

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONDUTA VEDADA ELEITORAL – VINCULAÇÃO AUTOMÁTICA DA CONDUTA VEDADA PARA O ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – ESPECIAL IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NAS AÇÕES PUNITIVAS – NULIDADE PROCESSUAL CONFIGURADA

Sumário

I. A CONSULTA	2
II. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DUAS IMPORTANTES REFLEXÕES PRELIMINARES	4
III. O ABISMO CONCEITUAL ENTRE CONDUTA VEDADA ELEITORAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	9
3.1 Publicidade institucional, promoção pessoal, conduta vedada eleitoral e ato de improbidade administrativa – Distinções essenciais	9
3.2 A correta interpretação do art. 73, § 7º, da Lei nº 9.504/97, à luz do regramento aplicável à Improbidade Administrativa – Impossibilidade de transposição automática de institutos	15
3.3 A aplicação dos conceitos ao caso sob consulta	17
IV. A FORMA PROCESSUAL COMO GARANTIA E SUAS IMPLICAÇÕES NAS AÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO	25
4.1 A importância fulcral das garantias processuais nas demandas punitivas	25
4.2 A aplicação ao caso sob consulta	26
V. CONCLUSÕES	33

I. A CONSULTA

1. Trata-se de consulta formulada pelo ilustre advogado Rafael Araripe Carneiro, sobre o entendimento firmado pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão da Apelação Cível nº 712.341-5-0, interposta nos autos de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público estadual em face de Jesus Chedid, Amauri Sodré da Silva, Sistema Interiorano de Comunicação – SIC, Fundação Bragantina de Radio e TV Educativa – TV Altiora, Fênix Viação Ltda., Sílvia Maria e Elmir Chedid. O caso é objeto do REsp nº 1.358.338/SP, em trâmite na Segunda Turma do STJ, sob relatoria da Ministra Assusete Magalhães.

2. Narra o consulente ter a Corte paulista considerado que os réus teriam praticado ato de improbidade administrativa, em razão da veiculação de propaganda institucional em período vedado pela legislação eleitoral. Diante disso, condenou-os solidariamente à perda da função pública, ao pagamento de multa civil, à suspensão dos direitos políticos de Jesus Adib Abi Chedid e de Amauri Sodré da Silva por 5 anos e dos demais por 4 anos, além da impossibilidade de contratação com o Poder Público pelo prazo de 3 anos.

3. Informa também o consulente que, antes do julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Ministério Público estadual colacionou aos autos da ação de improbidade o acórdão do RESPE 25.745, de lavra do Tribunal Superior Eleitoral, que condenou os envolvidos pela prática de conduta vedada eleitoral pelo mesmo ato de publicidade institucional. Logo após a juntada do referido acórdão do TSE, o Exmo. Desembargador relator do TJSP intimou as partes para se manifestarem quanto ao documento juntado, pelo prazo de 10 (dez) dias. No entanto, antes do término do prazo concedido, pautou e julgou a presente demanda, de forma desfavorável aos requeridos.

4. Diante desses acontecimentos, solicitou-se parecer jurídico, em resposta aos seguintes quesitos:

(a) há correlação automática entre condenação eleitoral por prática de conduta vedada e condenação por improbidade administrativa?

(b) de acordo com a moldura fática descrita no acórdão da apelação do TJSP é possível concluir pela prática de ato de improbidade administrativa pelos requeridos?

(c) no caso concreto, o julgamento da apelação antes do termo final do prazo para manifestação acerca de documento novo (acórdão eleitoral) importa em nulidade do *decisum*?

5. A fim de atender aos questionamentos formulados, far-se-á exposição teórica acerca dos institutos jurídicos necessários à satisfatória abordagem dos temas, com suporte na doutrina jurídica pátria e na jurisprudência firmada do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral, para, em seguida, dedicar-se às peculiaridades do caso concreto e à resposta aos quesitos.

6. No tocante às questões afetas à configuração de improbidade administrativa pela prática de conduta vedada no âmbito eleitoral, serão abordadas inicialmente as peculiaridades inerentes ao instituto da improbidade, decorrentes de sua lei especial de regência (Lei nº 8.429/92) e de sua principiologia própria, especialmente no que diz respeito às diferenças em relação aos atos meramente irregulares ou ilegais. Nesse contexto, analisam-se as semelhanças desta figura de Direito Administrativo com institutos afetos ao Direito Penal, principalmente no que tange às finalidades e à gravidade das sanções cominadas, ao rigor na apreciação do elemento subjetivo da conduta e à necessidade de individualização das penas.

7. A partir desse arcabouço teórico, debruçar-se-á sobre a questão central formulada pelo consulente, qual seja: se é possível considerar que a prática de conduta vedada eleitoral gere condenação por improbidade administrativa. No caso específico, narra o consulente que a conduta vedada teria sido a veiculação de publicidade institucional nos três meses anteriores às eleições (art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97), tendo havido condenação na Justiça Eleitoral. Assim, cabe analisar se as circunstâncias do caso concreto, da maneira como expostas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, permitem concluir pela configuração de ato ímprobo.

8. Por fim, no que tange à análise processual, iniciar-se-á com reflexão acerca da especial importância do contraditório nas demandas de caráter punitivo (dentre as quais se enquadra a ação de improbidade administrativa), demonstrando a relevância de se observar as formas processuais como verdadeiras garantias dos acusados em geral. Em seguida, voltando-se especificamente ao caso sob consulta, examinar-se-á as peculiaridades procedimentais que envolveram o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal *a quo*, a fim de opinar sobre a ocorrência de nulidade processual na hipótese vertente.

9. Assentadas essas premissas, passa-se à análise dos temas e dos questionamentos apresentados.

II. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DUAS IMPORTANTES REFLEXÕES PRELIMINARES

10. O debate sobre improbidade administrativa impõe o exercício de duas importantes reflexões acerca do conceito e da natureza desse instituto, a fim de definir premissas que auxiliem a apreender o fenômeno conforme seus exatos delineamentos legais, observando estritamente sua correta aplicação no universo jurídico. A primeira delas diz respeito ao conceito de improbidade administrativa e à sua necessária distinção dos atos meramente irregulares ou ilegais; a segunda, que

decorre da primeira, trata da sensível aproximação entre o instituto da improbidade administrativa e o Direito Penal.

11. Improbidade administrativa é conduta – comissiva ou omissiva – praticada por agente em exercício de função pública, qualificada por extraordinário grau de reprovabilidade social, em razão de seu altíssimo grau de danosidade e/ou de sua gravidade do ponto de vista da moralidade administrativa¹. Disso se extrai que **nem todo ato administrativo, ainda que irregular ou ilegal, pode ser considerado como improbidade administrativa**. Isso porque são condições necessárias para tal caracterização o excepcional dano público, notadamente à moralidade administrativa, **bem como a consciência e a vontade direcionadas do agente em causar prejuízo à coisa pública**.

12. Esse entendimento se pacificou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica em diversos julgados. Confira-se, a título de exemplo, os seguintes precedentes:

É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que "Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27/09/2011)". (AgRg no REsp 975.540/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 28/11/2011)

“A ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, **não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa)**, eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: **a improbidade é, dest'arte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.**” (REsp 1416313/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1124.

