

A APLICAÇÃO DAS PENAS DA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DEFICIENTE:

A INTEGRIDADE NA PROTEÇÃO DA
PROBIDADE ADMINISTRATIVA

*THE IMPLEMENTATION OF THE PENALTIES OF
THE ADMINISTRATIVE IMPROBIT LAW IN THE
LIGHT OF THE PRINCIPLE OF THE POOR
PROHIBITION:*

*INTEGRITY IN THE PROTECTION OF
ADMINISTRATIVE PROBITY*

Valter Foleto Santin

Promotor de Justiça de São Paulo.

Doutor em Direito pela USP.

Renee do Ó Souza

Promotor de Justiça do Mato Grosso.

Mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro
Universitário de Brasília.

Antonio Sergio Cordeiro Piedade

Promotor de Justiça do Mato Grosso.

Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUCSP.





RESUMO

O presente artigo visa apresentar reflexões sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade para aplicação das penas da Lei 8.429/92. Propõe-se que tanto a escolha das sanções a serem aplicadas como a dosimetria das penas escolhidas sejam feitas à luz da vertente da proporcionalidade conhecida como princípio da proibição da proteção deficiente. Trata-se de parâmetro que mais condiz com o mandamento de tutela constitucional inserto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, o qual estabelece dever do Estado de Proteger a Probidade da Administração. A interpretação para a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa deve, portanto, manter coerência e integridade com este sistema constitucional de proteção à probidade administrativa. Foi utilizado o método bibliográfico dedutivo.

Palavras-Chave: Princípio da Proporcionalidade. Proteção da probidade administrativa. Fixação das penas. Proibição de proteção deficiente.

ABSTRACT

This article aims to present reflections on the proportionality principle in penalties applications of Law 8.429/92. It is proposed that both the choice of penalties to be applied as the dosimetry of the chosen penalties are made in the light of the proportionality aspect known as the poor protection prohibition principle. It is a parameter that is more consistent with the commandment of constitutional protection inserted in Article 37, § 4 of the Federal Constitution, which establishes the duty of the State to protect the Probity Management. The interpretation for the application of Administrative Misconduct Act penalties should, therefore, maintain consistency and integrity with this constitutional protection system against administrative probity. The deductive bibliographic method was used.

Keywords: Principle of Proportionality. Protecting administrative probity. Pens fixation. Prohibition of poor protection.

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. O Princípio da Proporcionalidade como vetor interpretativo para combater resultados concretos inconstitucionais .
 3. O bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade: Mandamento constitucional de tutela do direito fundamental à probidade administrativa.
 4. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na escolha das sanções da Lei de Improbidade Administrativa: Aplicação cumulada ou isolada das sanções à luz da Proporcionalidade
 5. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na dosagem das penas da Lei de Improbidade Administrativa: Os limites mínimos e máximos como baliza de julgamento
 6. O nepotismo como improbidade administrativa à luz da proporcionalidade.
 7. Conclusão.
- Referências.



1 INTRODUÇÃO

Como se sabe o direito sancionador constitui-se em instrumento de confiança do convívio social quando assegura uma resposta proporcional ao ilícito praticado. A ideia é, basicamente, que a resposta e a reação ao comportamento ilícito recomponham o estado original das coisas e inibam novas infrações. A calibragem entre a resposta adequada e justa à ação ilícita é feita pelo princípio da proporcionalidade¹.

Para alguns, inclusive o Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade decorre do art. 5º, LIV, da Constituição Federal². Para outros está contido nas dobras do sistema jurídico geral do Estado de Direito. No plano infraconstitucional, está previsto textualmente no artigo art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei n. 9.784/99³, embora conforme adiante se verificará, está em meio a legislação ordinária geral. É princípio que busca originalmente estabelecer limites a atos restritivos de direitos e evitar que aos cidadãos sejam impostas restrições que não se apresentem como indispensáveis à preservação do interesse público⁴, servindo para o controle de atos administrativos em geral, para enviesamento de técnicas de interpretação de leis e para o controle de constitucionalidade.

