

**ROMÁRIO VICTOR SOARES DE SOUSA**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITO PENAL:  
CONVERGÊNCIAS E ASSIMETRIAS A PARTIR DA  
CONTRIBUIÇÃO DE WINFRIED HASSEMER**

Brasília

2016

**ROMÁRIO VICTOR SOARES DE SOUSA**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITO PENAL:  
CONVERGÊNCIAS E ASSIMETRIAS A PARTIR DA  
CONTRIBUIÇÃO DE WINFRIED HASSEMER**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Doutor Antonio  
Henrique Graciano Suxberger

Brasília

2016

**ROMÁRIO VICTOR SOARES DE SOUSA**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITO PENAL:  
CONVERGÊNCIAS E ASSIMETRIAS A PARTIR DA  
CONTRIBUIÇÃO DE WINFRIED HASSEMER**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Doutor Antonio  
Henrique Graciano Suxberger

Brasília, de de 2016.

**Banca Examinadora**

---

**Prof. Dr.º Antonio Henrique Graciano Suxberger**  
**Orientador**

---

**Examinador (a)**

---

**Examinador (a)**

## **AGRADECIMENTOS**

De certa maneira, a conclusão da graduação em Direito significa para mim nascer.

Sendo assim, agradeço a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para que essa gestação pudesse ser tão proveitosa e cheia de momentos que serviram para moldar meu caráter, enquanto pessoa e profissional.

De forma destacada, faço menção aos meus pais, irmãos, tias, avós e primos. Muito obrigado!

Agradeço aos amigos que adquiri durante a graduação, pessoas que tornaram essa jornada muito mais agradável e satisfatória.

Agradeço, por fim, ao professor Antonio Suxberger. Obrigado pela enorme contribuição intelectual, pela confiança e por acreditar nesse trabalho.

*“... E quem refuga o mundo resmungando  
passará berrando essa vida marvada...”*

(Rolando Boldrin – Vide vida marvada)

## RESUMO

A busca por elementos aptos a estabelecer os limites e semelhanças entre o Direito Penal e a punição decorrente do ato de improbidade administrativa orientam os rumos da pesquisa. O trabalho procura explicitar que a comunicação de postulados aplicados no Direito Penal decorre do cerne que originou o poder punitivo do Estado. A análise desenvolvida no corpo do trabalho tem como plano de fundo o Direito de Intervenção, proposição elaborada por Winfried Hassemer, destinada a conter os efeitos do expansionismo penal. Assim, no primeiro capítulo da monografia será destacada a configuração do Direito de Intervenção e sua manifestação na punição dos atos de improbidade administrativa. No capítulo seguinte, é feito um cotejo no tocante à aplicação de elementos gerais, comuns ao *ius puniendi* e institutos específicos do Direito Penal. Cotejo necessário para indicar a diversidade de razões que motivam a aplicação dos institutos. No terceiro capítulo, com base em um julgado destacado do Superior Tribunal de Justiça, será feita a análise da hipótese de se valer de critérios que estão previstos na Lei de Execução Penal para regulamentar a pena de suspensão de direitos políticos decorrentes de múltiplas condenações por improbidade. Tornar-se-á possível destacar que a autonomia conferida à punição decorrente do ato de improbidade administrativa, além de sua manifestação como uma das vertentes do Direito de Intervenção impedem a transposição das regras de Direito Penal. O trabalho é desenvolvido com base nas obras que tratam do tema visitado, além da seleção de decisões que se coadunam com o interesse proposto.

**Palavras-chave:** Improbidade Administrativa. Direito de Intervenção. Expansão do Direito Penal. Autonomia das Sanções. Suspensão dos Direitos Políticos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 O DIREITO DE INTERVENÇÃO PROPOSTO POR HASSEMER</b> .....	4
<i>1.1 O Direito de Intervenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador</i> .....	8
<i>1.2 O Direito Administrativo Sancionador</i> .....	11
<i>1.3 A lei De Improbidade Administrativa como Direito de Intervenção</i> .....	14
<b>2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITO PENAL: FACETAS DO PODER SANCIONADOR ESTATAL</b> .....	17
<i>2.1 Princípios limitadores do poder estatal</i> .....	19
<i>2.1.1 Legalidade, Tipicidade e Culpabilidade</i> .....	19
<i>2.1.2 Princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade</i> .....	24
<i>2.1.3 Aplicação do princípio da insignificância</i> .....	27
<i>2.2 O espaço intermediário em que se localizam as sanções derivadas do ato de improbidade</i> .....	30
<i>2.2.1 Severidade das sanções</i> .....	31
<i>2.2.2 O tratamento da prescrição</i> .....	33
<i>2.3 Problematização de institutos</i> .....	36
<i>2.3.1 Acordo de colaboração premiada</i> .....	36
<i>2.3.2 Foro por prerrogativa de função</i> .....	39
<b>3 IMPROBIDADE E O SOMATÓRIO DAS SANÇÕES COM A UTILIZAÇÃO DE PRECEITOS PENAIIS</b> .....	43
<i>3.1 Da deliberação do Superior Tribunal de Justiça no Resp 993.658 - SC</i> .....	44
<i>3.2 O tratamento dispensado aos atos de improbidade administrativa</i> .....	46
<i>3.3 O limite material de aplicação da regra prevista no art. 111 da Lei de Execução Penal ...</i> .....	48
<i>3.4 A eficácia da sanção de suspensão dos direitos políticos não depende do somatório</i> .....	50
<i>3.5 A incoerência decorrente do simples somatório das sanções</i> .....	52
<b>CONCLUSÕES</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59

## INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se apresenta remete à análise da limitação de incidência das normas do Direito Penal no campo destinado à punição dos atos de improbidade administrativa. O tema põe em questão as fronteiras e semelhanças encontradas no tratamento dessas duas formas de repressão estatal. Assim, a conjectura a ser desenvolvida ao longo dessas linhas é fruto primordialmente da conversação que ocorre entre instrumentos repressivos que se encontram a cargo do Estado. Da mesma forma, o objeto de análise reflete a inquietação quanto à busca de elementos distintivos claros aptos a delimitar efetivamente o campo de incidência das normas penais perante a improbidade administrativa.

Será feita uma incursão sobre o atual momento do Direito Penal e sua expansão. A fim de demonstrar que no contexto vigente o debate acadêmico centra-se na busca de alternativas que retirem do Direito Penal a proteção de bens jurídicos coletivos e priorize tutela de condutas para as quais o Direito Penal foi efetivamente concebido. Entre as propostas destinadas a frear a expansão do Direito Penal, será escolhida a teoria elaborada pelo jurista alemão Winfried Hassemer, denominada de Direito de Intervenção. Ao fundamentar sua proposição o autor sustenta que ineficácia do sistema penal tradicional no trato das demandas sociais contemporâneas se tornou evidente. Por essa razão propôs uma teoria que dialoga com diferentes áreas do Direito, pensando em uma intervenção legítima e eficaz, mas que fuja do sistema penal tradicional.

Em seguida, será procedida a análise do Direito de Intervenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Serão estabelecidas certas premissas quanto ao âmbito de eficácia dessas três formas de intervenção estatal, além da diferenciação desses ramos. Será feito um destaque específico quanto à configuração do Direito Administrativo Sancionador como uma das formas de manifestação do Direito de Intervenção, haja vista as peculiaridades que essa face da tutela jurídica veio a estabelecer.

Os preceitos normativos inerentes à improbidade administrativa serão analisados com o fim de descobrir se a especificidade de tratamento conferida pelo artigo 37, §4º, da Constituição Federal se mostra suficiente para garantir a essa forma punitiva uma posição independente no âmbito da ciência jurídica. Adentrando nas questões que se referem ao mérito da hipótese objeto do trabalho, inicia-se a investigação do conjunto normativo expresso pela Lei nº 8.429/92. Onde se vislumbra a existência, lado a lado, de sanções políticas, administrativas e civis, que podem ser aplicadas de maneira isola ou



cumulativamente, em decorrência dessa constatação será possível averiguar se a Lei de Improbidade Administrativa é uma vertente do Direito de Intervenção.

Será apontado que o cerne da punição do ato de improbidade administrativa é o *ius puniendi* exercido pelo Estado e guiado pela fragmentariedade das formas interventivas. Construir-se-á um paralelo, partindo das hipóteses mais amplas para as mais específicas, a fim de demonstrar que eventuais dogmas aplicáveis tanto na tutela da probidade administrativa quanto no Direito Penal são decorrentes do núcleo comum dessas duas formas interventivas. Assim, será destacado que a aplicação dos traços limitadores oriundos do Direito Penal reveste-se no viés da improbidade administrativa como decorrência do limite de aplicação da norma sancionadora. Situação que induz ao tratamento diversificado e específico no que se refere à adequada aplicação das disposições gerais.

A análise irá formular alguns exercícios hipotéticos referentes à possibilidade e adequação da transferência de elementos especificamente tratados na escala do Direito Penal para a punição dos atos de improbidade administrativa. Será possível verificar se institutos tipicamente penais podem ser aplicados para regulamentar a sanção pela prática do ato de improbidade administrativa.

Será apresentado um precedente do Superior Tribunal de Justiça que trata de maneira específica da transposição de normas penais para o campo da improbidade. O julgado a ser destacado apreciou a incidência de normas previstas na Lei de Execução Penal para regulamentar o somatório de sanções de suspensão de direitos políticos decorrentes de variadas condenações por ato de improbidade administrativa.

No último capítulo, será feito um destaque no sentido de que a referência exposta na Lei de Improbidade é destinada a conter o criticado processo de ampliação do Direito Penal por searas em que essa manifestação da ciência jurídica não mostra eficaz. A afirmação encontrará fundamento na expressa ressalva contida no texto constitucional que regulamenta a punição pela prática de improbidade administrativa. Assim, com base nos elementos que constam da exposição será possível analisar a autonomia da sanção decorrente da prática de ato de improbidade administrativa. O enfoque será destinado para a hipótese de se valer de preceitos advindos do Direito Penal para somar as penas de suspensão de direitos políticos decorrentes de múltiplas condenações pela prática de ato improprio.

Será procedida a análise da Lei de Execução Penal, sob o prisma que afete âmbito da matéria discutida no trabalho. Nesse aspecto, se pretende demonstrar que a

disposição normativa condiciona como pressuposto de sua aplicação a existência de condenação por mais de um crime, independente de ser em um mesmo processo ou em processos distintos. Buscará se verificar que situação a não encontra correspondência no tratamento dos atos de improbidade administrativa, pois crimes estes não são. Pretende-se demonstrar que nem o regime de cumprimento da pena nem o prazo para progressão de regime podem ser definidos a partir de cada pena isolada, o que traduz a razão do artigo 111 da Lei de Execução penal, e por consequência a expressa necessidade de se considerar as punições em seu conjunto. Situação inaplicável no campo da improbidade administrativa.

É importante frisar que essa monografia não traz consigo a inovação característica das grandes descobertas, tampouco pretende esgotar todo o tema referente à incidência do Direito Penal na área da improbidade. Objetiva em primeiro lugar fomentar o debate acerca de um tema complexo e igualmente intrigante. Dessa forma, a exposição tem índole eminentemente expositiva, pois é resultado de uma pesquisa junto à doutrina especializada e jurisprudência afeta à matéria. Se algum mérito a análise desenvolvida possui, é de ter coletado e exposto o pensamento de estudiosos. E, nos casos que a análise não encontrou respostas perante a doutrina, o mérito do trabalho deve ficar afeto à intenção de demonstrar com base no que se depreendeu do tratamento do tema o que melhor se coaduna com a adequação conferida à tipologia da improbidade administrativa.

## 1 O DIREITO DE INTERVENÇÃO PROPOSTO POR HASSEMER

A ineficácia do sistema penal tradicional no trato das demandas sociais contemporâneas se tornou evidente<sup>1</sup>. Em razão dessa constatação surge a iminente necessidade de se formular alternativas que busquem uma intervenção legítima e eficaz que fuja do sistema penal tradicional, por meio de um direito que sancione sem que o faça através da prisão. Nesta seara surge o Direito de Intervenção proposto por Hassemer.

Segundo o penalista alemão, a expansão exagerada do Direito Penal moderno indica a falta de legitimidade e eficácia para as questões decorrentes dessa expansão<sup>2</sup>. O processo de expansão do Direito Penal tem como consequência a ausência de distinção quanto às outras formas de intervenção do Estado.

Desse modo, a incidência do Direito Penal em todos os campos da tutela jurídica desvirtua seu real sentido, que seria a guarda do que foi pactuado por meio do contrato social. Logo, um Direito Penal destinado à manutenção de condições estritamente essenciais para a manutenção da sociedade.

Importante destacar que algumas críticas<sup>3</sup> ao modelo proposto por Hassemer asseveram que a fórmula clássica de Direito Penal idealizado pelo alemão nunca existiu, tendo em vista que sempre houve bens pertencentes à sociedade, ou seja, bens coletivos.

Nesse sentido, refutando o pensamento do Direito Penal mínimo e justificando a sua origem, Gracia Martin<sup>4</sup> aduz que o minimalismo penal nasceu nas camadas sociais que sempre detiveram o poder, sendo que a modernização da ciência penal estabelece a igualdade entre os cidadãos no que concerne ao alcance da pena. Sendo assim, condutas perpetradas contra o meio ambiente, a economia não podem se limitar à punição na seara Administrativa, haja vista os danos que causam à coletividade.

Superando esse pensamento inicial, Hassemer propõe alternativa que se coaduna com o objetivo preservar a eficácia e legitimidade do Direito Penal, o que o autor denominou Direito de Intervenção<sup>5</sup>. Em suma, a proposta consiste na exclusão da incidência do Direito Penal sobre os delitos de menor correspondência com os valores sociais. A punição

---

<sup>1</sup> HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, p. 43.

<sup>2</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*, p. 190.

<sup>3</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.*, p.17.

<sup>4</sup> MARTIN, Luis Gracia. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno.* apud OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 19.

<sup>5</sup> HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*, p. 49.

desses ilícitos deve ser transmitida para um sistema de intervenção que efetivamente puna o agente, inobstante a falta de previsão da pena privativa de liberdade.

Hassemer assevera que o Direito Penal deve incidir apenas nos casos de violação das liberdades garantidas pelo contrato social. Essa concepção revela que, embora seja o direito penal uma medida de violência, ele é, porém, ao mesmo tempo, um instrumento de liberdade do cidadão. Dessa forma, ele é irrenunciável para a vida em comum dos seres humanos, devendo, obviamente ser colocado em correntes, não podendo se tornar independente. Ele não é um *passapartout*, mas, primeiramente um meio (*ultima ratio*) para solução dos problemas da sociedade.<sup>6</sup>

Adotando a perspectiva do autor, restaria ao Direito Penal apenas os crimes tradicionais. São aqueles que fazem parte do núcleo duro da tutela penal, compõe o denominado núcleo duro os bens jurídicos individuais, como a vida, a liberdade. Além dos crimes contra o patrimônio e aqueles que atentam contra a integridade física do indivíduo<sup>7</sup>.

Busca-se, portanto, a recuperação do real sentido do Direito Penal, pois restaria destinado a este a tutela dos bens elementares aos interesses humanos. Nesse campo nuclear do Direito Penal é possível verificar um modelo de intervenção penal liberal, criteriosa e que somente entra em ação quando os demais meios limitadores da situação se mostrarem incapazes<sup>8</sup>.

A definição desse núcleo tem o condão de afastar a tutela penal das demandas que detém alta carga ideológica. Afasta-se, portanto, a incidência do Direito Penal na proteção da vida saudável ou mesmo a proibição ao uso de drogas, ideais que são tutelados, atualmente, da mesma forma com que se oferecia guarida a moral sexual tempos atrás.

A proposta não pretende fazer do Direito Penal um instrumento de transformação para o futuro ou de introjeção de novos valores por meio da norma, pois atrelar o Direito Penal ao controle social tradicional é mantê-lo a serviço das ideologias menos progressistas<sup>9</sup>.

O debate é centrado acerca da validade dos próprios consensos sociais na fundamentação do Direito penal, além das escolhas valorativas que devem ser criticamente avaliadas no processo legislativo. A proposição escancara que o Direito Penal não é o único

---

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*, p. 194.

<sup>7</sup> HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 23.

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 71.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 72.

ramo do direito que tutela bens jurídicos, tampouco o único dotado de suportes coativos, ainda que conte com a mais drástica das sanções: a pena privativa de liberdade.

O Direito de Intervenção demonstra que Estado moderno dispõe de um verdadeiro arsenal de meios protetores da ordem social, o que traduz que os penais não são os mais eficazes, de forma que não se afigura legítimo, tampouco racional se valer do Direito Penal quando cabível a utilização de outros meios eficazes a proteção de bens jurídicos.