13. Portanto, o manejo das figuras de ato de improbidade administrativa e de ato ilegal como sinônimos revela impropriedade técnica, com reflexos não apenas teóricos, mas principalmente práticos. Isso porque o cometimento de ilegalidade por parte de agente público nem sempre deverá gerar as consequências punitivas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a não ser que a análise do suporte fático amolde-se perfeitamente à moldura jurídica que envolve o ato ímprobo, vale dizer, que estejam configurados o extraordinário dano à moralidade pública e o elemento subjetivo caracterizado pelo dolo ou, em algumas hipóteses, ao menos pela culpa grave.

14. Essa primeira reflexão acerca do instituto da improbidade administrativa conduz o intérprete à segunda anunciada reflexão, que tem por objetivo evidenciar as marcantes características penais presentes nesse instituto próprio do Direito Administrativo.

15. A Lei de Improbidade Administrativa estabelece a aplicação das seguintes penalidades: (i) perda de bens acrescidos ilicitamente; (ii) ressarcimento do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão de direitos políticos; (v) multa civil; e (vi) proibição de contratar com o Poder Público. O feitio das sanções elencadas, com exceção da condenação por ressarcimento, evidencia seu caráter essencialmente punitivo, afastando-as da reparação civil por cometimento de mero ato ilícito.

16. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do STJ:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO IRREGULAR DE VANTAGENS A SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS CONCESSIVOS E DE RESSARCIMENTO DOS DANOS.

1. Não se pode confundir a típica **ação de improbidade administrativa**, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a **ação de responsabilidade civil** para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. **Aquela tem caráter repressivo, já que se destina,**

fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto consequências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.

2. O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei 8.429/92, que prevê um juízo de deliberação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas.

3. Recurso especial improvido. **Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.**

(REsp 1163643/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 30/03/2010)

17. Ademais, é certo que a natureza das sanções pela prática de ato de improbidade se afasta também da mera penalidade administrativa, aproximando-se, verdadeiramente, das penas criminais. O STJ já teve oportunidade de decidir sobre a diferença entre as naturezas das sanções administrativas e penais, em precedente de minha relatoria enquanto Ministro daquela colenda Corte, no qual expressamente se afirmou que: “a sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade” (RMS 18.188/GO, DJ 29.05.2006).

18. Ora, as sanções aplicáveis aos que cometem atos de improbidade administrativa têm por escopo **justamente resguardar a proteção à coletividade**. Nesse sentido, é notável seu caráter pessoal, bem como suas finalidades precipuamente repressiva, retributiva e reeducativa.

19. Evidentemente, não se está aqui a dizer que as penas aplicáveis à improbidade administrativa são sanções penais, mesmo porque o art. 12 da Lei nº 8.429/92 é expresso ao afirmar que as cominações ali previstas serão aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas”. O que se pretende explicitar é que se trata de instituto jurídico complexo, porém com intensa e indissociável influência do Direito Penal. Com efeito, a aproximação entre o instituto da improbidade administrativa e o Direito Criminal tem sido reconhecida pela doutrina administrativista brasileira. Veja-se o seguinte trecho:

Há uma forte carga penal, uma vez que as sanções têm cunho punitivo, traduzindo a repressão a condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem a perda de cargos eletivos e, mesmo, a suspensão de direitos políticos².

20. A principal interseção entre a improbidade administrativa e o direito penal é justamente a gravidade das sanções aplicáveis em ambos os casos, as quais representam intensas repressões pelos atos praticados, afetando duramente a esfera de direitos do apenado. De fato, tal como ocorre quando um crime é praticado, faz sentido punir de maneira severa o agente público que praticou, com dolo ou culpa grave, ato extremamente ofensivo à moralidade pública. Contudo, a intensidade da sanção de improbidade, em conformidade com os aspectos penais que influenciam o tratamento do instituto, **acarreta sérios deveres ao aplicador do Direito.**

21. O primeiro deles é a necessidade de apreciação rigorosa das provas acerca do elemento subjetivo da conduta do agente. É dizer: em virtude da gravidade das penas aplicáveis, o magistrado somente deve condenar determinado sujeito pela prática de improbidade administrativa quando estiver absolutamente convencido da atuação desonesta e peculiarmente dirigida à malsão do patrimônio público material e/ou moral, a partir da cognição cuidadosa e profunda das provas dos autos.

22. Além disso, o feitiço penal do instituto impõe o importante dever de individualização das penas, nos termos do art. 5º, XLV, da Constituição Federal. Assim, caso executada conduta considerada ímproba, cada sujeito deve ser condenado na exata medida de seus atos praticados, individualizando-se a aplicação das sanções. Com efeito, o dever de individualização das penas por improbidade administrativa é amplamente reconhecido pelo STJ, conforme se depreende do seguinte precedente:

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1130.

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Sendo vários os réus, com atuações diferenciadas para a consecução do ilícito, as sanções devem ser individualizadas.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1291954/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 21/02/2014)

23. Com essas breves reflexões preliminares, pretende-se demonstrar que o instituto da improbidade administrativa é peculiar e complexo, sobretudo no que tange à sua qualificação e à sua aproximação com figuras tradicionalmente afetas ao Direito Penal, exigindo-se maiores deveres e cautelas na análise dos casos concretos.

III. O ABISMO CONCEITUAL ENTRE CONDUTA VEDADA ELEITORAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Publicidade institucional, promoção pessoal, conduta vedada eleitoral e ato de improbidade administrativa – Distinções essenciais

24. O caso posto em exame na presente consulta tem por escopo verificar se a publicidade institucional realizada pelos réus no período eleitoral vedado enseja condenação por ato de improbidade administrativa. A análise exige observância das reflexões expostas na seção anterior deste parecer, bem como investigação detida das peculiaridades da hipótese concreta cristalizados no acórdão da apelação.

25. Antes de proceder ao efetivo exame do caso, nos limites da consulta formulada, é necessário tecer algumas considerações sobre os institutos da conduta vedada eleitoral, da publicidade institucional, da promoção pessoal e, por óbvio, da improbidade administrativa, a fim de que se obtenha clareza conceitual a respeito dessas distintas figuras jurídicas.

26. Primeiramente, é preciso esclarecer a distinção entre publicidade institucional e promoção pessoal.

27. **Publicidade institucional ou propaganda oficial** é instituto previsto pela Constituição Federal, como expressão do princípio da publicidade administrativa, vertida a dar amplo conhecimento aos administrados acerca dos atos praticados pelos órgãos públicos. Nesse sentido, para cumprir seu papel de maneira adequada aos ditames constitucionais, deve possuir caráter informativo, educativo ou de orientação social, conforme preceitua o art. 37, § 1º, da Carta Magna. É verdade que toda propaganda oficial acaba por apontar os feitos da administração pública, mas sempre deve ter intuito de divulgar, sob prisma informativo, novos benefícios à população, seus direitos e deveres, dentre outras realizações.

28. Situação diferente é aquela em que o gestor público se vale da prerrogativa de fazer publicidade institucional para autopromoção pessoal.