Para o que nos importa, o princípio da proporcionalidade é a régua para o julgador aplicar as penas previstas na Lei 8.429/92.

Todavia, a aplicação do princípio da proporcionalidade não ocorre mediante atividade meramente discricionária do agente público, sendo-lhe vedada a vulgarização do instituto sob pena de enfraquecimento da legalidade estrita.

A aplicação irrestrita e vaga do princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade) pode levar a interpretações voluntaristas que, parafraseando Daniel Sarmiento, visam “permitir que os intérpretes da norma substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias” (SARMENTO, 2009, p. 140).

¹ Embora haja divergência sobre a natureza da proporcionalidade, isto é, se constitui em regra, princípio ou postulado, adotaremos neste trabalho a nomenclatura princípio uma vez que essa diferenciação é secundária ao propósito deste estudo e por ser a expressão mais consolidada, seja na legislação brasileira, seja nas outras fontes do direito nacional. Neste trabalho também não será adotada a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade, que é muito bem estudada no estudo incomparável de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24-25). Vide também Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 151-179).

² O artigo 5º, LIV, é basicamente a referência constitucional utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme aponta o professor Luís Carlos Martins Alves Jr. (2014, p. 114).

³ Que prevê que a proporcionalidade consiste no dever de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

⁴ No âmbito do direito administrativo tem sido rebatizado como princípio da adequação punitiva que apresenta, no título, um dos elementos que o compõe. Neste sentido, ver José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 802-803).

Conforme destaca Virgílio Afonso, em um crítico estudo do assunto, a invocação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é, não raramente, um mero recurso a um tópos, de caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se a fórmula “a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional” (SILVA, 2002, p. 31).

Na Lei de Improbidade Administrativa vislumbra-se a incidência da proporcionalidade, em geral, de duas maneiras: para modular o mínimo e máximo de cada uma das sanções aplicadas e para permitir que o julgador cumule ou não todas as sanções previstas na lei.

Todavia, na busca de combater excessos, não se pode perder de mira que a aplicação do princípio da proporcionalidade não deve produzir uma atuação insuficiente dos poderes estatais, notadamente quando utilizado para reduzir as penas aplicáveis no caso concreto.

O presente estudo se destina a analisar a incidência do princípio nestes casos e de demonstrar que a minoração das sanções da Lei de Improbidade não conta com marco definido, de modo que a criatividade, a cordialidade e a falta de critérios não podem levar a desproteção do bem jurídico tutelado pela Lei de improbidade sob pena de violação ao princípio da proteção deficiente, cuja compreensão aprimora os mecanismos de controle das restrições e reduz os níveis de subjetivismo e irracionalidade na aplicação da proporcionalidade.

Serão analisados os limites para a redução das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa sob os influxos do princípio da proporcionalidade, que, segundo se demonstrará, incide em dois momentos: (I) primeiro para escolher/cumular as sanções aplicáveis ao caso concreto e (II) segundo para dosar as penas escolhidas. Ambas situações deverão ser ajustadas e calibradas à luz da vertente pouco debatida do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proibição da proteção deficiente.

Também será realizada uma análise acerca das penas cabíveis e necessárias, à luz da proporcionalidade, em um caso hipotético de condenação em ato de nepotismo, a fim de demonstrar a teoria desenvolvida.

É adotado o método hipotético-dedutivo e foram estudados autores nacionais e internacionais, por meio da pesquisa bibliográfica em livros e periódicos.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VETOR INTERPRETATIVO PARA COMBATER RESULTADOS CONCRETOS INCONSTITUCIONAIS

Há muito que se entendeu que a interpretação fria da lei, sem utilização de outros

critérios valorativos humanos, pode resultar situações de difícil acomodação social, notadamente em situações em que a norma, por si só, é ambígua e contraditória com o sistema em que se encontra.

