

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional

PROCESSO: OFÍCIO Nº 4054/2012 – PJPP-CAP Nº 471/2012 – 6ª PJ

PARECER Nº: 1441/2012

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO –
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO
E SOCIAL DA CAPITAL

ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DA FICHA LIMPA. Servidor público que, ocupando cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, foi condenado, em segunda instância judicial, pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92. Decisão que, embora não transitada em julgado, condenou o servidor, dentre outras sanções, à suspensão dos direitos políticos. Solicitação, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, de informações quanto à conduta a ser adotada pela Administração Estadual em face desta condenação, em razão do disposto no Decreto Estadual nº 57.970/2012, que determina a exoneração de servidores que, ocupantes de cargo em comissão, vierem a se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei federal. Determinação que, de fato, encontra respaldo no artigo 111-A da Constituição Estadual. Imposição legal, portanto, de exoneração de qualquer servidor que, ocupando cargo em comissão, venha a ser considerado inelegível. Necessidade, todavia, de definição das situações que conduzem, efetivamente, à inelegibilidade, nos termos da legislação federal. Matéria prevista no artigo 14 da Constituição Federal. Inelegibilidade que poderá decorrer das seguintes situações: I – inoccorrência de alguma das condições de elegibilidade previstas no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal; II – reconhecimento da inalistabilidade ou do analfabetismo, conforme o artigo 14, § 4º, da Constituição Federal; III – ocorrência de alguma das situações previstas no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal; IV – incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei complementar específica, a teor do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal. Lei Complementar Federal nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que, editada com fundamento no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, traz, dentre os casos de inelegibilidade, o decorrente 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”. Mera condenação à suspensão dos direitos políticos que não tem o condão de conduzir, neste momento, à inelegibilidade, na medida em que exigido o trânsito em julgado da sentença condenatória. Exigência decorrente do artigo 20 da Lei Federal nº 8.429/92, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADC nº 29/DF. Exoneração, consequentemente, que somente seria exigida caso a condenação do servidor fosse enquadrada em alguma das situações previstas na Lei Complementar Federal nº 135/2010. Prescindibilidade, neste caso, do trânsito em julgado, que já foi objeto de declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADC nº 29/DF. Hipótese, contudo, que, no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, não se adequa à previsão do artigo 1º, inciso I, alínea “l”, da Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010. Existência de inúmeros julgados do Tribunal Superior Eleitoral que reconhecem que a inelegibilidade prevista na aludida norma exige que o ato de improbidade administrativa tenha sido doloso, e que dele tenha decorrido lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Ausência de qualquer destas características que, no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, impede o reconhecimento da inelegibilidade. Existência, todavia, de divergência em âmbito doutrinário, entendendo-se que o enriquecimento ilícito, previsto na norma que impõe a inelegibilidade, poderia ser próprio ou de terceiros, sendo pressuposto na hipótese de lesão ao erário. Definição, portanto, do dever de exonerar o servidor, nos termos previstos no Decreto Estadual nº 57.970/2012, que depende do posicionamento a ser perflhado pela Administração. Decisão, de todo modo, que compete ao Sr. Governador do Estado de São Paulo, por ser o cargo em comissão, por natureza, de livre exoneração.

1. Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica para que se manifeste quanto à conduta a ser adotada pelo Sr. Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Regional em relação ao Ofício nº 4054/2012, encaminhado pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, noticiando a instauração do Inquérito Civil nº 471/2012 e solicitando informações do Titular desta Pasta quanto às providências que seriam adotadas pela Administração (fls. 01).

2. Na portaria que determinou a instauração do inquérito civil, relata-se que o Sr. I.O, servidor público exercendo cargo em comissão junto a esta Secretaria de Estado, teria sido condenado, em segunda instância judicial, à perda de função pública por ato de improbidade administrativa, mas, independentemente deste fato, continuaria exercendo, de forma comissionada, cargo de coordenação da comissão de acompanhamento de contratos de parcerias público-privadas (fls. 02/04).

3. Neste contexto, em razão da determinação constante do Decreto Estadual nº 57.970/2012, que veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas por improbidade administrativa por decisão de órgão colegiado, foi instaurado o aludido inquérito civil, solicitando-se as informações versadas neste expediente.

4. Solicitação semelhante foi encaminhada, por intermédio do Ofício nº 4056/2012, ao Sr. I.O (fls. 07), que apresentou recurso administrativo contra a deflagração do procedimento (fls. 21/29), sustentando que a condenação que lhe foi imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não se enquadraria nas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei federal, não ensejando, consequentemente, a aplicação da determinação de exoneração, nos termos do Decreto Estadual nº 57.970/2012.