29. A **promoção pessoal** é a situação na qual o administrador público utiliza a máquina pública para fazer verdadeiro *marketing* político, ultrapassando os limites dos princípios da publicidade e da impessoalidade, visando ao engrandecimento de sua figura e, conseqüentemente, à obtenção de benefícios eleitoreiros, seja para sua pessoa ou ainda para sujeito ligado a si.

30. Todavia, é preciso ter o cuidado de não associar toda publicidade institucional à existência de promoção pessoal. A diferença precisa ser cuidadosamente examinada à luz das circunstâncias fáticas de cada caso. É claro que algumas situações deixam mais evidente a intenção de o gestor autopromover-se, ao passo que em outras hipóteses é cristalina a ausência de qualquer intuito promocional. Porém, mesmo nessas situações aparentemente mais óbvias, é preciso fazer análise acurada das circunstâncias fáticas, a fim de alcançar maior grau de certeza acerca de eventual abuso do direito à publicidade institucional. Assim, é imperioso perceber que nem toda publicidade institucional configura ato de promoção pessoal e, além

disso, que, mesmo nos casos em que se verifique ter havido enaltecimento pessoal do gestor público, a conclusão pela existência de improbidade administrativa não é automática.

31. Aqui novamente vem à tona aquela primeira reflexão acerca do conceito de improbidade administrativa. Vale dizer, deparar-se com ato administrativo ao qual se imputa caráter ímprobo impõe juízo aprofundado e rigoroso acerca do extraordinário dano público, da feição imoral, e da intenção voltada a malferir o patrimônio público material e/ou imaterial. Isso porque, frise-se, ato de improbidade administrativa não é o mesmo que ato administrativo ilegal, mas sim ato administrativo cuja ilegalidade se projeta para o qualificado nível de intenso grau de reprovabilidade social a que se refere a Lei nº 8.429/92.

32. Pois bem. Neste contexto, é de se ressaltar que, quando o assunto é improbidade administrativa que eventualmente decorra de ato de publicidade institucional, surge a importância de se debater o conceito de **conduta vedada eleitoral**. O art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) institui como conduta vedada a realização de publicidade institucional nos 3 (três) meses anteriores ao pleito eleitoral, *verbis*:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral.

33. Sabe-se que um dos valores mais caros ao Direito Eleitoral é o combate ao abuso de poder político em busca da paridade de armas dos candidatos. Nesse sentido, a Constituição e as leis preveem uma série de institutos que visam a se opor

às práticas abusivas no exercício do poder ou nas campanhas eleitorais, dentre os quais se destacam a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) e as condutas vedadas.

34. Com efeito, o instituto das condutas vedadas, que proíbe a prática de diversos atos pelos agentes públicos em geral, cominando respectivas sanções, foi pensado para inibir e punir o abuso de poder no âmbito eleitoral, de modo a garantir a isonomia e a lisura das eleições. É o que vem lecionando a doutrina eleitoral, *verbis*:

O abuso do poder de autoridade ou político é o exercício irregular, excessivo ou com evidente finalidade eleitoral de função, cargo ou emprego na administração pública direta ou indireta. [...]
Percebe-se que os dispositivos acima [arts. 73, 75 e 77 da Lei das Eleições] trazem casos expressos de ocorrência de abuso de poder político, ou seja, todas as condutas nele descritas poderiam ser analisadas sob o enfoque do abuso de poder político, em caso de sua ausência. Todavia, dada a evidente nocividade às eleições, o legislador preferiu que fossem expressamente previstas tais condutas, para facilitar a identificação e repressão no caso concreto³.

35. Condutas vedadas eleitorais configuram atos ilícitos praticados por agentes públicos, os quais se sujeitam à apreciação da Justiça Eleitoral, a quem cabe aplicar as penalidades previstas na lei. Ressalte-se que a análise daquela Justiça Especializada limita-se a verificar se determinada conduta vedada foi efetivamente praticada, não importando para tanto o elemento subjetivo do agente. Vale dizer, para que seja punido na Justiça Eleitoral, basta que o agente pratique a conduta vedada, pouco importando se teve verdadeira intenção de obter vantagens eleitoreiras ou se teve consciência de estar abusando de suas prerrogativas. Nesse sentido, prossegue a doutrina:

Por isso, provada a conduta, as sanções são aplicadas, uma vez que referidas práticas possuem presunção de nocividade ao equilíbrio e

³ OLIVEIRA, Pedro Paulo Grubits Gonçalves de. *Abuso de autoridade, do poder político ou econômico – Ação de Investigação Judicial (AIJE) – Captação ilícita de sufrágio – condutas vedadas a agentes públicos – Captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais*. In: O Novo Direito Eleitoral. Manual de Direito Eleitoral. Coordenadores Alexandre Ávalo, José de Andrade Neto, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paulo Henrique dos Santos Lucon. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Páginas 198-212.

igualdade entre os candidatos, bem como à normalidade das eleições, não sendo necessário analisar a potencialidade lesiva⁴.

36. Ou seja, especificamente no caso da conduta vedada prevista no art. 73, VI, *b*, da Lei das Eleições, cabe à Justiça Eleitoral simplesmente verificar se foi veiculada propaganda oficial nos 3 (três) meses anteriores às eleições, para fins de punição por conduta vedada, independente de ter havido intenção de benefício pessoal. A propósito, vejam-se os seguintes precedentes do TSE:

ELEIÇÕES 2014. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSOS ESPECIAIS. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. PERMANÊNCIA DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PERÍODO VEDADO. ART. 73, VI, B, DA LEI Nº 9.504/97. DECISÃO REGIONAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. IMPOSIÇÃO. MULTA.

1. **A permanência de publicidade institucional durante o período vedado é suficiente para que se aplique a multa prevista no art. 73, § 4º, da Lei nº 9.504/97**, sendo irrelevante que a peça publicitária tenha sido autorizada e afixada em momento anterior. Precedentes.

2. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior e do art. 73, VI, b, da Lei das Eleições, o caráter eleitoreiro da publicidade institucional é irrelevante para a incidência da vedação legal.**

[...]

Agravos regimentais a que se nega provimento.

(Agravamento Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 145256, Acórdão de 17/12/2015, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 33, Data 18/02/2016, Página 77)

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. CARÁTER ELEITOREIRO. DESNECESSIDADE. PERÍODO VEDADO. MANUTENÇÃO. CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. A configuração da conduta vedada do art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97 - proibição de publicidade institucional nos três meses que antecedem a eleição - ante a natureza objetiva da referida norma independe do momento em que autorizada a publicidade, bastando a sua manutenção no período vedado.

2. **A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto ao fato de não ser necessário que a mensagem divulgada na publicidade institucional apresente caráter eleitoreiro para que fique caracterizada a conduta**

⁴ Idem, p. 212.

vedada do art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, bastando que ela seja veiculada nos três meses anteriores ao pleito.

3. Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 60414, Acórdão de 17/12/2015, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 041, Data 01/03/2016, Página 42/43)

37. Assim, fica evidenciada a **nítida separação entre os institutos da conduta vedada eleitoral e da improbidade administrativa**, na medida em que, para aquele primeiro, o elemento subjetivo da conduta é irrelevante, ao passo que para este segundo a intenção dirigida a macular a coisa pública é elemento essencial à sua configuração.