A abertura do sistema normativo a esses novos parâmetros deu significativo relevo ao papel dos princípios, os quais, passaram a compor importante mecanismo de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados por ideais de justiça.

Para Inocência Martins Coelho e Gilmar Mendes os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são indistintos entre si, consubstanciando:

[...] uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõem a proporcionalidade em sentido amplo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 141-142).

Neste contexto pós-positivista é que o princípio da proporcionalidade ganhou relevo, guardando em si, entre outras, a ideia de equilíbrio, limite, moderação e harmonia.

Não é incomum a legislação brasileira fazer uma relação gradual entre a gravidade do fato/consequências do ilícito e pena aplicável. É o que se infere, por exemplo, do art. 59 do Código Penal, art. 69 do Código Penal Militar, art. 179, § 1º, da Lei 9.472/97, art. 944 do Código Civil, art. 100, VIII, do ECA, etc.

Essa correlação gradual guarda, em si, a ideia da proporcionalidade, que, conforme bem observa Ávila, não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa (ÁVILA, 1999, p. 171). Em verdade, na essência, a ideia de que o sancionamento de alguém deve variar na proporção dos danos causados pelo ato ilícito atende sentimentos de equidade e justiça ligados a noção intuitiva de igualdade⁵.

⁵ No plano histórico, a origem normativa da proporcionalidade remonta aos itens 20 e 21 da Magna Carta do Rei João sem Terra, de 1215:

20 Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta exceto pelo juramento de homens honestos do distrito.

21 Os condes e barões serão punidos por seus pares, conformemente à medida do seu delito.

Quando ocorre a violação destes parâmetros, corriqueiramente o princípio também é aplicado pelo julgador para reduzir sanções, às vezes para patamares inferiores aos previstos na lei. Nestes casos, nas lições do Ministro Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade tem eficácia negativa sobre a produção do ato administrativo de modo a modular seus efeitos.

Por exemplo: ao aplicar uma regra que sanciona determinada conduta com uma penalidade administrativa, o intérprete deverá agir com proporcionalidade, levando em conta a natureza e a gravidade da falta. O que se estará aplicando é a norma sancionadora, sendo o princípio da razoabilidade um instrumento de medida (BARROSO, 2015, p. 365).

O princípio da proporcionalidade não é invocado nesses casos com o propósito de declarar inconstitucional o dispositivo legal. Neste caso, o princípio busca ajustar as circunstâncias de fato tão somente para evitar um “resultado concreto inconstitucional”.

Essa situação – aquela em que uma lei não é em si inconstitucional, mas em determinada incidência produz resultado inconstitucional – começa a despertar interesse da doutrina. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional in concreto, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das consequências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha (BARROSO, 2015, p. 366).

Ávila também vislumbra essa situação, embora afirme que a doutrina e jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão qualificam esta hipótese como princípio da razoabilidade (ÁVILA, 1999, p. 173-174).

Embora haja um relativo desacerto acerca de parâmetros mínimos de aplicação deste princípio no Brasil, colhe-se da jurisprudência da Suprema Corte, dentre outras, uma dimensão que o aplica como busca pela equidade no caso concreto.

Esta faceta da razoabilidade é mobilizada quando se verifica que a aplicação de uma norma geral e abstrata sobre um caso concreto produziria resultados profundamente injustos ou inadequados. O caso subsume-se formalmente à hipótese de incidência do enunciado normativo, mas existem singularidades que justificam a sua não aplicação (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 491).

A busca pela equidade, moderação, bom senso ou equilíbrio, para além de mera atividade discricionária ou solipsista do julgador deve ocorrer mediante uso de metodologia segura e criteriosa contida na teoria do princípio da proporcionalidade.