5. O recorrente alegou, em apertada síntese, que a decisão judicial teria reconhecido que o ato, embora tido como de improbidade administrativa, não teria sido praticado com dolo, nem mesmo causado lesão ao erário ou sequer enriquecimento ilícito do recorrente, do que não seria aplicável a hipótese de inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea “l”, da Lei Complementar Federal nº 64/90.

6. Juntou-se aos autos, ainda, cópia da peça inicial da ação civil pública que ensejou a condenação (fls. 30/61), da contestação apresentada pelo Sr. I.O (fls. 62/92), da sentença judicial em primeira instância (fls. 93/109), da apelação interposta pelo servidor (fls. 110/140), do memorial apresentado previamente ao julgamento colegiado (fls. 141/150), do acórdão do julgamento em segunda instância (fls. 151/171), e, por fim, dos embargos de declaração apresentados pelo servidor (fls. 172/183).

7. Sob tais circunstâncias, foram os autos encaminhados a esta Consultoria Jurídica, por solicitação do Sr. Chefe de Gabinete (fls. 184), juntando-se aos autos, posteriormente, Ofício encaminhado pela Sr. Secretária-Adjunta de Planejamento e Desenvolvimento Regional ao Ministério Público do Estado de São Paulo, solicitando dilação do prazo indicado para a prestação de informações, em razão da complexidade da matéria (fls. 185).

É o relatório. Opino.

8. Conforme relatado, os autos foram trazidos à apreciação deste órgão jurídico para que indique a conduta a ser adotada pela Administração com relação à situação jurídica de servidor público que, ocupando cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, foi condenado, em segunda instância judicial, pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92.

9. Pois bem. Quanto a este aspecto, observo que a Constituição do Estado de São Paulo, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 34/2012, determina:

“Artigo 111-A – É vedada a nomeação de pessoas que se enquadram nas condições de inelegibilidade nos termos da legislação federal para os cargos de Secretário de Estado, Secretário-Adjunto, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral do Estado, Defensor Público Geral, Superintendentes e Diretores de órgãos da administração pública indireta, fundacional, de agências reguladoras e autarquias, Delegado-Geral de Polícia, Reitores das universidades públicas estaduais e ainda para todos os cargos de livre provimento dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado”.

10. Nos termos da Constituição Estadual, portanto, a nomeação a cargo em comissão é vedada nas situações em que reconhecida alguma hipótese de inelegibilidade, sendo esta definida de acordo com o disposto em legislação federal.

11. Não é diferente, quanto a este aspecto, o que dispõe o Decreto Estadual nº 57.970/2012 – editado para regulamentar, exatamente, o artigo 111-A da Constituição Estadual –, determinando:

“Artigo 1º – Fica vedada a nomeação para o provimento de cargos em comissão, bem como a designação ou contratação para o preenchimento de funções ou empregos de confiança, no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, de pessoas que se enquadrem nas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei federal.

§ 1º – Não impedirá a nomeação, designação ou contratação de que trata este artigo a decisão judicial que, mesmo tendo sido proferida por órgão colegiado, ainda não produza efeitos ou cuja eficácia tenha sido suspensa.

§ 2º – O órgão jurídico da Secretaria de Estado, autarquia ou fundação interessada se pronunciará, em caso de dúvida, sobre o enquadramento nas hipóteses a que alude o “caput” deste artigo.

(...)

Artigo 3º – Os titulares de cargos em comissão e os ocupantes de funções ou empregos de confiança, no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, deverão comunicar por escrito a seus superiores hierárquicos, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da respectiva ciência, real ou legalmente presumida, a superveniência:

I – de enquadramento em qualquer das hipóteses de inelegibilidade prevista em lei federal;

II – da instauração de processos administrativos ou judiciais cuja decisão possa importar em inelegibilidade, nos termos de lei federal.

Parágrafo único – O superior hierárquico adotará providências administrativas:

1. na hipótese do inciso I deste artigo, para a exoneração, cessação da designação ou rescisão do contrato de trabalho, conforme o caso;

2. na hipótese do inciso II deste artigo, para a comunicação do fato ao órgão correicional competente ou à Corregedoria-Geral da Administração, da Casa Civil, para fins de acompanhamento, se for o caso.

12. Note-se que, para além da vedação à nomeação, para cargos em comissão, de pessoas tidas por inelegíveis, proibição esta que decorre diretamente da Constituição Estadual, o Decreto Estadual nº 57.970/2012 estabelece, ainda, em seu artigo 3º, inciso I, c.c. o seu parágrafo único, “1”, que os titulares de cargos em comissão que, supervenientemente, vierem a ser enquadrados em qualquer das hipóteses de inelegibilidade prevista em lei federal, deverão ser exonerados, por determinação do superior hierárquico.