O Direito de Intervenção encontra certa resistência perante a doutrina que sustenta a necessidade de uma tipificação penal abstrata, que se destina à guarida de bens coletivos<sup>10</sup>. Essa parcela doutrinária sustenta que Direito Penal não pode ignorar ou evitar as novas características da sociedade contemporânea se quer cumprir sua função social, o que enseja operar com novos modelos de proteção, situação que abre a possibilidade de punição das condutas preparatórias<sup>11</sup>.

A rejeição<sup>12</sup> ao Direito de Intervenção remete à existência de bens que são dotados de natureza supraindividuais. São bens que merecem a tutela penal para se garantir a prevenção geral, sendo que uma vez retirados da proteção penal acabaria por se transmitir uma espécie de sensação de desproteção, tanto para àqueles que vivem o atual momento como para as gerações que estão por vir.

A afirmação é representada por meio da proteção penal ao meio ambiente. Afirma-se que essa tutela não pode ser transferida somente para a competência da Administração Pública, haja vista que a destruição dos ecossistemas tem o condão de provocar efeitos tão graves para a sociedade quanto um crime perpetrado em detrimento de um bem individual<sup>13</sup>.

A proteção ao meio ambiente não pode ser traduzida simplesmente como o socorro do Direito Penal a uma norma administrativa, em razão do descumprimento de determinadas normas técnicas. Essa tutela demonstra a função preventiva atribuída ao Direito Penal para coibir atitudes que se mostram ofensivas ao meio ambiente e todos aqueles que de maneira potencial podem ser atingidos pelo resultado do dano ambiental.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> COSTA, Helena R Lobo da. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*, p. 119.

<sup>11</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*, p. 47.

<sup>12</sup> ROMERO, Diego. Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato, p. 31.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, Jorge Dias de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco", p. 49.

<sup>14</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*, p. 844 - 847.

Mirentxu Corcoy<sup>15</sup> pontua que não são raras as ocasiões em que Administração Pública também é responsável por certos delitos. Delitos consubstanciados na expedição de autorizações irregulares, corrupção de funcionários públicos, edição de normas de interesse local para atender anseios políticos e econômicos. Panorama que revela que a atuação da Administração Pública muitas vezes padece de eficiência no fim que deveria buscar, por tal motivo há de se permitir a incidência do Direito Penal nesses campos.

É preciso somar ainda as ocasiões em que a própria Administração causa danos por meio da edição de normas desvirtuadas de uma finalidade que atenda de fato o interesse da coletividade e será a instância responsável por julgar os particulares que atentem contra as normas postas. Panorama que afasta a imparcialidade da decisão e acaba por mitigar a proteção que os bens jurídicos pertencentes à coletividade merecem<sup>16</sup>.

Sendo assim, a transferência da tutela de bens coletivos para o Direito de Intervenção proposto pelo autor alemão teria como consequência a desproteção desses bens. O que ensejaria não apenas o colocar em risco a vida, a saúde dos indivíduos e a perpetuação da espécie humana, mas atentar contra a própria natureza e às gerações presentes e futuras<sup>17</sup>.

Há de se ressaltar, no entanto, que a crítica esbarra no principal empecilho levantado por Hassemer qual seja, a natureza pedagógica de certos tipos penais criados sem o apontamento de outras soluções para o julgador. Ademais, restaria violado o princípio de subsidiariedade penal protegendo-se bens jurídicos coletivos, sem qualquer referencial individual ou efetiva demonstração de que estes bens não possam ser guardados por nenhum outro mecanismo jurídico.

Somado a isso, acrescente-se novamente que o marco teórico do Direito de Intervenção remete à necessidade de retirar do âmbito de alcance do Direito Penal a tendência marcadamente expansiva, reguladora de atividades que até então não cuidava<sup>18</sup>. Combate-se que a disciplina venha a se tornar algo totalmente diferente do que foi, na medida em que, embora possa conservar o rótulo Direito Penal, restará, na prática, completamente distanciada de tudo aquilo que historicamente representou o saber jurídico-penal<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Org.). *Derecho penal de la empresa*. Navarra. Universidad de Navarra, 2002. p. 613-49. *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 82.

<sup>16</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, p. 21.

<sup>17</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental: O Princípio da precaução e sua aplicação judicial*, p. 92-102.

<sup>18</sup> HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 23.

<sup>19</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*, p. 124.

Assim, integrar o Direito de Intervenção ao conjunto de normas sancionadoras, seria uma maneira de contribuir para o surgimento de soluções alternativas destinadas a tirar do imaginário popular, do senso comum, que o Direito Penal é o mecanismo ideal para a solução de todas as mazelas que assolam a sociedade<sup>20</sup>.

Nesse contexto, o Direito de Intervenção seria meio de prevenção, veiculando também uma função fiscalizatória, de sorte que pode prever figuras de perigo abstrato, e seu objeto tutela devem ser bens jurídicos supraindividuais ou coletivos. O Direito Penal, na linha do pensamento de Hassemer, não desaparecerá, não se tratando, portanto, de uma doutrina abolicionista, mas será reduzido em seu campo de atuação, contendo o expansionismo do Direito Penal<sup>21</sup>.

### ***1.1 O Direito de Intervenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador***

Conforme se denota, surge o Direito Intervenção como uma proposta que visa conter o expansionismo do Direito Penal, reservando para este meio coercitivo as infrações que mais afetam os interesses fundamentais do indivíduo. Já as infrações concernentes às violações dos novos interesses sociais, deveriam ser prevenidas um direito de cunho sancionador situado a meio caminho entre as normas penais e extrapenais.

Não se conjuga a ideia de abolição do Direito Penal, tampouco se busca substituir o Direito Penal. Preocupa-se o Direito de Intervenção em fazer com que o Direito Penal possa reconhecer seus limites, de modo que desgarre de funções que notadamente não devem ser objeto do Direito Penal:

Seria altamente recomendável que fossem retirados da esfera do Direito Penal os problemas que lhe foram trazidos nos últimos tempos. O Direito das contravenções, o Direito Civil, o Direito Administrativo e também o mercado e as precauções das próprias vítimas são campos onde muitos dos problemas de que o Direito Penal moderno se apropriou seriam mais bem gerenciados. Poder-se-ia também sugerir que aqueles problemas das sociedades modernas que levaram à modernização do Direito Penal fossem disciplinados por um específico “Direito de Intervenção”, situado entre o Direito Penal e o Direito das Contravenções, entre o Direito Civil e o Direito Administrativo. Decerto, ele poderia contar com garantias e formalidades processuais menos exigentes, mas também seria provido com sanções menos intensas contra o indivíduo. Tal Direito “moderno” seria normativamente menos censurável e, ao mesmo tempo, faticamente melhor equipado para lidar com os problemas específicos da sociedade moderna<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal. Fundamentos, estrutura e política*, p. 227.

<sup>21</sup> FIGUEIREDO, Rudá Santos, *Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade*, p. 35.

<sup>22</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal. Fundamentos, estrutura e política*. p. 262.

Segundo Hassemer, o Direito Penal deveria retroceder-se para onde funciona bem, isto é, ao denominado Direito Penal clássico ou nuclear. Deve tratar das infrações que mais afetam os interesses fundamentais do indivíduo, ao passo que as infrações concernentes às violações desses novos interesses sociais, tais como a ordem econômica ou o meio ambiente, deveriam prevenidas por meio do Direito de Intervenção<sup>23</sup>.

Cabe, portanto, ao Direito de Intervenção uma função preventiva, veiculando também uma dogmática fiscalizatória. Permite-se a previsão de figuras com conteúdo de perigo abstrato, destinando-se a tutelar bens jurídicos supraindividuais ou coletivos<sup>24</sup>. A principal diferença em relação ao Direito Penal é a finalidade. Considerando que a sanção penal é dotada de caráter preventivo e retributivo, visto que seu objetivo é compensar a conduta delituosa do agente mediante a imposição de um mal penal.<sup>25</sup>

A sanção imposta pelo Direito de Intervenção é dotada de caráter preventivo primário. Explicando, destina-se à prevenção e contenção de riscos, e de forma global, o que enseja a previsão de soluções inovadoras que garantam a obrigação de minimizar os danos<sup>26</sup>. Conforme se observa, o Direito de Intervenção se caracteriza por conter garantias menos rigorosas do que o Direito Penal e sanções mais moderadas, ou seja, menos lesivas para os direitos individuais, destituídas, pois, da etiqueta de sanções penais, e que seriam – segundo Hassemer – mais eficazes.

É o que se convencionou denominar prevenção técnica<sup>27</sup>, visto que a prevenção ao risco não se justifica apenas pelo temor da sanção. Ocorre, sobretudo, pelo estímulo à adoção de mecanismos e técnicas na condução de certas atividades que evitem condutas arriscadas.

A análise de tais características, quando se evidencia o objeto da investigação aqui proposta, se alinha ao que prevê ao art. 37, §4º, da Constituição Federal. A previsão normativa surge como grande instrumento para enfrentar novos fenômenos de delitos econômicos e corrupção, conseqüentemente, indica ao agente público e aqueles que lidam com as atividades do Estado, as condutas consideradas proibidas, o que traz para o plano concreto certo padrão de eficiência e segurança.

---

<sup>23</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*, p. 125.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO, Rudá Santos, *Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade*, p. 37.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*, p. 16.

<sup>26</sup> MOREIRA, Romulo Andrade de. *Atenção mais um crime na praça*, p. 65.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 51.



A sanção, portanto destina-se a evitar o resultado, o que, por consequência, traduz à inviabilidade de se aceitar a responsabilização objetiva para fins de imposição das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

A respeito do Direito Administrativo Sancionador, cabe a este ramo sancionar a proteção dos interesses administrativos, a repressão às condutas de perigo abstrato e a normatização da criminalidade da bagatela. A proposta seria a gestão das áreas de atuação da Administração tendo este gerenciamento o condão de reforçar as exigências e ações da Administração<sup>28</sup>.

Destaca-se como característica do Direito Administrativo Sancionador a competência para a aplicação da reprimenda, considerando que esta se dá por meio de autoridade administrativa, mediante procedimento de natureza administrativa com uma finalidade repressora<sup>29</sup>. Segundo Osório, o requisito mais importante seria que a sanção fosse imposta de acordo com uma concepção procedimental do Direito Administrativo e que as penas guardassem incidência formal e material do Direito Administrativo:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.<sup>30</sup>

Logo, para caracterizar a sanção administrativa, se além à autoridade que a comina e a preservação das regras do Direito Administrativo. Abre-se, inclusive, a possibilidade de delegação da função da autoridade administrativa em casos que há uma complexidade técnica envolvida, desde que preservados as normas de caráter administrativo na aplicação das sanções.

O Direito Administrativo Sancionador também pode ser caracterizado pela prevenção de condutas nocivas a bens jurídicos vedando o uso de objetos idôneos para a prática do perigo, de modo que a sanção administrativa exerce a prevenção da própria conduta, ao contrário do Direito Penal que busca reparar e prevenir o resultado.

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 92.

<sup>29</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 95.

<sup>30</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 97.

Afigura-se correta, portanto, a conclusão de que no Direito Administrativo Sancionador trabalha-se com a ideia de precaução e quanto ao Direito Penal incide uma tutela de prevenção.

De acordo com delimitação dos campos de incidência do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal, percebe-se que a sanção administrativa é imposta ao cidadão, buscando sua normatização na seara Administrativa material e processual. Afasta-se a característica penal da reprimenda, sobretudo, em decorrência da inexistência de previsão de pena privativa de liberdade.

Há quem reitere<sup>31</sup> a proposta de Hassemer, no entanto, confere maior carga ideológica à diferenciação. O traço distintivo entre o injusto penal e administrativo seria a desvalorização ética que circunda os ilícitos penais, e por consequência na imposição de uma pena privativa de liberdade. Ao passo que os ilícitos administrativos possuem infrações neutras, sob o ponto de vista ético, sendo sua reprimenda voltada para a conservação e proteção das estruturas que formam o Estado.

A delimitação é dotada de extrema relevância, pois se deve considerar que uma vez definido quais os campos de atuação da tutela Administrativa Sancionadora e do Direito Penal, será possível, de maneira adequada, estabelecer as diversas perspectivas normativas e valoração autônoma das condutas.

Explanado tal contexto, é possível destacar que a diferença entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador diz respeito à espécie de reprimenda imposta por cada um desses ramos<sup>32</sup>, somado ao modo que tais sanções são aplicadas aos seus destinatários. Assim, amparado no campo de incidência de cada uma das áreas, o legislador ao editar a norma definirá qual a forma de tratamento que possui maior eficácia para a solução almejada, sem olvidar o fim comum de ambos os campos, qual seja, a efetiva reprimenda dos ilícitos praticados.

## ***1.2 O Direito Administrativo Sancionador***

O conceito de Direito Administrativo Sancionador permite concluir que este ramo da ciência jurídica mescla os seguintes componentes: (1) as pessoas jurídicas que

---

31 GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I. Problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010. *apud*, OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 103.

32 COSTA, Helena R. Lobo da. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*, p. 182.

compõem a Administração Pública; (2) as atividades exercidas por esses entes; (3) as relações jurídicas que esses sujeitos façam parte.

Dentre esses três elementos, o que mais interessa ao Direito Administrativo Sancionador diz respeito ao terceiro, ou seja, a possibilidade do Estado impor sanções aos Administrados. Essa legitimidade conferida à Administração Pública para efetivar punições se coaduna com a fragmentariedade do poder punitivo do Estado, pois coloca em evidência uma das múltiplas opções disponíveis perante o vasto sistema de proteção que se destina à tutela de bens jurídicos.<sup>33</sup>

Assim, esse dever se manifesta de duas maneiras: primeiro através da criação de uma norma que estabelece condutas e as respectivas sanções para aqueles que infringirem esta norma; após, haverá a materialização da sanção para todos aqueles que desobedecerem ao comando legal.

Sob esse prisma, necessário ressaltar que não obstante a grande maioria das normas que estabelecem condutas que devem ser seguidas sob pena de uma intervenção estatal limitar seu campo de incidência ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, Fábio Medina<sup>34</sup> sustenta que o poder conferido ao Estado para efetuar a punição dos infratores não é unitário. A razão de ser do entendimento consubstancia-se na ideia de que os princípios constitucionais quando incidentes nas relações penais ou de Direito Administrativo, manifestam-se de forma distinta, ainda que nominalmente idênticos.

Levantado esse ponto, é possível estabelecer algumas características, aproximações e distanciamento entre o Direito Penal e a prerrogativa conferida à Administração para editar normas e punir seus agentes. Na verdade, Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador se aproximam em decorrência da fragmentariedade e limitação do poder punitivo estatal.

A premissa invocada parte da ideia de que *ius puniendi*, entendido como o poder de punir conferido ao Estado, é dotado de substancial identidade capaz de justificar a existência de uma categoria jurídica geral e própria. Encontram-se reunidos no corpo dessa categoria a diversidade de pretensões punitivas levadas a cargo pelo Estado na defesa dos bens jurídicos essenciais à vida social<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> MOLINA, Antonio Garcia-Pablo de. *Derecho Penal: introducción*, p. 384.

<sup>34</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 120.

<sup>35</sup> ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais – Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Punitiva*, p. 52.

Assim, é possível perceber que a principal característica do Direito Administrativo Sancionador é a sanção diversa da pena privativa de liberdade. Característica que segundo apontam os estudiosos do tema é o principal traço distintivo do Direito Penal, ou seja, pune-se o não cumprimento das normas estabelecidas no ordenamento jurídico conforme através de outras sanções<sup>36</sup>.

Tal fundamento emana de outra imposição fundamental, menos conhecida, mas segundo o qual a sanção privativa de liberdade é a última medida a ser adotada pelo Estado e que é utilizada apenas quando todos os outros meios de coibir as condutas indesejadas se mostrem insuficientes ou falhos.

Sendo assim, apelar para o Direito Penal deve ser a última tentativa de coibir as ações indesejadas, e dentre essas alternativas, a sanção administrativa surge como "*penultima*" ratio . Surge, portanto, uma construção punitiva intermediária que merece destaque em razão de refutar a mais violenta das ingerências que o Estado pode lançar mão. Afasta-se da busca demagógica por uma solução fácil para os problemas das sociedades, com o “simples” proceder da criminalização determinada conduta, deslegitimando o papel que cabe ao Direito Penal.

Destaca-se que não é o Direito Penal a pedra fundamental para o Direito Administrativo Sancionador. Essa forma interventiva decorre do Direito Público estatal (*ius puniendi*), motivo pelo qual Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador se aproximam. Consequentemente, os princípios limitadores do poder sancionador do Estado são aplicados sempre de acordo com um critério gradativo, conforme os efeitos da punição decorrente da prática de um ato descrito em uma norma sancionadora como ilícito.