38. Por óbvio, não se trata de dizer que a veiculação de publicidade institucional nos três meses anteriores à eleição não configura ilegalidade, até porque a legislação eleitoral veda expressamente essa prática, cominando sanções específicas. Entretanto, não se pode transpor o raciocínio jurídico utilizado no controle de legalidade eleitoral às ações de improbidade administrativa, que obedecem a regramento e a principiologia próprios, tanto do ponto de vista material, quanto sob a ótica processual, voltados à proteção de bem jurídico diverso daquele amparado pelo instituto das condutas vedadas.

39. Significa dizer que, embora a prática de determinada conduta vedada eleitoral possa vir a configurar improbidade administrativa, a depender do caso concreto, essa vinculação jamais pode ser feita automaticamente, sob pena de esvaziar por completo o conteúdo normativo da Lei de Improbidade e o dever de rigidez na apreciação fático-jurídica do elemento subjetivo da atuação.

40. São essas as conclusões que devem guiar a interpretação do art. 73, § 7º, da Lei nº 9.504/97, conforme será explicitado a seguir.

3.2 A correta interpretação do art. 73, § 7º, da Lei nº 9.504/97, à luz do regramento aplicável à Improbidade Administrativa – Impossibilidade de transposição automática de institutos

41. O art. 73, § 7º, da Lei nº 9.504/97, preceitua o seguinte:

Art. 73. [...]

§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, **e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal**, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

42. Pela leitura do dispositivo, de fato, mostra-se possível que a veiculação de propaganda institucional no período eleitoral vedado (art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97), a depender das circunstâncias concretas do caso, caracterize ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

43. Frise-se: **depende das circunstâncias do caso concreto**. Ou seja, é incorreto o entendimento de que a pura e simples prática de conduta prevista no art. 73 da Lei das Eleições, por si só, configura ato de improbidade administrativa. Essa interpretação somente é aplicável na seara eleitoral, no que tange às condutas vedadas (as quais, conforme já visto, independem do elemento subjetivo da conduta para que estejam caracterizadas), não podendo ser transposta automaticamente para o âmbito da improbidade administrativa.

44. Aliás, a própria redação legal do art. 73, § 7º, da Lei nº 9.504/97, faz a ressalva de que a caracterização do ato de improbidade em questão se submete aos ditames da lei específica de regência deste instituto do Direito Administrativo, demonstrando claramente que se tratam de figuras jurídicas distintas, que obedecem a regras, a procedimentos e a princípios próprios.

45. Exatamente por esse fundamento, **o STJ não reconhece coisa julgada entre ação eleitoral para apuração de conduta vedada e ação de improbidade**

administrativa, por faltar-lhes identidade quanto à causa de pedir e quanto ao pedido, conforme se pode verificar no seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. PROPAGANDA DE CARÁTER PESSOAL. COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (art. 301, § 2º, do CPC).

2. No caso, não há coisa julgada entre a ação apreciada pela Justiça Eleitoral, na qual a coligação adversária à do ora recorrido postulou o reconhecimento de afronta ao art. 73, VII, da Lei 9.504/97, por excesso de gastos com publicidade no período pré-eleitoral, e a presente ação civil pública, na qual o recorrente busca a condenação do recorrido por ato de improbidade decorrente do uso de verbas públicas para o custeio de propaganda de caráter pessoal.

3. Recurso especial conhecido e provido para afastar a ocorrência de coisa julgada e determinar o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito.

(REsp 1213994/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 14/09/2011)

46. Veja-se, por oportuno, o seguinte excerto do acórdão consubstanciado no precedente acima indicado:

“Assim, da leitura dos trechos acima, é possível concluir que **na demanda proposta na Justiça Eleitoral foi analisada apenas a questão referente à suposta infração à regra do art. 73, VII, da Lei 9.504/97**, que veda, em ano de eleição, despesas com publicidade superior à média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

Já a presente ação civil, ajuizada nos termos da Lei 8.429/92, busca a condenação do recorrido por ato de improbidade decorrente do uso de verbas públicas para o custeio de "propaganda pessoal, inclusive com a divulgação de símbolo próprio identificador da sua gestão" (fl. 6).

Vale ressaltar que, conforme transcrição acima, **os fatos narrados na inicial da ação ora apreciada não foram analisados pela Justiça Eleitoral, tendo em vista que aquela demanda "se cingira em apurar a realização de gastos excessivos com publicidade, não a desvendar o desvirtuamento de publicidade institucional em prática de promoção pessoal de candidato" (fl. 70).**

Desta forma, inexistindo identidade de partes, causa de pedir e pedido, não há coisa julgada no presente caso.

[...]

Ademais, os fatos narrados na inicial configuram, em tese, atos de improbidade passíveis de responsabilização nos termos da Lei 8.429/92.

Nesse sentido: REsp 765.212/AC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 23/6/10”.

47. Desse modo, o STJ afastou a ocorrência da coisa julgada, reconhecendo que a análise feita pela Justiça Eleitoral ocupa-se de objeto distinto daquele que se aprecia na ação de improbidade administrativa. De fato, assumir a existência de coisa julgada entre as referidas ações seria entender pela identidade de causa de pedir e de pedido entre uma e outra, o que já se demonstrou exaustivamente não ser possível.

48. Logo, reitera-se a impropriedade técnico-jurídica de transposição automática do instituto da conduta vedada eleitoral para a improbidade administrativa. Ou seja, a prática de determinada conduta vedada eleitoral somente poderá caracterizar-se como ato de improbidade administrativa quando estiverem rigorosamente demonstrados o extraordinário grau de danosidade à moralidade administrativa e a intenção inequívoca de malversar a coisa pública.

3.3 A aplicação dos conceitos ao caso sob consulta

49. Estabelecidas as diferenciações técnicas, deve-se ter em mente que o núcleo da presente controvérsia é a identificação dos tênues limites entre conduta vedada e ato de improbidade administrativa – para que se possa, ao final, opinar acerca do desfecho jurídico dado ao caso pelo TJSP.

50. A análise do caso concreto, como o próprio termo indica, exige uma análise objetiva sobre a correta aplicação de conceitos abstratos. Vale dizer, não basta avaliar se as premissas teóricas adotadas estão corretas, mas se elas também foram coerentemente aplicadas dentro da circunstância fática em exame, sem sofrerem deturpações. Importante tal esclarecimento, até mesmo porque, em seu aspecto puramente teórico, irretocável a fundamentação do acórdão explicitada em seu item de nº 16, intitulado “a ação civil pública e o tema eleitoral”, que aqui se reitera:

Não há obstáculo a que, com variedade de pontos de vista, se apreciem e decidam, com **distinção formal**, por diversa Justiça competente, os mesmos fatos. É que, com a variação da perspectiva formal, a identidade da matéria se divide em **distintas questões jurídicas**.

(...)

Da mesma sorte, nada impede, em linha de princípio, que um só fato, posto sob diversa perspectiva, caracterize ora uma **questão eleitoral**, ora uma **questão própria do direito comum**, qual, no caso, a conduta que, com reflexo específico no campo do direito eleitoral, também ostente visos de eventual relevo para o domínio da responsabilidade de atos ímprobos (fl. 3863 e-STJ).