13. A inelegibilidade, destarte, não apenas torna ilegal a nomeação, mas, adicionalmente, impõe a própria exoneração do servidor supervenientemente tido por inelegível.

14. É, portanto, sob tais parâmetros que se cinge a presente consulta, observando-se, por oportuno, que o próprio artigo 1º, § 2º, do Decreto Estadual nº 57.970/2012 reconhece a competência desta Consultoria Jurídica para indicar a eventual inelegibilidade, dispondo que o “*órgão jurídico da Secretaria de Estado, autarquia ou fundação interessada se pronunciará, em caso de dúvida, sobre o enquadramento nas hipóteses a que alude o “caput” deste artigo*”.

15. Ressalto, todavia, que, conforme decorre das próprias premissas já expostas, a exoneração de servidor ocupante de cargo em comissão somente será legalmente exigida nas hipóteses em que, nos termos da legislação federal, for reconhecida a inelegibilidade deste servidor.

16. Imprescindível, assim, que se definam as situações que conduzem, efetivamente, à inelegibilidade, nos termos previstos na legislação federal.

17. Quanto a este aspecto, observo que a inelegibilidade – enquanto vedação ao exercício dos direitos políticos passivos (*ius honorum*) – encontra respaldo na Constituição Federal, especialmente em seu artigo 14, que inaugura o Capítulo referente aos direitos políticos.

18. Do disposto no artigo 14 da Constituição Federal, podem ser arroladas as seguintes hipóteses de inelegibilidade:

a) inoccorrência de alguma das condições de elegibilidade previstas no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal, a saber: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição; (v) a filiação partidária; (vi) a idade mínima exigida para o cargo pretendido.

b) reconhecimento da inalistabilidade ou do analfabetismo, conforme o artigo 14, § 4º, da Constituição Federal, sendo inalistáveis, conforme o § 2º deste mesmo artigo, os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos;

c) ocorrência de alguma das situações previstas no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal, vale dizer, a relação de parentesco, por consanguinidade ou afinidade, com Chefe de Poder Executivo, no território de jurisdição deste, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição;

d) incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei complementar específica, a teor do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal.

19. Para a hipótese versada nestes autos, assumem especial relevância as situações retratadas no artigo 14, § 3º, inciso II – exigência de pleno exercício dos direitos políticos – e no artigo 14, § 9º, que veio a ser regulamentada pela Lei Complementar Federal nº 64/90, recentemente alterada pela Lei Complementar Federal nº 135/2010.

20. Necessário, em suma, identificar se a condenação judicial em segunda instância em desfavor do Sr. I.O foi suficiente para impor a sua inelegibilidade, quer por lhe suprimir o pleno exercício dos direitos políticos, quer em razão da incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar Federal nº 64/90.

21. Assentadas tais premissas, passo, primeiramente, à análise da incidência de eventual inelegibilidade decorrente do artigo 14, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

22. Quanto a este ponto, observo que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº 9152050-53.2003.8.26.0000, reconheceu que a conduta praticada pelo servidor I.O configurou ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92, impondo-lhe, dentre as sanções previstas no artigo 12, inciso II, deste mesmo diploma legal, as penalidades de *“perda da função pública”* e de *“suspensão dos direitos políticos, por cinco anos”*.

23. Tal decisão, de acordo com os documentos acostados aos autos, não transitou em julgado, tendo sido oferecidos embargos de declaração além de indicada a intenção de interposição de recurso aos Tribunais Superiores.

24. Necessário, nestes termos, identificar se a condenação à suspensão dos direitos políticos, imposta por órgão colegiado, tem o condão de conduzir à inelegibilidade do acusado, ainda que previamente ao trânsito em julgado.

25. Oportuno ressaltar, neste ponto, que a Constituição Federal, em seu artigo 15, inciso V, reconhece a possibilidade de que condenação por improbidade administrativa tenha como consequência a suspensão dos direitos políticos, suspensão esta que, conforme já exposto, tem como resultado a inelegibilidade do apenado, por lhe faltar a condição de elegibilidade prevista no artigo 14, § 3º, inciso II.

26. Entretanto, não obstante estas considerações, é certo que o artigo 20 da Lei Federal nº 8.249/92 reconhece, expressamente, que *“a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”*.

27. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, traçou o entendimento segundo o qual a declaração de inelegibilidade não poderia ser confundida com a suspensão dos direitos políticos, na medida em que este constitui sanção, ao contrário daquela, e, exatamente em razão desta peculiar natureza da inelegibilidade, seria possível a sua aplicação independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória. Veja-se, a respeito, os seguintes excertos do julgado:

“A interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais impõe que seja a mencionada norma cotejada com o art. 15, incisos III e V, que trata dos casos de suspensão e perda dos direitos políticos, envolvendo não apenas o ius honorum (direitos políticos passivos, isto é, o direito de candidatar-se e eleger-se), como também o ius suffragii (direitos políticos ativos – em síntese, o direito de eleger). A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos e, portanto, não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos.