2.1 A vertente tradicional do princípio da proporcionalidade: princípio da proibição de excesso

O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade esteve inicialmente ligado ao combate de atos arbitrários do Estado, até porque o próprio desenvolvimento dos direitos fundamentais esteve relacionado, num primeiro momento, à necessidade de conter os ataques do Estado em face dos cidadãos, daí porque os direitos fundamentais de primeira geração são genuinamente ligados ao postulado da liberdade.

Neste contexto, fez-se a formulação de vetor interpretativo/normativos capaz de impedir que a atuação do Estado fosse excessiva, de modo a compatibilizar os direitos fundamentais e a acomodá-los com os interesses coletivos.

Em termos gerais, a atuação do Estado passou a ser pautada pela proporcionalidade que consiste num instrumento para avaliar a relação de meio/fim quando ocorre alguma restrição a direito. Assim, investiga-se se a restrição ao direito está justificada, é razoável. Embora haja algum dissenso doutrinário acerca dos elementos que o compõe, adotaremos a corrente que indica que ele possui três sub-regras que servem para sua correta aferição:

- a) adequação entre as medidas e os fins – também chamada de pertinência ou aptidão.
- b) necessidade ou princípio da escolha do meio mais suave (inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados).
- c) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre ônus e benefícios).

Para que o estudo dessas sub-regras seja feito de maneira clara, recomendável a utilização de exemplo colhido ocasionalmente nos seguintes termos.

Por exemplo: agente público condenado por mera violação aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei 8.429/92), sem gravidade significativa no fato, praticada por servidor público primário com baixo poder decisório e de baixa posição hierárquica⁶.

Sob o ponto de vista da adequação, verifica-se que a aplicação de qualquer uma das sanções é apta a alcançar/fomentar o resultado pretendido pela norma, qual seja, a proteção do direito fundamental à probidade administrativa. Em verdade, verifica-se que a aplicação cumulativa de todas essas sanções é meio adequado e idôneo para se alcançar este resultado⁷, pelo que, à luz unicamente desta etapa, não há como aplicar-se sanção isolada.

Na análise da necessidade, porém, verifica-se que a aplicação cumulada de todas as

⁶ Este exemplo é propositalmente oposto, quanto a gravidade do fato, ao ato de improbidade decorrente de nepotismo que será ao final objeto de estudo, embora, ambos se situem, também propositalmente, no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

⁷ A finalidade da Lei de Improbidade e de suas sanções é tema bastante complexo, principalmente se considerarmos que se trata de sistema de responsabilidade extrapenal, o que, naturalmente parece deslocar a análise da função retributivista da pena para outras funções mais relacionadas ao direito civil (função preventiva e reparatória). De todo modo, até porque digno de outro estudo, este o assunto não é objeto aprofundado deste trabalho.

sanções é demasiadamente restritiva e gravosa aos direitos fundamentais do condenado e, de outro lado, excessiva para proteção dos interesses tutelados na Lei de Improbidade Administrativa. As sanções de suspensão dos direitos políticos e perda do cargo são desnecessárias para proteger a probidade administrativa que será plenamente alcançado com aplicação única de multa civil.

Embora dispensável a análise desta etapa uma vez que a incidência da proporcionalidade se exaure na etapa anterior, para fins de demonstração metodológica da incidência da terceira sub-regra, à luz da proporcionalidade em sentido estrito⁸, o sopesamento racional indica a preponderância dos direitos políticos e permanência no cargo em detrimento, ainda que mitigado, da probidade administrativa.

A solução do caso, destarte, indica que a fixação de uma pena, multa civil para ser mais preciso, se revela proporcional à gravidade do fato.

O exemplo utilizado leva propositalmente a demonstração de que a aplicação de uma única sanção se afigura proporcional. Contudo, não é incomum verificarmos aplicação insuficiente de penas, seja porque aplicadas apenas uma, seja porque aplicada pena inadequada ao caso.