Nesse sentido, afirmamos que as variações que os princípios do Direito Penal sofrem no âmbito do Direito Administrativo Sancionador são traduzidas como o preenchimento valorativo para delimitar uma consequência jurídica, com o uso de normas que transcendem, mas que ao mesmo tempo estão referidas ao caso ou ao tipo<sup>37</sup>.

Assim, o Direito Administrativo Sancionador traduz a diversidade de tratamento às condutas, característica que destaca alternativa ao processo de expansão do Direito Penal, em que pese muito próximos, esses dois ramos da ciência jurídica possuem campo de aplicação específico, destinando-se a coibir condutas de maneira distinta.

---

<sup>36</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 122.

<sup>37</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, p. 333.

O que se está a indicar é que certas condutas praticadas pelos agentes detentores de algum vínculo com a Administração foram colocadas como passíveis de tutela por meio do Direito Administrativo Sancionador. Condutas dotadas de menor grau de ofensividade, por derivação, com reprimendas dotadas de menor grau de intensidade para os destinatários específicos da norma jurídica em questão.

Nessa perspectiva, entende-se que o poder conferido ao Estado para efetivar a proteção dos bens jurídicos é uno, sendo que em razão da fragmentariedade, o regime punitivo está fundado em uma principiologia comum, donde são promovidas adequações valorativas necessárias a cada campo material em que incidem.

Desse modo, afigura-se completamente plausível que certos limites impostos pelo ordenamento jurídico quando incidentes nas relações penais ou de Direito Administrativo, manifestem-se de forma distinta, ainda que nominalmente idênticos.

Ademais, a ausência de restrição quanto à aplicação de normas penais no campo do Direito Administrativo Sancionador, acaba, justamente desvirtuando a natureza sancionatória independente da norma administrativa, tornando por vezes nulo o Direito Administrativo Sancionador e confirmando o processo de expansão do Direito Penal em áreas que não fazem parte do objeto de sua atuação.

### ***1.3 A lei De Improbidade Administrativa como Direito de Intervenção***

Adentrando nas questões que circundam o mérito da análise aqui desenvolvida, inicia-se o destaque do conjunto normativo expresso pela Lei nº 8.429/92. É possível vislumbrar na estrutura da Lei de Improbidade Administrativa a existência, lado a lado, de sanções políticas, administrativas e civis, que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente.

A pluralidade das reprimendas que figuram como consequência da prática do ato de improbidade administrativa decorre da autonomia formal e material dado ao tratamento jurídico do sistema punitivo inaugurado pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988. O referido dispositivo estabelece e inaugura uma forma de responsabilização por uma via sancionatória autônoma.

Importa reconhecer que as sanções de improbidade promovem uma higidez maior na escala de valoração de proteção ao bem jurídico tutelado. Conclusão que afasta a

alegação de que as referidas punições são dotadas de “forte conteúdo penal”<sup>38</sup>, considerando, sobretudo, que o ponto fundamental do Direito Penal, que o destoa das demais previsões do Direito, a possibilidade de cominação de pena de privação de liberdade, não encontra previsão na Lei de Improbidade Administrativa.

Ao revés, o diploma reitera em suas linhas a disposição contida na norma constitucional, no sentido de que as sanções aplicadas em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa serão levadas a efeito de maneira que se dê efetividade à relativa independência das instâncias cível, penal e administrativa.

Importa frisar ainda que a gravidade e natureza das sanções veiculadas pela referida lei não destoam suas características. Esse aspecto singulariza o tratamento do delito de acordo com a sanção apropriada, o que faz com que os casos sejam solucionados de maneira mais rápida e coerente. Evita-se, portanto, o abarrotamento do Direito Penal ao se efetivar o tratamento de novos delitos com regras e procedimentos específicos, o que demonstra a forma adequada de abordagem de problemas que não devem ser submetidos à tutela penal, conforme se destaca:

Aliás, a finalidade buscada por Hassemer quando propõe o Direito de intervenção é precisamente sugerir novas formas de abordagem para os problemas que se colocam ao Direito penal tradicional, tendo em mente que as críticas recorrentes formuladas pela doutrina penal já não são capazes de impressionar ou influenciar as decisões de política criminal.

O objetivo do Direito de intervenção é “buscar soluções fora do Direito penal”, que possam liberar o Direito esta última área das demandas inatingíveis (em seu ponto de vista) que se lhes apresentam. Especialmente, para abordar com mais propriedade algumas características hoje incompatíveis com o sistema repressor com o qual contamos – como a acesoriedade administrativa das leis penais, a alta e seletiva cifra negra da criminalidade<sup>39</sup>.

A proposição de Hassemer assevera que o Direito de Intervenção deve ser dotado de normas que possuam, em seu seio, um viés técnico-preventivo, expressas de forma orgânica. Busca-se o afastamento da prevenção de riscos por meio das normas penais, reservando a estas somente os casos mais graves de lesão, individualmente atribuíveis.

As características podem ser encontradas na Lei de Improbidade Administrativa, visto que o cumprimento do disposto na norma não se dá para evitar a sanção. No plano concreto, a Lei de Improbidade Administrativa garante certo padrão de eficiência e segurança aos administrados, conforme se denota da seguinte lição doutrinária:

<sup>38</sup> WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar a improbidade administrativa, p. 213-215.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 49.

A Constituição enuncia a moralidade administrativa como princípio jurídico norteador da atividade da administração pública no artigo 37, caput, ao elencá-lo entre os cinco princípios expressos; já no artigo 5º, inciso LXXIII, ao mencioná-lo novamente como condição de validade dos atos estatais; e no artigo 85, V, ao contemplar a probidade na administração, como valor jurídico indevassável pelo Presidente da República; e ainda no artigo 37, § 4º, ora comentado, ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a disponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, os atos de improbidade administrativa.

O artigo 37, § 4º, da Constituição de 1988 contempla norma de defesa da moralidade administrativa e seu princípio jurídico. Está intimamente relacionado com o artigo 5º, inciso LXXIII, que contempla a possibilidade da ação popular manejada por qualquer cidadão para a defesa do patrimônio público, amplamente considerado, inclusive e especialmente à moralidade administrativa.

A moralidade administrativa é princípio jurídico que se espalha por todo o texto constitucional. Sua defesa encontra-se também radicada nos direitos políticos, na cidadania<sup>40</sup>.

Reportando-se às condutas guarnecidas através da Lei nº 8.429/92, tais práticas não podem ser consideradas como infrações restringidas ao âmbito administrativo. A referida lei ao instituir uma tipologia legal dos atos de improbidade desenvolveu o postulado sob a ótica de três conjuntos de ilícitos, os quais possuem uma origem comum: a violação aos princípios regentes da atividade estatal.

Ademais, o contexto da norma e sua finalidade, apontam para uma clara distinção entre a responsabilização levada a efeito no âmbito administrativo e aquela tutela pelos ditames da Lei nº 8.429/1992 perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa deve ocorrer perante órgão estatal no exercício da função jurisdicional. Característica que revela a qualificação conferida ao sistema punitivo inaugurado pelo §4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o que demonstra o equívoco em entender que essas penas são dotadas de caráter meramente administrativo.

Assim, a reserva de jurisdição revela novamente a gravidade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e a semelhança na tutela de comportamentos que muitas vezes são objetos de tipos penais, previstos no capítulo dos crimes contra a administração pública. No que se refere à severidade das sanções, desde logo é possível perceber que a Lei de Improbidade Administrativa impõe sanções mais graves do que aquelas decorrentes do Direito administrativo Sancionador em geral, multas, suspensão de autorização etc. Todavia, as punições decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa são

---

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 2122.

menos intensas que as penais tradicionais, evitando-se, assim, qualquer tentativa de expansão da tutela penal.

É possível perceber que tutela dos atos de improbidade encontra-se em espaço intermediário entre o Direito Penal e Administrativo, característica do Direito de Intervenção, tendo em vista que surge com o objetivo de propor alternativas destinadas a tirar do imaginário popular, do senso comum, que o Direito Penal é o mecanismo ideal para a solução de todas as mazelas que assolam a sociedade.

Por fim, dentre as sanções nominalmente identificadas que advém da prática do ato ímprobo encontra-se a pena de suspensão dos direitos políticos. Sanção que integra a Lei de Improbidade Administrativa com normas de diversos ramos, sobretudo, a uma das consequências advindas da condenação criminal.

A previsão, no entanto, não desvirtua o caráter da norma. A técnica legislativa tem o sentido de qualificar o dever de honestidade, zelo, lealdade e imparcialidade daqueles que lidam com a coisa pública, tendo em vista que coloca em evidência a relevância ético-jurídica do regular cumprimento da Lei de Improbidade Administrativa, considerando o contexto social e finalidade pública que orientam a proteção da probidade no âmbito administrativo<sup>41</sup>.

## **2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITO PENAL: FACETAS DO PODER SANCIONADOR ESTATAL**

Não se vislumbra proceder adequadamente a estrutura de um sistema estatal punitivo sem adentrar no tratamento conferido à proteção do bem jurídico pelas normas sancionatórias. A conclusão encontra-se sedimentada perante o Direito Penal, visto que não basta que um bem possua suficiente relevância social para vir a ser tutelado penalmente; é preciso que não sejam suficientes para sua adequada tutela outros meios de defesa menos lesivos<sup>42</sup>.

Sendo assim, atente-se que o bem jurídico tutelado pela ação de improbidade é a boa administração pública, ou seja, administração pública honesta. Desse modo, o ponto de referência da ação de improbidade concentra-se na punição dos agentes responsáveis pela prática de ato ilícito contra as entidades públicas ou privadas, gestora de recursos públicos,

---

<sup>41</sup> OLIVEIRA, José Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 243.

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p.60.



capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração<sup>43</sup>.

Já o Direito Penal tem por escopo garantir aos cidadãos, por meio da intervenção estatal, uma vida comum e livre de perigos. Tal postulado permite identificar o caráter subsidiário do Direito Penal, somente chamado a agir quando os demais meios acessíveis forem ineficazes à restauração da ordem jurídica.

O status subsidiário do Direito Penal decorre da gravidade das sanções dele decorrentes, situação que enseja a invocação do princípio da lesividade, de modo que somente merecem a repressão do Estado por meio da tutela penal as condutas que efetivamente lesam os bens jurídicos efetivamente, não se destinando o Direito Penal à tutela de delitos em potencial, ou seja, não é um ramo destinado à prevenção dos delitos.

Salientadas brevemente as características acima destacadas, percebe-se que o Direito Penal, a mais severa das intervenções estatais, funciona como a pedra fundamental do poder sancionador exercido pelo Estado. Por isso, os limites que norteiam a atuação estatal em qualquer campo da esfera punitiva são acompanhados por postulados que têm por escopo frear a arbitrariedade estatal, para que de maneira efetiva, se faça aplicação da proposição legislativa, sem afastar, no entanto, as garantias inerentes aos cidadãos.

Afirma-se, portanto, que os elementos axiológicos e normativos comuns, tirados das normas constitucionais fornecem substancial identidade capaz de identificar a existência de uma categoria geral e própria, a reunir no seu bojo, nos seus traços mais basilares, a diversidade de pretensões punitivas estatais previstas no ordenamento constitucional, na defesa de variada tipologia de bens jurídicos essenciais.

Assim, é preciso enfatizar que a aplicação de elementos gerais que servem como forma de limitação do poder estatal, e por isso encontram manifestações de maneira mais incisiva perante o Direito Penal, ganham no viés da improbidade administrativa, adequação às particularidades trazidas por esse ramo, haja vista que o tratamento diversificado e condizente de determinado ato impõe um ajuste para que sua aplicação se dê forma mais efetiva.

No que concerne aos elementos específicos, ou seja, diretrizes que se localizam expressamente previstas no corpo das normas que orientam a punição, será possível perceber

---

<sup>43</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade administrativa*, p. 08.

que o alcance dessas proposições jurídicas é fator que deve ser analisado sempre em conjunto com o campo do Direito ensejou a inserção dessas normas no ordenamento jurídico.

A análise dessa premissa, no tocante ao objeto da investigação aqui desenvolvida, enseja concluir que, inobstante a forma ampla de previsão de certos institutos oriundos do Direito Penal perante a lei, não se pode apenas conferir sentido literal no momento de aplicação, tendo em vista que tal situação faz com que as proposições normativas abarquem situações de fato para os quais não foram criadas para incidir.

## ***2.1 Princípios limitadores do poder estatal***

Estabelecido o que se pretende demonstrar, passa-se a fazer menção a certos institutos que integram a limitação ao processo sancionatório de modo geral. São institutos que fornecem base a teórica fundamental no que toca à compreensão do fenômeno punitivo, pois expressam a principiologia constitucional referente ao *ius puniendi*.

Desde logo, entretanto, é preciso deixar claro que não se almeja com as considerações que serão abaixo explanadas, proceder a análise de todos os princípios aplicáveis à limitação do exercício punitivo do Estado. Serão tratados de forma destacada apenas alguns princípios, com o fim de demonstrar que a razão jurídica que impera na aplicação desses feixes normativos no campo do Direito Penal, encontra-se divergente quando se faz a adequação para a Improbidade Administrativa.

### ***2.1.1 Legalidade, Tipicidade e Culpabilidade***

A análise do art. 37, §4º, da Constituição de 1988, por se tratar de disposição constitucional que remete à necessidade de edição de uma norma infraconstitucional para produzir todos seus efeitos, deve se procedida em conformidade com o que dispõe art. 5º, II, da mesma fonte normativa, tendo em vista que o princípio da legalidade contempla tanto a ideia de supremacia da lei quanto à de reserva legal<sup>44</sup>.

A legalidade, diz respeito, essencialmente, à submissão geral aos parâmetros da ordem jurídico-constitucional, fixados por aquelas normas que, do ponto de vista material, podem criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, inovando na ordem jurídica. A

---

<sup>44</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 700.

reserva legal, por seu turno, constitui uma exigência de que algumas matérias devem ser necessariamente tratadas por meio de lei (reservadas à lei) <sup>45</sup>.

O princípio da reserva legal, por sua vez, explicita as matérias que devem ser disciplinadas diretamente pela lei. Esse princípio, na sua dimensão negativa, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da lei. Na sua dimensão positiva, admite que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições <sup>46</sup>.

É fundamental notar que referido postulado manifesta seu fundamento jurídico na órbita do Direito Penal em razão da taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais <sup>47</sup>.

Nessa toada, interessante se faz averiguar as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9<sup>o</sup><sup>48</sup>, 10<sup>49</sup> e 11<sup>50</sup> da Lei de Improbidade, com especial atenção ao emprego do vocábulo “notadamente”, tendo em vista que tal expressão permite uma margem de preenchimento valorativo dos preceitos elencados na norma por seu aplicador. Baseado na forma com que o ato de improbidade encontra-se descrito, convém responder se esse regramento viola a necessidade do tipo sancionador exprimir certeza quanto ao seu conteúdo e submissão aos parâmetros da ordem jurídica-constitucional no que se refere à cominação das sanções.

Em verdade, no campo da improbidade administrativa, a tipologia aberta das condutas descritas no *caput* dos dispositivos apresenta-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos <sup>51</sup>.

<sup>45</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 361.

<sup>46</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 702.

<sup>47</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado. Parte geral, vol. I*, p. 60.

<sup>48</sup> 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:

<sup>49</sup> 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:

<sup>50</sup> 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:

<sup>51</sup> GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*, p. 562.

Assim, em certas ocasiões<sup>52</sup>, não basta uma operação de mera subsunção, pois a norma não traz em si todas as notas características imprescindíveis à sua aplicação, de modo que haverá necessidade de intermediação entre a disposição normativa e o fato, por meio de uma operação de índole valorativa, sempre objetivando atingir o fim que se destina a norma.

Dessa forma, torna-se factível abstrair que o sentido que orienta a aplicação do postulado da legalidade no tocante à adequação dos tipos previstos na Lei de Improbidade, é conferir maior particularidade às situações de fato que efetivamente ocorrem, de maneira que resta afastada a necessidade de descrição pormenorizada da conduta que deve ser punida, atributo que corresponde à nota distintiva quando comparado ao Direito Penal.

Quanto ao princípio da tipicidade, esse também se associa de modo inerente ao Direito, não se restringindo necessariamente à vinculação com os tipos penais. Assim, qualquer parcela do *ius puniendi* pressupõe, na lei, a descrição formal da conduta proibida e a fixação da medida sancionatória decorrente da subsunção dos fatos à hipótese legal<sup>53</sup>. Enquanto princípio geral do regime punitivo exercido pelo Estado, a tipicidade encontra seu suporte constitucional no próprio princípio da legalidade. Logo, encontra amparo nos art. 5º, incisos II, XXIX e LIV, 37, *caput*, e 37, §4º da Constituição Federal.

