requer grandes debates, posto que o direito de ação independe do *nomem iures* que lhe é dado⁴¹ – prudente se faz ressaltar o

³⁹ Corroborando com o descrito, segue interessante lição do Dr. Francisco Octávio de Almeida Prado: “Seu objeto imediato é a declaração da existência de um ato de improbidade administrativa tipificado em lei. Seu objeto mediato é o ressarcimento do dano, o perdimento de bens, o pagamento de multa civil, a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos ou, ainda, a proibição de contratar e receber benefícios ou incentivos.

Já a ação civil pública, regida pela Lei nº 7.347, de 1985, é procedimento especial que tem como objeto imediato o direito à proteção de valores específicos prefigurados pelo legislador, que são, respectivamente, o meio ambiente, os direitos do consumidor, a integridade do patrimônio cultural e natural, outros interesses difusos ou coletivos, bem como a ordem econômica. Seu objeto mediato será a reparação pecuniária, em favor do fundo especial, ou a imposição de obrigação de fazer ou não fazer”.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Atualização Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 207.

⁴¹ O professor Marino Pazzaglini Filho, em obra já mencionada no presente trabalho, faz relevante reflexão sobre o tema: “Entretanto, sua denominação não tem relevância jurídica maior, pois o direito

aspecto da legitimidade para a propositura de ambas as ações, haja vista que o rol de legitimados previstos na Lei da ACP é consideravelmente mais extenso que o rol da Lei 8.429/1992.

Passando para análise da legitimidade para figurar nos polos ativo e passivo da presente ação, importante se faz a leitura dos artigos 1º, 3º e 17 da Lei de Improbidade, conjuntamente com o disposto na Carta Magna, em especial, os artigos 127, *caput* e 129, III.

A legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade, conforme já dantes mencionado, caberá ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada.

No que tange ao *parquet*, a sua legitimidade resta prevista constitucional e infraconstitucionalmente, conforme se depreende da leitura dos artigos 17, *caput*, da Lei 8.429/1992 e 127, *caput* e 129, III, da CF, sendo que no dispositivo da lei ordinária ora mencionado resta disposto *ipsis litteris* tal legitimação.

Já no texto constitucional a previsão que embasa sua legitimidade está fulcrada dos dispositivos em que se atribui ao MP o dever-poder de atuação em defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, bem como com o texto legal em que reza que dentre suas funções institucionais estão “a promoção de inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Urge salientar que na hipótese que o Ministério Público não intervir como parte, obrigatoriamente atuará como fiscal da lei, sob pena de nulidade, conforme reza o parágrafo 4º do artigo 17 da LIA⁴².

No que tange à pessoa jurídica interessada, leia-se, à pessoa jurídica de direito público da administração direta – União, Estados, Município e Distrito Federal – será legitimada aquela sob a qual o ato ímprobo houver recaído.

Em assim sendo, dever-se-á analisar previamente qual ente público sofreu direta ou indiretamente ou prejuízos decorrentes de enriquecimento ilícito, prejuízo

de ação independe da titulação para sua existência e formulação. Ao invés, é genérico e irrestringível segundo norma constitucional que resguarda proteção a todos os direitos individuais, coletivos e difusos, não excluindo a apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a eles (Art. 5º, inciso XXXV, da CF)”. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 190.

⁴² Em contrapartida, apesar da pessoa jurídica interessada não ter a obrigatoriedade de figurar no processo, deverá, nas hipóteses da ação ter sido proposta pelo MP, ser intimada para manifestar se possui interesse em figurar no polo ativo, em litisconsórcio com o *parquet*.

ao erário e/ou ofensas aos princípios da administração decorrentes de atos praticados por agente público, com ou sem auxílio de terceiro.

Mister salientar, ainda, que o mesmo ato poderá influir diretamente em mais de um ente público, como pode se verificar, *e.g.*, em um eventual prejuízo ao erário decorrente de desvio de verbas de uma obra em que houver recursos da União e de um determinado município.

Neste caso, será parte legítima para a propositura da ação, além do Ministério Público, a União Federal e o referido Município. Em prosseguindo, dever-se-á tão somente se observar qual a natureza do repasse de valores feitos por aquele ente a este, posto que se se tratar de Convênio para realização de objeto determinado (p.ex. construção de uma Unidade Básica de Saúde) a União não somente será parte legítima como também atraiá a competência do julgamento para a Justiça Federal, como dispõe o artigo 109, I, da Constituição Federal e a súmula 208⁴³ do Superior Tribunal de Justiça.

Por outro giro, se a verba for oriunda do Fundo de Repasse ao Municípios (FPM) e, portanto, houver sido incorporada ao tesouro municipal sem para tanto haja uma destinação específica, outra situação jurídica se apresentará, posto que será legítima para propositura da ação, na figura de “pessoa jurídica interessada”, somente o Município e será competente para o julgamento da lide a justiça estadual, em consonância com o disposto na súmula 209⁴⁴ do mesmo Tribunal.

O mesmo se dá perante ao Ministério Público, devendo se observar a premissa suscitada para verificar se é legítimo o *parquet* estadual e/ou o *parquet* federal⁴⁵.

Resolvida em parte a questão da competência, em específico quanto às justiças comum estadual e federal, falta-nos para encerrar tal objeto de estudo o instituto da prerrogativa de função, ou, o popularmente chamado “foro privilegiado”.

Esta questão já foi objeto de longas discussões e acalorados debates nos tribunais pátrios, e restou sedimentado na jurisprudência, após o julgamento da ADI 2.797, a qual entendeu inconstitucional a declaração, por lei, da prerrogativa de

⁴³ Súmula 208, STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.”

⁴⁴ Súmula 209, STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.”

⁴⁵ A distinção entre o *parquet* federal e estadual não ofende a unicidade de tal instituição, pois se trata de mera divisão organizacional quanto à competência para exercício de suas funções nas justiças estadual e federal.

função nas ações de improbidade administrativa, quando tal prerrogativa é de competência constitucional.

Relatado o exposto, conclui-se que a competência para julgamento da ação de improbidade será da justiça comum (estadual ou federal) de primeiro grau de jurisdição.

Expostos os argumentos da legitimidade ativa, bem como da competência para julgamento da lide, para encerrar o presente subtópico passaremos a análise da legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

A LIA, em seu artigo 1º prevê que poderão ser sujeitos às sanções decorrentes da Lei 8.429/1992 os agente públicos de qualquer natureza e em exercício de funções em qualquer órgão da administração, direta, indireta ou fundacional de qualquer um dos entes da administração, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista⁴⁶.

Prossegue em seu parágrafo único dipondo que também estarão sujeitos às penalidades da referida lei qualquer *“entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”*.

E, ato contínuo, segue em seu artigo 2º definindo que, para os efeitos desta lei, reputam-se como agentes públicos *“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”*

Da leitura dos artigos acima mencionados é possível obter, sem grandes esforços exegéticos ou hermenêutica não literal, a seguintes intenções da lei: a) qualquer função exercida nos quadros da administração pública estará sujeita a legitimação passiva; e b) onde houver dinheiro público o gestor responsável estará sujeito às sanções da Lei.

⁴⁶ LIA. “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

O item “a” acima citado, para que não haja dúvidas, chega a ser duplamente mencionado, *a priori* no *caput* do artigo primeiro e em seguida no *caput* do artigo segundo da lei.

Explica-se a reiteração dos termos, posto que o artigo 1º – ao se referir a “agente público” – por si só já abrange a relação mais ampla em que um determinado indivíduo pode ter com o Estado.

Como bem define o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão agentes públicos “*é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.*”⁴⁷

Portanto, *prima facie* nos parece desnecessária a redação do artigo 2º ao mencionar e elencar todas as formas de relação entre o sujeito e o Estado. Todavia, como a lei não contém palavras inúteis, como nos ensina Carlos Maximiliano⁴⁸, o que se depreende da hermenêutica de tal dispositivo é que o legislador, ao reiterar a expressão da sua vontade, quis dar ênfase ao que denominamos a pouco como item “b”, ou seja, qualquer sujeito que gerir verbas provenientes do erário estará sujeito a figurar no polo passivo da ação de improbidade.

Também figurará no polo passivo da demanda o particular que induzir ou concorrer para a realização do ato ímprobo ou se beneficiar do ato direta e indiretamente⁴⁹.

A previsão legal do artigo 3º visa coibir o conluio entre agentes públicos e terceiros com fins a proporcionar lesão, direta ou indireta, ao patrimônio estatal ou ao estado democrático de direito ao infringir os princípios da administração pública.

De suma importância ressaltar que o particular não é parte legítima para figurar no polo passivo de forma autônoma, ou seja, sem que haja um agente

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. pág. 248.

⁴⁸ “devem-se compreender as palavras [da lei] como tendo alguma eficácia” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 250)

⁴⁹ Lei 8.429/1992: Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

público como litisconsorte⁵⁰. Entretanto, a recíproca não é verdadeira, podendo o agente ser processado sem que haja a presença do terceiro.

1.2.3.2.2 Aspectos procedimentais

Delimitada a competência as pessoas legítimas a propor e a sofrer os efeitos das sanções decorrentes da ação de improbidade administrativa, passaremos a analisar os aspectos procedimentais da referida ação.

Como já demonstrado anteriormente, a ação terá rito ordinário, motivo pelo qual não nos alongaremos no debate referente aos prazos processuais, dilação probatória, recursos cabíveis e demais pontos que forem inerentes a todo processo em rito ordinário, posto que a presente ação ora estudada não diverge das demais.

Assim, o foco do nosso estudo se fará sobre as nuances da ação de improbidade administrativa e o que a difere de outras ações cíveis, mormente no tocante a juízo prévio de admissibilidade e impossibilidade de transacionar os interesses das partes.

O primeiro e importantíssimo ponto a ser debatido é o juízo de admissibilidade da pretensão punitiva e oportunidade de apresentação de manifestação prévia ao Réu da ação.

A LIA, no parágrafo 7º do artigo 17 assim reza:

§ 7o Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

O referido dispositivo, de clara inspiração no art. 514 do Código de Processo Penal⁵¹, oportuniza ao Réu da ação a apresentação de defesa prévia apta a desconstituir as alegações feitas pelo Autor.

⁵⁰ Tal entendimento foi sedimentado pelo STJ, conforme ementa que segue: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APENAS O PARTICULAR RESPONDER PELO ATO ÍMPROBO. PRECEDENTES. 1. Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3º da LIA). 2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. 3. Recursos especiais improvidos.” (REsp 1.171.017/PA. Rel. Min. Sérgio Kukina. 1ª Turma. Julgamento 25.02.2014).

A previsão normativa ora analisada, entendemos, objetiva ampliar as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa devido à natureza das sanções aplicadas ao indivíduo que pratica o ato ímprobo.

Conforme verificarmos anteriormente, ao tratar do estudo das penas aplicadas, o rol de sanções atinge não só a esfera patrimonial do condenado como também os direitos políticos, ao prever a sua suspensão em até 10 anos, e direito de contratar com poder público.

Portanto, devido a natureza das sanções aplicadas, entendeu por bem o legislador outorgar ao demandado um contraditório diferido, posto que anteriormente à apresentação da contestação este poderá se manifestar frente ao judiciário para expor as razões sob as quais o direito pleiteado pelo demandado não apresenta qualquer indício de veracidade.

O ato processual que dá ciência ao Réu da ação de improbidade administrativa e, por conseguinte, lhe informar do prazo para apresentação da sua manifestação preliminar, é a notificação.

Realizada a notificação e apresentada a defesa, o juiz deverá, em 30 (trinta) dias, proferir seu juízo de admissibilidade da pretensão punitiva, devendo rejeitar a ação somente se estiver convencido da *inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*, nos termos do parágrafo 8º do mesmo artigo.

Contra a decisão que receber a inicial e der seguimento ao processo caberá o recurso de agravo, na forma de instrumento, no prazo legal de 10 (dez) dias; enquanto da decisão que rejeitar a ação, por quaisquer dos motivos elencados no parágrafo supra, caberá o recurso de apelação no prazo de 15 (quinze) dias.

No tocante à transação, a lei é clara ao vedar a sua possibilidade, como bem se apresenta no parágrafo 1º do artigo 17, e tal disposição tem fulcro na indisponibilidade da pretensão punitiva estatal.

Como bem leciona o já citado Dr. José Roberto Pimenta Oliveira⁵², em reprodução dos dizeres do professor Marcelo Figueiredo, “a norma veda a

⁵¹ CPP: “Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.”

⁵² OLIVEIRA. José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. São Paulo: Forum, 2009. Pág. 380.

transação, ‘no sentido de o Estado renunciar a seu dever de punir condutas contrárias ao Direito’ ”.

1.2.3.2.3 Da prescrição da pretensão sancionatória dos atos ímprobos e do ressarcimento ao erário

Para finalizar o estudo sobre os aspectos processuais que instruem a ação de improbidade administrativa passaremos ao estudo da prescrição da pretensão sancionatória dos atos ímprobos.

O artigo 23 da lei objeto de estudo prevê em sua redação duas diferentes contagens dos prazos prescricionais, quais sejam, *“I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”*

Da leitura da disposição legal foi possível observar que o legislador optou por dois critérios de prazo em função da relação jurídica do autor do ato ímprobo com a administração pública.

Num primeiro momento considerou o exercício de funções públicas de caráter não permanente (inciso I) e de outra forma dispôs sobre as funções em caráter definitivo, cargo efetivo e emprego, não passíveis de demissão *ad nutum* (inciso II)⁵³.

Quanto aos agentes públicos, excetuando-se a subjetividade do *termo a quo* de contagem do prazo elencado no inciso nº II, posto que servidores e empregados públicos que exerçam função em pessoas jurídicas de direito público diversas poderão não vir a ter o mesmo lapso de contagem do prazo prescricional, não restam grandes questões a serem debatidas no presente tema.