Ora, se é certo – como, de fato, é – que a inelegibilidade contempla apenas o ius honorum e não o ius suffragii, por que teria cuidado o constituinte reformador de permitir ao legislador complementar instaurar hipótese de inelegibilidade em que se considerasse a vida pregressa do candidato, se o art. 15 já prevê a suspensão de direitos políticos em virtude de condenação definitiva em processo criminal ou por improbidade administrativa?

Nessa ordem de ideias, impende concluir que o art. 14, § 9º em sua redação hoje vigente, autorizou a previsão legal de hipóteses de inelegibilidade decorrentes de decisões não definitivas, sob pena de esvaziar-lhe o conteúdo”.

(...)

Quando a LC 135/2010 estabelece como causa de inelegibilidade a condenação, por órgão judicial colegiado, em ação de improbidade administrativa (alínea “I” do inciso I do art. 1º),

por exemplo, ela inevitavelmente assume um caráter retroativo. Essa retroatividade, poder-se-ia dizer, insere-se, pelo menos, na categoria dogmática da retroatividade mínima, podendo assumir até mesmo contornos de retroatividade máxima.

Isso porque ela incide sobre a garantia, já assegurada aos cidadãos antes de seu advento, de que a sanção de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da ação. Dessa forma, ela repercute diretamente sobre os recursos processuais já interpostos e seus respectivos efeitos. Ela tem o condão, inclusive, de afastar o obrigatório efeito suspensivo do recurso em ação de improbidade administrativa”.

28. Em outra oportunidade, quando do julgamento da ADPF nº 144, asseverou-se:

“(…) não se ignora que o julgamento de procedência da ação civil de improbidade administrativa também se qualifica como causa de suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15, V), observados, no entanto, para esse efeito, os termos estabelecidos no art. 37, § 4º, da Constituição, que dispõe que ‘Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos (...), na forma e gradação previstas em lei (...)’. A regra constitucional em questão, implementada e desenvolvida pela Lei nº 8.429/92, outorgou, ao legislador comum, a possibilidade de disciplinar as condições em que se dará, uma vez julgada procedente a respectiva ação civil, a privação temporária dos direitos políticos do ‘improbis administrador’.

O legislador, no desempenho dessa verdadeira delegação constitucional, prescreveu, de modo plenamente legítimo, que a suspensão dos direitos políticos, nos processos civis instaurados por improbidade administrativa, efetivar-se-á ‘com o trânsito em julgado da sentença condenatória’ (art. 20, ‘caput’).

A Lei de Improbidade Administrativa, dessa maneira, em atenção ao princípio da segurança jurídica (que tem, na formação da coisa julgada, a causa visível de sua concretização), condicionou a adoção daquela medida restritiva de direitos políticos, à existência de uma situação juridicamente consolidada que representa – tal a importância de que se revestem os direitos políticos em nosso sistema constitucional – uma garantia de preservação de sua integridade”.

29. Imperioso, em consequência, o reconhecimento de que, quer em razão da determinação expressa da Lei Federal nº 8.429/92, em seu artigo 20, quer em decorrência do entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a suspensão dos direitos políticos, enquanto pena, somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória. Até este momento, não pode ser suprimida a condição de elegibilidade representada pelo pleno exercício dos direitos políticos.

30. É, aliás, o mesmo entendimento defendido em sede doutrinária¹:

“(...) não se pode confundir a pena de suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação por ato de improbidade administrativa com a inelegibilidade prevista na Lei Complementar nº 135/2010. Lá, se trata de pena, aqui, é requisito. Lá (Lei de Improbidade), se pune a conduta lesiva ao patrimônio público, aqui (Lei da Ficha Limpa), se previne, evitando que pessoas que poderão vir a lesionar o patrimônio público alcancem os cargos públicos.

Para simplificar a questão, se inelegibilidade fosse pena, a lei não contemplaria como inelegíveis os parentes das autoridades a que faz alusão o § 3º do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, já que, em tese, ninguém pode ser condenado se não concorrer para o ato de outrem, como bem posto no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal.

Isso sem falar dos analfabetos, inelegíveis por imposição da própria Constituição Federal, mesmo que não tenham concorrido para tal. Qual seria o motivo de tal pena? Não seria o analfabeto uma vítima? Qual o bem jurídico protegido por essa inelegibilidade? As respostas para essas perguntas não serão razoáveis ao se entender que inelegibilidade é pena”.