Mas a busca pela equidade, moderação, bom senso ou equilíbrio pode ser pretexto ou um engodo para a relativização do sistema normativo, a ponto de negar a sua força normativa, notadamente quando o abrandamento excessivo da norma viola a outra face da proporcionalidade: a vedação da proteção deficiente.

2.2 A face esquecida do princípio da proporcionalidade: princípio da proibição deficiente

A Lei de Improbidade Administrativa possui parâmetros certos e determinados para aplicação isolada ou cumulativa das sanções, bem como para sua fixação (leia-se, dosimetria), quais sejam, gravidade do fato, extensão do dano e proveito patrimonial obtido pela agente.

Todavia, independentemente desses parâmetros, a difícil tarefa de definir singularidades que justificam a atenuação da pena prevista hipoteticamente no preceito legal, a par de maiores limites normativos, deve ser feita, por mais paradoxal que possa parecer, pelo próprio princípio da proporcionalidade, também na vertente da proibição da proteção deficiente.

Virgílio Afonso da Silva anota muito bem que a proporcionalidade é uma regra de interpretação destinada a promover a realização de um direito ou interesse coletivo que implica

⁸Identificado por Virgílio Afonso da Silva como o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide.

a restrição de outro direito fundamental (SILVA, 2002, p. 24). A ideia de cedência recíproca e concordância prática entre direitos conflitantes é ínsita à aplicação da proporcionalidade, mas a análise de que não pode haver preponderância de um sobre o outro a tal ponto de desnaturar um deles é, na maioria das vezes, negligenciada pelo julgador brasileiro.

O dever de proporcionalidade estabelece que entre os princípios (ou direitos fundamentais) envolvidos, ambos sejam realizados ao máximo (ÁVILA, 1999, p. 169).

O mandamento constitucional expresso nos princípios da administração pública e no direito fundamental à probidade administrativa deve ser cumprido de modo adequado e satisfatório. Nesses casos, a atuação omissiva ou leniente do Estado também é inconstitucional.

A vedação de excesso de uma ação estatal não pode levar à inutilidade dos interesses tutelados pelo ente estatal, sobretudo quando expressos na Constituição Federal em forma de mandamento de tutela.

Deste modo, a aplicação da proporcionalidade como vetor para aplicação da pena considerada como excessiva deve necessariamente manter e garantir o núcleo essencial do direito fundamental restringido, no caso, à probidade administrativa.

O mecanismo para assegurar esse núcleo - instrumento jurídico invocável para impedir a omissão inconstitucional - é a vedação a proteção deficiente⁹, face negligenciada do princípio da proporcionalidade.

Lenio Streck explica que:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (STRECK, 2005, p. 180).

Ingo Sarlet bem situa esse princípio, embora o faça sob o ponto de vista do direito penal, o que não prejudica a análise abstrata de seu conteúdo:

a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na

⁹Por vezes, também chamado de princípio da insuficiência ou de proibição de omissão.

esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados (SARLET, 2016).

Foi o Tribunal Constitucional Alemão que primeiro reconheceu a chamada proibição de proteção deficiente por ocasião da decisão proferida em caso de lei que autorizava o aborto, em maio de 1993, e considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação imposto pela Constituição, se encontra vinculado pela proibição de insuficiência de tal sorte que os níveis de proteção deveriam assegurar um padrão mínimo de proteção constitucionalmente exigido (SARLET, 2016, p. 25).

Segundo a decisão, esse padrão mínimo é assegurado inicialmente pelo próprio legislador, segundo o próprio Tribunal Constitucional Alemão (decisão do dia 28.02.2008, in: DÖV (*Die öffentliche Verwaltung*), 2002, p. 521) (SARLET, 2016, p. 29).

O dever de impedir uma proteção insuficiente também é dirigido ao julgador, como técnica de interpretação e aplicação da norma, *ex vi*, artigo 8.º do Código de Processo Civil vigente¹⁰.

Em suma, na enfática lição de Juarez Freitas, citado por Ingo W. Sarlet: “O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos: Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio” (SARLET, 2016, p. 29).