Por outro giro, tema lapidar a ser estudado no que toca à prescrição das referidas ações é o prazo e o termo *a quo* de sua contagem em face dos terceiros, não pertencentes aos quadros da administração, que colaborem com a realização do ato ímprobo. Neste ponto a lei restou omissa, estabelecendo um vácuo normativo e, por consequência uma insegurança jurídica sob o tema.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 108.

Destarte, não só a legislação, mas também parte da doutrina especializada quedou-se inerte à referida questão, restando aos tribunais, quando se depararam com tal problemática, estabelecer a regra base para o estabelecimento e contagem do prazo.

Assim, por analogia, e entendo que de forma bem prudente, firmou-se o entendimento pelo qual ao particular, por ser colaborador ao agente público na realização do ato ímprobo, incidirá o mesmo prazo a este aplicado, inclusive no tocante ao início de sua contagem.

Todavia, inobstante o entrave nos pareça parcialmente resolvido, restou em aberto a averiguação do termo inicial de contagem do prazo quanto for litisconsorte do particular mais de um agente e, entre eles, houver divergência – por exemplo, imaginando-se que se trata de um cargo de caráter não permanente – da data de suas exonerações.

E, ocorridas tais situações na prática, os tribunais apresentaram divergências de posicionamento, entendendo alguns julgadores que deverá se considerar o termo *a quo* a partir da exoneração do primeiro agente, enquanto outros entenderam que tal termo terá início após o término da relação do último agente com o Estado.

Inobstante ambas as teses apresentarem suas razões de forma substancial, compartilhamos do entendimento daqueles que defendem que deverá se acatar o entendimento mais benéfico ao particular, haja vista que o “peso da espada” não poderá recair, sobre qualquer forma, de forma mais danosa a um terceiro do que àquele que representa o Poder Público através do exercício de suas funções.

Feitas as considerações no que tece à prescritibilidade dos atos ímprobos, outro tema de estudo relacionado ao caso é objeto de ferrenhos debates e posições das mais diversas possíveis: a prescrição do ressarcimento ao erário.

A Carta Magna, em seu artigo 37, §5º prevê:

“§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

A parte final no texto legal acima transcrito nos mostra o grande cerne da discussão quanto à prescrição do ressarcimento ao erário ao dispor a sua respectiva ressalva.

A matéria ora debatida já foi e continua sendo motivo de longos debates, mister devido aos posicionamentos antagônicos – diga-se, *en passant*, muito bem fundamentados – os quais defendem, por um lado, a interpretação mais protetiva ao interesse público primário face a outros que sustentam o princípio da segurança jurídica.

Importante ressaltar antes de adentrarmos na análise dos respectivos entendimentos doutrinários que ambos os posicionamentos possuem largo sustentáculo legal e principiológico e nos caberá, no presente trabalho, somente tecer breves considerações sobre o tema.

A jurisprudência majoritária, apoiada por grande parte da doutrina, defendem uma hermenêutica literal do §5º do artigo 37 da Constituição Federal, posicionando-se no sentido de que serão desnecessários grandes esforços exegéticos para a análise do tema posto que a ressalva feita, por si só exclui o ressarcimento ao erário decorrente de ato ilícito praticado por agente público da regra geral da prescritibilidade.

Dentre o rol de estudiosos que rogam a defesa desta tese estão, dentre outros, os professores José dos Santos Carvalho Filho⁵⁴ e José Afonso da Silva⁵⁵, este último autor da lavra infra transcrita:

“Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário”

E de outra sorte não é o atual entendimento jurisprudencial, o qual, corroborando com a tese acima apresentada, defende de igual forma que o

⁵⁴ “Consequentemente, no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a **imprescritibilidade** da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelo prejuízos que o mesmo lhe causou” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 580).

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015

constituente deixou às claras a sua intenção de constar na Constituição de 1988 uma exceção civil⁵⁶ à prescrição, conforme ementa de julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra os recorridos, objetivando a condenação por ato ímprobo.

2. O Juiz de 1º Grau recebeu a petição inicial e extinguiu o processo com resolução de mérito em relação a uma das rês, em razão de acolher a arguição de prescrição. Desta decisão, o Parquet interpôs Agravo de Instrumento, sustentando que a pretensão de ressarcimento do dano é imprescritível.

3. O Tribunal a quo negou provimento ao Agravo de Instrumento do Ministério Público Federal. Da Jurisprudência pacífica do STJ com relação à pretensão de ressarcimento de danos ao Erário.

4. **Quanto à pretensão de ressarcimento de danos ao Erário, o STJ pacificou o entendimento de que é imprescritível.(...)**

5. Recurso Especial provido⁵⁷.

(grifos nosso)

Por outro giro, parte da doutrina manifesta divergência à tese da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário decorrente de ato ímprobo, posição esta a qual me filio, por entender, em outros motivos, as seguintes premissas: a) a Constituição Federal quando quis dispor sobre a exceção à segurança jurídica e caracterização de imprescritibilidade o fez nos incisos do artigo 5º; e b) a imprescritibilidade ofende os princípios do contraditório e ampla defesa haja vista que ninguém acomodaria por prazo indeterminado documentos de caráter probatório, ao contrário do Estado que poderá fazê-lo *ad eternum*.

No tocante ao item “a” acima, as alegações que fundamentam a divergência da jurisprudência e da doutrina dominante se fulcram na interpretação pela qual

⁵⁶ Trataremos a diante das exceções criminais dispostas no artigo 5º da CF.

⁵⁷ (REsp 1303030/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 30/06/2015). No mesmo sentido os seguintes julgados: AgRg no AREsp 663.951/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.4.2015, AgRg no AREsp 488.608/RN, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 19.12.2014, AgRg no REsp 1.427.640/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 27.6.2014, REsp 1.289.609/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 2.2.2015, REsp 1.405.346/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 19.8.2014, AgRg no AREsp 513.006/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.9.2014, AgRg no AREsp 79.268/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29.11.2013, REsp 1.331.203/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/04/2013, REsp 1.089.492/RO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.11.2010, EREsp 1.218.202/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 28.9.2012, REsp 1.312.071/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22.5.2013.

quando a constituição quis imputar a imprescritibilidade a sanções dispôs de forma explícita, e de forma excepcional, inserta no capítulo atinente aos direitos fundamentais.

Desta forma, somente sob os crimes de racismo (art. 5º, XLII) e terrorismo (art. 5º, XLIII) não incidirão limitações temporais às suas pretensões punitivas e executórias⁵⁸, sendo vedado a qualquer outro ilícito, independentemente de sua natureza – civil, administrativa, criminal ou decorrente de ato ímprobo – a não incidência do instituto da prescrição.

Ademais, mesmo nas hipóteses acima descritas cabe trazer à baila que estas não se eternizam no tempo, posto que não podem ultrapassar uma vida, haja vista que pena não passará da pessoa do condenado.⁵⁹ E, em assim sendo, menos justificável ainda seria entender que a desídia da Administração em cobrar valores devidos pelo agente estaria acorbertada pelo manto da imprescritibilidade podendo, inclusive, ser proposta em face de seus herdeiros.

No que tange à segunda premissa que embasa a tese da prescritibilidade da pretensão ora em estudo de outra forma não se mostra menos assaz, no mais que outros dois princípios se apresentam mitigados, posto que impossível será garantir o contraditório e ampla defesa em lapso temporal indeterminado.

Quanto à referida tese, o eminente Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em recente mudança de entendimento assim lecionou em sua obra “Curso de Direito Administrativo”:

“Já não mais aderimos a tal desabrida inteligência. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso

⁵⁸ Neste sentido é válida a lição do ilustre César Asfor Rocha, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, que em obra lapidar sobre a improbidade administrativa asseverou: *“Quanto ao ponto, aliás, veja-se que a Constituição, quando quis a imprescritibilidade das sanções punitivas (no ambiente das iniciativas criminais), o fez de modo explícito, como quanto aos crimes de racismo (art. 5.º, XLII) e de terrorismo (art. 5.º, XLIII), de sorte que se deve valorizar essa técnica constitucional de posituação da imprescritibilidade, até porque institui, em favor a segurança, um ponto de apoio necessário e de inegável expressão jurídica.*

Insisto em que, se não há, na Constituição, previsão expressa de imprescritibilidade de certa ação, no caso, previsão da ação de ressarcimento por dano ocasionado ao erário, penso que não seria razoável – nem legítimo – extraí-la do Texto Maior, mediante esforço exegético, por se tratar como já frisei, de situação timbrada de excepcionalidade.” (ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 44-45)

⁵⁹ CF. Art. 5º, “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

ver irresponsível, em desfavor da imprescritibilidade, e saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo.⁶⁰”

Por fim, em manifesta concordância com o entendimento da prescritibilidade do dano ao ressarcimento ao erário, entendemos que os princípios da segurança jurídica, contraditório e ampla defesa, por se apresentarem como cernes do direito e, mais especificamente, como alicerces do estado democrático de direito, o seus sopesamentos se darão somente em situações extremas e desde que expressas de forma clara e inequívoca na legislação maior do Estado, algo que não acontece com relação ao ressarcimento ao erário.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014. Pág. 1083.

CAPÍTULO II – DOS DIREITOS POLÍTICOS

2.1 Conceito, Natureza Jurídica e Disposições Constitucionais

Os direitos políticos, como muito bem assevera o professor José Afonso da Silva “*consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais*”.⁶¹

Do conceito emanado pelo ilustre professor acima citado é possível perceber o grande cerne dos direitos políticos, qual seja, a forma de exercício do poder a quem a Constituição os concedeu: o povo.

Neste sentido, a Constituição Federal em seu artigo 1º, parágrafo único, dispõe que todo poder emana do povo e que estes os exercerão diretamente ou por meio de representantes nos termos regidos pela Constituição. E, ainda no artigo 1º resta apresentado como fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania⁶².

Desta feita, para entendermos com mais profundidade do que efetivamente se tratam os direitos políticos, necessário será entendermos e conceituarmos a cidadania, quem são os cidadãos, bem como as formas de seu exercício.

A primeira ressalva que devemos fazer no tocante ao tema é a diferenciação entre os conceitos de povo e cidadão.

Povo é o conjunto de indivíduos, com ligação a determinado território pelo vínculo da nacionalidade. Ainda quanto ao conceito de povo, mister salientar que estão incluídos tanto os brasileiros natos⁶³ – os que adquirem a nacionalidade com o nascimento – e naturalizados, os quais adquiriram posteriormente a condição de nacional visto que não nasceram em território brasileiro. Já a cidadania, como define o ilustre Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é o “*status de nacional acrescido dos direitos políticos*”⁶⁴.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 352.

⁶² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania.”

⁶³ Nascidos no território nacional

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116.

Ponto fulcral da leitura feita acima nos apresenta o seguinte raciocínio: se povo compõe todo o “nacional” e cidadão é o “nacional acrescido dos direitos políticos”, podemos partir da premissa que cidadão é espécie do qual povo é gênero.

Outra questão a ser analisada quanto à presente discussão vinculada ao tema – a qual será melhor tratada no tópico seguinte – é que para ser cidadão necessariamente deverá ser um nacional, todavia, este não é o único requisito para o exercício da cidadania, a qual também se requer, em breve síntese, que se tenha ao menos 16 (dezesesseis anos) e não estar conscrito em serviço militar obrigatório, conforme dispõe o artigo 14 da Carta Magna⁶⁵.

Assim, antes de adentrarmos nas formas de intervenção do cidadão no processo governamental brasileiro de forma direta – por meio de plebiscitos, referendo, iniciativa popular ou proposição de ação popular – ou indireta – através da escolha de seus representante – ou, ainda, através do sufrágio passivo como representante da população, pedimos *venia* para tecer uma crítica ao texto da Carta Magna quanto ao titular do poder. Explicaremos.

Se para participar do poder governamental do país, ou seja, para exercê-lo direta ou indiretamente é necessário ser cidadão, o poder não emana do povo, mas sim do cidadão, posto que aqueles que integram o povo não poderão exercer o poder forma direta e tampouco indireta caso não estejam no gozo de seus direitos políticos, seja pelos requisitos apresentados no parágrafo supra, seja por estarem com seus direitos políticos suspensos, nos termos que serão apresentados nos itens 2.2 e 2.3 do presente trabalho.

Concluimos, por conseguinte, que a redação da carta constitucional em seu artigo 1º, parágrafo único, deveria ser: Todo o poder emana dos **cidadãos**, que o exercem por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶⁵ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

Feitas as devidas ressalvas e apresentado o conceito de cidadania, passaremos a estudar as formas pelas quais os cidadãos poderão exercer o seus direitos políticos e, conseqüentemente, intervir no poder governamental do Estado através do estudo dos direitos políticos positivos.

2.2 Dos Direitos Políticos Positivos

Nos termos das razões postas no item 2.1 do presente trabalho, restou bem aclarado que o cidadão poderá intervir nos rumos governamentais do Estado de forma direta e indireta.

Para iniciarmos o estudo e discutirmos as formas de atuação do cidadão no exercício do poder a si outorgado constitucionalmente, primeiramente devemos esmiuçar conceitos de sufrágio, voto e capacidade eleitoral.

O sufrágio, segundo José Afonso da Silva:

“O sufrágio (do latim sufragium = aprovação, apoio) é, como nota Carlos S. Fayt, um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e participar da organização e da atividade do poder estatal. É um direito que decorre diretamente do princípio de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Constitui a instituição fundamental da democracia representativa e é pelo seu exercício que o eleitorado, instrumento técnico do povo, outorga legitimidade aos governantes. Por ele também se exerce diretamente o poder em alguns casos: plebiscito e referendo. Nele consubstancia-se o consentimento do povo que legitima o exercício do poder. E aí está a função primordial do sufrágio, de quem defluem as funções de seleção e nomeação das pessoas que hão de exercer as atividades governamentais.”⁶⁶

A partir da conceituação brilhantemente feita, extrairemos o necessário para apresentarmos nosso entendimento quanto ao sufrágio e sua forma mais ampla de exercício: o voto.