31. Por estes motivos, não sendo imposta a exoneração do servidor I.O em razão da aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos pelo órgão colegiado, resta apenas, neste momento, apreciar a hipótese de inelegibilidade decorrente da Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010.

32. Esta última – conhecida como Lei da Ficha Limpa – foi editada com fundamento no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, trazendo, dentre os casos de inelegibilidade, o decorrente 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”, nos termos do novel artigo 1º, inciso I, alínea “I”, da Lei Complementar Federal nº 64/90.

33. Quanto a este aspecto, é importante observar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADC nº 29/DF), que não existe qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal a norma que reconhece a eficácia de decisão judicial proferida por órgão colegiado, mas ainda não transitada em julgado, para os fins de conduzir à inelegibilidade do condenado, na medida em que o princípio da presunção de inocência seria aplicável, exclusivamente, às condenações criminais, com o que não se confunde a restrição do direito político passivo (*ius honorum*) decorrente da inelegibilidade.

34. De fato, consta do acórdão do Supremo Tribunal Federal:

¹ Edson de Resende CASTRO et alli, *Ficha Limpa: Lei Complementar nº 135, de 4.6.2010: interpretada por juristas e membros de organizações responsáveis pela iniciativa popular*, Bauru, SP: EDIPRO, 2010, p. 172.

“2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal”.

35. Entendo, portanto, que, caso a condenação sofrida pelo servidor I.O pudesse ser enquadrada em alguma das hipóteses previstas no artigo 1º da Lei Complementar Federal nº 64/1990, não haveria qualquer impedimento ao reconhecimento de sua inelegibilidade – e, portanto, à determinação de sua exoneração do cargo em comissão –, sendo irrelevante, para estes fins, o trânsito em julgado da decisão.

36. Observo, todavia, que a interpretação do artigo 1º, inciso I, alínea “l”, da Lei Complementar Federal nº 64/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010, não se encontra, até este momento, pacificada, sendo possível identificar duas vertentes interpretativas;

37. Uma primeira interpretação, capitaneada pelo Tribunal Superior Eleitoral, propala o entendimento segundo o qual a inelegibilidade prevista naquela norma somente deveria ser reconhecida caso o ato de improbidade tivesse sido doloso e, ademais, dele tivesse decorrido lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

38. Em outras palavras, sob tal entendimento, não basta, para caracterizar a improbidade, que o ato tenha sido julgado, em órgão colegiado, como ímprobo, sendo imprescindível, ademais, a comprovação de que este mesmo órgão colegiado reconheceu a presença dos três demais requisitos: dolo, enriquecimento ilícito e lesão ao erário.

39. Ausente qualquer destes requisitos, não seria possível o reconhecimento da inelegibilidade.

40. É, note-se, o que se depreende dos seguintes acórdãos:

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, inciso I, “l” DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. INTEMPESTIVIDADE REFLEXA. PRELIMINAR. NÃO ACOLHIMENTO. ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO

AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SIMULTANEIDADE. INEXISTÊNCIA. INELEGIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. Não acolhimento da preliminar de intempestividade reflexa do recurso ordinário, uma vez que os embargos de declaração foram opostos no Tribunal a quo no tríduo legal. 2. A incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “I”, da LC nº 64/90, com redação dada pela LC nº 135/2010, pressupõe condenação do candidato à suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. 3. No caso, o candidato foi condenado por ato de improbidade que importou apenas violação aos princípios da Administração Pública, não incidindo, por isso, a inelegibilidade do art. 1º, I, “I”, da LC nº 64/90. 4. Agravo regimental não provido. (TSE – AgRg no RO nº 3811-87.2010.6.26.0000 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 15/12/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. VERIFICAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, “I”, DA LC Nº 64/90. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INOCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 1º, I, “d”, DA LC Nº 64/90. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABUSO APU-RADO EM SEDE DE AIME. DESPROVIMENTO. 1. In casu, a decisão do Tribunal de Justiça local que condenou o agravado por improbidade administrativa não foi juntada aos autos com a inicial da impugnação ao seu registro de candidatura, mas tão somente após a apresentação de contestação por parte do impugnado, sobre a qual não foi oportunizado manifestar-se. É flagrante, portanto, o prejuízo acarretado à sua defesa, cuja plenitude deve ser preservada, de acordo com os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. 2. Nos termos da alínea “I” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, para a incidência da causa de inelegibilidade nele prevista, é necessária não apenas a condenação à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, mas, também, que tal ato tenha importado lesão ao patrimônio público, bem como enriquecimento ilícito. 3. Conforme assentado por esta Corte nos autos do RO nº 3128-94/MA, para que haja a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “d”, da LC nº 64/90, a condenação por abuso deve ser reconhecida pela Justiça Eleitoral por meio da representação de que trata o art. 22 da LC nº 64/90, não incidindo quando proferida em sede de recurso contra expedição de diploma ou ação de impugnação a mandato eletivo, hipótese dos autos. 4. Agravo regimental desprovido. (TSE – AgRg no RO nº 3714-50.2010.6.13.0000 – Rel. Min. Marcelo Ribeiro – j. 08/02/2011).