No Brasil, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376-MS teceu importantes considerações sobre a proibição deficiente. Embora o caso envolva direito penal, diante da compatibilidade com o regime constitucional relativo à defesa da probidade, a essência das colocações é ajustável ao presente estudo:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão de proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Por isso pode-se concluir que a aplicação das normas sancionadoras abrandadas ao extremo produz resultado concreto inconstitucional por violação ao princípio da proporcionalidade na face da proibição deficiente.

Seguindo a mesma metodologia do princípio da proibição de excesso, Carlos Bernal

¹⁰Art. 8.º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Pulido também desdobra o princípio da proibição deficiente em três sub-regras do seguinte modo:

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (apud MENDES; BRANCO, 2016, p. 499).

Trata-se de desdobramento semelhante ao realizado pela vedação de excesso, que fornece uma metodologia capaz de guiar a aplicação da proporcionalidade em sua dupla vertente e assegurar o cumprimento da norma constitucional que instituiu a responsabilidade por improbidade administrativa.

Para balizar o piso de proteção feito pela lei faz-se necessário uma incursão no bem jurídico tutelado pela Lei 8.429/92, a fim de verificar a importância da realização do direito fundamental nela contido.

3 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI DE IMPROBIDADE: MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa é a regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, norma de eficácia limitada de princípio programático que prevê uma diretiva ao legislador infra e um autêntico mandamento ou imperativo constitucional de tutela dos chamados atos de improbidade¹¹.

Trata-se de disposição constitucional que anuncia dever expresso de proteção de determinados direitos e valores, por parte do Estado, por meio de medida legislativa, semelhante, ontologicamente, aos mandados constitucionais de criminalização em que a Constituição Federal define que, sobre determinadas matérias, o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade, a fim de proteger determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. São exemplos de mandados de criminalização o artigo

¹¹Dispõe a Constituição: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

5º, incisos XLII e XLIII, da Lei Máxima Brasileira que prevê tratamento criminal severo aos crimes de racismo, hediondos e de tortura.

Foi o autor alemão Claus-Wilhelm Canaris, que elaborou a tese de que em alguns casos o Estado deve implementar mecanismos, notadamente por meio do poder legislativo, a fim de concretizar o dever de tutela, aptas à proteção dos direitos fundamentais (CANARIS, 2012, p. 107).

Segundo o autor, são condições para o reconhecimento de um imperativo de tutela a aplicabilidade normativa (ou tipicidade) de um direito fundamental e expressa previsão na Constituição desse mandamento (CANARIS, 2012, p. 104-112). A identificação do dever de proteção estatal deu ensejo a proposição teórica desenvolvida por Canaris acerca da proibição da proteção deficiente, como decorrência direta do princípio da proporcionalidade.

A propósito de mandados de criminalização, Alexandre Rocha Almeida de Moraes defende o combate acentuado da corrupção, anotando a necessária proteção da moralidade e improbidade administrativas, em formato de “mandado de criminalização implícito” na Constituição Federal, como decorrência da dignidade da pessoa humana e princípios da Administração Pública.¹²

Cumpra demonstrar portanto a satisfação das premissas desenvolvidas pelo autor para demonstrar que o artigo 37, § 4º, da Constituição do Brasil é verdadeiro mandamento de tutela da probidade administrativa e uma importante baliza para aplicação da proporcionalidade ao aplicar as sanções da Lei de Improbidade.

Os atos de improbidade não de ser relacionados à afronta a todo o artigo 37 da Carta Magna, o qual, de um modo geral, prevê o regime jurídico geral de toda a administração pública brasileira e suas relações com administradores, cidadãos, usuários, etc.