Sufrágio e o voto, apesar da costumeira confusão que se faz quanto a ambos – muito em parte à redação da Constituição que diz: A soberania popular será exercida pelo **sufrágio universal e pelo voto direto e secreto**, com valor igual para todos – não se tratam do mesmo instituto.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 353.

A diferenciação se dá posto que o primeiro apresenta-se como o direito ao exercício do segundo, enquanto este é, conseqüentemente, a forma pela qual se dá efetividade àquele. De forma menos prolixa, o sufrágio é o direito à escolha de seus representantes enquanto o voto é a forma pela qual é feita a escolha.

O sufrágio na Constituição vigente, diferentemente do que já foi disposto em diplomas constitucionais pretéritos, é universal e, portanto, não faz discriminações quanto a sexo, grau de alfabetização, etnia ou patrimônio.

E, além de um direito configura-se também como um dever, visto que o seu exercício é obrigatório, como bem delimita o inciso I do §1º do artigo 14 da Constituição Federal⁶⁷.

O exercício do sufrágio para escolha dos governantes, conforme já precitado, se dá pelo voto e, quanto a este, alguns comentários são necessários serem feitos antes de passarmos à análise da capacidade eleitoral ativa e passiva (objeto de estudo dos subtópicos 2.2.1 e 2.2.2).

O voto é um ato político que materializa o direito subjetivo do sufrágio, o qual a consituição federal garante as seguintes características: direito, secreto, universal e periódico⁶⁸.

Como direto, entende-se que o eleitor escolherá seus representantes de forma direta – ou seja, sem intermediários – os seus governantes. Esta previsão difere de situações que ocorrem, por exemplo, em países como os Estados Unidos da América, no qual a escolha do Presidente da República, v.g., se dá por intermédio de delegados, os quais representam o partido de determinado candidato.

Neste sentido é válida a sucinta e esclarecedora lição do Professor Alexandre de Moraes o qual define o voto direto da seguinte forma: *“os eleitores elegerão, no exercício do direito de sufrágio, por meio do voto (instrumento), por si, sem intermediários, seus representantes e governantes.”*⁶⁹

⁶⁷ § 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

⁶⁸ A Carta Constitucional atribui estes caracteres no seu artigo 60, §4º, inciso II, pelo qual atribui a imutabilidade (cláusula pétrea) aos mesmos:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229.

No que toca ao sigilo do voto, tal característica restou prevista na Constituição⁷⁰ para dar maior segurança ao eleitor bem como para vedar, ou ao menos dificultar, que o cidadão seja tolhido de sua escolha como no passado conhecíamos como “voto de cabresto”⁷¹.

A legislação infraconstitucional para assegurar o sigilo previu as seguintes disposições:

Art. 103. O sigilo do voto é assegurado mediante as seguintes providências:

I - uso de cédulas oficiais em todas as eleições, de acordo com modelo aprovado pelo Tribunal Superior;

II - isolamento do eleitor em cabine indevassável para o só efeito de assinalar na cédula o candidato de sua escolha e, em seguida, fechá-la;

III - verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas;

*IV - emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla para que não se acumulem as cédulas na ordem que forem introduzidas.*⁷²

Ponto interessante a se frisar é o voto pela urna eletrônica. Apesar da redação do texto legal acima mencionar o uso de cédulas oficiais, pois assim que eram realizadas as eleições no Brasil até os anos 2000, o uso da urna eletrônica não fere o disposto no artigo 103 da Lei 4.737/65 porquanto o sigilo do voto de igual forma permanece assegurado.

Quanto à universalidade, refere-se esta característica ao direito ao voto, ou seja, ao sufrágio universal, situação pela qual a todos os indivíduos que tiverem cumpridos as exigências mínimas para se caracterizar como cidadão⁷³ tem direito a votar e seus votos terão o mesmo “peso” (*one man, one vote* = um homem, um voto).

⁷⁰ O Constituinte, objetivando proporcionar de forma mais ampla a manifestação da vontade do eleitor, optou por seguir o ditame que vem desde a Constituição de 1946 e manter o voto secreto.

“As constituições brasileiras de 1824 (art. 91 ss), 1891 (art. 70), 1934 (art. 109), 1937 (art. 117), não previam em seus textos o voto secreto, que passou a ser consagrado no texto constitucional de 1946 (art. 134)” MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229.

⁷¹ O chamado “voto de cabresto” era um sistema tradicional de controle do poder político através do abuso da autoridade, a compra de votos e o temor reverencial que os trabalhadores mais humildes tinham por seus coronéis. Muito difundido nos rincões do país, o “voto de cabresto” não só violava os direitos políticos como apresentava uma clara ofensa à máxima *one man, one vote* (um homem, um voto), pois ao manifestar seu voto de acordo com a imposição de outrem ao invés da livre consciência, acabava-se, na prática, como se o “Coronel” tivesse votado inúmeras vezes através de prepostos, ofendendo claramente o caráter personalíssimo do exercício do sufrágio.

⁷² Código Eleitoral (Lei 4.737/65).

⁷³ Os requisitos para o alistamento eleitoral: ser brasileiro (nato ou naturalizado), ter ao menos 16 (dezesesseis) anos.

Por fim, e para encerrarmos o tema, a periodicidade do voto traduz a essência dos direitos políticos no estado democrático de direito, uma vez que a alternância dos representantes no poder, assim como a previsão de mandatos por termos pré determinados são pilares da democracia.

2.2.1 Capacidade eleitoral ativa

Capacidade eleitoral ativa é, em breve síntese, o direito de votar, enquanto a capacidade eleitoral passiva demonstra-se como o direito de ser votado.

Primeira ressalva que faremos ao estudar mais afundo o tema é o termo que no presente trabalho resolveu se adotar: capacidade eleitoral.

A doutrina apresenta inúmeras divergências quanto ao *nomen iures* dado ao objeto ora de estudo, como *sufrágio ativo* e *sufrágio passivo*, adotado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *cidadania ativa* e *passiva*, pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *direito político ativo* e *direito político passivo*, conforme Celso Bastos, e, por fim, o termo que se utilizou como título do presente subtópico, *capacidade eleitoral ativa* e *capacidade eleitoral passiva*, adotados por José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes.

Importante frisar que inobstante haver variação terminológica, todos os referidos professores tratam do mesmo tema, motivo pelo qual mencionamos tais distinções somente a título de informação, posto que não trarão óbices para o estudo do presente instituto, de modo que utilizaremos no decorrer da apresentação das razões qualquer um deles.

Ainda no que toca ao termo, importante lembrarmos que a natureza jurídica do instituto não se define pelo *nomen iures* a ela dado mas pelas características que lhe informam, através da averiguação axiológica, teleológica e deontológica.

Superado o óbice linguístico, vamos aos requisitos para aquisição da capacidade eleitoral ativa: o alistamento eleitoral.

A Constituição federal prevê em seu artigo 14 que a soberania popular será exercida pelo sufrágio através do voto – termos já conceituados preteritamente no presente texto – e em seu §1º dispõe sobre o alistamento eleitoral, a quem este é

obrigatório (maiores de 18 anos) e a quem serão facultativos (maiores de 70 anos, analfabetos e aos maiores de 16 e menores de 18 anos).

Ato contínuo, reza em seu parágrafo segundo que não poderão se alistar como eleitores os estrangeiros e os conscritos, durante o período de serviço militar obrigatório.

O alistamento eleitoral, portanto, constitui a formalização da capacidade eleitoral ativa e, por conseguinte, a atribuição da cidadania ao nacional que preenche os seus requisitos.

Urge salientar que a formalização da cidadania ativa, a sua consequente aquisição de direito políticos, não se dará de forma automática, devendo, para tanto, comparecer o indivíduo junto à justiça eleitoral e requerer seu alistamento, conforme bem explica o ilustre eleitoralista José Jairo Gomes:

*Para inscrever-se, o alistando deve dirigir-se ao Cartório Eleitoral de seu domicílio eleitoral e preencher o requerimento próprio (denominado Requerimento de Alistamento Eleitoral – RAE), cujo modelo é previamente aprovado e disponibilizado pela Justiça Eleitoral*⁷⁴.

Assim sendo, ao cidadão devidamente alistado é outorgado o direito-dever de votar nas eleições majoritárias e proporcionais, em plebiscitos e referendos⁷⁵, bem como para subscrever projetos de lei de iniciativa popular e propositura de ação popular.

Desta forma, vislumbra-se que ao sufrágio ativo não resta presente só a oportunidade da escolha de seus representantes – em clara forma de exercício indireto do poder – como também é outorgado aos cidadãos, em casos específicos, a possibilidade de exercer diretamente, pela capacidade eleitoral ativa, o poder

⁷⁴ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11ª edição – São Paulo: Atlas, 2015. p. 133. Prossegue o professor explicitando os requisitos básicos necessários para o alistamento eleitoral: “(a) carteira de identidade ou carteira emitida pelos órgãos criados por lei federal, controladores do exercício profissional; (b) certificado de quitação do serviço militar; (c) certidão de nascimento ou casamento, extraída do Registro Civil; (d) instrumento público no qual se infira, por direito, ter o requerente a idade mínima de 16 anos e do qual constem, também, os demais elementos necessários à sua qualificação (Lei nº 7.444/85, art.5º, §2, e Res. TSE nº 21.538/2003, art. 13)”

⁷⁵ Plebiscito e referendo diferem-se quanto à sua forma na medida em que o plebiscito é convocado previamente à criação do ato legislativo ou administrativo que trate do assunto em pauta, e o referendo é convocado posteriormente, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar a proposta.

através do voto (plebiscito e referendo) ou por meio de propositura e/ou subscrição de projetos de lei⁷⁶.

Neste sentido, segue importante lição dos professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:⁷⁷

“O art. 14, incisos I a III, prescreve que a soberania popular será exercida diretamente mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

A Lei n. 9.709/98, regulamentando os citados dispositivos constitucionais, indica, em seu art. 2º, que plebiscito e referendo ‘são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre a matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa’.

[...] A iniciativa popular encontra-se disciplinada pelo art. 13 da Lei 9.709/98, que estabelece como requisitos para essa forma de deflagração do processo legislativo a apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”

Outra forma do exercício da cidadania ativa, mas neste caso podemos atribuir caracteres completamente diversos, haja vista que não se trata do exercício do poder pelas formas direta e indireta, é a possibilidade de propor ação popular.

A ação popular, garantia consitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXIII⁷⁸, confere a qualquer cidadão a possibilidade de propor ação em vistas de anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Tal garantia, como acima exposta, não se demonstra forma de exercício do poder pelo seu titular previsto no texto maior, o povo, mas como uma forma de controle feita pelo cidadão ao patrimônio público e aos demais bens de natureza difusa protegidos no rol do inciso LXXIII.

⁷⁶ No tocante ao tema, segue o §2º do artigo 61 da Constituição Federal: § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

⁷⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª edição – São Paulo: Verbatim, 2012. p. 272-273.

⁷⁸ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência

O professor Celso Bastos, em brilhante exposição sobre a referida garantia constitucional, assim leciona⁷⁹:

“O referido dispositivo constitucional ao prever que ‘qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular...’ tornou possível a invocação da atividade jurisdicional do Estado, independentemente de o autor ter proveito pessoal na questão. Embora o interesse possa dizer respeito à coletividade como um todo, que é a beneficiária da possível anulação do ato impugnado, o certo é que o autor popular age em nome próprio e no exercício de um direito seu assegurado constitucionalmente”

Ainda no tocante à ação popular – o mesmo autor prossegue⁸⁰, citando o brilhante mestre José Afonso da Silva, – que se trata da consagração de um direito político oriundo da essência maior do estado democrático de direito:

“Dá-se, na verdade, a consagração de um direito político, de matriz nitidamente democrático, à ajuda do qual o cidadão ascende à condição de controlador da legalidade administrativa⁸¹. Com pena de mestre, José Afonso da Silva versa o tema: Como já vimos, a ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade. Diretamente, é certo, o interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e da coletividade, por consequência. Mas é seu também, como membro da coletividade’ (in Ação popular constitucional – doutrina e processo. Revista dos Tribunais, p. 195)”

Feitas as devidas considerações sobre a capacidade eleitoral ativa, passaremos ao estudo da capacidade eleitoral passiva.

2.2.2 Capacidade eleitoral passiva

A capacidade eleitoral passiva é a forma mais direta e incisiva da participação do cidadão na política governamental do país porque configura o direito

⁷⁹ BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 21ª edição – São Paulo: Saraiva, 2000. p. 245.

⁸⁰ Idem referência supra. p. 246.

⁸¹ Pedimos licença para tecer um comentário quanto ao controle da legalidade outorgado na Carta Magna ao cidadão por meio da ação popular para fazer uma comparação com a atividade fiscalizatória conferida ao Ministério Público, primordialmente por meio da Ação Civil Pública. Desta forma, quis o constituinte atribuir de forma extensiva o controle atos lesivos ao erário, bem como de alguns bens difusos tutelados constitucionalmente não só ao *parquet* mas também ao cidadão.

de participar de pleitos eleitorais, de candidatar-se para o exercício de mandatos nas esferas executiva e legislativa. Em apertada síntese, podemos conceituar o sufrágio passivo como o direito de ser votado.

Para se obter a capacidade eleitoral passiva mister que o cidadão esteja no pleno gozo de seus direitos políticos (artigo 14, §3º, inciso II), inclusive no que toca à regularidade do alistamento eleitoral (artigo 14, §3º, inciso III).

