

Opinião: improbidade e perda da função pública (parte 2)

12/07/2019



Na semana anterior, iniciamos a abordagem do

tema da extensão da sanção de perda da função pública em razão da prática de ato de improbidade administrativa. Depois de apontar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que orbitam o atual regramento do tema pela Lei 8.429/1992, passamos a analisar a proposta levada a cabo pelo Projeto de Lei 10.887/2018 para, em seguida, apresentar o nosso posicionamento.

Começando pelo projeto, seu artigo 12, parágrafo 2º, estabelece que a “sanção de perda do cargo público atinge todo e qualquer vínculo do agente público ou político com o Poder Público”.

Creemos que o dispositivo positiva a posição jurisprudencial assentada pelo Superior Tribunal de Justiça — e referenciada em nosso texto anterior — no sentido de que a locução “função pública” deve ser considerada em seu sentido amplo, englobando funções comissionadas, cargos em comissão, cargos públicos, aposentadorias etc. Não temos segurança, por outro lado, que a referida norma encerra a discussão — atual e relevante — sobre se a sanção de perda alcança o cargo do momento da condenação, ainda que diverso daquele em razão do qual praticado o ato ímprobo.

É verdade que o PL 10.887/2018 trouxe, em sua justificativa, que o sobredito artigo restou fundado no racional de reafirmar “a posição da jurisprudência segundo a qual o afastamento do serviço público — em razão da reprovabilidade do ato ímprobo — se dá não apenas da função exercida à época dos fatos ou em razão da qual os atos foram cometidos”, negando-se, com isso, “a viabilidade do vínculo jurídico com a administração como um todo”[1].

Ocorre que, em primeiro lugar, não se afigura correto o fundamento elencado, no sentido de se reafirmar um posicionamento jurisprudencial. Como visto em nosso escrito da semana passada, o STJ, na realidade, enfrenta divergência bastante sensível — ainda pendente de uniformização — no que diz respeito ao tratamento dado ao tema pelas Turmas da Primeira Seção.

Em segundo lugar, mas não menos importante, essa *mens legislatoris* emanada da justificativa não possui eficácia normativa, mas sim persuasiva, segundo um critério de interpretação autêntica, o que, em nosso sentir, não seria suficiente para sublimar a literalidade do dispositivo, que remanesce obscuro sobre a extensão da sanção e comportando interpretação estrita por se tratar de norma punitiva, como tem entendido a 1ª Turma do STJ.

Adeptos de pensamento contrário poderiam alegar que o 12, parágrafo 3º, do PL, encerraria a discussão ao dispor que a “perda da função ou do cargo público implicará a inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo, quando for o caso, dos efeitos da suspensão dos direitos políticos”. Ora, se a perda do cargo vem acompanhada de automática inabilitação, a função perdida, seja ela qual for, não resistiria à inabilitação, certo?

Ao contrário de encerrar, nada obstante, esse argumento confere ainda maior complexidade ao debate! É que entra em jogo a própria constitucionalidade da referida sanção, que não consta do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição.

A própria carta, quando quis, expressou em seu artigo 52, parágrafo único, a sanção de “inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”, do que defluiria que o silêncio do constituinte no artigo 37, parágrafo 4º, teria sido proposital. Daí por que, embora não ignoremos abalizada posição contrária[2], nos alinhamos com Gina Copola[3] no sentido de que o referido dispositivo constitucional é norma de eficácia limitada e, como tal, não pode ver a norma regulamentadora indo além da norma regulamentada, sob pena de o legislador ordinário arvorar-se na condição de Constituinte derivado.

Já há na Lei 8.429/1992, é certo, sanções originalmente não previstas pelo artigo 37, parágrafo 4º, da carta (multa, proibição de contratação com o poder público e proibição de recebimento de benefícios ou de incentivos fiscais ou creditícios)[4]. E, curiosamente, o STF já foi instado a se pronunciar sobre sua (in)constitucionalidade formal — aliás, de toda a Lei 8.429/1992 —, julgando improcedentes os pedidos deduzidos na ADI 2.182-6[5]. Acontece que a ação em questão se fundamentou exclusivamente em violação ao artigo 65 da Constituição, ao argumento de que teria a lei aludida desrespeitado o rito adequado em seu processo legislativo.