Trata-se de disposições constitucionais de elevada carga principiológica e valorativa que, sem prejuízo de outras características:

Primeiro: investe o cidadão brasileiro difusamente a opor-se a todos os desmandos praticados por parte de detentores do poder que vulnerarem o escorreito regime jurídico da administração e o patrimônio público, prevendo inclusive mecanismos de responsabilização por atos antieconômicos, autoritários, ímprobos, injustos e ineficientes¹³.

Segundo: impede que o Estado aja arbitrariamente em desfavor de cidadãos, permitindo que este, individualmente, postule a abstenção e a correção da ação equivocada do Estado.

Terceiro: investe o Estado no dever de proteger este regime administrativo contra-

¹²A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção (MORAES, 2014).

¹³Trata-se de proteção de bem jurídico supraindividual, típica da sociedade pós-moderna.

ataques praticados pelos seus dirigentes ocasionais que o utilizam para atos antieconômicos, autoritários, ímprobos, injustos e ineficientes.

Adotada a máxima de Robert Alexy de que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios (ALEXY, 2015, p. 100), pode-se concluir que a tutela dos princípios constitucionais da administração pública promovida pela Lei de Improbidade os eleva à categorização de direito fundamental que, para alguns, é o direito fundamental à probidade administrativa ou ao governo honesto (ALEXY, 2015, p. 100).

Essa dimensão coletiva reúne as características suficientes para caracterizá-lo como direito fundamental.

É a efetiva proteção do direito fundamental à probidade administrativa que estão instrumentalizados nas sanções da Lei 8.429/92 razão pela qual sua aplicação deve ser norteada, segundo verificaremos, à luz da proporcionalidade, sempre respeitando aquele comando normativo constitucional.

Neste aspecto cumpre verificar que a Lei 8.429/92 disciplina e realiza diretamente a vontade do constituinte de modo que possui status de lei complementar à Constituição Federal. Em razão disso, além do conteúdo político da Carta Magna, sofre os influxos do princípio constitucional da máxima eficácia e efetividade que, segundo Canotilho, implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais (CANOTILHO, 1999, p. 1226).

Assim sendo, a Lei de Improbidade deve ser considerada como fruto direto da determinação constitucional enunciada.

A aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa apresenta uma tensão entre seus direitos individuais (direito de propriedade e direitos políticos) e o direito difuso à probidade administrativa.

Como dito antes, a proteção aos direitos nesse tipo de colisão não pode ser dimensionada a ponto de anular a (outra) proteção pretendida pelo sistema engendrado pela Constituição para responsabilização por improbidade, sob pena de contradição constitucional.

O equilíbrio entre a colisão de direitos fundamentais é obtido, tanto pela aplicação da proporcionalidade na vertente proibição de excesso quanto na vertente proibição da proteção deficiente. É o respeito a esses limites que assegura a coerência e a integridade do sistema normativo.

A sistemática da Lei permite que a aplicação da pena seja feita em duas fases: uma para escolha das sanções a serem aplicadas e outra para dosimetria das penas escolhidas. Vejamos como a proporcionalidade ilumina o julgador nestas fases.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ESCOLHA DAS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: APLICAÇÃO CUMULADA OU ISOLADA DAS SANÇÕES À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

A Lei 8.429/92 prevê as seguintes sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Trata-se de sanções que, conforme prevê o artigo 12 da Lei 8.429/92, com a redação dada pela Lei n.º 12.120/2009, podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato o que cumpre, ao menos em abstrato, obediência a tradicional relação gradual entre gravidade do fato e sancionamento.

Há, contudo, relativa imprecisão e insuficiência do que venha ser a gravidade do fato. Parece ter relevância, neste contexto, o elemento subjetivo do agente condenado e o atingimento do interesse público, parâmetros defendidos, por exemplo, por Garcia e Alves (GARCIA; ALVES, 2011, p. 603).

Deste modo, verificada a baixa gravidade do fato, resta autorizado ao julgador a escolha de quais sanções serão aplicadas no caso concreto, o que equivale verificar, em outro sentido que o cúmulo de sanções será indevido tanto quanto mostrar-se excessivo¹⁴.