O que se extrai *prima facie* dos requisitos acima mencionados é que para ter o direito de ser votado, estar elegível, o cidadão tem que estar legalmente apto a votar, ou seja, para adquirir a capacidade eleitoral passiva a primeira condição a ser cumprida é ter capacidade eleitoral ativa⁸².

Outras condicionantes mencionadas no §3º do artigo 14 para estar apto a concorrer aos cargos eletivos são: (a) domicílio eleitoral na circunscrição (inciso IV); (b) a filiação partidária (inciso V); e (c) idade mínima para o exercício dos mandatos (inciso VI, alíneas a, b e c).

Assim, por se tratarem os requisitos acima mencionados de matéria inédita no presente trabalho, trataremos cada uma separadamente para que restem bem explícitos do que se tratam.

O domicílio eleitoral na circunscrição em que pretendo candidato pretende concorrer nas eleições, além da disposição constitucional, vem expresso no artigo 9º, *caput*, da Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/1997) o qual prevê que o domicílio deverá ser de, ao menos, um ano antes do pleito.

Assim, para disputar os cargos de prefeito, vice-prefeito e vereador, o candidato deverá possuir domicílio no respectivo município no qual concorrerá nas eleições do ano seguinte, para os cargos de governador, vice-governador, senador, deputados federal e estadual, deverá possuir domicílio no estado da federação no qual postula o cargo; e, por fim, o candidato que pleitear a candidatura à presidente e vice-presidente da república poderá ter domicílio eleitoral em qualquer local do território nacional.

Para a comprovação do domicílio eleitoral, basta o título de eleitor devidamente válido.

⁸² O inciso I do mesmo §3º reitera tal fato ao prever com requisito a nacionalidade brasileira, este o qual é obrigatório para o alistamento eleitoral e a consequente obtenção da cidadania ativa.

No que se refere à filiação partidária, os seguintes pontos fulcrais deverão ser mais especificamente tratados: (i) vedação à candidatura avulsa; (ii) prazo para filiação partidária e mudança de partido.

O Brasil, na CF de 1988 em seu artigo 14, §3º, V, dispõe que deverá estar filiado a partido político o cidadão que quiser se candidatar a cargo eletivo nos poderes legislativo e executivo.

Esta previsão trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a vedação da candidatura avulsa – ao contrário do que acontece em outros países do globo⁸³ – sendo obrigatória a filiação partidária para tanto.

Um parentesis a ser feito no presente tema é que a representação popular através de partidos políticos, ao meu ver, apresenta-se como uma forma coerente de exercício do poder mormente pelo fato que proporciona, ou ao menos deveria proporcionar, unicidade de projetos e posicionamento político aos membros de um mesmo partido, de modo a facilitar ao eleitor a escolha do seu partido ou até mesmo, como prevê nossa legislação, votar no próprio partido para as eleições proporcionais.

Um ponto interessante a se ressaltar, ainda neste parentesis, diz respeito à titularidade dos mandatos eletivos do poder legislativo. A legislação brasileira prevê que os partidos políticos são os titulares dos mandatos eletivos dos parlamentares, visto a forma em que estes são eleitos.

Para melhor esclarecer, nas eleições proporcionais a eleição dos membros das casas legislativas – câmara de vereadores, assembleia legislativa e câmara dos deputados – é feita através do quociente eleitoral no qual dividem-se todos os votos válidos pelo número de cadeiras nas respectivas casas sendo que o preenchimento destas cadeiras se dará pelo total de votos que o partido ou coligação tiveram⁸⁴.

E tanto é que no caso de desfiliação do partido pelo qual foi eleito, v.g. o deputado, considera-se infidelidade partidária, o que dará ensejo à perda do mandato, restando configurada a relevância dos partidos políticos no Estado Democrático de direito.

O segundo e último ponto a se tratar da filiação partidária gira em torno de seu prazo.

⁸³ P. ex. Estados Unidos da América.

⁸⁴ Por exemplo: 10.000 votos válidos. Se o partido “a” teve 20.000 votos ele terá direito a duas cadeiras, independentemente de quantos votos os ocupantes das referidas cadeiras (ou dois mais votados do partido) obtiveram.

A Lei 9504/1997 (Lei das Eleições) estabelecia que a filiação partidária deveria ser oficializada pelo pretense candidato até 1 (um) ano antes do pleito eleitoral. Entretanto, a minirreforma política, sancionada pela Presidente Dilma Rousseff e promulgada em 29 de setembro de 2015 – Lei 13.165 de 2015 – alterou a redação do artigo 9º da Lei eleitoral para determinar a redução de prazo para a filiação partidária para 6 (seis) meses antes do pleito, conforme redação que segue:

*“Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, e **estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição**”* (grifo nosso)

Superada a questão da filiação partidária, cabe a nós tratarmos da idade mínima para obtenção da capacidade eleitoral passiva.

A Carta Constitucional, em seu já mencionado artigo 14, VI a idade mínima de:

- a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;*
- b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;*
- c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;*
- d) dezoito anos para Vereador.*

Vê-se da leitura do texto constitucional acima que a capacidade eleitoral passiva somente será alcançada em sua plenitude aos 35 (trinta e cinco) anos, quando o cidadão poderá se candidatar a qualquer cargo eletivo previsto na Constituição Federal.

Para encerrar, cabe ressaltar que alguns cidadãos nunca obterão a capacidade eleitoral passiva por conta da nacionalidade. Como bem tratado antes, são brasileiros natos e os naturalizados. Todavia, os cargos de Presidente e Vice Presidente da República são privativos de brasileiros natos, assim como o exercício das funções de presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal⁸⁵.

⁸⁵ Art. 12...

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

2.3 Dos Direitos Políticos Negativos

Os direitos políticos negativos podem ser definidos como as hipóteses previstas na Constituição Federal que mitigam a atuação do cidadão nos seus direitos ao sufrágio ativo e passivo decorrente de situação fática ou conduta perpetrada pelo mesmo na qual lhe seja imputado as sanções de perda ou suspensão do referido direito.

Segundo brilhante conceito do professor José Afonso da Silva, os direitos políticos negativos são:

[...] àquelas determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que negam, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública⁸⁶”

A suspensão ou perda da capacidade eleitoral ativa está prevista única e somente no texto constitucional, enquanto que a suspensão da capacidade eleitoral passiva – ou usando melhor terminologia, inelegibilidade – é prevista também na legislação infraconstitucional.

Como vimos anteriormente o sufrágio ativo é o primeiro requisito básico para que se obtenha o sufrágio passivo, motivo pelo qual o cidadão tiver suspenso seus direitos políticos estará não só impedido de votar como também de ser votado.

Os direitos políticos negativos se configuram de duas formas, a perda e a suspensão, enquanto na primeira ocorre a privação definitiva do referido direito e na segunda a sua privação temporária.

Importante ressaltar que nossa Constituição, por ser um clássico exemplo de estado democrático de direito, na qual, ainda vale lembrar, dá ao povo o poder, trata de maneira ampla e protetiva os direitos políticos⁸⁷, e, portanto, a sua

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 384.

⁸⁷ A CF de 1988, promulgada após um longo período de ditadura militar é, inclusive, chamada por muitos de “constituição cidadã”, pois conferiu amplos direitos políticos.

supressão ocorrerá excepcionalmente e somente nos casos previsto na Carta Magna ou em Lei Complementar⁸⁸.

No presente capítulo, subitens 2.3.1 e 2.3.2, vamos apresentar as causas que levam à suspensão dos direitos políticos, bem como elencar a trabalhar as hipóteses de suspensão da capacidade eleitoral passiva (inelegibilidade).

2.3.1 Vedações à capacidade eleitoral ativa

As hipóteses de privação da capacidade eleitoral ativa, como dantes visto, podem se aparecer como perda ou suspensão dos direitos políticos. Assim, primeira divisão que deverá ser feita no curso do tema em debate são quais as causas que geram a perda⁸⁹ e quais as que acarretam a suspensão.

2.3.1.1 Perda dos direitos políticos

A privação permanente ao direito de exercício da cidadania se dá, conforme entendimento doutrinário, em duas hipóteses: *i)* o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; e *ii)* a recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta⁹⁰.

Os professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior descrevem, de forma bem delineada, a hipótese de perda dos direitos políticos pelo cancelamento da naturalização:

“Cancelamento da Naturalização por sentença transitada em julgado. Na verdade, a hipótese versada enseja a perda dos direitos políticos por via indireta. É que a nacionalidade brasileira pe requisito para o exercício dos direitos políticos e, portanto, para o alistamento eleitoral. Cancelada a naturalização (que só pode ocorrer em virtude de crime cometido anteriormente à naturalização ou de comprovado envolvimento com o tráfico internacional de entorpecentes), o

⁸⁸ O parágrafo 9º da Constituição Federal dispõe in limine que será por Lei Complementar o estabelecimento de outras hipóteses de sanção dos direitos políticos passivos, conforme redação que segue:

“§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”

⁸⁹ A CF não distingue quais hipóteses se configura como perda e quais como suspensão.

⁹⁰ CF. Art. 15. [...] I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; [...]

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII

indivíduo retorna à condição de estrangeiro, não podendo, assim como os demais sob a mesma situação, reclamar direitos pertinentes à cidadania brasileira. Esse cancelamento deve processar-se por sentença judicial.⁹¹

A lição dos professores acima citados é brilhante no que toca à amplitude em que conseguiram tratar do tema e apenas um parágrafo e com relação a tal hipótese de perda vamos tecer apenas alguns comentários.

As principais características desta modalidade de privação atemporal dos direitos políticos é o trânsito em julgado da sentença que cancela a naturalização e a via indireta pela qual ela se torna a perda da cidadania.

O trânsito em julgado para a efetivação do cancelamento da naturalização e o decorrente cancelamento do alistamento eleitoral por conta da perda dos direitos políticos possui viés amplamente garantista, posto que por se tratar de direito outorgado constitucionalmente ao cidadão, far-se-á necessário o respeito ao contraditório e ampla defesa, bem como o que dispõe o inciso LVII da Carta Magna: *“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Cidadã foi aqui mencionado levando-se em consideração primeiramente a natureza da decisão que decreta a perda dos direitos políticos – sentença criminal⁹² – haja vista que somente nas hipóteses de crime cometido anteriormente à naturalização ou de comprovado envolvimento com o tráfico internacional de entorpecentes.

Já no tocante à forma indireta pela qual a cidadania é perdida, nos termos do texto transcrito parágrafos acima, vê-se que a sanção se configura pela ausência de requisito para aquisição da cidadania e não diretamente da imposição sancionatória, de modo a se transparecer como perda de direitos de forma reflexa à aplicação da sanção.

A segunda hipótese de perda dos direitos políticos decorre da recusa no cumprimento de obrigação a todos imposta ou de prestação alternativa.

⁹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª edição – São Paulo: Verbatim, 2012. p. 283

⁹² Insta salientar que mesmo na hipótese de cancelamento da naturalização decorrente de crime cometido anteriormente à efetiva aquisição da nacionalidade brasileira, trata-se o motivo em que deu ensejo ao cancelamento de matéria de ordem penal.

Esta modalidade de perda dos direitos políticos vem prevista no inciso IV do artigo 15 da Carta Magna e visa sancionar aquele que não cumpre ditames aplicados de forma igual aos demais cidadãos.

Existe alguma divergência na doutrina no que toca ao caráter temporal de tal sanção pois entendem alguns doutrinadores que a hipótese ora estudada estaria no rol das suspensões de direitos políticos e não da perda.

Entretanto pedimos *venia* aos que assim entendem e nos posicionamos em consonância com os professores, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior e Celso Bastos para caracterizarmos como situação de efetiva perda da cidadania.

As hipóteses mais comuns em que aparece a escusa de consciência são o não cumprimento de serviço militar obrigatório e a recusa a exercer o serviço do juri.

Nestes casos, importante frisar que o não cumprimento destas obrigações – as quais são aceitos no ornamento jurídico pátrio – não são suficientes para caracterização da perda da cidadania, mas sim a escusa em cumprir a prestação alternativa, como lecionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“O art. 5, VIII, da Constituição Federal assegura a liberdade de convicção e de crença, salvo se invocadas para efeito de se eximir de obrigação geral a todos imposta e recusar-se ao cumprimento de obrigação alternativa fixada em lei. A recusa ao cumprimento de obrigações da espécie, bem assim de obrigações alternativas legalmente fixadas, gera perda dos direitos políticos. Com efeito, o indivíduo possui o direito à escusa de consciência, mas deve, neste caso, cumprir a obrigação alternativa, sob pena de perda dos direitos políticos.”⁹³

Superadas as situações em que acarretam a perda, vamos às de suspensão dos direitos políticos.

2.3.1.2 Suspensão dos direitos políticos

A sanção transitória de cerceamento dos direitos políticos vem disposta no mesmo artigo 15 da Constituição Federal e são 3 (três) as suas hipóteses:

⁹³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª edição – São Paulo: Verbatim, 2012. p. 284

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (...)

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º

O fato em comum entre as três hipóteses elencadas é que sua suspensão perdurará enquanto durarem os efeitos que deram ensejo ao referido óbice ao exercício da cidadania ativa. Portanto, primeira premissa que devemos estabelecer ao tratar do tema é que nenhuma hipótese de suspensão poderá ser *ad eternum*.

Passando-se à análise de cada previsão, a incapacidade civil absoluta difere-se das demais por não se tratar de sanção à prática de ato ofensivo ao ordenamento jurídico, como ocorre com a condenação criminal e a prática de atos ímprobos.