51. De fato, não há qualquer óbice que impeça que um mesmo ato seja, concomitantemente, questão de relevância eleitoral e de direito comum. Variando-se a perspectiva formal, enxergam-se diferentes questões, com requisitos próprios e autônomos. Não se pode admitir, contudo, que tal assertiva se confunda com uma falsa justificativa para transposição automática de uma questão para outra, desconsiderando suas peculiaridades.

52. Portanto, a análise do caso objeto desta consulta exige verificar se o colegiado julgador da apelação operou, de fato, a necessária variação de perspectiva jurídica. Vale dizer, a pergunta que se deve responder neste momento é: para a condenação dos requeridos em ato de improbidade administrativa, adotou-se a perspectiva do direito administrativo, ou houve mera subsunção das premissas eleitorais para justificar a aplicação das sanções de improbidade?

53. Da distinção conceitual feita acima, restou claro que o ato de improbidade administrativa envolvendo publicidade institucional exige não apenas a configuração de promoção pessoal (elemento objetivo), como também de inequívoca intenção de malferir a coisa pública (elemento subjetivo).

54. Não obstante o acórdão tenha se preocupado em explicar abstratamente as diferenças de perspectiva entre o âmbito administrativo e eleitoral, não o fez de forma concreta no momento da aplicação dos conceitos à circunstância fática em

exame. **O colegiado estadual não demonstrou efetivamente estarem presentes os requisitos caracterizadores da improbidade administrativa.**

55. Basta observar que todas as vezes em que afirma que a publicidade teria se voltado à promoção pessoal, vale-se de trechos do acórdão eleitoral para justificá-la. É o que se verifica, por exemplo, nas seguintes passagens:

Não por isso, contudo, se refutará a necessidade de limites a essa propaganda institucional e, nomeadamente, seu *discrímen* em relação à publicidade do próprio governante ou de seu partido político. **A esse propósito**, realce-se o que **consta da ementa do já referido Respe 25.745 do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (...)** (fl. 3877 e-STJ) (grifo nosso).

Releva **observar** que, em **r. decisão liminar** proferida nos autos da **Representação Eleitoral 174/2004, da Comarca de Bragança Paulista**, o juiz Jorge Tosta chegou a afirmar que, além da leitura da transcrição literal do analisado programa “Nossa Cidade”, chegou mesmo a assisti-lo, concluindo em que sua apresentadora (...) (fl. 3873 e-STJ) (grifo nosso).

(...) que a **egrégia Justiça Eleitoral, apreciando os mesmos fatos, concluiu** em que os programas televisivos foram transmitidos durante período de vedação (...) (fl. 3874 e-STJ) (grifo nosso).

56. Acontece que os julgados eleitorais em nenhum momento fazem qualquer juízo sobre a existência de promoção pessoal, **até porque essa circunstância sequer é objeto de sua apreciação**. Como visto, para que se configure a conduta vedada do art. 73, VI, *b*, da Lei das Eleições, importa apenas que haja propaganda governamental em período expressamente vedado. Nítido, portanto, que a menção a trechos de julgados eleitorais sobre conduta vedada nunca será hábil a justificar a existência do requisito de promoção pessoal.

57. Ademais, ao tratar sobre os programas “Nossa Cidade” e “entrevistas com Dr. João Jr.”, o acórdão afirma que estes tinham o escopo de prestigiar os feitos da Prefeitura do requerido Jesus Adib Abi Chedid, razão pela qual estaria configurada a improbidade administrativa:

A transcrição dos programas “Nossa Cidade” e de “entrevistas com Dr. João Jr.”, que se apontam transmitidos aos 30 de agosto de 2004 e 1º de setembro de seguinte, desvela o escopo de **prestigiando o “Governo Social Presente”, historiando, com encômios, os feitos administrativos da Prefeitura** do ora requerido Jesus Adib Abi Chedid (...) (fl. 3873 e-STJ) (grifo nosso).

58. Frise-se os termos do acórdão: “feitos administrativos **da Prefeitura**”. Neste ponto, imprescindível que se perceba que não há como uma propaganda institucional não estar, ao menos indiretamente, prestigiando os feitos da administração vigente, haja vista que a máquina pública não se move sozinha, mas instrumentalizada por uma gestão de pessoas, lideradas por um representante eleito.

59. E é exatamente esse o motivo pelo qual a publicidade institucional às vésperas da eleição configura conduta vedada no âmbito eleitoral. Fazer publicidade dos feitos da administração acaba favorecendo, indiretamente, a gestão que a coordena, servindo como forma de captação de votos. É isso que a legislação eleitoral expressamente pretende vedar.

60. No caso concreto, **houve publicidade institucional**, que acarretou em conduta vedada. Isso não se discute. Todavia, para que se configure **promoção pessoal**, exige-se a promoção **direta** do administrador público, o que não ocorreu no presente caso.

61. Note-se a importância dessa diferenciação: pelo raciocínio proposto no acórdão, toda propaganda institucional configuraria ato de improbidade administrativa por promoção pessoal. Admitir tal encadeamento de ideias seria o mesmo que vedar de forma absoluta qualquer modalidade de publicidade institucional, em frontal violação ao art. 37, §1º, da CF/88.

62. O raciocínio empregado pela Corte Paulista demonstra o equívoco do acórdão impugnado, mormente ante a gravidade das sanções impostas.

63. Além disso, a configuração de ato de improbidade administrativa exige também o preenchimento de seu elemento subjetivo. Esta é a razão pela qual nem toda violação ao princípio da impessoalidade caracteriza improbidade, devendo estar demonstrado o dolo inequívoco de malferir a coisa pública. E, para fundamentar a existência deste elemento subjetivo, o acórdão se valeu da seguinte fundamentação:

(...) **indícios** não se amontoam, conxionam-se, harmonizam-se entre si e em relação ao fato principal; são como que **fragmentos de um mosaico**, e autorizam que se extraia o elemento subjetivo a partir da externalidade da conduta e do plexo das circunstâncias que a envolvem (fl. 3876 e-STJ) (grifo nosso).

64. Observa-se que o acórdão chega à duvidosa conclusão acerca da existência de ato de improbidade a partir da somatória de elementos esparsos que, em conjunto, representariam indício de prática de improbidade administrativa. Ao que parece, portanto, o Tribunal de origem condenou os requeridos sem a necessária convicção, que se obteria a partir de prova concreta e inequívoca, quanto à intenção de malversar o patrimônio público.

65. Ora, como salientado anteriormente neste parecer, as ações de improbidade possuem grande similitude com o direito penal, principalmente pela natureza punitiva de suas sanções, pela necessidade de investigação profunda do elemento subjetivo, pela individualização das penas, etc. Consequência disso é a conclusão pela concessão, em favor dos requeridos, do benefício da dúvida (conhecido pelo brocardo *in dubio pro reu*). Isto porque todos os elementos que o justificam no direito penal – mormente a gravidade e natureza punitiva das sanções – também estão presentes nas ações de improbidade administrativa.