O postulado indica que deve se afastar a normatização através de tipos vagos ou imprecisos, pois tal previsão não atentará apenas contra a segurança jurídica, mas em face da possibilidade de se buscar um adequado controle judicial no processo destinado à aplicação da legislação que regulamentou a tutela dos atos de improbidade administrativa.

Essa ordem de determinabilidade indica que restará caracterizado o ato de improbidade administrativa se, para além do dolo e da culpa, elementos que na seara da improbidade são dotados de tratamento particular, houver adequação do fato à conduta disposta na norma. Formalmente, a tipicidade caracteriza-se com a subsunção da conduta do agente ao tipo descrito no texto da norma.

Interessante destacar, no entanto, que aplicar a tipicidade aos atos de improbidade administrativa não significa manter-se fiel na leitura da tipicidade restritiva, tal

---

<sup>52</sup> Neste particular, é possível trazer o exemplo da prática do nepotismo, conduta que, em síntese, consiste em conceder cargos públicos a parentes próximos. Pois bem, em que pese tal conduta não encontrar expressa previsão perante a Lei nº 8.429/92, nada afasta a conclusão que uma vez identificada a prática do nepotismo, ter-se-á, de imediato, a violação ao princípio da impessoalidade, já que privilegiados interesses individuais em detrimento do interesse coletivo, configurada estará a conduta prevista no inciso I, do artigo 11, da Lei nº 8.429/92.

<sup>53</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 209.

qual se faz na descrição dos tipos penais<sup>54</sup>. Em verdade, não há como atender o interesse público almejado pela tutela dos atos de improbidade se a tipicidade fosse enfrentada sob um panorama de índole penal, em primeiro lugar, ocorreria a utilização de um sistema que não se amolda ao fenômeno normativo descrito.

Ademais, existe óbice de natureza sistemática e semântica, haja vista que seria penoso, tanto do ponto de vista linguístico, quanto organizacional, abranger todos os atos que importem em grave desonestidade, incúria, parcialidade e deslealdade no trato da coisa pública. Prima-se aqui pela aferição do desvalor da ação e do desvalor do resultado no caso concreto para identificar-se a relevância material da agressão perpetrada pela conduta ilícita, de modo a incorporar ao ato de interpretação a constatação de que o elemento axiológico nela exibido está presente no caso e que autoriza a tipificação.

No que diz respeito à culpabilidade, ou seja, o pressuposto necessário à responsabilização do agente, novamente não se discute a ideia de que somente haveria a existência do postulado constitucional da culpabilidade em se tratando de punições decorrentes de ilícitos penais. O princípio da culpabilidade conta com *status* constitucional. Pode ser deduzido, em primeiro lugar, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF) e, ademais, do art. 5º, inc. LVII, da CF<sup>55</sup>, diz respeito ao juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um ato ilícito.

Com efeito, é o elemento subjetivo que expõe o encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração da culpabilidade do agente, que poderá apresentar-se sob duas únicas formas: o dolo e a culpa. Significa que ninguém será punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização decorrente do exercício da função punitiva Estatal não será objetiva, mas subjetiva<sup>56</sup>.

Desse modo, a necessidade de aferir o elemento subjetivo da conduta, decorre de uma ideia de direito punitivo como um todo, sendo que o conjunto de cláusulas constitucionais ao impor a culpabilidade como um dos requisitos para a responsabilização dos agentes afasta a intolerável arbitrariedade do Poder Público frente às pessoas.

Especificamente, tratando da incidência em atos de improbidade administrativa, as condutas que importam em enriquecimento ilícito e violação aos princípios

---

<sup>54</sup> FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*, p. 694.

<sup>55</sup> VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no direito administrativo*, p. 153.

<sup>56</sup> GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*, p. 617.

da boa administração somente serão punidas se praticadas na forma dolosa. Entretanto, a referida legislação permite a prática de atos culposos no tocante às condutas que são praticadas em detrimento dos cofres do erário.

Assim, é possível perceber que a culpabilidade nesses casos funciona conceito contrário à incidência da responsabilidade objetiva em face do agente que pratica ato de improbidade administrativa. Todavia, o regramento do elemento volitivo destacado nas condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa permite concluir que não há qualquer traço especial na tipologia. Vale dizer, não é preciso que, para caracterizar a improbidade, o agente busque qualquer finalidade a mais além do próprio objetivo reprovável o dolo integra a ação, podendo ser definido como a vontade de concretizar as características objetivas do tipo<sup>57</sup>.

Dessa forma, restará caracterizado o elemento volitivo necessário à responsabilização pelas condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, sempre que a conduta é animada pela vontade livre e consciente do sujeito ativo de praticar o ato classificado como ímprobo, pois o elemento subjetivo não é o fator de definição da improbidade, mas, sim, a própria norma<sup>58</sup>.

A afirmação encontra ensejo nas circunstâncias que permeiam a improbidade administrativa, ausentes nas infrações penais, como a organização e estrutura de Poder, e uma possível vulnerabilidade daí decorrente, situações que impõem a fixação de deveres ao gestor público em nível superior ao exigido da sociedade. Ademais, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, segundo o qual o gestor público somente deverá atuar nos estritos limites delineados pela lei.

No tocante à configuração do ato culposo, sinteticamente resumido como a inobservância do dever legal pelo agente, muito embora o artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, não faça a distinção entre os denominados graus da culpa, se mostra adequado expor uma breve remissão a tais categorias, apenas com a pretensão de elucidar e trazer maior densidade ao tratamento do tema. Assim, vejamos a lição de Emerson Garcia:

Identificado o ápice da curva ascendente de previsibilidade, ali estará situada a culpa gravíssima, considerando-se como tal a ausência de previsão de um evento que o seria por qualquer homem normal. Na base da curva de previsibilidade, tem-se a culpa leve, onde o evento só poderia ser previsto com o emprego de uma diligência incomum, própria daqueles que exercem atividades que pressupõem um maior grau

---

<sup>57</sup> SOUSA, Eduardo Nepomuceno de. Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa, p. 34

<sup>58</sup> JUNIOR, José César Naves de Lima. O gradualismo eficaz do dolus malus na improbidade administrativa. Carta Forense. Porto Alegre, edição n. 110, Jul. 2012.

de discernimento. Em posição intermediária, está a culpa grave, a qual se consubstancia na não previsibilidade de um evento que o seria pelos homens diligentes e responsáveis, qualidade esta indissociável dos gestores da coisa pública<sup>59</sup>.

Destarte, importa frisar que o fato do grau de culpa ser leve, grave ou gravíssima, não qualquer diferença à configuração da tipologia legal de improbidade administrativa, pois se busca harmonizar a singularidade do tratamento conferido à tutela da gestão pública. Dessa forma, a intensidade da conduta culposa não traduz elemento apto a afastar o reconhecimento da improbidade administrativa, o que deve ser valorado na dosimetria das respectivas sanções.

### 2.1.2 Princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade

Necessário fazer menção ao estado jurídico de inocência, o denominado princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade<sup>60</sup>, que versa sobre a genérica garantia de não ser previamente considerado culpado frente ao poder sancionador do Estado.

Trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visa, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, pois decorre da regra inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, preconizando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>61</sup>.

Em razão da determinação constitucional, a imputação fática e jurídica deve ser para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categórico de culpabilidade quando os seus pressupostos forem demonstrados por quem alega. Sendo assim, durante o exercício da racionalização valorativa entre os fatos descritos e a subsunção normativa, deverá se conservar o status de inocente sempre que ocorrer a insuficiência probatória, a dúvida ou contradição.

<sup>59</sup> GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*, p. 618.

<sup>60</sup> A distinção quanto à eficácia em decorrência do nome dado ao postulado perdeu completamente a importância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual, em seu art. 8.º, preceitua que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, preceito este que consagra, no direito brasileiro, a mesma amplitude do dispositivo inserido na Declaração de Direitos da ONU. A referida Convenção foi ratificada no Brasil, possuindo, então, força de lei em face do que estabelece o art. 5.º, § 2.º, da CF, no sentido de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (FILHO, Marcio Geraldo Britto Arantes. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. *In: Revista Liberdades* - nº 4 - maio-agosto de 2010. p. 26)

<sup>61</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro *Processo penal: esquematizado*, p. 81.

Por certo a previsão constitucional estende-se às sanções reguladas por outros ramos da ciência jurídica que não o Direito Penal. À medida que o poder sancionador incide a partir do momento em que resta formada a responsabilidade do agente, sendo necessária a aferição do elemento subjetivo bem como a prova daquilo que se alega. Destina-se, o princípio da presunção de inocência, a todos os cidadãos (pública proteção) em todas as suas relações, bem como a todos os agentes públicos, mormente aos titulares de atividades restritivas de direitos ou condutores destas (Polícia, demais agentes,) a pessoa como culpada, antes de um provimento jurisdicional que ateste a culpabilidade do agente<sup>62</sup>.

Analisando a questão especificamente sob a ótica da improbidade administrativa, necessário analisar se a indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa importa em violação ao princípio da presunção de inocência. Tendo em vista que o deferimento do decreto constrictivo dispensa a comprovação de que o réu teria a intenção de dilapidar ou desviar seu patrimônio para afastar a possibilidade de reparar o dano causado.

De início, é importante ressaltar que não existe nenhum pré-julgamento a respeito da culpa ou não dos agentes em relação às irregularidades na hipótese de decretação da indisponibilidade dos bens, de modo que não ostenta qualquer caráter sancionatório, pois o que se busca com essa medida é a futura reparação dos danos. O art. 7º da Lei 8.429/92 (LIA) dispõe:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.  
Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Em verdade, o *periculum in mora* é oriundo da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, uma vez que o dano perpetrado atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).

Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora*

---

<sup>62</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, p. 910.



implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual "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".

Dessa forma manifestação da presunção de inocência no que tange à indisponibilidade de bens se adequa à razão da medida, qual seja, a reparação do dano causado ao erário em decorrência do ato praticado. O comando que determina a integral reparação do dano será alcançado por intermédio da indisponibilidade de bens.

A figura muda de caráter quando se observa as características das sanções penais, visto que a reparação do dano causado naquela esfera não funciona como principal objetivo da norma. Na verdade, tal pretensão é dotada de caráter secundário perante o Direito Penal, pois serve para de parâmetro para se estabelecer determinados efeitos da condenação penal. Assim, a medida cautelar constritiva de bens no campo da improbidade, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a qualquer momento pode ser revogado<sup>63</sup>.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, ao submeter a questão ao procedimento dos recursos repetitivos (Tema 701), entendeu que a medida cautelar própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista os critérios eleitos pela Lei de Improbidade Administrativa.

Nota-se, portanto, que ao deferir a medida constritiva, o julgador não valora acerca os elementos necessários para formalizar a responsabilidade do agente, sendo imprescindível todo o trâmite processual para tanto. Nesse toar, forçoso reconhecer que o escopo do artigo 7º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992, é que, uma vez julgada procedente a demanda de improbidade administrativa, o agente tenha bens (móveis ou imóveis) suficientes a ressarcir os prejuízos causados ao erário em razão dos atos ímprobos perpetrados. Logo, a decretação da indisponibilidade dos bens daquele que figura como réu em ação de improbidade visa tão somente impedir a alienação de bens móveis e imóveis ou a dilapidação de quantias existentes em contas-correntes e aplicações financeiras.

---

<sup>63</sup> (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014)

Nessa senda, a indisponibilidade é apenas uma medida acautelatória, anterior à apuração efetiva do ato de improbidade e da quantificação exata do dano, para evitar que o ímprobo deles se desfaça, dificultando ou impossibilitando o ressarcimento ao erário. Portanto, nada impede que uma medida de indisponibilidade anteriormente decretada pelo juiz seja posteriormente por ele revista, adequando sua extensão ao dano averiguado diante de uma melhor avaliação das provas supervenientemente produzidas.

É necessário frisar, portanto, que medida é tomada levando-se em conta a finalidade principal da referida norma, qual seja, garantir o efetivo cumprimento de todas as reprimendas, dentre as quais se inclui o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Conclui-se que quanto maior o transcurso do tempo, maior o perigo de lesão, uma vez que os recursos públicos, que poderão ser aplicados aos fins sociais a que se destinam, encontram-se nas mãos de particulares, desviados de sua destinação pública.

Tais peculiaridades permitem concluir que a medida cautelar de indisponibilidade de bens não é ato de execução, nem envolve a excussão de bens do patrimônio do devedor para a satisfação de um crédito predeterminado. Tampouco implica na perda, pelo requerido, dos poderes inerentes à propriedade, mas constitui, por outro lado e tão somente, uma limitação à fruição do bem pelo potencial devedor, causador de dano ao erário.

### *2.1.3 Aplicação do princípio da insignificância*

O postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado<sup>64</sup>. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.

Ao cuidar do problema no âmbito do Direito Penal material, a doutrina<sup>65</sup> destaca que o juízo de tipicidade objetiva deve ser dividido em duas etapas: (i) uma formal, na qual se realiza uma subsunção entre a previsão abstrata do tipo e a conduta concretamente apurada; e (ii) outra material, na qual se verifica se houve ou não afetação substancial do bem

---

<sup>64</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 151-166.

<sup>65</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*, p. 72.

jurídico protegido. Com a caracterização do princípio da insignificância, opera-se tão somente a tipicidade formal, isto é, adequação entre o fato praticado pelo agente e a lei penal incriminadora. Não há, contudo, tipicidade material, compreendida como o juízo de subsunção capaz de lesar ou ao menos colocar em perigo o bem penalmente tutelado<sup>66</sup>

Nesse contexto, de acordo com os fundamentos teóricos acima destacados, suponha que da análise da petição inicial da ação por ato de improbidade administrativa, verifique o julgador que a peça responsável pelo início do processo traz em si a descrição das circunstâncias formais e jurídicas que a embasam de modo suficientemente preciso a possibilidade de seu recebimento.

Ocorre, entretanto, que ao se debruçar sobre a utilidade e necessidade do provimento buscado pelo legitimado da ação de improbidade, constata o magistrado que, sobre o aspecto material, a conduta descrita diz respeito à apropriação, por servidor público, de um monitor de informática, com preço estimando em R\$ 500,00, (quinhentos reais) o qual junto com tantos outros da mesma espécie, integrava o acervo patrimonial da repartição pública que servidor autor do ato estava lotado.

Feito esse breve juízo hipotético, questão interessante consiste em saber se o princípio da insignificância pode ser aplicado para afastar a incidência da Lei de Improbidade Administrativa nos casos de danos de pequena monta ao erário, como na hipótese acima descrita.

Entendemos que não é possível cogitar, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moralidade e a probidade administrativas. Em verdade, marco limitador da aplicação do princípio da insignificância nas condutas qualificadas como ímprobadas é a tutela da moralidade administrativa. Tendo em vista que essa não possui caráter exclusivamente patrimonial sendo inviável qualquer afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

Imperioso destacar na linha da argumentação desenvolvida, que não se vislumbra nos atos de improbidade o reduzido grau de reprovabilidade da conduta.<sup>67</sup> Essa circunstância que faz com que a extensão do dano causado ao erário não seja levada em

---

<sup>66</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal : parte geral I*, p. 107.

<sup>67</sup> Destaque para o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal está condicionada à presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (HC 123108, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

consideração pelo juiz no momento da tipificação à conduta (juízo de improbidade da conduta), mas sim no momento da aplicação das sanções, sob a luz do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a legislação que rege a matéria estabelece que para o recebimento da petição inicial da ação por improbidade administrativa basta a presença de indícios de que o agente tenha se enriquecido ilicitamente, causado prejuízo ao erário ou violado os princípios basilares da Administração Pública. Tais como a publicidade, a legalidade, a moralidade e a impessoalidade, o que aponta para a possível prática de atos de improbidade administrativa.

Desse modo, o juízo analisa todos os elementos acerca da suposta irregularidade e os pondera à vista da necessidade e utilidade o recebimento e processamento da ação. Entre os elementos a serem considerados no juízo de admissibilidade, está a necessidade de demonstração dos fatos apontados como suficientes para a instauração da ação de improbidade, visto que o conteúdo sancionatório desta exige a imprescindível adequação entre o meio adequado e a solução buscada.

Basta que a narrativa expressa na pretensão punitiva encontre lastro em elementos que tornem verossímil a imputação. Ela não pode repousar sobre exercícios meramente especulativos, inspirados por suspeitas que não ostentem sequer o status de indício. Não é possível permitir que o cidadão venha a padecer de todos os ônus, dissabores e preocupações que o trâmite da ação de improbidade administrativa acarreta se não há um motivo bastante para isso<sup>68</sup>.