Desta forma, o disposto no inciso II do artigo 15 da Constituição Federal, visa proteger o livre exercício do sufrágio, posto que o totalmente incapaz não possui o juízo de discernimento necessário para exercer a cidadania.

Ademais, diversamente do que acontece nas hipóteses dos incisos III e V do mesmo artigo 15, não há prazo determinado para a suspensão dos direitos políticos decorrentes da incapacidade civil absoluta⁹⁴, pois caso o incapaz retome seu juízo valorativo a referida suspensão não mais subsistirá.

A formalização da suspensão da capacidade eleitoral ativa do absolutamente incapaz se dará nos termos que rege o Código Civil, bastando, para tanto, a verificação judicial mediante a interdição do incapaz, conforme os artigos 1.767 e 1.779 do referido diploma.

Uma ressalva a ser feita no presente caso é que ao absolutamente incapaz previstos no inciso I do artigo 3º do Código Civil – os menores de 16 (dezesseis) anos – não estão incluídos no rol dos incapazes sujeitos à suspensão do sufrágio ativo, pois este sequer adquiriram a capacidade eleitoral ativa.

⁹⁴ O conceito de incapacidade civil absoluta está disposto no artigo 3º do Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Assim, não há como admitir uma possibilidade de suspensão de um direito de quem sequer teve oportunidade de o adquirir, haja vista que a idade mínima para que se efetue o alistamento eleitoral é 16 (dezesseis) anos.

No que se refere ao disposto no inciso III do artigo 15 da Lei Maior – condenação criminal transitada em julgado – primeira ressalva que deve ser feita é que a previsão constitucional não se confunde com o disposto no artigo 1º, I, e, da Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990, complementada pela Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010.

O que difere os diplomas normativos ora em destaque é que na CF está prevista a suspensão da capacidade eleitoral ativa (e reflexamente a passiva), e incidirá sob qualquer crime e enquanto durarem os efeitos das suas sanções.

Já a Lei Complementar que trata das hipóteses de inelegibilidade, além de não abarcar o sufrágio ativo – porquanto tão somente trata do direito de ser votado – possui algumas especificades, as quais serão tratadas com maior grau de detalhamento no item seguinte, e que atribui determinado rol de crimes passíveis da caracterização da inelegibilidade e não todo e qualquer crime como reza da Constituição.

Destarte, também se difere quanto ao seu momento de aplicação – pois dispensa o trânsito em julgado, bastando tão somente que haja condenação por órgão colegiado – e seus efeitos são prolongados, iniciando-se após o cumprimento da pena até o transcurso de 08 (oito) anos.

Outro ponto de interessante reflexão quanto à suspensão do sufrágio ativo é a questão do *sursis* (suspensão condicional da pena). O qual, apesar de ser objeto de discordância doutrinária, posicionamo-nos em consonância com o entendimento do professor José Afonso de Silva no sentido de que o *sursis* não se configura como efeito da condenação mas como o modo de seu cumprimento.

“Entendemos que o sursis não é efeito da condenação, mas simplesmente um modo de seu cumprimento. Mas, a nós nos parece que esta discussão é inteiramente desnecessária para se chegar à conclusão de que o paciente continuará com seus direitos políticos suspensos, ainda que se beneficie do sursis. É que a supressão de direitos políticos constitui um das penas restritivas de direitos, às quais não se estende a supressão condicional da pena (CP, arts. 43, II, 47, I e 80). Se é assim, o benefício da suspensão condicional da

*pena não interfere com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação criminal.*⁹⁵

Tecidas as considerações necessária da suspensão da capacidade eleitoral ativa decorrente de condenação criminal transitada em julgado, analisaremos a última hipótese: improbidade administrativa.

Quanto a previsão disposta no inciso V do artigo 15 faremos resumidos comentários, haja vista o efeito das sanções de improbidade administrativa no sufrágio ativo e passivo será amplamente debatido no capítulo III do presente trabalho.

Assim como ocorre da condenação criminal, a previsão da Constituição Federal para a suspensão da capacidade eleitoral ativa decorrente da prática de ato ímprobo difere do disposto na Lei de Inelegibilidade nos seguintes pontos: (i) momento de incidência; (ii) duração das sanções; e (iii) condutas tipificadas.

O momento da incidência, para a supressão dos direitos políticos ativos – previsão da CF – é somente a partir do trânsito em julgado da decisão que reconhecer o ato ímprobo e que venha a prever no seu dispositivo a sanção de suspensão dos direitos políticos.

Por outro giro, na LC 64/1990 os efeitos das sanções iniciam-se após o julgamento de órgão colegiado, não sendo necessário, portanto, o trânsito em julgado.

A duração das sanções divergem de tal forma que a suspensão objeto da Carta Magna perdurará pelo prazo em que o julgamento tiver atribuído – ressalve-se, sempre dentro dos limites previstos nos incisos do artigo 12 da Lei 8.429/1992 – enquanto a Lei de Inelegibilidade o prazo terá início após o cumprimento da sanção aplicada no julgamento e perdurará por mais 08 (oito) anos.

Por fim, diferem-se, ainda, na medida em que para a caracterização da suspensão da capacidade eleitoral passiva somente a prática de condutas dolosas e que importem em prejuízo ao erário (art. 10, LIA) ou enriquecimento ilícito (art. 9º, LIA) do agente serão passíveis de declaração de inelegibilidade, enquanto para a suspensão dos direitos políticos, qualquer das condutas previstas nos artigos 9º a 11, inclusive decorrentes de ato culposos, acarretaram na configuração do que reza o inciso V do artigo 15 da Constituição Federal.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 388.

2.3.2 Vedações à capacidade eleitoral passiva (causas de inelegibilidade)

O sufrágio passivo, ou como já frisado anteriormente, o direito de participar do processo eleitoral como candidato para o exercício de cargo político-eletivo, em decorrência da sua natureza de representação direta da vontade popular possui maior regramento e exigências para o seu exercício e, em especial, um rol mais extenso das hipóteses de supressão do exercício deste direito.

As vedações à capacidade eleitoral passiva também são denominadas como inelegibilidade ou ilegitimidade e, como leciona o nobre eleitoralista José Jairo Gomes, *“trata-se de fato negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos”*⁹⁶.

Outra lição muito precisa sobre o conceito de inelegibilidade vem da doutrina do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que assim define o instituto:

*“Inelegibilidade é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos. Em sua origem, na Constituição de 1934, aparecia ela como medida preventiva ideada para impedir que principalmente os titulares de cargos públicos executivos, eletivos ou não, se servissem de seus poderes para serem reconduzidos ao cargo, ou para conduzirem-se a outro, assim como para eleger seus parentes. Para tanto, impedia suas candidaturas, assim como a de cônjuges ou parentes, por um certo lapso de tempo (art. 112)”*⁹⁷

O fundamento das inelegibilidades poderá ser sancionatório ou originário.

O sancionatório está disposto nos incisos do artigo 1º da Lei Complementar 64/1990, com alterações pela Lei Complementar 135/2010, nos quais estão relacionadas condutas tipificadas aptas a configurar a inelegibilidade dos pretensos candidatos pelo prazo de até 08 (oito) anos.

Já as inelegibilidades de fundamento originário (ou inato) estão dispostas na Constituição Federal, artigo 14, §4º a §7º, e tratam de condições como alfabetização, grau de parentesco e incompatibilidade decorrente do exercício de cargos no poder executivo.

⁹⁶ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11ª edição – São Paulo: Atlas, 2015. p. 165.

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118.

Assim, para melhor trabalharmos o tema, resolvemos dividi-lo entre as inelegibilidades originárias (constitucionais) e as inelegibilidades sancionatórias (infraconstitucionais).

2.3.2.1 Inelegibilidades Constitucionais

A Constituição Federal, em seu já mencionado artigo 14, parágrafos 4º, 5º, 6º e 7º, tratam da vedação à capacidade eleitoral passiva nos seguintes termos:

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

O primeiro dispositivo trata dos inalistáveis e dos analfabetos e, com relação ao primeiro não se devem fazer grandes ressalvas pois, como já mencionado diversas vezes nesta monografia, é condição *sine qua non* para estar elegível ser eleitor.

Já quanto ao analfabeto, quis o constituinte diversamente do que dispõe no sufrágio ativo, cerceá-lo ao sufrágio passivo. E andou bem nesta escolha. Senão vejamos.

O exercício do mandato político é a forma mais ampla de participação governamental que o cidadão poderá ter, posto que representa os demais do povo na elaboração de ou execução das leis. Assim, não há como se admitir razoável que estas funções sejam executadas por quem não possui um conhecimento mínimo da língua portuguesa.

Importante ressaltar que o grau de alfabetização a ser demonstrado pelo candidato é mínimo, porque basta comprovar que este sabe ler e escrever, não

sendo necessário para a verificação da alfabetização um alto grau de compreensão de textos complexos ou do conhecimento de um vocabulário erudito.

E quanto ao alegado no parágrafo acima, tal fato se dá posto que por se tratar de norma restritiva de direitos não se faz cabível interpretar de forma extensiva sob pena de restarem cerceados os direitos políticos dos cidadãos.

Neste sentido segue ponderação do Professor José Jairo Gomes:

“Vale frisar que a regra constitucional em apreço, definidora de inelegibilidade, porque restritiva de direitos políticos, não pode ser ampliada pelo intérprete, só colhendo as pessoas que efetivamente não saibam ler e escrever.”⁹⁸

O §5º do mesmo artigo, acrescido pela emenda constitucional nº 16 de 04 de junho de 1997, trata da possibilidade da reeleição para o exercício de mandatos do poder executivo.

Desta forma, ao mencionar que *“poderão ser reeleitos para um único período subsequente”* quer dizer que estarão inelegíveis para o exercício do mesmo cargo aquele que já cumpriu dois mandatos consecutivamente.

Importante adendo a ser tecido à redação do presente dispositivo é que ele se aplica também àqueles que durante os seis meses que antecedem o pleito tenham exercido a respectiva função, v.g., o vice que assumiu o mandato em decorrência da renúncia do titular do cargo poderá concorrer somente a mais um mandato consecutivo e não a mais dois, sob pena de configuração de exercício de um terceiro mandato consecutivo⁹⁹.

O parágrafo subsequente, ainda na esteira do exercício de mandatos no poder executivo, trata-se mais de um requisito para a candidatura a outro cargo do que efetivamente uma forma de inelegibilidade.

Melhor esclarecendo, o que quis dispor o § 6º transcrito anteriormente é que – diversamente do que reza implicitamente o §5º quanto à reeleição, o titular não precisa renunciar no final do mandato para concorrer ao seguinte na mesma função –, deverá, e.g o Governador que pretender se candidatar a presidente da República renunciar ao seu mandato até 6 (seis) meses antes das eleições.

⁹⁸ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175.

⁹⁹ Neste sentido, segue interessante trecho de julgado do TSE: *“O vice-prefeito que substituiu o titular seis meses antes do pleito e é eleito prefeito em eleição subsequente não pode candidatar-se à reeleição, sob pena de se configurar um terceiro mandato”* (TSE – Respe nº 23.570 – 21.10.2004).

Por fim, a última vedação à capacidade eleitoral passiva prevista na Constituição que será tratada nestas razões¹⁰⁰ é a chamada inelegibilidade reflexa, atribuída a cônjuges, companheiros e parentes.

A finalidade desta inelegibilidade é que não haja benefício aos cônjuges, companheiros ou parentes decorrentes de seus vínculos com o exercente do poder executivo, isto porque a associação da imagem poderá trazer desvantagem aos demais candidatos, como ensina o professor Manoel Gonçalves Ferreira citando que estas hipóteses se originam no *“temor de que, em razão de tais vínculos, sejam candidatos beneficiados pela atuação do ocupante de elevados cargos públicos, o que prejudicaria o pleito”*¹⁰¹.

Ponto lapidar a ser levantado é que apesar da redação do parágrafo 7º tratar somente de cônjuges não estão de fora deste preceito a união estável ou a relação homoafetiva, pois se assim estivessem não restaria cumprida a intenção do constituinte.

O alcance territorial de tal disposição constitucional será conforme a circunscrição eleitoral em que estiver relacionado o chefe do poder executivo que enseja a inelegibilidade.

Assim, os parentes, cônjuges, ou companheiros do: (a) prefeito não poderão se candidatar para o cargo de vereador no mesmo município; (b) governador aos cargos de senador, deputado federal, estadual pelo mesmo estado, bem como para os cargos de prefeito ou vereador em qualquer município do estado; e (c) presidente a qualquer cargo eletivo no país¹⁰².

2.3.2.2 Inelegibilidades Infraconstitucionais

As inelegibilidades legais tem previsão no artigo 14, §9º da Constituição Federal, que reza:

¹⁰⁰ A CF faz outras limitações ao exercício do sufrágio passivo, como, por exemplo, a proibição aos magistrados e membros do ministério público. Entretanto, como não é nosso objetivo alongarmos demais o estudo do presente tópico, fazemos pontualmente este comentário apenas a título informativo.

¹⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118.

¹⁰² Reitere-se que em todas as hipóteses estão ressalvadas as candidaturas a quem já for titular de mandato eletivo e estiver concorrendo a reeleição.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A parte inicial do dispositivo supratranscrito nos apresenta o primeiro ponto de interesse no objeto de estudo que é a previsão da Lei Complementar para dispor sobre as inelegibilidades.

O constituinte, ao prever a necessidade da Lei Complementar para tratar das inelegibilidades, clara e deliberadamente demonstrou que por se tratar de uma supressão grave do exercício dos direitos políticos, far-se-á mais prudente que tal matéria seja objeto de quórum qualificado para suas deliberações.

E, em consonância com o previsto na Constituição, os legisladores promulgaram a Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990, que ficou conhecida como Lei das Inelegibilidades, na qual dispôs em seu artigo 1º o rol de condutas passíveis a gerar as inelegibilidades.