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 ÀS ELEIÇÕES 2010. CONDENAÇÃO COLEGIADA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 1º, I, “I” DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. NECESSIDADE DE PRÁTICA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE QUE IMPORTE, SIMULTANEAMENTE, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO CANDIDATO E LESÃO AO ERÁRIO. ARTS. 90 E 10 DA LEI Nº 8.429/92. PROVIMENTO. 1. A aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 às Eleições 2010 não importa violação ao art. 16 da

Constituição Federal por se tratar de norma de direito eleitoral material, que não altera, portanto, o processo eleitoral. Precedentes. 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas, sim, requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura, razão pela qual a ela não se aplicam os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo. Precedentes. 3. A Lei Complementar nº 135/2010 atende ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porquanto resultou da ponderação de tal princípio com o da moralidade e probidade para o exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato. Precedente. 4. O ato de improbidade capaz de autorizar a incidência da causa de inelegibilidade do art. 1º, I, I, da Lei Complementar nº 64/90 deve caracterizar-se por conduta do candidato de «auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida» (art. 9º, caput, da Lei nº 8.429/92) para a prática de ato que cause «perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres» do erário (art. 10, caput, da Lei nº 8.429/92). 5. Recurso ordinário provido. (TSE – RO nº 2293-62.2010.6.26.0000 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 26/05/2011).

41. Ora, sob tais premissas, parece claro que, adotando-se o entendimento fixado pelo Tribunal Superior Eleitoral, não seria possível o reconhecimento da inelegibilidade do servidor I.O, na medida em que este foi condenado, em órgão colegiado, exclusivamente pela prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92.

42. O artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, como é cediço, refere-se, estritamente, aos atos de improbidade administrativa capazes de causar lesão ao erário – como, aliás, decorre da expressa literalidade do dispositivo legal e da seção na qual este se encontra inserido.

43. Quanto a este ponto, não assiste razão ao servidor em sua alegação de que teria sido afastada, pela decisão colegiada, a ocorrência de lesão ao erário (fls. 24/25).

44. De um lado, porque o trecho extraído do acórdão, grifado pelo servidor às fls. 25, não indica que o Tribunal de Justiça tenha concluído pela ausência de lesão ao erário, demonstrando, exclusivamente, que não foi aplicada a sanção de “ressarcimento ao erário”, prevista no artigo 12, inciso II, da Lei Federal nº 8.429/92.

45. De outro lado, e considerando-se que a fundamentação do acórdão, como mera razão de decidir, não possui qualquer eficácia jurisdicional, não integrando, portanto, o comando do acórdão, sequer se revelaria útil perquirir quais foram os argumentos esposados pelo Tribunal de Justiça quanto à ocorrência de lesão ao erário, na medida em que, proferindo-se a condenação ao ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92 – o que, de fato, constitui o dispositivo da decisão judicial –, resta pressuposta, *ipso iure*, a ocorrência de lesão ao erário.

46. Ressalvada esta questão, entretanto, observo que a decisão condenatória do Tribunal de Justiça (fls. 151/171), condenando o servidor pela prática de ato de improbidade administrativa, não menciona, em momento algum, a ocorrência de enriquecimento ilícito, do servidor ou de terceiros.

47. Reitero, quanto a este ponto, o já afirmado anteriormente, no sentido de que o artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92 refere-se, exclusivamente, à prática de atos ensejadores de lesão ao erário, sendo as hipóteses de enriquecimento ilícito, próprio de terceiros, previstas no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

48. No que diz respeito, do mesmo modo, à exigência de que a conduta tenha sido dolosa, perflho, especificamente, o entendimento manifestado por Douglas de Melo Martins², segundo o qual:

“O conceito de dolo ganha, aqui, contornos próprios, de conteúdo tipicamente eleitoral. O que interessa ao intérprete é verificar se era esperável do condenado por improbidade que praticasse o ato segundo contornos diversos dos observados no julgado que lastreia a inelegibilidade. Exigência maior do que essa defraudaria o próprio espírito da lei, que em nenhum momento pretendeu favorecer a elegibilidade de pessoas declaradas ímprobas por um órgão jurisdicional colegiado.

No caso da aplicação da Lei da Ficha Limpa, que tem o fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, a inserção da condicionante do dolo deve ser interpretada tendo em vista o seu desiderato.