Essa proteção decorre do próprio texto constitucional que atribui aos gestores públicos um elevado grau de responsabilidade, resultando em serviços públicos eficientes para a população. Neste contexto, a transposição do princípio da insignificância para a seara da Improbidade Administrativa não se mostra factível por considerar as peculiaridades desse ramo do Direito, mormente em relação às especificidades do serviço público e aos princípios constitucionais e legais que regem a Administração Pública.

Dessume-se, enfim, como pretendeu o legislador constituinte e infraconstitucional originários, que qualquer atentado contra a probidade administrativa deve

---

<sup>68</sup> PINHO, Alessandra Lopes de. *O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar*, p. 20.

ser penalizado com a sanção compatível, que no caso concreto nada impedirá de ser aplicada em sua fração mínima e possível<sup>69</sup>.

## ***2.2 O espaço intermediário em que se localizam as sanções derivadas do ato de improbidade***

Superada a forma de abordagem mais ampla de certos temas referentes à regulamentação da punição pela prática de ato de improbidade administrativa, se faz necessário analisar a inovação legislativa no que diz respeito à severidade das sanções trazidas pela Lei nº 8.429/92.

A necessidade de conferir homogeneidade de valoração aos elementos que norteiam a efetiva punição do ato do ato de improbidade administrativa figurou como aspecto primordial para a exposição dos postulados que foram objeto de análise no tópico anterior, tendo em vista a pluralidade de repercussão dos atos de improbidade.

A proposição merece realce, pois o feixe sancionador inédito estabeleceu dentro de sua lógica, um critério orgânico, o qual exclui a sanção pela prática de ato ímprobo da esfera penal, notadamente pela falta de previsão da pena privativa de liberdade, além da expressa ressalva quanto à possibilidade de persecução penal destinada à punição do agente na seara criminal.

Igualmente, não se enquadram as punições perante o Direito Administrativo Sancionador, dentre outros aspectos já devidamente destacados, por considerar que no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, o que afasta qualquer natureza hierárquica da reprimenda e o possível enquadramento da sanção como ato de aspecto meramente disciplinar.

Ademais, as reprimendas da lei de Improbidade nem são brandas como as reprimendas ordinárias das leis administrativas, nem são tão drásticas quanto às tipificadas nas leis penais, entretanto, as penalizações da Lei 8.429/92 são bem mais onerosas do que a grande parte dos crimes enquadrados como de menor potencial ofensivo e médio potencial ofensivo.

---

69 SILVA, Bruno Pirrony. *Dois décadas de Lei n. 8.429/1992 e o retrocesso legislativo*, p. 307.

Por isso, entende-se que as condutas tipificadas pela Lei de Improbidade Administrativa comunicam a sanção com vários ramos da seara jurídica, mas com estes não se confunde, sob tal enfoque, merecem ser discorridas algumas linhas sob o assunto.

### *2.2.1 Severidade das sanções*

O tratamento particular destinado à tutela da moralidade administrativa fez nascer no campo doutrinário certa controvérsia acerca da natureza das punições dispostas na Lei de Improbidade Administrativa<sup>70</sup>. Em decorrência desse debate surge o entendimento no sentido de que a Lei de Improbidade Administrativa veicula punições de natureza extrapenal. Notadamente em razão da substancial identidade que as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 guarda com os efeitos da condenação penal<sup>71</sup>.

À vista disso, é preciso enfatizar que a gravidade das punições impostas em razão da prática dos atos de improbidade encontra-se localizada em um âmbito de abordagem intermediário, situado entre o Direito penal e o Administrativo. O que seria uma característica do Direito de Intervenção, conforme destacado no primeiro capítulo do texto.

A hipótese mencionada se vê reforçada pela existência de um importante paralelo entre as condutas de Improbidade Administrativa e os delitos contra a Administração Pública, que encontram diferença, sobretudo, no plano de cognição e extensão do ilícito, além da forma que a repressão estatal se manifesta.

Nesse sentido, quando conferimos ênfase às sanções previstas na Lei de Improbidade, encontramos cláusulas gerais, princípios jurídicos, além de certos conceitos que abarcam variadas formas de abordagem do instituto legislativo. Sendo assim, conforme o contexto destacado, as punições inauguradas pela Lei nº 8.429/1992, denotam o particular tratamento destinado à guarda da probidade administrativa, principalmente quando se faz a análise da eficácia e densidade das sanções, sendo por isso uma manifestação do Direito de Intervenção.

Para tanto, basta observar que a conduta do agente ímprobo, além de encontrar consonância em uma das figuras da Lei 8.429/1992, ao mesmo tempo poderá ensejar a punição em decorrência dos crimes praticados contra a Administração Pública, previstos no

---

<sup>70</sup> JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos.

<sup>71</sup> CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*, p. 175.

capítulo XI do Código Penal. Isso sem prejuízo do enquadramento em normas punitivas administrativas, da própria pessoa jurídica lesada (Estatuto dos Servidores Públicos).

Em casos de maior gravidade, a ordem jurídica não se contenta com a simples reprimenda administrativa, exigindo, portanto, que recaia sobre o agente público sanções de outros campos normativos. Caberá ao legislador avaliar se a conduta ilícita subsumir-se-á a uma norma de natureza administrativa, civil ou penal. Trata-se de escala de valores, de acordo com a intensidade da lesão ao bem jurídico tutelado.<sup>72</sup>

Nessa esteira, considere que a mesma conduta configure ilícito penal e ato de improbidade administrativa, a exemplo do que se dá com os crimes de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal, concussão (art. 316), corrupção passivos (art. 319), respectivamente punidos nos arts. 9º e 10, da Lei nº 8.429/92.

Segundo a dicção do Código Penal, os crimes destacados serão punidos com penas que variam entre o mínimo de 2 anos e o máximo de 12 anos, considerando esta margem, não raras vezes a pena imposta em decorrência da prática de crime contra a administração pública será mais branda que a sanção cominada pela prática de ato ímprobo.

Convém realçar ainda que as garantias inerentes ao do Direito Penal e Processo Penal, tais como a prescrição intercorrente, suspensão condicional da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou mesmo o cumprimento da pena em regime aberto, induzem a menor severidade das sanções penais quando se analisa as consequências advindas da prática de ato de improbidade administrativa.

Assim ocorre, pois as sanções previstas na Lei de Improbidade administrativa para as mesmas condutas podem implicar na perda da função pública, multa de até três vezes o valor desviado, podendo, liminarmente haver o sequestro de bens, além de se vislumbrar a possibilidade de adequação procedimental aos elementos dispostos pela norma.

Quanto ao último aspecto, merece realce a prescindibilidade de notificação prévia do réu para o oferecimento de resposta nos casos de ações instruídas com base em inquérito civil ou em procedimentos administrativos regularmente instaurados pela própria administração ou por órgãos externos de controle. Isto porque o inquérito civil e os procedimentos administrativos prévios – enfatize-se – já cumprem o papel de evitar o

---

<sup>72</sup> FERRARESI, Eurico. *Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 Comentada. Método*, p. 149.

ajuizamento de ações temerárias, justamente o que se buscou coibir com a instituição da “defesa prévia”<sup>73</sup>.

Assim, resta clara a manifestação da sanção de improbidade administrativa como uma vertente do Direito de Intervenção, visto que a punição engloba aspectos de diversas áreas do Direito, situando-se no espaço intermediário de sanções sugerido por Hassemer, o que a torna passível de maior eficácia, sendo efetivamente mais severa, sem afastar a autonomia e legitimidade nas outras formas de punições exercidas pelo Estado.

### 2.2.2 O tratamento da prescrição

A forma de abordagem dos institutos destacados ao longo desse segundo capítulo tem por escopo deixar claro que eventuais dogmas aplicáveis aos dois núcleos sancionadores do Estado, aqui sinteticamente visitados, são decorrentes exclusivamente do cerne que originou a fragmentariedade do *ius puniendi* estatal.

Assim, instrumentos jurídicos regulamentados para agregar particularidades e detalhamentos não permitem ampliação de seu objeto, sob pena de subverter a lógica de um sistema normativo diversificado, apto a ensejar consequências de acordo com o modo de abordagem específico que recebeu na esfera normativa.

Quanto a esses institutos, merece destaque a prescrição, instrumento generalizado, eis que previsto nos variados ramos do Direito para atuar como fator punitivo da negligência e assegurador da estabilidade nas relações sociais, punindo a inércia do interessado no decurso do lapso legal estabelecido para que venha a exercer seu direito<sup>74</sup>.

Feita essa breve digressão, interessante se faz analisar a previsão do art. 23, II, da Lei 8.429/1992, o qual estabelece que o prazo de prescrição das ações de improbidade administrativa propostas em face dos servidores estatutários e dos empregados públicos é aquele previsto em lei específica para aplicação da sanção disciplinar de demissão a bem do serviço público.

Ocorre que, em determinados casos, o prazo de prescrição para aplicação de sanção disciplinar é o mesmo prazo para aplicação da sanção penal quando o fato configurar, ao mesmo tempo, ilícito administrativo e penal. Nesse sentido, em relação aos estatutários

---

<sup>73</sup> GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*, p. 1130.

<sup>74</sup> GARCIA, Emerson – *Improbidade Administrativa*, 2013. p. 819.



federais, o art. 142, § 2.º, da Lei 8.112/1990 dispõe que “os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”.

Ante a previsão da norma acima destacada, ao revés da construção argumentativa aqui desenvolvida, poderia se afirmar que a Lei de Improbidade estaria remetendo a instituto penal para regulamentar o prazo destinado ao o exercício da pretensão de efetivação das sanções.

Todavia, a análise do dispositivo somado ao contexto de aplicação, indica o contrário. A Lei de Improbidade Administrativa, com o fim de conferir unidade ao sistema normativo, estabeleceu em uma hipótese específica, a certos destinatários, que o prazo prescricional seria aquele previsto na legislação interna da classe que se enquadre o agente ímprobo.

Em verdade, a comunicação que ocorre entre os sistemas fica restrita à delimitação do lapso prescricional previsto de forma abstrata, seja este qual for. Assim, afigura-se como sendo de todo incabível a tese de que, ocorrido o julgamento no âmbito penal, a prescrição na esfera Improbidade Administrativa haverá de ser regida pela pena em concreto.

Privilegia-se, portanto, o principal aspecto tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa, qual seja, a boa Administração, somado ao traço marcante do tratamento da improbidade administrativa no Brasil, que diz respeito à punição daquele que no trato da coisa pública não observa os princípios esculpidos no art. 37, §4º, da Constituição Federal.

Ainda tratando da prescrição sob um prisma de abordagem mais específico, passa-se à análise da possibilidade de aplicação no viés da improbidade administrativa da denominada prescrição intercorrente. Sinteticamente, ocorreria o instituto nos casos em que mesmo a ação sendo proposta dentro do prazo previsto na legislação, seu julgamento definitivo ocorre em tempo superior ao lapso destinado para o ajuizamento da demanda.

No Direito Penal, a prescrição intercorrente ou superveniente encontra-se prevista no artigo 110, §1º do Código Penal, e se consuma nos casos em que entre a publicação da sentença condenatória recorrível ou acórdão condenatório recorrível e seu trânsito em julgado para a defesa, se verifique a ocorrência de transcurso de prazo superior ao da pena aplicada no caso concreto. Daí seu nome: superveniente, ou seja, posterior à sentença.

Depende do trânsito em julgado para a acusação no tocante à pena imposta, seja pela não interposição de recurso, seja pelo seu desprovimento. Portanto, é possível falar

em prescrição intercorrente ainda que sem trânsito em julgado para a acusação, quando tenha recorrido o MP ou o querelante sem pleitear o aumento da pena (exemplo: modificação do regime prisional). Além disso, admite-se também a prescrição intercorrente quando o recurso da acusação visa ao aumento da pena, mas mesmo com o seu provimento e considerando-se a pena imposta pelo Tribunal, ainda assim tenha decorrido o prazo prescricional<sup>75</sup>.

Ao fazer a análise do instituto com um campo de visão orientado pelo tratamento do ato de improbidade administrativa, admita-se que ajuizada tempestivamente a ação e julgada procedente a pretensão formulada perante o juízo de primeira instância, sobrevenham recursos, e se constate que o prazo entre a publicação da sentença e o seu trânsito em julgado perante os tribunais de superposição foi superior a cinco anos.

A indagação que se formula com base no exemplo acima construído diz respeito à adequação do reconhecimento da prescrição intercorrente nos moldes do disposto no artigo 110, §1º do Código Penal. A resposta é negativa. Em verdade, não se vislumbra o reconhecimento da prescrição intercorrente na seara da improbidade administrativa nos mesmos moldes que se verifica o instituto no campo do Direito Penal, sobretudo pela disposição do art. 23, II da Lei nº 8.429/92. O referido dispositivo é expresso ao regular o prazo prescricional para a propositura da ação de improbidade administrativa, situação que possibilita entender que, salvo nos casos de inércia do titular da ação, não se deverá reconhecer a prescrição.

Dessa forma, não incidirá o prazo prescricional nas hipóteses em que a demanda foi proposta de acordo com o prazo previsto, no entanto, a análise definitiva do pedido pelo órgão julgador, se deu em tempo superior àquele previsto para o ajuizamento da ação.

Acrescente-se, por fim, que a ação de improbidade administrativa procura de forma direta e legítima resguardar o interesse público, o que justifica a aplicação integral do regime autônomo que a norma inaugurou e estabelecer diferenças e peculiaridades em relação ao núcleo básico que fundamenta as regras e princípios comuns ao Direito Punitivo<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> MASSON, Cleber. *Código Penal comentado 2. ed. rev., atual. e ampl.*, p. 96.

<sup>76</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 127.

### ***2.3 Problematização de institutos***

O tratamento dado a certos institutos que, de certo modo, diferenciam o réu na órbita penal e por vezes lhe traz benefícios, permite a indagação quanto à possibilidade de extensão dessas vicissitudes para a seara da improbidade administrativa.

Tal contexto revela o raciocínio fundado na premissa máxima do Direito Penal no sentido de que deve ser aplicada ao réu a norma que mais o favorece. Essa razão, portanto, servirá de guia para orientar a análise quanto à possibilidade de aplicação na seara da improbidade administrativa de características que conferem tratamento diferenciado aos réus de uma ação penal.

#### ***2.3.1 Acordo de colaboração premiada***

Durante o desenvolvimento da análise aqui exposta, pode-se constatar que as sanções que decorrem da prática de ato de improbidade administrativa encontram certas semelhanças com as consequências da prática de um ato criminoso. Isso se dá em decorrência por se tratar de duas formas de intervenção tipicamente repressivas, de modo que seus aspectos mais gerais são conceitualmente próximos.

Todavia, a comunicação que existe entre o Direito Penal e a improbidade administrativa fica adstrita aos traços basilares. Essa limitação de expansão se dá pelo fato de que a regulamentação da ação de improbidade administrativa contempla especificidades que devem ser observadas como forma de resguardar o interesse público e a autonomia conferida às sanções.

Pois bem, a história do Direito Penal mostra uma evolução em dois planos: no da espécie de bens jurídicos tutelados e no plano do perfil do criminoso.

Quanto aos bens jurídicos, a ideia sempre foi que a tutela penal deveria incidir em último caso e somente nas hipóteses de bens jurídicos individuais. No entanto, modernamente, a preocupação maior do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos coletivos e difusos, além do terrorismo, crimes contra vítimas indeterminadas<sup>77</sup>.

No que se refere ao criminoso, a preocupação era com o crime concebido e praticado individualmente. Na atualidade, a inquietação maior diz respeito aos crimes praticados por intermédio de empresas, como delitos contra a ordem econômica, prevendo-se

---

<sup>77</sup> GRECO, Luis. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, p. 96.

inclusive a criminalização da pessoa jurídica. E, sem dúvida, os crimes praticados por organizações criminosas como o tráfico de drogas, o tráfico ilícito de armas, o tráfico de seres humanos etc., são crimes que não limitam as fronteiras<sup>78</sup>.

E é neste contexto, que no Brasil, a Lei nº 12.850/2013, estabeleceu a definição de organização criminosa e disciplinou o procedimento de investigação criminal para apurar os crimes praticados pela organização criminosa. Dentre os meios de obtenção de prova, destinados à apuração dos crimes praticados por essas organizações, a nova legislação trouxe o instituto da colaboração premiada, tratando-o com amplitude e pormenores até então inéditos<sup>79</sup>.

A colaboração premiada, também chamada de delação premiada, consiste em um meio de obtenção de prova regulado em lei. É considerada uma técnica especial de investigação, à medida que traduz uma modalidade mais ampla de confissão, pois esta poderá configurar a delação dos coautores e partícipes. A principal peculiaridade consiste no fato de que ao firmar o negócio processual, o colaborador renuncia ao seu direito ao silêncio e ao direito de não colaborar com o Estado<sup>80</sup>.