Atualmente no ordenamento jurídico pátrio, a LC 64/1990, ainda em vigor, foi complementada pela Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010 – a chamada Lei Ficha Limpa – a qual consolidou as condutas antes previstas, acresceu outras e majorou o prazo da suspensão da capacidade eleitoral passiva de 03 (três) para 08(oito) anos, conforme segue:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

- a) os inalistáveis e os analfabetos;*
- b) os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura*
- c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;*

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

8. de redução à condição análoga à de escravo;

9. contra a vida e a dignidade sexual; e

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação

do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

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;

m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;

O rol, como se depreendeu de sua leitura, é deveras extenso e no presente trabalho não pretendemos esmiuçar cada uma de suas hipóteses, pois a redação das alíneas já se demonstra bem esclarecedora, bem como pelo fato de que seriam objeto por si só de uma monografia. Entretanto faremos algumas observações quanto o momento de incidência de suas sanções.

Parte da doutrina entende que as inelegibilidades previstas no inciso I do artigo 1º da LC 64/1990 se tratam de condição aferível no momento do registro da candidatura e não de sanção, como segue abaixo:

“O termo elegibilidade foi empregado em sentido amplo, denotando a presença das condições de elegibilidade e a ausência de causas de inelegibilidade. Trata-se da qualidade de elegível, ou seja, que permite ao cidadão receber votos válida e eficazmente. Essa qualidade é definida pelo regime jurídico eleitoral, sendo elegível o cidadão que se conformar a esse regime. Não há direito adquirido a regime jurídico, conforme pacífico entendimento do STF (are Nº 712790 AgR/RJ – 2ª T. – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 11-12-2012; RE nº 227755 AgR/CE – 1ª T. – Rel. Min. Dias Toffoli – DJe 23-10-2012). Assim, não se apresenta a ideia jurídica de sanção, mas de mera adequação ou conformação ao regime vigente quando do requerimento de registro de candidatura¹⁰³.”

E não é outro o posicionamento de grande parte da jurisprudência, a qual, conforme julgado abaixo colacionado reitera a posição do nobre doutrinador acima citado ao defender a inexistência de direito adquirido a regime jurídico:

“1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com as considerações e fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito)¹⁰⁴”

No tocante ao presente tema pedimos *venia* a parte da doutrina e jurisprudência que coadunam com os posicionamentos citados.

Para nós não há sob qualquer espectro em que se observe a matéria a configuração da inelegibilidade como uma condição, porquanto se trata de supressão de direitos políticos previstos constitucionalmente e que, como já mencionado, a Constituição inclusive previu a obrigatoriedade de lei complementar para tratar do assunto.

A supressão de um direito desta natureza é sanção e não *status* a ser verificado no momento do registro da candidatura. Portanto, tecemos uma crítica à posição pacificada do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral ao tratar o tema de forma política em resposta aos anseios sociais que clamam por um

¹⁰³ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 168.

¹⁰⁴ STF – ADC nº 29/DF – Pleno – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 127, 29-6-2012.

poder punitivo maior do estado ao invés de aplicar de forma restritiva – como merece ser tratada tal supressão à capacidade eleitoral passiva.

CAPÍTULO III - DOS EFEITOS DAS SANÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NOS DIREITOS POLÍTICOS

Passado o estudo dos institutos da improbidade administrativa e dos direitos políticos cabe-nos no presente momento adentrarmos aos efeitos das sanções dos atos ímprobos nas capacidades eleitorais ativa e passiva.

Como já foi relatado brevemente, a condenação em improbidade administrativa está passível de gerar sanções tanto no sufrágio ativo como no sufrágio passivo, podendo, assim, suprimir como um todo os direitos políticos do cidadão ou apenas tornar o mesmo inelegível.

E para tratarmos de forma mais aprofundada o presente estudo, optamos por dividir este capítulo em dois grandes temas: (a) suspensão do sufrágio ativo; e (b) suspensão do sufrágio passivo, ambos decorrentes da condenação em ato ímprobo.

Feita a devida apresentação do que será tratado adiante, antes de ingressarmos com profundidade no mérito do presente debate, cabe-nos reiterar o que já foi disposto quanto à natureza da supressão de direitos que aqui será relatada.

Como vimos no capítulo anterior, a Constituição Federal prevê duas possibilidades de cerceamento do exercício dos direitos políticos em sua forma mais ampla – capacidade eleitoral ativa – quais sejam, a perda e a suspensão.

A perda resta configurada como a extirpação do direito político posto que perdurará *ad eternum* e somente poderá ocorrer com o cancelamento da naturalização – o que de forma reflexa atinge um requisito essencial para a realização do alistamento eleitoral e, por conseguinte, da aquisição dos direitos políticos ativos – ou na escusa em cumprir obrigação imposta a todos ou a realizar prestação alternativa.

Por outro giro, a suspensão dos direitos políticos possui prazo determinado, sendo reestabelecidos os direitos quando do término da sanção que os suprimiu ou no momento em que se findar a condição que lhe deu origem.

O término da condição que originou a suspensão se configura na hipótese de incapacidade civil absoluta – única previsão não sancionatória de suspensão de direitos políticos – e visa proteger o incapaz e os demais cidadãos da influência em que pudesse ser exercida sobre aquele, posto que o mesmo não possui

discernimento para fazer escolhas e, portanto, não está no domínio do seu juízo para a escolha de seus representantes.

O reestabelecimento do direito suspenso decorrentes de sanção é figura que aparece nas seguintes hipóteses de suspensão da capacidade eleitoral ativa: (i) condenação criminal transitada em julgado e (ii) condenação por ato ímprobo transitada em julgado¹⁰⁵.

Tecidas as devidas considerações e localizada a improbidade administrativa no rol de ato passíveis de suspensão, e não de perda dos direitos políticos, já estamos aptos a migrar para o estudo das minúcias dos efeitos das sanções de improbidade sob o sufrágio ativo.

3.1 Da Suspensão da Capacidade Eleitoral Ativa decorrente de condenação por ato ímprobo

A constituição cidadã, em seu artigo 37, §4º, ao disciplinar sobre a improbidade administrativa, impõe que dentro do rol de sanções cabíveis de imputação ao praticante de ato ímprobo estará a suspensão dos direitos políticos, consoante ressaltam os nobre juristas Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰⁶: *“a Constituição Federal prevê que a improbidade administrativa dos agentes públicos, verificada em processo de índole, civil, poderá resultar em suspensão dos direitos políticos (CF, art. 37, §4º)”*.

Ainda no texto constitucional, a suspensão da capacidade eleitoral ativa decorrente de condenação pela prática de ato ímprobo resta também regida pelo artigo 15, V, e se difere das hipóteses de inelegibilidades, previstas em lei complementar, oriunda de atos de mesma natureza quanto ao seu momento de incidência, tipificação, rol de direitos abrangentes e prazo, como trata Thalita Abdala Aris em interessante tese sobre este tema:

Entretanto, o disposto no artigo 14, §9º, da CF/88, que trata das inelegibilidades, que consistem em restrição à capacidade eleitoral

¹⁰⁵ “Acrescentemos que, no caso de suspensão por improbidade administrativa, o tempo de suspensão ou suas condições de cessação há de constar da decisão que a aplicou, de modo que, ressarcido o erário, decorrido o prazo ou cumpridas as condições estabelecidas, o paciente recuperará seus direitos suspensos.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 390-391)

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.727.

passiva – o que trará consequências ao cidadão apenas na época das eleições –, possui natureza distinta da previsão contida no artigo 15, V, da CF/88, que versa sobre a suspensão de direitos políticos, restringindo tanto o “ius suffragii” quanto o “ius honorum” pelo período estipulado pela sentença condenatória, nos termos da Lei 8.429/1992, exigindo o trânsito em julgado para sua subsunção.”¹⁰⁷

Trazendo a baila o que anteriormente foi redigido nesta monografia, a improbidade administrativa restou expressa como forma de suspensão dos direitos políticos na Carta Magna, pois se trata a improbidade de conduta de alta reprovabilidade social porquanto ferem princípios basilares da administração pública e, em especial, o princípio da moralidade administrativa.

Assim, configurada a improbidade como uma forma de imoralidade administrativa qualificada, entendeu por bem e de forma corajosamente acertada extirpar, ainda que temporariamente, o cidadão ímprobo da participação na gestão governamental através da escolha de seus representantes.

E os efeitos decorrentes da aplicação desta sanção, importante ressaltar, não atingem tão somente o direito de escolher de seus representantes, mas também para o exercício do voto em plebiscitos e referendos, a possibilidade de subscrever projeto de lei de iniciativa popular, bem como ser parte legítima para a propositura de ação popular.

3.1.1 Do prazo de duração das sanções, do momento de sua aplicabilidade e posicionamento jurisprudencial

Inobstante a previsão da suspensão dos direitos políticos decorrentes da prática de ato ímprobo ter origem no texto constitucional, o prazo de duração da sanção de suspensão dos direitos políticos está prevista na lei ordinária nº 8.429/1992 que reza em seu artigo 12¹⁰⁸ e incisos sobre os referidos prazos.

O prazo de suspensão dos direitos políticos varia dependendo da conduta praticada, podendo ser de 08 (oito) a 10 (dez) anos, caso a conduta tipificada seja do enriquecimento ilícito, nos ditames do artigo 9º da LIA; de 05 (cinco) a 08 (oito) anos na hipótese de configuração de ato que acarrete em prejuízo ao erário,

¹⁰⁷ ARIS, Thalita Abdala. *Improbidade administrativa no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014. p. 199-200.

¹⁰⁸ Vide transcrição do artigo 12 e incisos da Lei 8.429/1992 no subitem 1.2.2 do presente trabalho: Das sanções aos atos de improbidade administrativa.

conforme condutas expressas no artigo 10; ou de 03 (três) a 05 (cinco) anos quando da prática de atos que atentam contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 do mesmo diploma legal.

Desta forma, a primeira ressalva que deve ser feita e lembrada neste capítulo é que o legislador, ao tratar do tema, previu prazos diversos às sanções por entender que certas condutas possuem natureza mais gravosa que outras.

O momento de aplicabilidade das sanções, ou seja, o termo inicial dos efeitos das sanções do ato na esfera de direitos políticos do cidadão se dá somente após o trânsito em julgado da decisão que reconhecer a prática do ato, em conformidade com o artigo 20 da LIA¹⁰⁹.

O Tribunal Superior Eleitoral, no mesmo sentido, já decidiu ao tratar do tema¹¹⁰:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. OPOSIÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator. Precedentes.

2. A suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação por improbidade administrativa depende do trânsito em julgado da decisão condenatória, o que não ocorre no caso dos autos. Não compete a este Tribunal reconhecer o trânsito em julgado de decisão proferida pela Justiça Comum.

3. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e desprovidos.” (grifo nosso)

Ainda no que se refere ao trânsito em julgado para que se caracterize a suspensão dos direitos políticos, mister trazer a baila ponto fulcral expresso no julgado mencionado acima no tocante ao reconhecimento e certificação do trânsito em julgado.

Como bem delineado pelo voto do relator, Min. Marcelo Henrique de Oliveira, a certificação do trânsito em julgado somente poderá ser realizada pela justiça comum, haja vista que esta é o juízo competente para o julgamento da ação de improbidade.

¹⁰⁹ “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”

¹¹⁰ Embargos de declaração no recurso contra expedição de diploma N° 1456-93.2011.6.00.000. Rel. Min. Marcelo Henrique de Oliveira. DJe 02.-05-2012.

Um importante adendo a ser feito na aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos decorrentes da prática de ato ímprobo é que na decisão que condenar o agente público ou terceiro deve constar expressamente a aplicação da sanção ora em comento.

Em assim sendo, caso a decisão transitada em julgado que condene determinado agente ou terceiro atribuir, v.g., as sanções de ressarcimento ao erário e/ou proibição em contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios e/ou a imputação de multa, sem mencionar a supressão ao exercício do sufrágio, não será possível restringir a capacidade eleitoral ativa do mesmo.

Neste sentido segue válido excerto da tese de Thalita Abdala Aris:

“Além do trânsito em julgado, para que haja a configuração à hipótese prevista no artigo 15, V, da CF/88, o Tribunal Superior Eleitoral determina, ainda, que a decisão que condena o candidato por ato de improbidade administrativa imponha, expressamente, em seu texto, a suspensão dos direitos políticos. Caso contrário, não há restrição ao direito de votar e ser votado¹¹¹.”

No mesmo sentido, segue trecho de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, de lavra do Ministro Arnaldo Versiani, assim dispondo:

“Registro de candidatura. Certidão criminal. Suspensão de direitos políticos.

1. Se as certidões criminais apresentadas pelo candidato no seu pedido de registro não preenchem os requisitos legais, deveser-lhe dada oportunidade de sanar eventual irregularidade, no prazo de 72 horas, conforme dispõe o art. 11, § 3º, da Lei nº 9.504/97, não se podendo, sem essa intimação prévia, indeferir o registro à falta da referida documentação.

2. Tendo em vista que o candidato se antecipou a essa intimação e trouxe aos autos as certidões criminais, é de se considerar suprida a irregularidade.

3. Conforme pacífica jurisprudência do Tribunal, a suspensão de direitos políticos por ato de improbidade depende de decisão expressa e motivada do juízo competente.

4. A condenação de candidato por ato de improbidade administrativa - ainda que decorrente de afronta à Lei de Licitações - não gera inelegibilidade, se a sentença, em sede de ação civil pública, não impôs expressamente a suspensão de direitos políticos. Agravo regimental desprovido. Indexação. Aguardando acórdão. Decisão O Tribunal, por maioria, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Ministro Arnaldo Versiani,

¹¹¹ ARIS, Thalita Abdala. *Improbidade administrativa no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014. p. 201.

que redigirá o acórdão. Vencido o Ministro Eros Grau (Relator).” (grifo nosso)¹¹².