Naturalmente, a inserção do dolo como condicionante para a inelegibilidade nas condenações por ato de improbidade administrativa (alínea “l”), ou os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa (alínea “g”) foi só para excluir administradores que evidentemente nada tinham a ver com a causa da rejeição das contas”.

49. De todo modo, ainda que reconhecida, no caso, a existência de conduta dolosa, entendo que, em se adotando o entendimento esposado pelo Tribunal Superior Eleitoral, o fato de ter sido o servidor condenado, exclusivamente, pela prática de uma das condutas versadas no artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92, sem a condenação, concomitantemente, por ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º deste mesmo diploma legal, impediria, por consectário lógico, o reconhecimento da inelegibilidade do servidor, à falta de um dos requisitos essenciais a esta consequência: o enriquecimento ilícito, próprio ou de terceiros.

50. Esta é, como já ressaltado, uma das possibilidades interpretativas.

51. Há, entretanto, uma segunda interpretação, em âmbito doutrinário, ao artigo 1º, inciso I, alínea “l”, da Lei Complementar Federal nº 64/1990, apresentando-se a divergência à tese encampada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

² CASTRO, *op. cit.*, p. 174.

52. Defende-se, nesta vertente interpretativa, que o enriquecimento ilícito previsto na Lei Complementar Federal nº 64/1990 poderia ser próprio ou de terceiros, bastando, para tanto, que o egresso indevido de recursos do erário tenha ocasionado, de alguma forma, o ingresso indevido destes mesmos recursos no patrimônio de quem não lhes faria jus.

53. Neste sentido, a opinião de Douglas de Melo Martins³, para quem:

“(...) a lei considera irrelevante discutir se da improbidade decorreu o enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, sendo bastante o reconhecimento de que qualquer valor, por menor que seja, tenha deixado ilicitamente o Erário para ingressar nos cofres de algum particular (pessoa física ou jurídica).

O desvio ético do administrador que implica o enriquecimento ilícito de terceiro é tão lesivo para a Administração quanto o que beneficia o próprio administrador improbo. Assim, por exemplo, a outorga de obra ou de uso de bem público por particular segundo forma vedada pela lei importa, sempre, em enriquecimento ilícito decorrente de ato de improbidade, sendo certa a inelegibilidade daquele que se houve nessa ilicitude sempre que esse fato reste reconhecido por um órgão colegiado. O mesmo se pode dizer em relação a todas as demais formas de improbidade, sempre que delas decorra qualquer prejuízo material para a Administração”.

54. Evidente, portanto, a divergência interpretativa existente em relação ao artigo 1º, inciso I, alínea “I”, da Lei Complementar Federal nº 64/1990, em especial quanto à exigência – ou não – de expressa demonstração de que, do ato de improbidade, tenha decorrido, concomitantemente, enriquecimento ilícito e lesão ao erário.

55. Em face desta divergência, entendo que não compete a esta Consultoria Jurídica defender qualquer das posições existentes, mas, ao revés, apresentar ao Sr. Governador do Estado de São Paulo, autoridade competente para tomar a decisão versada neste expediente, as posições – doutrinárias e jurisprudenciais – existentes, bem como as consequências de cada uma delas, não sendo lícito a este órgão jurídico sobrepor-se à competência atribuída ao Sr. Governador do Estado para definir, no caso, qual o posicionamento a ser perflhado pela Administração.

56. Há, conforme ressaltado, argumentos jurídicos capazes de conferir embasamento a ambas as interpretações, sendo certo, nesta situação, que o dever de exonerar o servidor, nos termos previstos no Decreto Estadual nº 57.970/2012, depende da interpretação a ser conferida ao artigo 1º, inciso I, alínea “I”, da Lei Complementar Federal nº 64/1990.

3 CASTRO, *op. cit.*, p. 175.

57. De todo modo, tendo-se em vista que o cargo exercido pelo servidor I.O, em comissão, possui, por natureza, a característica de ser de livre exoneração, de forma que, caso for este o posicionamento adotado pelo Sr. Governador do Estado, a exoneração do servidor não precisaria, sequer, estar embasada por considerações jurídicas, sendo suficiente, se o caso, questões de ordem política.