Estabelece a Lei nº 12.850/2013, que a colaboração premiada constitui causa de perdão judicial, redução ou substituição da pena daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação criminal e com o processo penal, desde que dessa colaboração surja, dentre outros resultados, a localização de eventual vítima com a integridade física preservada, resultados que serão levados em conta pelo julgador ao dosar o benefício ao final do processo<sup>81</sup>.

Percebe-se que o instituto é concebido com a conjectura dúplice, ou seja, além de facilitar o esclarecimento dos ilícitos praticados pela organização criminosa, por meio da utilização das provas que são frutos da confissão do colaborador; permite que sejam concedidos favores ao agente arrependido que efetivamente colabore com a Justiça, tais como a diminuição de sua pena ou mesmo não aplicação (perdão judicial).

A colaboração premiada atualmente é um instituto que se encontra em evidência, o que faz surgir a intenção de alargar os efeitos jurídicos previstos exclusivamente no âmbito penal, para alcançar também as ações de improbidade administrativa, sob o

---

<sup>78</sup> FILHO, Vicente Greco. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13*, p.10.

<sup>79</sup> MASSON, Cleber. *Crime organizado*, p. 92.

<sup>80</sup> Conceito de colaboração premiada. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/12/conceito-de-colaboracao-premiada/> - Acesso em 28/07/2016.

<sup>81</sup> FILHO, Vicente Greco. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13*, p. 36

fundamento de que a extensão do instituto à seara da improbidade serviria tanto para beneficiar o réu quanto para elucidar os fatos<sup>82</sup>.

É preciso destacar sob essa perspectiva, que a pretensão de alargar o instituto decorre o fenômeno da corrupção. É efeito da área de atuação dos delitos praticados por organizações criminosas. Ocorre, no entanto, que o delito de corrupção não se confunde com tipo penal de associação em organização criminosa. Assim, o principal escopo da Lei nº 12.850/2013 é averiguar a atuação de organizações criminosas, prevenir crimes futuros e reprimir condutas que tenham sido praticadas por tais entes de tipo mafioso.

O instituto colaboração premiada é antes de tudo meio de prova, ou seja, extrai-se seu significado processual sempre que o investigado ou réu revela a concorrência de outros para a prática do ilícito, permitindo que o Estado amplie seu conhecimento acerca da infração penal no tocante à materialidade e autoria.

Assim, sob o aspecto do conhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, não há qualquer empecilho no que se refere à utilização de informações trazidas por um réu, ou seja, afigura-se permitido o uso do meio de prova.

A concessão de favores, entretanto, encontra óbice na natureza das penalidades advindas da prática de ato ímprobo, pois estender e adequar os benefícios que resultam da colaboração à regência da Lei nº 8.429/1992, significa afastar, por exemplo, a possibilidade do ressarcimento dos danos causados, cuja previsão normativa se afigura justificável em razão da objetividade jurídica tutelada pela Lei de Improbidade, que não se encontra delimitada pela concepção de patrimônio público possuindo amplitude condizente com os valores constitucionais que informam a atividade estatal, garantindo a sua credibilidade.<sup>83</sup>

No que tange à multa civil, sua principal função é desestimular a prática dos atos de improbidade administrativa, como forma de lição a todos de que, além de todas as demais penas, tal espécie de ato terá repercussão no patrimônio do agente ímprobo pela condenação ao pagamento da multa<sup>84</sup>.

Com isso, faz-se necessário ponderar que especificamente, no que se refere à fixação da multa civil, o magistrado deverá levar em consideração todos os aspectos que envolvem o fato, observando, portanto, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da

---

<sup>82</sup> A questão é objeto do Agravo de Instrumento nº. 13610011633-65.2015.8.16.0000478-7, atualmente em trâmite na 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

<sup>83</sup> GARCIA, Emerson – *Improbidade Administrativa*, p. 614.

<sup>84</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Manual de improbidade*, p. 280.

proporcionalidade, buscando uma adequação entre meios e fins, o que impossibilita a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Em relação à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que seja por intermédio de pessoa jurídica de que o agente ímprobo seja sócio majoritário, a sanção tem por escopo afastar o ímprobo de contratos com o Poder Público em geral, e não apenas com uma determinada pessoa jurídica de direito público<sup>85</sup>.

Ademais, afigura-se possível sustentar que a tese de aplicação do acordo de colaboração premiada não prospera em razão do disposto no artigo 17, da Lei nº 8.429/1992 que estabelece ser vedada a transação, acordo ou conciliação, fator que deve ser somado às características das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, às quais visam resguardar o interesse público.

Desse modo, verifica-se a incompatibilidade com a integralidade da colaboração premiada se verifica ante a constatação de que o sujeito que tenha atentado contra o patrimônio público ou contra a moralidade administrativa, incidindo contra ele sentença transitada em julgado de ação de improbidade administrativa, deve efetivamente ser afastado das relações com o Poder Público, além de cumprir na integralidade as sanções daí decorrentes.

### 2.3.2 *Foro por prerrogativa de função*

A Constituição Federal de 1988 estabelece garantia determinadas autoridades de responder por crimes comuns e de responsabilidade perante foro especial. É o chamado foro por prerrogativa de função, estabelecido em razão da relevância do cargo ocupado pelo acusado.

O instituto do foro por prerrogativa de função obedece a uma lógica *de ratione personae* no sistema normativo brasileiro, cuja concessão se estabelece em prol de agentes públicos, os quais recebem prerrogativa de serem processados e julgados pela prática de crimes comuns e de responsabilidade pelas Cortes Superiores, justamente em função da importância das atividades de Estado que exercem<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> GARCIA, Emerson – *Improbidade Administrativa*, p. 186-187.

<sup>86</sup> MOREIRA, Romulo de Andrade. A competência por prerrogativa de função, p. 36.

Tais previsões podem ser encontradas nos arts. 102, I, *b e c*, e 105, I, *a, b e c*, ambos da Constituição Federal. Também há competência originária dos tribunais de segundo grau para o julgamento de determinadas autoridades. A questão a ser respondida, no entanto, é se tais prerrogativas de competência também se aplicam à ação de improbidade administrativa.

Em primeiro lugar, se mostra pertinente destacar que no campo da improbidade administrativa, matéria regulada pela Lei 8.429/92, não existe a previsão do foro por prerrogativa de função. Entretanto, ao se manifestar sobre o tema no julgamento da Reclamação Constitucional 2.138/DF, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a prerrogativa de foro para as autoridades que têm tal prerrogativa na prática de crime de responsabilidade, afirmando que nesses casos os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo<sup>87</sup>.

Emerson Garcia pontua a diferença entre o regime sancionatório dos crimes de responsabilidade e os atos de improbidade tecendo as seguintes considerações:

A primeira dificuldade que se encontra é identificar o que vem a ser crimes de responsabilidade, proposição que enseja não poucas dúvidas e perplexidades. Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que enseja a realização de um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal.<sup>88</sup> Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que redundam num julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal<sup>89</sup>. Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o expõe a uma pena de prisão<sup>90</sup>. E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio Parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato<sup>91</sup>.

Nesse sentido, embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido no julgamento da reclamação 2.138/DF que os agentes políticos não respondem por improbidade administrativa, nos moldes da Lei 8.429/1992, o que atraiu a competência de julgamento da ação para o STF, tal decisão, em razão da natureza subjetiva do processo, deve ser encarada de forma restrita.

Afinal, não existe qualquer disposição expressa que exclua os agentes políticos do âmbito de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, logo, é possível que os

<sup>87</sup> STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.138/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.06.2007, DJe 18.04.2008.

<sup>88</sup> Art. 52, I e parágrafo único, da CR/1988.

<sup>89</sup> Art. 102, I, c, da CR/1988.

<sup>90</sup> Art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967.

<sup>91</sup> GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*, p. 734.

agentes políticos respondam pelos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 e também por improbidade administrativa.

Dessa forma, não há que se falar em imunidade do agente político, que pode ser responsabilizado por crime de responsabilidade, à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que são regimes sancionatórios distintos. Na verdade, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico demonstra que a intenção do legislador constituinte foi a de estabelecer regras especiais para os agentes políticos exclusivamente no que se refere à aplicação das sanções de natureza política, perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública, mas não no tocante às demais sanções que não possuem caráter tal caráter e que estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992.

Há ainda quem sustente que a prerrogativa de foro nas ações de improbidade deve ser encarada de forma ampla, em razão das penas que poderão ser cominadas em sede de ação de improbidade administrativa, tendo em vista que se assemelham aos efeitos da condenação criminal. Sobre o tema, Teori Zavascki sustenta em sua tese de doutorado ao tratar do assunto:

[...] não há como deixar de considera-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*. Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam perda da própria função pública e suspensão dos direitos políticos.<sup>92</sup>

Destarte, no âmbito legislativo se buscou a definição da questão ao conferir nova redação ao art. 84, § 2º, do Código de Processo Penal, estabelecendo expressamente a competência originária dos tribunais nas ações de improbidade administrativa. O dispositivo, no entanto, teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a lei infraconstitucional não pode ampliar a competência originária dos tribunais, eis que é prevista constitucionalmente<sup>93</sup>.

Nessa senda, ainda que se sustente o “forte conteúdo penal” das sanções, não se pode olvidar, na linha do que se vem se construindo neste trabalho, que certos institutos

<sup>92</sup> ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 104.

<sup>93</sup> Em 24/12/2002, foi editada a Lei n.º 10.628, que acrescentou o § 2º ao art. 84 do CPP, prevendo foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade. Diante dessa alteração legislativa, foi proposta a ADI 2797 contra a Lei n.º 10.628/2002 e o STF julgou inconstitucional o referido § 2º do art. 84 do CPP, decisão proferida em 15/09/2005. O Supremo decidiu que “no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes. (...) Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.” (ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005).



não admitem sua ampliação em razão da natureza e destinação específica que receberam ao serem criados. É o caso do foro por prerrogativa de função, que busca garantir certa independência daqueles que exercem cargos considerados de alto relevo, à medida que define o julgamento perante as instâncias mais elevadas do Poder Judiciário quando o detentor do cargo pratica crime, presumindo-se uma maior isenção dos Tribunais<sup>94</sup>.

Necessário destacar que a extinção ou restrição do foro por prerrogativa a certos casos, tornou-se pauta recorrente nas propostas de adequação do sistema jurisdicional ao momento que se vive, tendo em vista que os tribunais não estão equipados e nem são o foro adequado para exercer funções afetas ao juízo de primeiro grau<sup>95</sup>.

Sobre o tema, pertinente o entendimento do Procurador Regional da República Vladimir Aras:

Tinha e tenho minhas dúvidas sobre o acerto de tal decisão. Nos feitos cíveis — e a ação de improbidade tem esta natureza — **em regra não há foros privilegiados**. O princípio da igualdade processual aqui é presente. Já deixamos há muito de lidar com juízos excepcionais, como aquele que beneficiava os cidadãos britânicos durante a era colonial e os primeiros anos do *Império do Brasil*. Não há mais o “juiz conservador da Nação Britânica”, que *protegia* os súditos de Albion da Justiça tupiniquim. Por igual, não deve haver, em plena democracia, foros distintos para altas autoridades no âmbito cível.

Além de privilegiar o princípio da igualdade, tal saída está em conformidade com o espírito do artigo 30, §2º, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) (Decreto 5.687/2006) que, apesar da péssima versão em português (por isto também transcrevo os textos em inglês e espanhol), deixa claro que imunidades e privilégios são toleráveis, desde que não impeçam a persecução criminal da corrupção, da lavagem de dinheiro e dos demais delitos previstos naquela Convenção: [...]<sup>96</sup>

Ademais, ao se permitir a extensão pretendida estar-se-á subvertendo o comando constitucional previsto no art. 37, §4º, que estabelece a punição do ato de improbidade administrativa sem prejuízo da ação penal cabível, ou seja, improbidade administrativa crime não é.

Nessa senda, fundamentar a incidência do foro por prerrogativa de função tão somente em virtude da possibilidade de aplicação de sanções que funcionam como consequências acessórias da condenação criminal, reforça a tese de que a expansão indevida do Direito Penal em áreas que fogem à sua destinação acaba por mitigar a legitimidade da *ultima ratio* do controle social.

<sup>94</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*, p. 38.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de maio de 2016.

<sup>96</sup> *O foro especial nas ações de improbidade*. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/03/17/o-foro-especial-nas-aco-es-de-improbidade-administrativa/> acesso em 02/05/2016 às 14:50

É preciso ponderar, por fim, a inviabilidade prática de se levar para a competência originária dos tribunais, demandas espalhadas em todo o território nacional por mais de cinco mil municípios, sobretudo em decorrência da exiguidade do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992.

### **3 IMPROBIDADE E O SOMATÓRIO DAS SANÇÕES COM A UTILIZAÇÃO DE PRECEITOS PENAIS**

Neste capítulo 3, o último do trabalho, se fará a abordagem de conceitos e categorias manejados nos capítulos precedentes. O objetivo será demonstrar a incoerência decorrente da utilização de uma disposição prevista na Lei de Execução Penal para regulamentar a pena de suspensão de direitos políticos decorrente da prática de diversos atos de improbidade administrativa.

Apresentado esse panorama e na linha do que se desenvolveu ao longo do trabalho, torna-se factível embasar a conclusão de que não se afigura possível a extensão das disposições previstas na Lei de Execução Penal ao tratamento das sanções por ato de improbidade administrativa.

Em primeiro lugar deve se ter em destaque que o tratamento destinado aos atos de Improbidade Administrativa insere-se no âmbito de eficácia do denominado Direito de Intervenção. Este, por sua vez, é regido como a proposição de uma forma punitiva que visa retirar da tutela penal certas condutas que seriam mais eficazmente garantidas caso tuteladas por um direito que efetivamente puna, sem estabelecer, no entanto, a possibilidade de privação de liberdade.

Em verdade, eventual extensão de dogmas do Direito Penal em relação à improbidade administrativa ocorre pelo fato de que a teoria do poder sancionatório firma-se em características comuns. As especificidades, tal qual a previsão do art. 111 da Lei nº 7.210/1984 que estabelece soma ou unificação das penas quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, não encontra possibilidade de aplicação extensiva.

Ademais, dados efeitos advindos de uma condenação por ato que se enquadre em conduta descrita na Lei de Improbidade Administrativa, independente do somatório das sanções de suspensão dos direitos políticos, estará o agente ímprobo efetivamente afastado da vida política.

Por fim, será feito um destaque no sentido de que a circunstância que enseja a unificação das penas privativas de liberdade é impossibilidade de cumprimento simultâneo de diversas reprimendas dessa natureza. Ou seja, efetua-se o somatório das penas de prisão, pois não é factível ao ser humano cumprir simultaneamente diversas penas privativas de liberdade.

### ***3.1 Da deliberação do Superior Tribunal de Justiça no Resp 993.658 - SC***

A concomitância de sanções de suspensão de direitos políticos, aplicadas ao mesmo réu em razão da prática de atos de improbidade administrativa contemporâneos, anuncia questão que vem sendo debatida no âmbito dos tribunais brasileiros. Por oportuno, importa dizer que a matéria foi objeto do recurso especial nº 993.658 – SC julgado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça na sessão de 15/10/2009.

O julgado trata especificamente da questão referente ao cumprimento de sanções políticas concomitantes, por atos de improbidade administrativa diversos. Situação que o Ministério Público de Santa Catarina entendia que se deveria observar as disposições encartadas no art. 111 da Lei 7.210/84.

Nesse contexto, convém explicar que o cerne da irresignação recursal referia-se à possibilidade de soma das penas de suspensão de direitos políticos, impostas ao demandado nos autos de 03(três) ações por improbidade administrativa nºs 032.01.000107-9, 032.01.000341-1 e 032.01.000351-9. Isso porque na ação n. 032.01.000107-9, Alois Zator, Carlos Alberto Caetano e Hilda de Melo Custódio foram condenados à pena de suspensão de direitos políticos por 5 (cinco) anos; (b) Na ação n. 032.01.000341-1, Alois Zator foi condenado por mais 5 (cinco) anos; (c) Na ação n. 032.01.000351-9, Alois Zator e Tereza Zator foram condenados por 3 (três) anos.

O tema é objeto de raras manifestações doutrinárias. Ademais, uma pesquisa revela que sobre o tema há apenas esse julgado no Superior Tribunal de Justiça. O exame do único precedente dá noção da controvérsia: decidido por maioria e alterado em embargos de declaração. A ementa do acórdão proferido nos embargos de declaração não reflete bem a decisão da maioria, se bem analisados todos os votos.

Desse modo, o precedente do STJ acima destacado serve como fator preponderante para a discussão aqui desenvolvida em razão da estreita margem que os argumentos contra a unificação foram acolhidos pela Turma. Junto a esse aspecto, se faz necessário frisar que uma análise no inteiro teor do referido precedente revela que a

fundamentação que serviu como base para negar provimento ao recurso se ateve a elementos mais gerais limitadores do poder punitivo exercido pelo Estado.