66. Oportuno, neste momento, ressaltar que não se desconhece que o c. STJ vem entendendo que, em caso de indisponibilidade cautelar de bens, prevista no artigo 7º, da Lei nº 8.429/92, aplica-se o benefício da dúvida em prol da sociedade (*in dubio pro societate*). Deve-se ressaltar, contudo, que a indisponibilidade de bens se dá mediante exame cautelar (e, portanto, de cognição sumária), que tem como principal objetivo **garantir o resultado útil do processo**. Esta é a razão para que a presunção, em tal momento, seja favorável à sociedade: garantir que, ao final, caso se reconheça ter havido ato de improbidade, haja bens suficientes para ressarcir o dano sofrido pelo Erário.

67. Situação diversa é a prolação da decisão final (de cognição exauriente), que não busca garantir o resultado útil do processo, mas sim expressamente proferi-lo. Desta forma, inverte-se a lógica e, neste momento, o benefício da dúvida deve, necessariamente, ser concedido **aos requeridos**.

68. Perante tais circunstâncias, ainda que se entendesse ter havido promoção pessoal – o que inequivocamente não houve –, não restou comprovada a intenção de malferir a coisa pública, além de erroneamente ter sido aplicada a dúvida em desfavor dos requeridos, o que, por si só, denota o equívoco do acórdão estadual. Outro não é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai dos julgados abaixo:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **PROPAGANDA INSTITUCIONAL DO GOVERNO** DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, COM BASE NO ACERVO PROBATÓRIO, ASSEVERA NÃO TER HAVIDO PROVA DA PROMOÇÃO PESSOAL DOS AGENTES POLÍTICOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. No presente caso, segundo o arcabouço fático delineado no acórdão recorrido, o **ato de improbidade não restou configurado, porque: (I) não foi constatada nas propagandas institucionais característica de autopromoção** dos agentes políticos que figuram no polo passivo da demanda; e **(II) não houve demonstração de dolo, ao menos na sua forma genérica**, nas condutas que o Parquet reputa ímprobos.

2. Assim, a alteração das conclusões adotadas pela Corte local, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1500662/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 31/08/2015).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. ALEGADA AUTOPROMOÇÃO, COM VIOLAÇÃO AOS ARTS. 9º, CAPUT, 10, CAPUT, E 11, CAPUT, DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO REPUTADO ÍMPROBO E PELA INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO. PRETENSÃO RECURSAL DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO, PELA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão que negou provimento ao apelo ministerial, mantendo sentença de improcedência de ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, intentada em desfavor dos agravados, pela suposta prática de ato de improbidade, consistente no indevido uso da máquina administrativa, para satisfação de interesse próprio, por meio da autopromoção, em jornal municipal, pelo que teriam incorrido em atos ímprobos previstos nos arts. 9º, caput, 10, caput, e 11, caput, da Lei 8.429/92.

II. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, **a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10**" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011).

III. No caso, o **acórdão recorrido, à luz da prova dos autos, foi categórico, ao decidir: (a) pela não constatação das propagandas autopromocionais; e (b) pela não demonstração do elemento volitivo da conduta ímproba** e da lesão ao Erário, concluindo pela inoccorrência de ato de improbidade.

IV. Relativamente à alegada violação aos arts. 9º, caput, 10, caput, e 11, caput, da Lei 8.429/92, a discussão, em sede de Recurso Especial, acerca da configuração do ato de improbidade administrativa, implica, necessariamente, incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável, a teor da Súmula 7/STJ.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 270.027/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014).

69. Conclui-se, portanto, em resposta ao questionamento formulado no início deste subtópico, que **a condenação dos requeridos ao cometimento de ato ímprobo se deu não com base na perspectiva do direito administrativo (vez que ausentes os requisitos da promoção pessoal e da intenção de malversar a coisa pública), mas por meio da automática subsunção das premissas e requisitos eleitorais** de conduta vedada ao processo de improbidade administrativa. E a ausência de variação da perspectiva jurídica fez com que fosse duplamente analisada a **mesma questão** em instâncias diversas, ensejando penalidades distintas. Houve, em suma, o que se poderia chamar de *bis in idem* quanto à análise dos fatos.

70. Importante salientar também que, como se viu, tais equívocos são plenamente extraíveis do próprio acórdão. São inúmeros os trechos em que o *decisum* explicitamente demonstra (i) tomar como premissa a publicidade institucional – e não a promoção pessoal – para configuração do ato de improbidade administrativa (estando alguns excertos, inclusive, transcritos neste parecer); e (ii) condenar os requeridos com base em meros indícios, sem qualquer prova concreta que ateste o elemento subjetivo.

71. Significa, em outras palavras, que a questão posta em discussão nos recursos especiais não implica revolvimento de fatos ou provas, limitando-se a verificar se os fatos narrados pelo Tribunal de origem são suficientes para configurar improbidade administrativa – o que afasta o óbice da Súmula nº 7/STJ.

72. Sendo assim, há que se concluir pelo equívoco do acórdão recorrido na análise dos pressupostos necessários à configuração do ato de improbidade administrativa alegado pelo *Parquet*, uma vez que a moldura fática nele descrita não permite inferir a prática de ato ímprobo pelos requeridos.

IV. A FORMA PROCESSUAL COMO GARANTIA E SUAS IMPLICAÇÕES NAS AÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO

4.1 A importância fulcral das garantias processuais nas demandas punitivas

73. Narra o consulente, também, questão de cunho processual envolvendo prazo para manifestação das partes quanto a documento novo juntado pelo *Parquet*. Informa que o Ministério Público estadual colacionou aos autos da ação de improbidade o acórdão do RESPE 25.745, de lavra do Tribunal Superior Eleitoral, que condenou os envolvidos pela prática de conduta vedada eleitoral pelo mesmo ato de publicidade institucional. Juntado o documento, o Desembargador relator, não obstante tenha dado vista às partes pelo prazo de 10 (dez) dias, acabou pautando a apelação e submetendo-a a julgamento antes do término do prazo concedido. Perante tal circunstância, pergunta-me sobre a ocorrência de nulidade processual.

74. Ao me deparar com a narrativa do consulente, desde logo me veio à mente a relação entre o princípio do contraditório e sua especial importância em demandas de caráter punitivo.

75. A ação de improbidade administrativa, regida pela Lei 8.429/92, insere-se como espécie do gênero *demandas punitivas*, isto é, demandas que têm por escopo a aplicação de penalidades ante a prática de condutas fortemente vedadas pelo ordenamento. E, exatamente por serem ações precipuamente sancionadoras, nas quais as penas atuam com caráter repressivo, pedagógico e preventivo, é regada por rol intransponível de garantias que devem ser rigorosamente observadas.

76. Como exhaustivamente demonstrado acima, as ações de improbidade administrativa possuem íntima relação com a ciência jurídico-criminal. E tal

similitude não se restringe ao campo de direito material, abarcando também o âmbito processual.