Em controversa questão de ordem naquela ADI, o STF, deparando com manifestações de ministros pondo em dúvida a constitucionalidade material de normas da Lei 8.429/1992, debateu sobre a possibilidade de a corte avançar para além dos fundamentos elencados na ação, concluindo, ao final, que, a despeito da causa aberta de que se reveste a ação direta, o tribunal deveria se ater à alegação de inconstitucionalidade formal propriamente dita que elencou como parâmetro de controle do referido artigo 65. Ou seja, o STF jamais enfrentou a questão da inconstitucionalidade material das sanções de improbidade previstas na Lei 8.429/1992 e estranhas ao artigo 37, parágrafo 4º, sob o prisma da violação desse próprio

dispositivo constitucional ou, quando menos, do artigo 5º, II, da Carta, tema que permanece em aberto e indiferente ao fato de as citadas sanções já há décadas serem aplicadas.

Um novo argumento-resposta, então, seria em tese possível: “mas a Constituição, e a lei já preveem a suspensão dos direitos políticos, sanção essa que terá o condão de afastar do cargo seu ocupante por força do requisito exigido pelo artigo 5º, II, da Lei 8.112/1990!”. Esse é um fundamento que conta com a simpatia de parcela da doutrina[6] e já fundamento, no passado, parecer, datado de 1964, sobre o âmbito de vigência material dos artigos 7º e 10 de Ato Institucional:

É fora de dúvida que a suspensão de direitos políticos acarreta, por via de consequência, a impossibilidade de exercício de cargo público, durante todo o período a que se refere a interdição de tais direitos. (...) entre os direitos políticos se inclui, precisamente, o de ocupar e exercer cargos e empregos públicos. Essa orientação doutrinária e legislativa, tradicional no nosso direito positivo tem larga aceitação na *communis opinio*, por isso que, de fato, confundindo-se os direitos políticos com os de cidadania, onde só se admite o exercício do cargo público pelos cidadãos de Estado, a suspensão de tais direitos importa, automaticamente, no afastamento desse exercício, pela *capitis diminutio* outorgada[7].

Bem recentemente, acórdão da Corte Especial do STJ, em ação penal originária, tangenciou aquele raciocínio, alertando sobre a possibilidade real de ampliação da tese para a seara da improbidade administrativa:

Se a reputação ilibada e ausência de condenação criminal são pressupostos para posse e investidura, não há o que explique que, cometido crime contra a Administração, possa o servidor prosseguir no desempenho da atividade, simplesmente porque agora já ostenta essa condição. Admitir essa hipótese seria cancelar privilégio não republicano pela simples condição de funcionário público, relativizando as exigências de honestidade e probidade, como se elas não fossem indispensáveis também para o prosseguimento e manutenção do exercício da função estatal[8].

Com o respeito sempre devido, contudo, não compactuamos com essa posição. A justificativa é lógica: a suspensão é transitória, enquanto a perda de função é definitiva. Ademais, se a suspensão de direitos políticos implicasse perda do cargo atual, inexistiria a discussão mencionada no texto anterior e que atualmente põe em divergência as duas Turmas da Primeira Seção. Além disso, se gozo dos direitos políticos fosse sempre um requisito para desempenho de função pública, seria desnecessária a redação do parágrafo 3º do artigo 12 no PL 10.887/2018. Mais: houvesse de fato uma coincidência entre o efeito da suspensão dos direitos e a inabilitação, não seria possível conceber que o projeto previsse — como prevê — a possibilidade de suspensão de direitos políticos por prazo inferior a cinco anos sem admitir semelhante gradação para a sanção acessória de inabilitação, fixada em cinco, sem, em tese, comportar dosimetria, o que é outra preocupação. Calil Simão, no mesmo norte, traz relevantes considerações adicionais:

Tratando-se de servidor público, a sanção de suspensão dos direitos políticos não terá o condão de gerar a perda da função pública, pois o vínculo que mantém com o Estado é de natureza

profissional e não política, muito embora, para ingressar nela, necessite estar em pleno gozo dos direitos políticos (CF, art. 37, I). (...)

estamos diante de 2 (duas) sanções autônomas, e não de efeitos da condenação. Segundo, porque a aplicação das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa foi regulada pela legislação especial — e essa legislação, como vimos, estabeleceu duas sanções independentes, o que nos leva a uma única conclusão: a de que não se desejou que a suspensão dos direitos políticos repercutisse na perda da função pública, o que importaria em esvaziar o conteúdo da sanção autônoma respectiva. (...)

Estar no gozo dos direitos políticos é, para os servidores públicos, apenas requisito de investidura, mas não de permanência do cargo, emprego ou função. Em alguns casos o gozo dos direitos políticos é dispensável, até mesmo para investidura, como ocorre no caso de contratação de estrangeiros[9].

Vamos além: o próprio STJ possui entendimento reiterado[10] na direção de que a sanção de perda da função pública seria a mais grave de todas oriundas de ato de improbidade, exigindo temperança e motivação adequada. Se a suspensão implicasse, além da impossibilidade de exercício de direitos políticos, a perda do cargo atual, seria ela, isto sim, a mais grave de todas.

Outro argumento fortalecedor de nossa convicção é colhido da APn 565, na qual o STF entendeu que a suspensão dos direitos políticos resultante de condenação criminal não acarreta a perda automática de mandato eletivo, dependendo de processo específico instaurado na forma do artigo 55, VI, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o que milita em desfavor da perda da função como uma consequência natural da suspensão — até porque, ao se migrar a decisão sobre a perda para o Poder respectivo, a Carta admite que a decisão final possa ser pela não cassação.

Importante também notar que a disposição contida no parágrafo 3º do artigo 12 do PL 10.887/2010 contrasta com o regramento introduzido no artigo 1º da Lei Complementar 64/1990 pela Lei da Ficha Limpa, a prever a inelegibilidade em razão de condenação “à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena”. A par da dissonância temporal — cinco e oito anos —, o PL 10.887/2018 passa a admitir que a suspensão imposta como sanção por ato de improbidade que não lesivo ao patrimônio público ou que importe enriquecimento também seja capaz de produzir o grave resultado admitido bem mais restritivamente pela lei eleitoral.

Resumindo nossa posição, entendemos que a perda da função somente atinge aquela ao tempo do ato praticado, em linha com a 1ª Turma do STJ; a suspensão de direitos políticos não acarreta a perda da função atualmente ocupada, sanção essa autônoma e de aplicação imperiosamente comedida; e não temos conforto em que o PL 10.887/2018, tal como está, encerre a discussão sobre a extensão da sanção da perda da função e, aos que pensam que encerra a partir da previsão adicional da inabilitação, entendemos que a conclusão proposta seja inconstitucional ou, quando menos, equivocada do ponto do nosso sistema jurídico.

[1]

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL+1

[2] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 31;

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

[3] COPOLA, Gina. *A Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

[4] Ainda que se possa pôr em dúvida também a sanção de perda de bens, seria possível depreendê-la, em tese, da previsão constitucional de indisponibilidade de bens — o que não deixa de ser discutível, já que a indisponibilidade se cuidaria de providência cautelar voltada a garantir o ressarcimento e eventual multa, mas esse argumento singular nos orientou a estremar esta sanção específica daquelas outras, nitidamente fora do rol constitucional.

[5] <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 679.

[7] <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/26040/24900>

[8] APn 830/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/02/2019, DJe 02/04/2019.

[9] SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. 2ª ed. Leme: JH Mizuno, 2014, p. 853-857; Cf. ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 229-231.

[10] REsp 1.228.749/PR. Relator Ministro Og Fernandes; AgReg no REsp 124.939/SP. Relator Ministro Herman Benjamim; AgInt no REsp 1.572.616 MT 2015/0309168-3.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-jul-12/opiniao-improbidade-perda-funcao-publica-parte/>