Assim, sobretudo no que concerne às razões de decidir utilizadas como parâmetro do referido julgado, sua menção encontra pertinência com o tema aqui proposto. Especialmente por considerar que os argumentos lançados pelos julgadores correspondem à análise objeto desse trabalho, tendo em vista que a argumentação desenvolveu-se principalmente no aspecto referente à limitação da incidência do Direito Penal no campo da improbidade administrativa.

Em suma, o recurso foi não foi provido, pois no entendimento da maioria dos Ministros, a soma das sanções violaria a proporcionalidade e a razoabilidade. Princípios esses que devem ser obrigatoriamente observados no momento de aplicação das penas decorrentes da prática de qualquer ilícito.

É preciso destacar ainda que se trata de um caso que inaugura a discussão acerca dessa matéria nas cortes superiores. E, em decorrência da diversidade de argumentos que constam na fundamentação dos votos, o referido julgado tem sido utilizado como parâmetro para as demais instâncias ao se debruçarem sobre a matéria<sup>97</sup>. Ocorre, entretanto, que em razão da inexistência de efeito vinculante sobre o que restou decidido pelo STJ na órbita do julgado aqui destacado, se afigura possível encontrar decisões que se valem dos fundamentos lançados nos votos vencidos para determinar unificação das sanções de suspensão dos direitos políticos com base no postulado previsto na Lei de Execução Penal<sup>98</sup>.

Assim, no que concerne à fundamentação dos votos vencidos, existem argumentos que expressam que o cumprimento das reprimendas deve ocorrer de forma cumulativa, sob pena de ter diminuída a força decisória das sentenças condenatórias já transitadas em julgado, além de restar frustrada a própria razão da Lei de Improbidade Administrativa.

Ademais, julgamento do tema pelo STJ encontra pertinência com os elementos tratados nessa monografia especialmente em razão do realce feito pelo Ministro Teori

---

<sup>97</sup> O caso é mencionado no julgamento efetuado pelo TCU no processo administrativo nº TC 027.014/2012-6, constituído por determinação do Plenário para a realização de estudos com vistas a averiguar a regularidade dos procedimentos adotados pela CGU para o cadastro de múltiplas declarações de inidoneidade decretadas pelo TCU.

<sup>98</sup> Ao apreciar a questão, após fazer menção ao julgado do STJ, o juízo da 048ª Zona Eleitoral de Borda da Mata/MG, decidiu: Assim, aplicando por analogia o art. 111 da LEP e sendo evidente o concurso material de atos de improbidade (Art. 69 do CP, por analogia), deve-se proceder à soma simples das duas sanções impostas. Posto isso, SOMO as penas impostas a BENEDITO COBRA FILHO, nos autos nº 0083.08.013171-3 e 0083.09.016401-9, que totalizam 10 anos de suspensão dos direitos políticos, com termo inicial em 04/03/2015, quando do trânsito em julgado da primeira condenação.

Zavascki. Ao proferir seu voto de vista fundamentou o Ministro que havendo concurso de ilícitos de improbidade administrativa, a fixação das penas restritivas de direito há de ser promovida mediante aplicação analógica de normas penais.

Esse cenário indica que a controvérsia acerca da matéria não resta pacificada, tampouco se procedeu de maneira esgotada o tratamento do tema com as minúcias e realces que efetivamente merece. Assim, tendo por base a deliberação do STJ sobre a matéria se buscará fornecer novos elementos com o fim de contribuir para seu adequado tratamento.

### ***3.2 O tratamento dispensado aos atos de improbidade administrativa***

A regra prevista no art. 37, §4º da Constituição Federal demonstra que a punição pela prática de atos de improbidade administrativa ocorre de maneira autônoma. A punição é fixada nos ditames da lei que instituiu um sistema de combate à improbidade e deve ocorrer de forma independente à condenação de pena privativa de liberdade, disposição que expressa verdadeira alternativa ao processo de expansão pelo qual passa o Direito Penal.

Mais do que determinar a punição, a Constituição Federal de 1988 conferiu adequado tratamento ao tema da improbidade administrativa. Especificando as sanções a serem aplicadas ao agente autor do ato ímprobo, além de lhe atribuir uma importante consequência de natureza política: a suspensão dos direitos políticos.

Nesse sentido, remeter a regras aplicáveis ao procedimento de execução de penas privativas de liberdade para tutelar a punição por improbidade administrativa, demonstra verdadeiro contrassenso à pretensão de superar os tipos penais que se encontram fora dos padrões tradicionais.

Sendo assim, de acordo com os ditames constitucionais, a suspensão dos direitos políticos tem a natureza de sanção autônoma de natureza político-constitucional. E da mesma forma que ocorre com a perda da função pública, só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa).

Efetivamente, o que está expressar é que o tratamento da improbidade administrativa no Brasil é dotado de contornos próprios. Considerando que o constituinte originário ressaltou na parte final do dispositivo que regula a matéria, que a ação de improbidade não afasta a responsabilidade criminal do agente. O que leva a óbvia conclusão que a punição pelo ato criminoso deverá ocorrer de maneira autônoma, não se afigurando

legítima a pretensão de trazer especificidades previstas em uma das esferas para uma aplicação extensiva.

Ademais, levando-se em conta a forma com que a matéria é abordada neste trabalho, a Lei de Improbidade Administrativa é por certo legítima manifestação do denominado Direito de Intervenção. Sendo este uma proposta destinada a conter o criticado processo de ampliação do Direito Penal por searas em que esta manifestação da ciência jurídica não se manifesta de maneira eficaz, em consonância com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal.

Nesse particular, portanto, não se afigura coerente buscar no Direito Penal, sobretudo, na regulamentação do procedimento de execução das penas privativas de liberdade, subsídio para estatuir punições pela prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista que esse tipo de tutela foge de todo modo dos ditames penais.

Nesse sentido, importante destacar a seguinte ponderação:

As breves considerações produzidas acima sobre as infrações praticadas por funcionários públicos previstas no Código Penal e na Lei de improbidade administrativa tem o condão de identificar uma das hipóteses aventadas neste trabalho, a saber, de que há certos espaços normativos nos quais a sanção administrativa é tão grave que se aproxima das sanções criminais impostas aos delitos não violentos. Esta aproximação poderia representar o preenchimento do espaço sancionatório intermediário visualizado por Hassemer por meio do Direito de intervenção.

[...]

Nesse sentido, a Lei de improbidade poderia apontar, concretamente, que o espaço intermediário de sanções sugerido por Hassemer por meio do Direito de intervenção já encontra realização material na legislação nacional, ainda que sem o detalhamento e as críticas pertinentes a este sistema proposto pelo autor alemão.<sup>99</sup>

Necessário, por certo reiterar posição acima destacada, no sentido de que a aplicação do Direito Penal somente encontra aplicação extensiva em sede de Improbidade Administrativa quando não contrariar regramento específico previsto no art. 37, §4º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.429/1992.

Por fim, no que se refere ao ponto acima destacado, a natureza do interesse tutelado justifica a cominação de sanções aos que violarem a disposição proibitiva prevista. A sanção assumirá diferentes horizontes, demonstrados de acordo com a opção política de quem edita a norma e os limites expostos no texto constitucional.

---

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*, p. 200-201.

Destarte, a uma mesma conduta poderá se impor distintas sanções cuja densidade e extensão matizarão de acordo com o ramo do direito a que se submeta a análise, sendo possível a aplicação de coibições dotadas de natureza política, administrativa, penal e cível ao agente que infringir a ordem jurídica.

No caso da improbidade administrativa, o Texto Constitucional de 1988, em seu art. 37, caput, foi cristalino em determinar os princípios de direito que deveriam ser observados pela Administração Pública e seus agentes no exercício de suas funções, inserindo nesse rol o princípio da moralidade administrativa. Pouco adiante, no § 4º do citado artigo, a Constituição tratou de afirmar que as condutas que venham a violar os preceitos basilares da Administração Pública não ficarão sem a reprimenda adequada.

Sendo assim, determinado o objeto da reprimenda estatal e diante do tratamento específico, restará configurada a incongruência se conferido tratamento único aos bens jurídicos protegidos pelo nosso sistema jurídico de maneira distinta.

### ***3.3 O limite material de aplicação da regra prevista no art. 111 da Lei de Execução Penal***

Ainda que se ultrapasse o entendimento de que o tratamento específico em decorrência da prática do ato de improbidade administrativa por si não detém o condão de impedir a aplicação da Lei de Execução Penal para se efetuar o somatório das sanções de suspensão dos direitos políticos. Ao buscar o dispositivo utilizado para aplicação extensiva, tem-se que a própria dicção do artigo limita seu âmbito de incidência.

Com efeito, a disposição normativa condiciona como pressuposto de sua aplicação a existência de condenação por mais de um crime, seja em um mesmo processo ou em processos distintos. A soma ou unificação das penas será crucial para determinar o regime de cumprimento das penas privativas

Nesse sentido, basta observar que a Lei de Execução Penal, em seu artigo 3º, expressamente prevê: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.” E adota o corolário da legalidade em todo o regramento da execução, como prevê o tópico 19 de sua Exposição de Motivos: “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

Ela Wiecko V. de Castilho destaca a necessidade de observância da estrita legalidade no que se refere à execução das penas:

O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro dos limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob reserva legal, evitando-se o uso de conceitos de sentido aberto.<sup>100</sup>

Complementando a observância da estrita legalidade no que se refere à aplicação das normas de execução penal, impende chamar atenção à autonomia que resta conferida ao sistema de execução. Note-se que a Lei de Execução Penal ressaltou expressamente o caráter jurisdicional e a autonomia científica da Execução Penal, destacando-a do Direito Penal, Processual Penal e Administrativo.

De acordo com a Exposição de Motivos da LEP (itens 10, 12 e 15), o legislador reconheceu o Direito de Execução Penal como um novo ramo do Direito, distinto do Direito Penitenciário e muito além de um mero capítulo no Código de Processo Penal<sup>101</sup>:

15. A autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no artigo 2º, se estabelece que a "jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal".

16. A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente o que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução.<sup>102</sup>

A Exposição de Motivos da LEP descreve a autonomia científica destinada à execução das penas, nessa perspectiva, o sistema tem uma lógica interna de funcionamento que deve ser entendida em seus próprios termos, tendo como referência suas regras, que são construídas de acordo com a hierarquia e os procedimentos previstos nos termos do da parcela do ordenamento jurídico a que se destina.

Assim, a aplicação das normas que encontram subsidiadas no sistema da execução penal deve observar os modos e direcionamentos do Direito Penal em sua conotação ampla. Isso porque após o trâmite do processo penal com todas as garantias inerentes que o circundam, as regras que disciplinam a execução da pena, agora que efetivada a violência

<sup>100</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle de legalidade na execução penal: reflexões em torno da jurisdicionalização*, p. 25.

<sup>101</sup> ALMEIDA, Felipe Lima de. *Reflexões acerca do Direito de Execução Penal*, p. 24-50.

<sup>102</sup> *Exposição De Motivos Nº 213, de 9 de maio de 1983*. (Do Senhor Ministro de Estado da Justiça).



institucionalizada, não se dissocia do Direito Penal, sendo, ao contrário, o esteio central do seu sistema.

Especificamente quanto à suspensão de direitos políticos, a regulamentação no âmbito do Direito Penal decorre de consequência acessória, ou seja, a perda da liberdade enseja automaticamente a suspensão dos direitos políticos, conforme determina o art. 15, III, da Constituição Federal. Já o regramento aplicável ao somatório das penas privativas de liberdade destina-se primeiramente a regulamentar os critérios inerentes ao cumprimento da pena de prisão.

Diferencia-se, portanto, na essência quando se tratar de improbidade administrativa. Notadamente por se destacar a suspensão de direitos políticos como uma das sanções efetivamente impostas ao agente ímprobo. O que enseja o dever destinado ao aplicador da lei em fazer sua mensuração de acordo com os critérios balizados pela legislação que rege a matéria, sendo dotada de efetividade somente após o trânsito em julgado da sentença que condena o agente pela prática de ato de improbidade administrativa.

### ***3.4 A eficácia da sanção de suspensão dos direitos políticos não depende do somatório***

Em se tratando de múltiplos atos de improbidade, não se mostra correto o entendimento no sentido de que efetivamente o agente acaba por não cumprir todas as condenações de suspensão de direitos políticos se não for observada a soma das sanções. Mormente por considerar que restam individualizadas todas as condutas e quanto mais graves forem os atos praticados, maior será a reprimenda imposta pela lei.

Ademais, foge à razoabilidade considerar que, no contexto geral, a incidência de múltiplos atos que atentem contra os princípios da Administração Pública – em regra a mais branda das sanções- possa superar disposição regente da norma que estabelece punições mais severas em decorrência da prática de condutas que importem em enriquecimento ilícito, por exemplo.

Igualmente, importa considerar que a cominação de multa civil em decorrência de múltiplos atos não importa ao fim em soma aritmética das sanções, tendo vista que se individualiza o quanto devido e após resta definido aquilo que deve ser ressarcido em consequência da prática de cada ato.

Finalmente, volta-se ao aspecto tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa, qual seja, a boa Administração. Assim, o aspecto marcante do tratamento da improbidade administrativa no Brasil diz respeito ao afastamento daquele que pratica ato ímprobo das funções que desempenha perante a Administração. Assim, a eficácia da norma resta garantida se considerar a disposição normativa que possibilita o julgador condenar o agente ímprobo a perda do cargo ou função ocupada.

Enfatizamos, portanto, que a Lei de Improbidade Administrativa, propriamente dita, não fora concebida como instrumento de controle eleitoral, de maneira que se mostra injustificado depositar no âmbito da legislação que regula os atos materialmente ímprobos todas as consequências que daí poderá advir, como a inelegibilidade.

Tanto é assim que o art. 14, § 9.º da CRFB dispõe que os casos de inelegibilidade, estabelecidos em Lei Complementar, têm por objetivo “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”.

Quanto à eficácia da condenação por suspensão de direitos políticos, o art. 1.º, I, g, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, estabelece a inelegibilidade para qualquer cargo daqueles 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”.

Da mesma forma o art. 1.º, I, l, da referida Lei Complementar torna inelegível o agente que for condenado 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 oito anos após o cumprimento da pena”.

Optou o legislador que a inelegibilidade imposta pela “Lei da Ficha Limpa”, dependa, em qualquer caso, da condenação pela prática de ato doloso de improbidade. Sendo assim, se a condenação fundamentar-se em ato culposo de improbidade, o que se admite

apenas no caso do art. 10 da Lei 8.429/1992, não se aplicará a inelegibilidade ao agente público.

Quanto à inelegibilidade prevista no art. 1.º, I, l, da LC 64/1990, alterado pela LC 135/2010, exige-se a ocorrência da “lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito”. Vale destacar, ainda, que a referida norma impõe a inelegibilidade em virtude de decisão proferida por “órgão judicial colegiado” independentemente do trânsito em julgado.

Em relação a possível alegação de inconstitucionalidade do dispositivo, pertinente os seguintes apontamentos:

- a) o texto constitucional deve ser interpretado de maneira sistemática, inexistindo normas com caráter absoluto, razão pela qual, por meio do processo de ponderação de interesses, a presunção de inocência não deve se sobrepor, no caso, ao princípio constitucional da moralidade administrativa, que fundamenta as hipóteses de inelegibilidade; e
  - b) o princípio da presunção de não culpabilidade não se aplica às hipóteses de inelegibilidade, pois estas últimas não são “penas”, mas condições de inelegibilidade, apoiadas no art. 14, § 9.º, da CRFB.
- Desta forma, não parece existir inconstitucionalidade nas disposições contidas no art. 1.º, I, g e l, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010.<sup>103</sup>

Ademais, no âmbito eleitoral resta preservada a moralidade se considerado que para se aferir o término da inelegibilidade prevista na parte final da alínea l do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, visto que o cumprimento da pena deve ser compreendido não apenas a partir do exaurimento da suspensão dos direitos políticos e do ressarcimento ao erário. Será a partir do instante em que todas as cominações impostas no título condenatório tenham sido completamente adimplidas, inclusive no que tange à eventual perda de bens, perda da função pública, pagamento da multa civil ou suspensão de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais direta ou indiretamente.

### ***3.5 A incoerência decorrente do simples somatório das sanções***

A análise do tema posto em debate, por certo não pode ser feita apenas sob o enfoque da sistemática extensiva ou restritiva, mas deve ser realizada de acordo com o exame das demais regras vigentes, de modo a garantir que a interpretação feita de maneira sistemática preserve a validade de todo o ordenamento jurídico.