77. A bem da verdade, intuitiva tal percepção, na medida em que o processo, como instrumento de efetivação do direito material, deve estar necessariamente ligado às suas peculiaridades. De todo modo, apenas para que se comprove o afirmado, possível mencionar (i) o fato de a ação de improbidade administrativa ser precedida, não raras vezes, por inquéritos preliminares conduzidos pelo Ministério Público; (ii) a existência de juízo preliminar de recebimento da inicial, com oferecimento de defesas prévias pelos requeridos; (iii) a tomada de medidas acautelatórias que, além de garantir o resultado útil do processo, impeçam que o requerido atrapalhe as investigações e/ou a instrução probatória processual (v.g. art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92); dentre outras.

78. Quer-se evidenciar, portanto, que em virtude de seu cunho sancionador e da gravidade das penas impostas, a ação de improbidade administrativa – assim como o processo penal – exige que as formas e procedimentos sejam rigorosamente observados, sob pena de nulidade. E o motivo para tanto é simples: nas denominadas demandas punitivas, toda forma processual tem por escopo a garantia de um direito fundamental. Significa, em outras palavras, que não se tratam de meros “formalismos”, mas de verdadeiras **garantias** indispensáveis ao acusado/requerido – e, portanto, de obediência compulsória.

79. Dito isso, passa-se à análise da peculiar circunstância ocorrida nestes autos.

4.2 A aplicação ao caso sob consulta

80. Para apreciar a configuração de eventual nulidade processual no caso concreto, imprescindível que se faça um breve apanhado sobre o ocorrido para, após, apreciar suas implicações jurídicas.

81. Em detida análise dos autos, verifica-se que o Desembargador relator despachou à fl. 3815 e-STJ, intimando os recorrentes para tomarem ciência do

documento colacionado às fls. 3517/3571 e-STJ, referente ao julgamento do REspe 25.745 pelo colendo Tribunal Superior Eleitoral, pelo prazo de 10 (dez) dias. Tal despacho foi publicado em 02/02/2009 (segunda-feira), conforme certidão de fls. 3826 e-STJ, razão pela qual o prazo para manifestação começou a fluir dia 03/02/2009 (terça-feira), com término em 12/02/2009 (quinta-feira).

82. Todavia, as apelações foram pautadas e julgadas pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo na sessão do dia 09/02/2009 (segunda-feira), de acordo com a certidão de julgamento de fl. 3840/3841 e-STJ. Percebe-se, pois, que os recursos foram, de fato, julgados 03 (três) dias antes do término do prazo concedido.

83. Delineada a circunstância fática dos autos, passa-se à apreciação de suas consequências jurídicas, a fim de responder satisfatoriamente ao quesito levantado.

84. A resposta à controvérsia narrada, assim como todos os demais questionamentos jurídicos, perpassa, primeiramente, pela Constituição da República. O princípio do contraditório, previsto expressamente no art. 5º, LV, da CF/88, é não só direito fundamental, como um dos pilares do atual modelo constitucional de processo – denominado, também, de processo democrático. Tal princípio é caracterizado por sua dupla face, funcionando simultaneamente como (i) garantia de poder de influência das partes na formação do provimento jurisdicional; e (ii) garantia de não-surpresa.

85. A garantia do contraditório como poder de influência se traduz, a grosso modo, no direito da parte de não apenas ser cientificada de todos os atos do processo, como também de **poder se manifestar sobre eles**. Isso porque é a partir da ciência e manifestação dos atos processuais que a parte exerce sua influência sobre a convicção do magistrado e, conseqüentemente, sobre a formação do provimento jurisdicional.

86. Noutro giro, a garantia de não-surpresa está intimamente ligada à ideia de que as partes devem participar **previamente de toda a discussão** que possua relevância para o deslinde da causa – o que incluiu, até mesmo, as matérias cognoscíveis *ex officio* –, para que não sejam surpreendidas com decisões embasadas em pontos que sequer foram debatidos entre os sujeitos do processo. Explicando com brilhantismo o contraditório como garantia de não-surpresa, os processualistas Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron:

(...) o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva **de uma ou de ambas** as partes. **Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las e a desconsiderar o caráter dialético do processo**, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício.

(THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 100) (grifo nosso).

87. Como se trata de norma de respaldo constitucional, o princípio do contraditório (em sua dupla face) é irradiado para todo o ordenamento, razão pela qual seu conteúdo pode ser encontrado de forma pulverizada nas mais variadas regras que o compõem. Direcionando, pois, a discussão para a esfera infraconstitucional, a regra que traduz o ideal de contraditório e que se relaciona com o caso concreto é aquela disposta no art. 398, do Código de Processo Civil de 1973, que assim dispõe:

Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

88. Tal regra possui como finalidade inequívoca a preservação e garantia do contraditório. Como a juntada de documento ainda não apresentado pode

influenciar o provimento jurisdicional, imprescindível que a parte adversa também se posicione sobre ele, a fim de garantir a paridade de armas. Além disso, tal regra também favorece o juiz, ao permitir que tenha ciência de todas as controvérsias e pontos de vista e, assim, prolate decisão justa⁵.

89. Note-se, também, que a legislação federal adotou o termo “sempre”, o que significa que a garantia do contraditório, neste caso, se dá *ope legis*. Vale dizer, o contraditório, nesta hipótese, não depende do crivo de conveniência do magistrado, mas de **previsão imperativa e absoluta da lei**. E se a lei assim o faz, ainda mais de forma enfática – frise-se, novamente, o termo “sempre” –, é porque tem o intuito claro de impedir qualquer risco de supressão a tal garantia. Neste momento, importante relembrar que se está tratando de improbidade administrativa – ação de caráter punitivo, conforme aventado acima –, o que significa que a supressão do contraditório gera consequências ainda mais danosas para a parte, ante a elevada gravidade das penas.

90. Ademais, outro ponto que deve ser destacado da redação legal é a expressão “**o juiz ouvirá**”. Imprescindível a percepção de que tal colocação também possui caráter eloquente. Sabe-se que o real sentido da norma não é gerar a obrigatoriedade da parte de se manifestar, mas sim o **dever do juiz** de oportunizar que a parte adversa se manifeste e leve em consideração o que fora explicitado. Se assim não fosse, bastaria que a redação legal se valesse de expressões como “o juiz dará vista”, ou mesmo “o juiz oportunizará à parte que se manifeste”, mas jamais “o juiz ouvirá”. Nítido, assim, que o texto legal foi além, e que tal ponto não pode ser ignorado.

91. Perante tais circunstâncias, entende-se que a interpretação adequada da expressão legal está relacionada ao ideário de contraditório substantivo/efetivo, que ultrapassa o contraditório meramente formal. Significa, em outras palavras, que para o cumprimento da norma **não basta oportunizar à parte o direito de se manifestar**

⁵ A nomenclatura “justa”, aqui, é adotada como aquela que pondera todas as controvérsias sobre a temática, sem pretensões de se discutir sobre o aspecto filosófico da justiça das decisões judiciais.

(contraditório formal); deve-se, efetivamente, levar em consideração o que foi dito em sua manifestação (contraditório substantivo). Em termos simples: não basta que se conceda o direito de falar, deve-se garantir o direito de ser ouvido.

92. Dito isso, parte-se para o evento objeto deste parecer.

93. No caso em análise, revela-se de forma clara a violação à regra legal, seja em sua função de garantia de não-surpresa, seja em sua função como poder de influência.