58. Por fim, as conclusões alcançadas no presente parecer podem ser resumidas nos seguintes pontos:

a) O artigo 111-A da Constituição Estadual, c.c. o Decreto Estadual nº 57.970/2012, impõe a exoneração de qualquer servidor que, ocupando cargo em comissão, venha a ser considerado inelegível, nos termos da legislação federal;

b) A Constituição Federal, em seu artigo 14, arrola, dentre as hipóteses de inelegibilidade, a decorrente da perda de alguma das condições de elegibilidade (artigo 14, § 3º), além da oriunda da incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei complementar específica (artigo 14, § 9º);

c) a condenação do servidor I.O à suspensão dos direitos políticos, enquanto elemento representativo da perda de condição de elegibilidade, não tem o condão de conduzir, neste momento, à inelegibilidade, na medida em que exigido o trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 20 da Lei Federal nº 8.429/92 e decisão do Supremo Tribunal Federal – ADC nº 29/DF);

d) incidência, de outro lado, de alguma das hipóteses previstas na Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Federal nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que já seria suficiente para determinar a exoneração, por não ser necessário, neste caso, o trânsito em julgado (Supremo Tribunal Federal – ADC nº 29/DF);

e) entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a conduta do servidor I.O não se adequaria à previsão do artigo 1º, inciso I, alínea “l”, da Lei Complementar Federal nº 64/90, sob o argumento de que tal inelegibilidade exige que o ato de improbidade administrativa tenha sido doloso, e que dele tenha decorrido não apenas lesão ao patrimônio público, mas, igualmente, enriquecimento ilícito;

f) entendimento em âmbito doutrinário, de outro lado, segundo o qual o enriquecimento ilícito poderia ser próprio ou de terceiros, sendo pressuposto nas hipóteses de lesão ao erário;

g) definição do dever de exonerar o servidor que, em consequência, depende do posicionamento a ser perfilhado pela Administração;

h) possibilidade, de qualquer forma, de que o Sr. Governador do Estado, caso assim entenda, exonere o servidor *ad nutum*, por ser o cargo em comissão, por natureza, de livre exoneração.

É o parecer, s.m.j.

CJ-SPDR, em 16 de agosto de 2012

THIAGO MESQUITA NUNES
Procurador do Estado

PROCESSO: OFÍCIO Nº 4054/2012 – PJPP-CAP Nº 471/2012 – 6ª PJ
INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO –
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO
E SOCIAL DA CAPITAL
ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA. LEI DA FICHA LIMPA.

Aprovo o Parecer CJ-SPDR nº 1441/2012 que, em síntese, concluiu: (i) o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou que o servidor I.O, ocupante de cargo em comissão, praticou ato de improbidade definido no inciso VIII, do artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/92; (ii) houve intenção manifesta de interpor recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, na medida em que contra a aludida decisão foi interposto embargos de declaração; (iii) o artigo 20 da Lei Federal nº 8.249/92 determina expressamente que *“a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”* e, no mesmo sentido, tem entendido o Supremo Tribunal Federal⁴; (iv) logo, em decorrência da condenação pela Lei Federal nº 8.249/92 **no momento**, o servidor não está inelegível enquanto a decisão judicial não transitar em julgado; (v) entretanto, o assunto deve ser apreciado em face da Lei Complementar Federal nº 64/90, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa; (vi) o artigo 1º, inciso I, alínea “l” do aludido diploma legal federal tipifica como caso de inelegibilidade *“a 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 08 (oito) anos após o cumprimento da pena”*; (vii) este dispositivo legal comporta duas vertentes de interpretação. O Tribunal Superior Eleitoral tem entendido que para caracterizar a inexigibilidade de um candidato é necessário haver a condenação à suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. O servidor I.O foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92, ou seja, por lesão ao patrimônio público, mas não por enriquecimento ilícito; (viii) a segunda corrente interpretativa, que é doutrinária, entende que inelegibilidade decorre de todas as formas de improbidade, sempre que houver lesão ao Erário, sendo irrelevante se houve enriquecimento ilícito para o agente ou para terceiros.

4 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 e ADPF nº 144

Em adendo, acrescento que a interpretação mais restritiva dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que exige a condenação simultânea por ato de improbidade que importe em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, tem contornos tipicamente de direito eleitoral e objetiva restringir as hipóteses de suspensão de direitos políticos.

Por outro lado, a exegese doutrinária, ao entender que a inelegibilidade decorre de todas as formas de improbidade que importem lesão ao Erário, sendo despidendo o enriquecimento ilícito do agente, buscou o espírito da Lei da Ficha Limpa, que pretendeu extirpar da vida pública aquelas pessoas que foram consideradas ímprobas por um órgão jurisdicional colegiado.

Neste contexto, a Administração deverá oficialiar ao Ministério Público informando a posição externada pela Consultoria Jurídica desta Pasta e comunicando que a autoridade competente para a exoneração do cargo em comissão – no caso, o Chefe do Executivo – poderá se filiar a uma das correntes interpretativas vigentes para o caso em análise.

Encaminhe-se este expediente à Chefia de Gabinete.

CJ-SPDR, em 16 de agosto de 2012.

MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH
Procuradora do Estado
Chefe da Consultoria Jurídica