Por isso, as consequências que advêm da prática de ato de improbidade administrativa estão previstas na Constituição Federal, que elenca quatro consequências pela prática dos atos de improbidade administrativa (suspensão dos direitos políticos, perda da

<sup>103</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade*, p. 54.

função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário), não existindo qualquer prevalência entre as sanções.

Assim, suponha que determinado agente tenha incorrido na prática de atos de improbidade administrativa de natureza diversa, no ano de 2014, em decorrência desses atos, veio a ser processado em ações distintas e em ambas foi condenado nas sanções previstas nos arts. 12, I e II, respectivamente, da Lei nº 8.429/92.

Para efeitos de elucidação, o caso pode ser exemplificado da seguinte forma:

Caso 1 - Pela prática do ato ímprobo que configurou enriquecimento ilícito, nos termos do art. 12, I, da Lei de Improbidade foi estabelecido o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública que o réu ocupava, a suspensão de direitos políticos pelo prazo de 9 anos, fixada multa civil em montante equivalente a duas vezes o valor do acréscimo patrimonial, além da impossibilidade de estabelecer atos negociais com o Poder Público pelo prazo de 10 anos.  
Sentença com trânsito em julgado no dia 25/08/2015.

Caso 2 - No processo referente ao ato ímprobo que configurou dano ao erário, o réu foi condenado a ressarcir o dano, além da perda daquilo que acresceu ilicitamente ao seu patrimônio. A multa civil foi aplicada em quantia equivalente a duas vezes o valor do dano. A sanção de perda da função pública não foi aplicada, pois verificou o juízo que o réu não ocupava qualquer cargo público. A pena de suspensão de direitos políticos foi fixada pelo lapso de 06 anos. A pena de impossibilidade de contratar com o Poder Público foi estabelecida em 05 anos.  
Sentença com trânsito em julgado no dia 10/09/2018.

Sendo assim, percebe-se que a sanção de perda de valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do réu, em todos os casos terá natureza reparatória e poderá ser aplicada de forma cumulativa, tanto é assim que haverá sucessão nessa obrigação na hipótese de falecimento do agente ímprobo, nos termos do art. 9.º da Lei de Improbidade Administrativa.

O ressarcimento integral do dano previsto no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa é o mesmo existente em qualquer ação coletiva que tenha como objeto a reparação de danos causados ao patrimônio público, razão pela qual não se questiona quanto à possibilidade de reparação simultânea da quantia.

No que se refere à perda da função pública, caso aplicada tal sanção, restará extinta a relação jurídica existente entre o agente ímprobo e a pessoa jurídica de direito público ou privada elencada no art. 1.º da Lei 8.429/1992. Naturalmente, é sanção inaplicável ao terceiro beneficiário do ato de improbidade ou mesmo de partícipe que não tenha qualquer

vinculação jurídica com a pessoa jurídica de direito público, o mesmo ocorrendo com a pessoa jurídica que pratica ato de improbidade.<sup>104</sup>

Dada a natureza da punição referente à perda da função pública, obviamente não haverá possibilidade de condenação simultânea em mais de uma ação, tendo em vista que não se vislumbra a determinação para desconstituir relação jurídica inexistente.

A multa civil, por sua vez, tem como principal função desestimular a prática de atos de improbidade administrativa, como forma de lição a todos, visto que a prática de qualquer ato de improbidade terá repercussão no patrimônio do agente ímprobo pela condenação ao pagamento da multa<sup>105</sup>. A multa civil, tal qual a obrigação de ressarcimento, demonstra o caráter pecuniário da sanção, de forma que não enseja qualquer digressão quanto à possibilidade de cumprimento simultâneo da reprimenda, independente do período que seja efetuado o pagamento restará suprimida a obrigação.

A controvérsia, portanto, remete ao aspecto temporal da pena, especificamente a suspensão dos direitos políticos, sanção que também se afigura como uma das consequências da condenação criminal. A questão que se indaga, sendo o objeto primordial da análise aqui desenvolvida, diz respeito ao adequado proceder nos casos de variadas condenações, ou seja, vislumbra-se o somatório das penas, a unificação ou a aplicação em conjunto tal qual ocorre com as demais espécies sancionatórias previstas pela Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse caminhar, para expor uma resposta à necessidade de soma das sanções com a utilização de critérios penais, passa-se a examinar as razões por que a soma é feita no caso de penas privativas de liberdade, mas desnecessária para as demais espécies – multa e restrição de direitos (sendo estas as três espécies de pena previstas no art. 32 do Código Penal).

No caso das penas de privação da liberdade, o Código reconhece ser inviável cumpri-las simultaneamente. Ocorre, entretanto, que seria insuficiente estabelecer a mera sucessão dessas penas, porque há efeitos penais que dependem da consideração da soma.

É o caso específico do regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto). Imagine-se, por exemplo, um condenado com duas penas de reclusão a cumprir: uma de 7 anos e a outra de 6 anos. Se não houvesse o somatório das penas, esse agente

---

<sup>104</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade administrativa*, p. 273.

<sup>105</sup> MASSON, Cleber; *Interesses difusos e coletivos esquematizado*, p. 713.

cumpriria a primeira e, na sequência, a segunda, ambas em regime semiaberto, porque as penas, isoladamente, são inferiores a oito anos, que é um dos critérios determinantes do regime fechado (Código Penal, art. 33, § 2º, “b”). Ao se proceder o somatório, no entanto, o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, eis que se terá o total de 13 anos.

Além disso, a progressão de regime exige o cumprimento de 1/6 da pena (Lei de Execução Penal, art. 112), também calculados sobre a soma das punições (Lei de Execução Penal, art. 111). O agente não cumpre 1/6 da primeira pena, progride de regime, depois regressa ao regime anterior para cumprir 1/6 da segunda pena e assim por diante. A base de cálculo é sempre o somatório das penas – somatório esse que passa a ser uma necessidade prática do sistema executório. Portanto, nem o regime de cumprimento da pena nem o prazo para progressão de regime podem ser definidos a partir de cada pena isolada, essa é a razão do artigo 111 da Lei de Execução penal, a expressa necessidade de se considerar as punições em seu conjunto.

Assim também ocorre com o livramento condicional, na dicção do art. 84 do CP: “as penas que correspondem a infrações diversas devem ser somadas para efeito do livramento”, que, entre outros requisitos, exige o cumprimento de determinadas frações dessa pena total (art. 83).

Em conclusão, no que se toca às penas privativas de liberdade, não bastaria ao Código Penal estabelecer simplesmente que seriam cumpridas sucessivamente, uma tendo início após o término da anterior, porque a soma de todas é necessária à operacionalização de vários institutos da execução penal, conforme demonstramos.

Da análise da fundamentação quanto à impossibilidade de extensão da operação prevista no art. 111 da LEP, se torna possível perceber que se buscou regulamentar por meio de situação diversa o que já se encontra devidamente amparado pela Lei de Improbidade Administrativa. Ainda que num primeiro momento não se possa vislumbrar a existência de norma regulamentadora da situação no tocante ao aspecto temporal das reprimendas, o melhor entendimento é aquele que segue os ditames da lei em regência, a qual determina que a suspensão de direitos políticos inicia-se a partir do trânsito em julgado da sentença.

Neste sentido, tem-se que situação posta encontra-se suficientemente regulada pela Lei de Improbidade Administrativa, não sendo dado ao interprete conferir maior alcance à norma que restou efetivamente destacada pelo legislador. Essa afirmação enseja concluir

que ao se efetivar a análise da questão discutida sob o pálio da improbidade administrativa, deverá se observar as disposições que decorrem do próprio sistema, o qual estabelece a inexistência de óbice no tocante ao simultâneo cumprimento das reprimendas.

## CONCLUSÕES

Com a análise do tema proposto se tornou possível compreender que a ineficácia do Direito Penal contemporâneo se dá, sobretudo em razão da pretensão de se proceder a criminalização de uma série de condutas que não deveriam ser tuteladas pelo Direito Penal. Em decorrência desse modelo de tratamento, alternativas são concebidas com o fim de preservar a incidência do Direito Penal de uma maneira restrita, conforme esse ramo da ciência jurídica foi idealizado.

Dentre as propostas formuladas para frear o processo de expansão que se encontra submetido o Direito Penal, aquela formulada Winfried Hassemer, o denominado Direito de Intervenção, se coaduna com o objetivo de proceder a punição eficaz às condutas que não devem ser objeto de incidência do Direito Penal tradicional. Tanto é assim que Hassemer assevera que o Direito Penal deve se restringir a tutelar um núcleo duro, são bens individuais e efetivamente ofendidos. Restaria ao Direito Penal a estrutura clássica, de forma que os problemas resultantes dos riscos da modernidade são resolvidos pelo Direito de Intervenção, solução apta a enfrentar a atual criminalidade.

O Direito de Intervenção é idealizado a partir da necessidade de se proteger as novas demandas sociais de uma maneira eficaz. Através de sanções que integram diversos ramos do ordenamento jurídico, sem prever, no entanto, a fixação da pena privativa de liberdade, traço responsável por diferenciar o Direito Penal das demais formas de controle. O ponto fundamental do Direito de Intervenção, portanto, é a punição efetiva de agentes por meio de sanções que escapem da pena privativa de Liberdade. Característica que faz com esse ramo se aproxime do denominado Direito Administrativo Sancionador, o qual tutela interesses administrativos por meio da repressão de condutas dotadas de menor grau de ofensividade no seio da Administração Pública.

Ocorre, entretanto, que a identidade entre os dois ramos sancionadores se dá de forma aparente. Isso em decorrência do Direito Administrativo Sancionador estabelecer a punição a certas condutas e com âmbito de eficácia é limitado, pois se destina à punição interna daqueles que perpetram atos contra a Administração Pública, com sanções que consubstanciam em multas e demissões. Todavia, o tratamento dispensado à punição dos atos de improbidade administrativa, conforme o regramento inaugurado pelo artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei nº 8.429/92, expressa a previsão de



uma forma coercitiva inédita perante o ordenamento normativo brasileiro que se coaduna com o Direito de Intervenção proposto por Hassemer.

Através dessa norma, aplicável a todos os sujeitos independente de qualquer vínculo formal com a Administração, perante órgão estatal investido de função jurisdicional, se vislumbra a tutela da probidade administrativa. Um conceito jurídico indeterminado que integra a norma com vários campos do Direito e faz com que sua incidência seja dotada de tamanha severidade que se afigura possível cogitar seu caráter penal. A última característica, no entanto, é refutada pela ressalva constitucional no sentido que as sanções decorrentes da prática de improbidade administrativa não afastarão a responsabilização penal do agente.

Sendo assim, a responsabilização pela prática do ato de improbidade administrativa encontra-se em um espaço intermediário, que se localiza perante o *ius puniendi* como fruto da ampla possibilidade de se punir condutas através das mais variadas formas, às quais fogem da caracterização de Direito Penal, revelando seu *status* subsidiário. O cerne da punição por ato de improbidade administrativa remete à possibilidade conferida ao Estado de estabelecer normas e penalizar quem as viola. Situação possibilita a aplicação de certos institutos comuns à necessária limitação que amplo poder Sancionador exercido pelo Estado.

A valoração desses institutos limitadores na seara da improbidade administrativa se dá conforme a adequação que se destinam. De acordo com contornos próprios e particulares que limitarão a consequência jurídica que figura como nota distintiva de sua incidência. Não se vislumbra, assim, a transposição desses institutos sem proceder a necessária adequação e compatibilização com o interesse tutelado, o que confere homogeneidade ao sistema.

A premissa permite concluir que no tocante aos institutos jurídicos gerais, oriundos do cerne do poder punitivo estatal, se deve promover uma adequação para sua transposição e aplica-los quando compatíveis. Com maior cautela, no entanto, deve-se analisar os institutos jurídicos regulamentados para agregar particularidades e detalhamentos, pois na maioria das vezes a ampliação de seu objeto implicará na subversão da lógica de um sistema normativo diversificado e apto a ensejar consequências de acordo com o modo de abordagem específico que se faz.

Essa demonstração revela que tratar improbidade administrativa como se crime fosse ofende a autonomia conferida à norma. Além de trazer sérias consequências no que se

refere à efetivação das sanções, e no fim faz com que a idealização do Direito de Intervenção falhe quanto o seu propósito de inibição do Direito Penal por ares que não lhe pertencem.

Diante de tal contexto, no que se refere à utilização de postulados presentes na Lei de Execução Penal à regência na seara da improbidade administrativa, em primeiro lugar não se afigura plausível pela razão que orienta a autonomia da sanção de Improbidade Administrativa. Essa punição foge da marca de Direito Penal e se posiciona perante o Direito de Intervenção proposto por Hassemer.

Ademais, a aplicação das normas que encontram subsidiadas no sistema da execução penal observam os modos e direcionamentos do Direito Penal. Situação que afasta sua conotação ampla, notadamente por se considerar que após o trâmite do processo penal com todas as garantias inerentes que o circundam, as regras que disciplinam a execução da pena, agora que efetivada a violência institucionalizada, não se dissocia do Direito Penal, sendo, ao contrário, o esteio central do seu sistema.

Faz-se necessário ponderar ainda que a Lei de Improbidade Administrativa, propriamente dita, não se destina como instrumento apto para proceder o controle eleitoral. Característica que se mostra injustificado depositar no âmbito da legislação que regula os atos materialmente ímprobos todas as consequências que daí poderá advir, como a inelegibilidade. Somado a tal contexto, é preciso destacar, por fim, que, no que se refere às penas privativas de liberdade, não bastaria ao Código Penal estabelecer simplesmente que seriam cumpridas sucessivamente, uma tendo início após o término da anterior, porque a soma de todas é necessária à operacionalização de vários institutos da execução penal.

Assim, considerando a inexistência de lacuna na Lei de Improbidade Administrativa frente a hipótese aqui destacada, além da destinação diversa que é estabelecida às normas regulamentadoras da execução penal, somado ao fato de se afigurar possível no caso, em nome da coerência do sistema da Improbidade Administrativa, o cumprimento simultâneo, não resta a possibilidade de efetivação do simples somatório das reprimendas.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista liberdades*, São Paulo, nº 17, set./dez. 2014.
- ARAS, Vladimir. *O foro especial nas ações de improbidade*. 2014. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/03/17/o-foro-especial-nas-acoes-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em 02 de maio de 2016.
- \_\_\_\_\_. *Conceito de colaboração premiada*. 2015. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/12/conceito-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em 28 de jul. de 2016.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro *Processo penal: esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- CÂNDIDO, Felipe Fagundes. *Abordagem Teórica E Prática De Aspectos Polêmicos Da Lei De Improbidade Administrativa*. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.
- CANOTILHO, J. J. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- CARVALHO, Márcia Dometila de. *Da fundamentação constitucional do direito penal econômico e da relevância do crime econômico e ambiental*. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP, São Paulo, 1990.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle de legalidade na execução penal: reflexões em torno da jurisdicionalização*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985.
- COSTA, Helena R Lobo da. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- FIGUEIREDO, Jorge Dias de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, p. 39-65, jan./mar. 2009.
- FIGUEIREDO, Rudá Santos, *Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade*. Salvador, 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva 2014.

- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, *Gilberto Passos de*. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 7. São Paulo: Saraiva, 2013
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal: Fundamentos, estrutura e política*. Tradução de Adriana Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.
- \_\_\_\_\_. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo ano 2, n. 6, abr./jun. 1994.
- \_\_\_\_\_. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 8, out./dez. 1994.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Histórica, v.1, p.15-21, jan. 1945.
- KRUSSEWSKI, Cristina. *Direito Administrativo Sancionador: Apontamentos Gerais Sobre As Infrações Administrativas e Alguns Aspectos De Sua Relação Com O Direito Penal*. Dissertação. (Mestrado) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental: O Princípio da precaução e sua aplicação judicial*. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 2008.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablo de. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Servicio de Publicacione de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- MOREIRA, Romulo Andrade de. *Atenção mais um crime na praça*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, Seção Especial. nº 86, Jun./Jul. 2014
- MOREIRA, Romulo de Andrade. *A competência por prerrogativa de função*. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 18, 2012.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade administrativa*, 2.ed. São Paulo: Método, 2014.

- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*. Dissertação. (Mestrado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2007.
- PINHO, Alessandra Lopes de. O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar. *Revista da CGU*. Brasília, ano VI, Jul. de 2011.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROMERO, Diego. Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, Ago./Set. 2006.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral I*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>>. Acesso em 24 de jul. de 2016.
- SILVA, Bruno Pirroni. Duas décadas de Lei n. 8.429/1992 e o retrocesso legislativo. *Boletim Científico ESMPU*. Brasília, ano 10, n. 36. Edição Especial, 2011.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOUSA, Eduardo Nepomuceno de. Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.
- VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar a improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 138, abr./jun. de 1998.

ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais: Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Punitiva*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 2007.