94. Inequívoco, *in casu*, que **todas as partes – o que inclui a parte não sucumbente – foram surpreendidas com o julgamento precoce**, em data na qual ainda transcorria prazo para manifestação, haja vista que não houve possibilidade de discussão prévia sobre o documento. Incluem-se todas as partes porque a surpresa, apesar de relativa (o que é bom para uma parte, pode não o ser para a outra), é aferida objetivamente. O que oscila é, apenas, o juízo de valor sobre o ocorrido.

95. Violou-se, também, o contraditório como poder de influência, na medida em que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo não só desrespeitou o prazo de manifestação, como **obstaculizou que as partes se posicionassem sobre o documento juntado**. Note-se que nenhum dos réus conseguiu protocolar sua manifestação antes do julgamento da apelação, ficando, pois, impedidos de afetar o convencimento do juiz sobre aquela prova. Desta feita, havendo ofensa a tais perspectivas, viola-se, inevitavelmente, a regra disposta no art. 398, do Código de Processo Civil.

96. O que resta analisar, pois, para fins da configuração de nulidade processual, é se houve ou não prejuízo. Afinal, prevalece em nosso ordenamento a máxima *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). Tal verificação se baseia, mais uma vez, nas peculiaridades do caso concreto. Se, não obstante a falta de manifestação sobre o documento, a decisão tivesse sido favorável; ou mesmo se tal documento não

fosse trabalhado como fundamento relevante para o resultado do julgamento, não haveria que se falar em prejuízo.

97. Acontece que o acórdão de fls. 3842/3884 e-STJ, proferido pela 11ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, demonstra que a turma julgadora levou em consideração, para atingir o resultado desfavorável do julgamento, o documento sobre o qual as partes foram obstaculizadas de se manifestar, ante o julgamento prematuro dos recursos. É possível perceber que, **em mais de uma oportunidade, o acórdão se vale de transcrições de trechos do documento** colacionado para expor suas razões de decidir, evidenciando que tal documento **influenciou efetivamente a formação da convicção dos magistrados que participaram do julgamento**. Desta forma, é nítido o prejuízo sofrido pelas partes que se viram tolhidas de exercer seu direito de manifestação.

98. Além disso, é possível identificar verdadeiro *venire contra factum proprium* praticado pelo Judiciário paulista frente aos jurisdicionados, em afronta à boa-fé objetiva. Isto porque, ainda que o magistrado entendesse não se tratar de determinação *ope legis* – hábil a impor a efetivação do contraditório independentemente do crivo do julgador, mas por expressa exigência legal –, concedeu, mesmo assim, vista para que as partes se manifestassem sobre o novo documento. Ora, se voluntariamente abriu vista para manifestação das partes, é porque reconheceu ser necessário e relevante que se manifestassem sobre o documento juntado. Assim, posicionar-se contrariamente, em momento posterior, sustentando não se tratar de documento novo, ou afirmando se tratar de documento com publicação compulsória, que supostamente dispensaria a importância da manifestação das partes, implica contradição lógica – o que justificaria verdadeira **presunção de prejuízo** (pois se fere a lógica, por óbvio, fere a expectativa das partes). Em síntese: se houve despacho, o prazo deveria necessariamente ser observado.

99. E, neste momento, oportuno frisar que o fundamento de se tratar de documento de “publicação compulsória” poderia, no máximo, afastar a finalidade de

ciência das partes como forma de conhecimento do conteúdo documental, mas jamais a finalidade de permitir que se manifestem sobre a relação daquele documento dentro do processo – vale dizer, explicitarem qual a relação e influência da nova documentação na controvérsia discutida no caso concreto.

100. Isso porque o Recurso Especial Eleitoral foi colacionado aos autos quando as partes já haviam interposto seus respectivos Recursos Especiais perante o STJ, de modo que se tornou impossível que apresentassem sua posição sobre a nova documentação naquela oportunidade. A juntada anterior deste documento teria determinado os rumos da argumentação e da linha de defesa apresentada, o que atesta a surpresa e o prejuízo sofridos com o desrespeito ao prazo estipulado.

101. Ademais, valendo-se mais uma vez do inevitável paralelo com a ciência criminal, importante lembrar a regra do art. 155 do Código de Processo Penal⁶, segundo a qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação **da prova produzida em contraditório judicial**, sendo-lhe vedado fundamentar sua decisão com base em prova produzida exclusivamente no inquérito policial.

102. Ora, aplicando tal lógica ao presente caso, imperiosa a conclusão de que o acórdão não poderia ter se utilizado do Recurso Especial Eleitoral como fundamento para condenação, haja vista que, não obstante fosse colacionado no bojo de processo judicial, não foi dotado do necessário contraditório para atingir o patamar de fundamento de decidir.

103. Veja-se que o que distingue o inquérito do processo judicial é o fato deste ser um procedimento em contraditório. Ora, se não foi dada às partes a efetiva oportunidade de se posicionar sobre determinado documento, dando concretude à ampla defesa e à paridade de armas, tal prova seria materialmente equiparável a mera prova indiciária – ainda que inserida dentro de procedimento formalmente

⁶ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

judicial. Por tal razão, não seria possível considerá-la como fundamento exclusivo da condenação. O desrespeito a esta regra configura vício e prejuízo – que pode ser traduzido, a grosso modo, no comprometimento da linha e estratégia de defesa adotados –, implicando a nulidade do julgado.

104. Diante do exposto, há de se concluir pela configuração de nulidade processual ante o cerceamento de defesa sofrido pelas partes com o julgamento precoce, pela 11ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, dos recursos de apelação.

V. CONCLUSÕES

105. Feitas as considerações necessárias à avaliação dos problemas descritos, cabe responder aos questionamentos formulados pelo ilustre consulente:

- a. **Não há correlação automática entre condenação eleitoral por prática de conduta vedada e condenação por improbidade administrativa.** A prática de determinada conduta vedada eleitoral somente poderá caracterizar-se como ato de improbidade administrativa quando estiverem rigorosamente demonstrados o extraordinário grau de danosidade à moralidade administrativa e a intenção inequívoca de malversar a coisa pública.
- b. Houve **equivoco do TJSP na análise dos pressupostos necessários à configuração do ato de improbidade administrativa** alegado pelo *Parquet*, uma vez que a moldura fática descrita no acórdão não permite inferir a prática de ato ímprobo pelos requeridos, seja em razão da inocorrência de ato de promoção pessoal, seja em função da ausência de qualquer conduta subjetiva voltada a malversar a coisa pública;

Gilson Dipp

- c. **Configurou-se nulidade processual**, consubstanciada no cerceamento de defesa sofrido pelas partes, com o julgamento precoce dos recursos de apelação pela 11ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, na medida em que o acórdão estadual não apenas desrespeitou o prazo por ele mesmo fixado para manifestação sobre documento novo – surpreendendo os requeridos e obstaculizando o efetivo contraditório – como ainda se utilizou desta prova como um dos fundamentos centrais da decisão desfavorável aos réus, configurando-se efetivo prejuízo à defesa.

É como me parece.

Brasília, 06 de junho de 2016.


GILSON DIPP
OAB/RS 5112