Por derradeiro, no tocante aos atos ímprobos tipificados nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429 de 1992, frisamos que, antagonicamente do que se passa com a a supressão do sufrágio passivo, e que será melhor tratado do subitem infra, não se requer necessário a cumulação de condutas e tampouco que reste configurado ato doloso para que a capacidade eleitoral ativa seja suspensa.

Desta feita, presente as condicionantes dantes mencionadas – trânsito em julgado e previsão expressa no dispositivo da decisão da sanção de suspensão dos direitos políticos – pouco importa se o ato que deu causa à procedência da ação de improbidade foi cometido com dolo ou somente com culpa grave¹¹³.

3.2 Da Suspensão da Capacidade Eleitoral Passiva decorrente de condenação por ato ímprobo (Inelegibilidade)

A improbidade administrativa, além do que dispõe a Constituição Federal e a Lei 8.429 de 1992 ao tratarem da suspensão dos direitos políticos, também possui implicações à capacidade eleitoral de modo que determinadas condutas poderão tornar o cidadão inelegível.

E o instrumento normativo que disciplina as inelegibilidades e, por conseguinte, as inelegibilidades decorrentes de atos ímprobos, é a Lei Complementar nº 64 de 1990, acrescida pela Lei Complementar 135/2010, conhecidas, respectivamente, como Lei das Inelegibilidades e Lei da Ficha Limpa.

A LC 64/1990, em seu extenso e já transcrito rol de condutas passíveis a acarretar a sanção (e não *status*¹¹⁴) de inelegível ao cidadão, prevê algumas condutas dentre as quais figuram a prática de ato ímprobo.

Além de prever as hipóteses em que o ato ímprobo suprimirá temporariamente o sufrágio passivo, há no texto legal da lei complementar acima mencionada quais as condutas ímprobos – previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa – que serão objeto da suspensão da capacidade eleitoral

¹¹² (TSE. Agravo regimental em recurso especial eleitoral nº 34.303/RJ Rel. Min, Eros Roberto Grau (vencido). Rel. para acórdão, Min. Arnaldo Versiani. Data de Julgamento: 10/03/2009)

¹¹³ Para rememorarmos, ato ímprobo decorrente de culpa grave somente é admitido em algumas das condutas dispostas no artigo 10 da LIA, sendo vedado, por conseguinte a configuração de ato ímprobo por conduta culposa tipificada nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992.

¹¹⁴ Vide subitem 2.3.2.2 do capítulo II desta monografia.

passiva, bem como o momento pelo qual o efeito de suas sanções atingirão a esfera dos direitos políticos passivos da pessoa.

Nos subitens que seguem do presente trabalho pretendemos debater as especificidades do efeito das sanções da condenação do ato ímprobo no direito eleitoral, bem como esmiuçar, através do estudo da doutrina e jurisprudência, as peculiaridades do tema.

3.2.1 Dos atos ímprobos que ocasionam a inelegibilidade e do disposto no artigo 1º, inciso I, alínea “I” da LC 64/1990.

Os atos ímprobos são tipificados pela LIA em seus artigos 9º, 10 e 11 e podem ser oriundos, respectivamente, de condutas que acarretem em enriquecimento ilícito por parte do agente ou terceiro, que cause prejuízo ao erário ou que atente contra os princípios da administração pública, como já anteriormente tratado nesta monografia.

Para a suspensão dos direitos políticos não há previsão constitucional ou legal que faça qualquer divergência quanto a conduta típica praticada, como também já disposto neste trabalho. Entretanto, o mesmo não acontece quando tratamos da inelegibilidade. Senão vejamos.

A LC 64/1990, na previsão mais específica das consequências do ato ímprobo para a verificação do preenchimento das condições de elegibilidade, assim reza:

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;

Da leitura do texto legal acima, pedimos *venia* para repetir o seguinte trecho: “[...] *por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito [...]*”.

Não obstante ser de extrema relevância a questão da menção por ato doloso, o elemento volitivo necessário será melhor tratado adiante e, no presente

momento, cabe a nós tratarmos dos atos propriamente ditos que causam a improbidade.

Como visto o dispositivo legal mencionado, para que esteja o condenado pela prática de ato ímprobo inelegível será necessário que ele pratique ao mesmo tempo condutas que lhe proporcionem enriquecimento ilícito e que causem prejuízo ao erário.

Assim, a prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública, como prevê artigo 11 da Lei 8.429 de 1992, não são passíveis a tornar o cidadão inelegível, nos termos que rege a lei complementar ora em comento.

*“RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIMENTO. ELEICOES 2012. VEREADOR. ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLACAO AOS PRINCIPIOS DA ADMINISTRACAO PÚBLICA. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. AUSENCIA DE CONDENACAO POR DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILICITO. PROVIMENTO. 1. **A jurisprudencia desta Corte e no sentido de que nao incide a inelegibilidade da alinea I do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, nos casos em que a condenacao por improbidade administrativa importou apenas violacao aos principios da administracao pública, sendo necessaria tambem a lesao ao patrimonio público e o enriquecimento ilícito** (Precedentes: AgR-REspe nº 67-10/AM, Rel. Min. Nancy Andrighi, PSESS de 6.12.2012). 2. 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 termos em que realizada a tipificação legal pelo órgão competente para o julgamento da referida ação. 3. Recurso especial provido para deferir o registro do candidato.¹¹⁵” (grifo nosso)*

Da mesma forma a prática de conduta prevista no artigo 9º ou 10 da LIA de forma autônoma, ou seja, de uma ou outra conduta sem a cumulação de ambas também não preenche o requisito do artigo 1º, inciso I, alínea “I” da Lei das Inelegibilidades.

Quanto ao disposto acima, não restam dúvidas da necessidade de que restem caracterizadas ambas as condutas, haja vista que o legislador optou pelo conectivo “e” e não “ou”, como se depreende de uma leitura mais atenta da alínea “I”.

¹¹⁵ (TSE. Relator: Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Data de Julgamento: 06/08/2013)

A posição adotada nesta monografia possui algumas críticas, dentre elas a do eleitoralista José Jairo Gomes, que entende que deverá ser interpretado extensivamente a redação da alínea “I” para que seja compreendida a conjunção “ou” no presente caso:

“A conjuntiva e no texto da alínea I deve ser entendida como disjuntiva (ou), pois é possível cogitar de lesão ao patrimônio público por ato doloso do agente sem que haja enriquecimento ilícito. Cuida-se de falsa conjuntiva¹¹⁶.”

Entretanto, tal esforço exegético não deve prevalecer, seja pelo fato que a redação do texto legal é clara ao optar pela necessidade da cumulação das condutas, seja pelo fato que a norma que suprime direitos não poderá ser interpretada de forma extensiva.

Neste sentido, segue lição do professor Marino Pazzaglini Filho:

“A incidência dessa causa de inelegibilidade somente ocorre quando a condenação do agente público à suspensão dos direitos políticos for por violação simultânea das duas primeiras modalidades de atos de improbidade administrativa acima descritos, isto é, por ato doloso que cause lesão ao patrimônio público (Art.10) e importe em enriquecimento ilícito do agente público (art 9º) [...] Portanto, não se inserem nessa causa de inelegibilidade, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que importam em enriquecimento ilícito (Art. 9º), quando isoladamente cominados, bem assim os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), cuja condenação incluir a sanção de suspensão dos direitos políticos.¹¹⁷”

Corroborando com o defendido neste trabalho, segue entendimento do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 ÀS ELEIÇÕES 2010. CONDENAÇÃO COLEGIADA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 1º, I, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. **NECESSIDADE DE PRÁTICA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE QUE IMPORTE, SIMULTANEAMENTE, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO CANDIDATO E LESÃO AO ERÁRIO. ARTS. 9º E 10 DA LEI Nº 8.429/92. PROVIMENTO.1. A aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 às Eleições 2010 não**

¹¹⁶ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 218.

¹¹⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei da inelegibilidade comentada*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51-52.

*importa violação ao art. 16 da Constituição Federal por se tratar de norma de direito eleitoral material, que não altera, portanto, o processo eleitoral. Precedentes. 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura, razão pela qual a ela não se aplicam os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo. Precedentes. 3. A Lei Complementar nº 135/2010 atende ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porquanto resultou da ponderação de tal princípio com o da moralidade e probidade para o exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato. Precedente. 4. **O ato de improbidade capaz de autorizar a incidência da causa de inelegibilidade do art. 1, I, I, da Lei Complementar nº 64/90 deve caracterizar-se por conduta do candidato de "auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida" (art. 9º, caput, da Lei nº 8.429/92) para a prática de ato que cause "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres" do erário (art. 10, caput, da Lei nº 8.429/92).** 5. Recurso ordinário provido¹¹⁸. (grifo nosso)*

Verificada quais as condutas que podem dar ensejo à supressão da capacidade eleitoral passiva do agente público ou terceiro, vamos prosseguir com a análise do elemento volitivo necessário para a caracterização da suspensão do sufrágio passivo.

3.2.2 Do elemento volitivo necessário para a caracterização da suspensão da capacidade eleitoral passiva

Na redação da alínea "I" do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar 64 de 1990, resta disposto o seguinte trecho: *"por ato doloso de improbidade administrativa"*.

Neste caso, assim como da análise das condutas passíveis a proporcionar a inelegibilidade (subitem 3.2.1 supra) concluímos que a o texto legal foi claro e bem específico quanto ao elemento subjetivo ensejador da sanção ora em debate.

Desta forma, não há margem de interpretação que possa vir a demonstrar entendimento pelo qual uma conduta praticada com culpa grave seja passível de originar a suspensão da capacidade eleitoral passiva do cidadão.

Mister ressaltar que o elemento volitivo a ser apreciado dentre as condutas previstas nos artigos 9º e 10 da LIA somente proporcionará mais debates quanto ao

¹¹⁸ (TSE. Relator: Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 26/05/2011)

último artigo, posto que aos atos que importam em enriquecimento ilícito entendeu por bem o legislador reconhecer a configuração destes apenas sobre o elemento dolo, não sendo admissível a configuração por ato culposos.

As dúvidas, portanto, surgirão somente quando da qualificação do elemento subjetivo nas condenações em que o ato ímprobo houver resultado em prejuízo ao erário.

Quanto ao tema, duas são as questões que nos trazem maiores discussões: (i) como há necessidade da configuração das condutas previstas nos artigos 9º e 10 da LIA, será necessário demonstrar o ato do doloso da prática de ambos, caso sejam mais de uma as condutas ímprobas? e (ii) quem é o juízo competente para reconhecer o elemento volitivo da conduta?

No primeiro questionamento trazido ao estudo, *ab initio* devemos diferenciar duas situações possíveis: a primeira decorre da condenação por ato ímprobo em que uma só conduta proporcione enriquecimento ilícito ao agente ou terceiro e concomitantemente cause prejuízo aos cofres públicos. Neste caso nada há que se debater sobre o elemento subjetivo ensejador da improbidade pois se o autor do ato foi condenado pelo artigo 9º, presumir-se-á que restou caracterizado o dolo.

Todavia tal segurança não se apresenta na segunda hipótese, qual seja, quando dois atos diversos configurem, um o enriquecimento ilícito e o outro o dano ao erário.

Neste caso o ponto fucral das dúvidas que permeiam o raciocínio do intérprete da lei no que tange a redação legal ao tratar a prática de ato doloso de improbidade administrativa e cause prejuízo ao erário. Explicaremos.

A lei ao dispor a necessidade de que o ato seja doloso e que configure as condutas dos artigos 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa não faz menção a essencialidade da demonstração que ambos os atos sejam dolosos, ou se configurado o enriquecimento ilícito já estaria demonstrado o dolo nesta conduta e, portanto, poderia o ato ocasionador de prejuízo aos cofres públicos ser praticado somente com culpa grave, como assim admite a LIA.

Entendemos que a linha de raciocínio descrita acima não poderá prevalecer sobre a qual o dolo exigido deve, para a caracterização da inelegibilidade, ser comprovado em ambas as condutas.

E faço a defesa de nosso posicionamento na presente tese sob dois argumentos.

A uma, que se não fosse necessário comprovar o dolo da conduta que causou prejuízo ao erário, desnecessário seria o legislador prever o trecho “ato doloso de improbidade administrativa”, haja vista que ao atribuir como condição *sine qua non* a cumulação de atos ímprobos, e, sendo um deles caracterizado apenas pela figura do dolo, bastaria tão somente o legislador mencionar a essencialidade da condenação em ambas as condutas.

Desta feita, por anuirmos com a máxima que a lei não tem palavras desnecessárias ou disposições inúteis, deverá ser interpretada a necessidade da comprovação do dolo em ambas os atos ímprobos.

A duas pelo fato de que normas restritivas de direitos deverão sempre ser interpretadas da forma menos gravosa à pessoa que o praticou e nunca de por meio de uma hermenêutica extensiva.

Já quanto ao segundo questionamento proposto, maiores discussões já foram feitas sobre o tema, em especial sobre a possibilidade de aferição do elemento subjetivo pela Justiça Eleitoral.

O Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, ao se deparar com a questão, por mais de uma vez proferiu decisão na qual entendeu que a verificação do elemento volitivo deverá ser apreciada pela Justiça Eleitoral no momento do registro da candidatura, como segue o julgado abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANOTAÇÃO DE INELEGIBILIDADE EM CADASTRO ELEITORAL. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 64/1990. CONDENAÇÃO COLEGIADA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROMANADA DA JUSTIÇA COMUM. ARTIGO 1º, I, L, DESSE DIPLOMA. NECESSIDADE DE PRÁTICA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE QUE IMPORTE, SIMULTANEAMENTE, LOCUPLETAMENTO E LESÃO AO ERÁRIO. MOMENTO DE AFERIÇÃO: REGISTRO DE CANDIDATURA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. PRECEDENTES. ORDEM DE SEGURANÇA CONCEDIDA. PARA QUERECONHECIDA A INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 1º, I, L, DA LEI COMPLEMENTAR 64/1990, É INDISPENSÁVEL QUE A JUSTIÇA ELEITORAL VERIFIQUE SE A CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURE ATO DOLOSO QUE IMPORTE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. APRECIÇÃO E DECISÃO ACERCA DESSES ELEMENTOS QUE COMPETEM À JUSTIÇA ELEITORAL NA OPORTUNIDADE DO

**REGISTRO DA CANDIDATURA. ORDEM DE SEGURANÇA
CONCEDIDA.¹¹⁹ (grifo nosso)**

Entretanto, pedimos licença ao nobres julgadores que assim entenderam para defender a competência da justiça comum e, mais especificamente, do órgão julgador para atribuição do elemento subjetivo à conduta.

E tal fato resta claro porquanto não se apresenta cabível outorgar a quem não participou da instrução processual e, por conseguinte, não fez juízo valorativo das provas ou acompanhou o desenvolvimento processual, analisar o elemento subjetivo da conduta¹²⁰.

Assim, à justiça eleitoral caberá única e exclusivamente a aplicação do efeito das sanções de improbidade na esfera eleitoral e de acordo com o que foi decidido pela justiça comum ao julgar a ação.

A atribuição da análise do elemento volitivo por parte da justiça eleitoral é medida de usurpação de competência, haja vista que somente a justiça comum poderá julgar ações de improbidade.

Ademais, é certo que o juízo que condenou o agente ou terceiro pela prática de ato ímprobo, ao fazer a dosimetria para aplicar as sanções, analisou o elemento subjetivo da conduta.

E mais. Em não havendo menção literal do elemento volitivo “dolo” na decisão que condenou o agente, deverá a justiça eleitoral, ao apreciar o pedido de registro de candidatura, interpretar como conduta culposa¹²¹.

3.2.3 Do prazo de duração das sanções e do momento de sua aplicabilidade

¹¹⁹ (TRE-SP - MS: 28896 SP, Relator: JOSÉ ANTONIO ENCINAS MANFRÉ, Data de Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 16/07/2012) . No mesmo sentido MS 35.124 Rel. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, DJe 07.08.2012 – TRE – SP.

¹²⁰ “*Em consonância, segue entendimento de Thalita Abdala Aris: “Entendemos, entretanto, que a definição da natureza do ato como doloso ou culposos deveria se dar perante o Juízo no qual tramitou a ação de improbidade administrativa e se desenvolveu a instrução probatória, tendo a Justiça Comum mais elementos para concluir se o agente agiu com dolo ou culpa. A definição de tal conduta pela Justiça Eleitoral implicará prolongadas discussões sobre os fatos que circundaram a condenação por improbidade administrativa, medida que foge da objetividade que deveria conduzir o registro de candidatura.”* (ARIS, Thalita Abdala. *Improbidade administrativa no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014. p. 225).

¹²¹ Seguimos no entendimento que a quando se tratar de supressão de direitos a hermenêutica nunca poderá ser extensiva, devendo ser literal ou restritiva.

A suspensão da capacidade eleitoral passiva decorrente de ato ímprobo tem prazo de 08 (oito) anos a iniciar após o término do cumprimento da sanção de suspensão dos direitos políticos prevista na Lei 8.429/1992, como dispõe a parte final do artigo 1º, inciso I, alínea “f” da LC 64/1990: *“desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.”*

A redação do texto legal nos parece bastante clara, mas algumas pontuações devem ser feitas no que toca ao cumprimento da sanção e seu lapso temporal.

Como já mencionado preteritamente, a condenação somente terá efeitos na esfera dos direitos políticos do condenado se estiver disposto na decisão condenatória a sanção de suspensão dos direitos políticos.

No tocante à suspensão do sufrágio passivo tal situação não é diferente do que foi mencionado quanto ao sufrágio ativo e, portanto, ainda que sejam preenchidos os demais requisitos para a caracterização da inelegibilidade – condenação por ato doloso e causou prejuízo ao erário e proporcionou enriquecimento ilícito –, se não houver a condenação na suspensão dos direitos políticos, não incidirá o disposto na alínea “f”, do inciso I do artigo I da Lei das Inelegibilidades.

Retomando a análise do prazo em si, abrimos um pequeno parêntesis para tecer uma breve crítica quanto ao lapso temporal que a Lei Complementar nº 135 de 2010 trouxe às hipóteses de inelegibilidades.

A Lei da Ficha Limpa, ao majorar os prazos de três, quatro e cinco anos previstos na redação original da LC 64/90 para o prazo de 08 (oito) anos – o que também o fez com as novas condutas tipificadas – deixou de valorar a gravidade das condutas passíveis de gerar a inelegibilidade, tratando todas como o mesmo “peso da espada”, o que ao nosso ver foi um grande equívoco.

Ainda que a previsão de igual prazo sancionatório para todas as condutas torne mais fácil o estudo das normas pelos intérpretes e operadores do direito, a ausência de previsão de um lapso mínimo e máximo de prazo de pena, v.g. “de três a oito anos”, não dá margem à diferenciação das condutas.

O que se pretende enfatizar é que se por um lado o prazo de oito anos é razoável para determinada conduta pode ser extenso de mais para outras, inclusive

em casos em que sejam imputadas as mesmas infrações. Portanto, a previsão de pena única para todas as hipóteses previstas nas alíneas do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64 de 1990 ofende os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ao nosso ver, os congressistas – muito em face da pressão popular para que tivessem sanções mais severas aos políticos do país, tendo em vista que a edição da lei se deu na época do julgamento do maior escândalo político de corrupção até então visto no Brasil –, legislaram para saciar o clamor do povo.

No caso da improbidade administrativa, mostra-se latente o quão severa foram as sanções trazidas pela LC 135/2010, posto que como o termo *a quo* de contagem do prazo de 08 (oito) anos é o término da sanção que houver sido determinada no julgamento da ação de improbidade, bem como pelo fato das sanções de direitos políticos terem previsão de até 10 (dez) anos, poderão em alguns casos que o cidadão se torne inelegível pelo prazo de 18 (dezoito) anos, o que configura praticamente o banimento do indivíduo da vida política, como muito bem aponta o professor José Jairo Gomes:

“A inelegibilidade em apreço é sobremodo severa. Incide ‘desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena’. ‘Pena’, aqui, designa a sanção suspensiva de direitos políticos imposta pela Justiça Comum. Pelo artigo 12, I e II, da Lei 8.429/92 tal suspensão pode se dar pelo período de cinco a dez anos. Logo, a inelegibilidade de oito anos terá início após vencido o período de suspensão. Sendo este de dez anos, o agente ímprobo poderá ser privado da cidadania passiva por 18 anos. Na prática, isso significa a imposição de ostracismo político, com o banimento do agente da vida pública.”¹²²

Uma segunda observação e também de suma importância é que inobstante o prazo da inelegibilidade se seguir após o término das sanções oriundas da decisão que julgou a ação de improbidade, os efeitos eleitorais da inelegibilidade poderão se tornar eficazes antes mesmo do início da suspensão dos direitos políticos.

Tal situação se faz possível devido à previsão normativa, da mesma alínea “I”, a qual em seu início reza: *“os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado”*.

¹²² GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 218.

Desta forma, por não se exigir o trânsito em julgado como requisito essencial à caracterização da inelegibilidade, os efeitos da inelegibilidade poderão se perfazer na esfera dos direitos políticos do cidadão caso, no momento do registro de candidatura, contra este tenha sido proferido acórdão desfavorável condenando-o a suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa doloso que importe em enriquecimento ilícito e que tenha causado prejuízo ao erário.

Ocorre que tal possibilidade trazida pela Lei Ficha Limpa ofende o disposto nos artigos 20, da Lei de Improbidade, e, em especial o artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Assim, e em especial com relação à ofensa a garantia fundamental acima dita, o princípio da presunção de inocência resta completamente refutado, tendo em vista que poderá haver na presente hipótese uma execução provisória através desta antecipação dos efeitos da sanção de inelegibilidade.

“Conforme já exposto ao comentarmos os julgamentos relativos à Lei Complementar nº 135/2010, entendemos que tal previsão implica violação aos artigos 5º, LVII, da CF/88, 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e 20 da Lei nº 8.429/92, tendo em vista que impõe ao cidadão condenado por órgão colegiado efeitos próprios de uma condenação definitiva, em verdadeira ‘execução provisória’ do julgado, sendo que eventual reforma da decisão implicará em dano irreparável àquele que não pôde se candidatar.”¹²³

Por todo o exposto, entendemos que a previsão da execução dos efeitos anteriormente à ocorrência do trânsito em julgado da decisão condenatória, por afrontar claramente o princípio da presunção de inocência – previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal – deverá ser considerada inconstitucional.

¹²³ ARIS, Thalita Abdala. *Improbidade administrativa no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014. p. 216-217. Prosseguindo quanto à citação feita, a autora faz mais um relevante adendo ao mencionar: *“Novamente ressaltamos aqui o nosso posicionamento pela moralidade nas eleições e enaltacemos o nobre intuito da Lei Complementar nº 135/2010, que visa que sejamos, nós brasileiros, representados por cidadãos íntegros e probos. Contudo, trata-se de um Estado Constitucional, devendo ser respeitado o devido processo legal. A inobservância da disciplina prevista no ordenamento jurídico pátrio implica a violação ao princípio da presunção de inocência, sendo inconstitucional a previsão que admite a inelegibilidade em virtude de decisão proferida por colegiado. Além disso, deve também ser respeitada a soberania popular, tendo em vista que a presença, ou não, dos chamados ‘fichas sujas’ no poder dependerá da manifestação popular nas urnas, mediante a livre escolha de candidatos e da mínima intervenção do Estado em sua vontade.”*

CONCLUSÃO

Após o estudo apresentado neste trabalho no qual foram abordados os temas da improbidade administrativa, dos direitos políticos e, por fim, o efeito das sanções da condenação pela prática de ato ímprobo nas capacidades eleitorais ativa e passiva, foi possível chegarmos a algumas conclusões.

A primeira delas é que o constituinte e, posteriormente, o legislador ordinário entenderam por bem trazer ao ordenamento jurídico pátrio a previsão de sanções à repugnante prática de atos ímprobos por parte de agentes públicos e terceiros.

E tal fato se deu devido a necessidade em se coibir atos que afrontem a moralidade e a probidade administrativa, de modo a tentar extirpar ou ao menos minorar a permanência de agentes corruptos e que por meio de condutas desonestas venham a proporcionar ofensas ao estado democrático de direito ou que, de forma direta ou indireta, ocasionem prejuízos ao Poder Público.

Desta necessidade de tornar o Estado imune aos gestores ímprobos, a Constituição Federal previu, em seu artigo 37, §4º a imposição de gravosas sanções ao agente que atua com desonestidade no exercício de suas funções.

Observamos também que a Carta Magna não andou só ao tratar do tema, haja vista que a Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, de maneira mais específica tratou do tema, ao prever, dentre outras disposições, o rol de legitimados para figurar nos polos ativo e passivo – e quanto a este inclusive a legitimidade de terceiro não integrante dos quadros da administração – da ação jurisdicional cabível para o julgamento de condutas ímprobas.

Ademais, fez constar também a Lei 8.429/1992 uma série de condutas ímprobas que, resumidamente, foram divididas em: (i) que proporcione enriquecimento ilícito ao agente; (ii) que cause dano ao erário; e (iii) que atente contra os princípios da administração pública.

Ato contínuo, a referida lei também delimitou um vasto do rol de sanções a serem imputadas aos condenados pela prática de ato ímprobo, dentre as quais ressaltamos a multa, o ressarcimento ao erário e, em especial, a suspensão dos direitos políticos.

No tocante aos direitos políticos, concluímos que estes poderão ser divididos entre direitos políticos positivos e negativos, enquanto que o primeiro se trata do

sufrágio ativo e passivo, os quais se compreendem, em apertada síntese conclusiva, o direito de votar e o direito de ser votado; já o segundo é caracterizado pelos óbices aos primeiros.

Ainda no estudo dos direitos políticos positivos, verificamos que a capacidade eleitoral ativa se perfaz com o alistamento eleitoral e o seu exercício é obrigatório aos maiores de 18 (dezoito) e menores de 70 (setenta) anos, sendo facultativo ao que tiverem entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos, aos maiores de 70 (setenta) anos e aos analfabetos.

Já quanto aos direitos políticos negativos pudemos concluir que estes poderão se dar através da perda ou suspensão das capacidades eleitorais ativa e passiva, de modo que diferem-se a perda e a suspensão pelo fato que naquele a supressão de direitos se perfaz *ad eternum*, enquanto este possui prazo determinado.

Por fim, quanto ao cerne da presente monografia a conclusão obtida foi que a improbidade administrativa gera consequências ao exercício dos direitos políticos de ambas as naturezas, podendo o cidadão tanto restar impedido a exercer o sufrágio ativo, como decorre das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, como a exercer o sufrágio passivo, estando inelegível, nos termos do que reza o artigo 1º, inciso I, alínea “I” da Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990 (com alterações dadas pela Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; e NUNES JÚNIOR. Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Verbatim, 2012.

ARIS, Thalita Abdala. *Improbidade administrativa no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 21ª edição – São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo*, vol. 2, tomo III - 4ª edição revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: RT, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Atualização Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei da inelegibilidade comentada*. São Paulo: Atlas, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Ética: do mundo da cédula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.