De outro lado, verificada alta reprovabilidade do ato, seja por causa da significativa gravidade do fato, seja pelo flagrante desvio de finalidade do ato praticado, seja pela alta intensidade do elemento subjetivo que motivou o agente na sua prática, as penas devem ser aplicadas de forma cumulada pois a aplicação isolada:

a) fere a idoneidade porque não protege o direito fundamental à probidade administrativa de maneira ótima;

b) fere a necessidade porque a aplicação de apenas uma sanção deixa de lado outras tantas medidas que favorecem ainda mais a realização do direito fundamental à probidade administrativa;

¹⁴Neste sentido: "[...] o magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração. [...]" (REsp 1291401 RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJ 26/09/2013).

c) fere a proporcionalidade em sentido estrito porque a aplicação de apenas uma sanção favorece/realiza a defesa da probidade em grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção dada pelo mandamento constitucional inserto no art. 37, parágrafo 4, da CF.

Emerson Garcia anota como critério pragmático para refutar o acúmulo das sanções de suspensão dos direitos políticos e perda do cargo as consequências sobre a esfera dos direitos individuais dos condenados, restrição ao exercício da cidadania e restrição ao exercício de atividade laborativa lícita, respectivamente, o que revela uma análise da proporcionalidade unicamente à luz da proporcionalidade enquanto proibição de excesso (GARCIA; ALVES, 2011, p. 604). Entendemos que a aplicação cumulada dessas sanções será necessária sempre que o caso concreto indicar ser idôneo, necessário e proporcional à proteção do direito fundamental à probidade administrativa.

Naturalmente, a diversidade de sanções elencadas pela Lei 8.429/92 permite ao julgador a verificação de gravidade de cada uma delas, observadas as particularidades à luz do caso concreto.

O cúmulo será tanto mais gravoso ao cidadão quanto maior for a restrição aos seus direitos fundamentais individuais e será tanto mais recomendável quanto mais realizar a probidade administrativa contida no mandamento constitucional, que será guiada pela gravidade do fato.

É o equilíbrio entre a colisão de direitos fundamentais individuais do condenado e da probidade administrativa que deve nortear essa operação julgadora.

As penas serão aplicadas cumulativamente, à luz da proporcionalidade, visando proteger ambos os interesses em colisão, sem supervalorização abstrata de um sobre outro, levando-se em conta, notadamente, a prevenção que a condenação é capaz de dispersar.

Na segunda fase de aplicação da pena da Lei de Improbidade também se verifica a incidência do princípio da proporcionalidade para a dosagem das penas escolhidas. Vejamos.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DOSAGEM DAS PENAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: OS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS COMO BALIZAS DE JULGAMENTO

Uma vez realizada a escolha das sanções, o julgador realiza a fixação do *quantum* de cada uma das penas, observando o máximo e mínimo já previamente definidos pela Lei de Improbidade.

A Lei criou para cada tipo de improbidade (arts. 9º, 10 e 11) mínimos e máximos

próprios, guardando entre esses tipos relação de proporção entre quantidade de pena e o ato de improbidade¹⁵.

Os únicos parâmetros mencionados pela lei são a extensão do dano e o proveito patrimonial¹⁶. Por revelarem-se imprecisos e insuficientes, não são exaurientes para que o julgador efetive a dosagem da pena, até porque sequer são consequências vislumbradas em casos de condenação por ato de improbidade administrativa do artigo 11 da Lei¹⁷.

De qualquer forma, cumpre observar que a própria norma estabelece um relativo espaço de conformação para o julgador efetivar a dosagem da pena, o que nos afigura suficiente para incidência devidamente balizada do princípio da proporcionalidade.

Nestes casos em que a sanção legal é definida pela legislação com limites mínimos e máximo para que sua dosagem seja concretamente calibrada, a incidência da proporcionalidade se dá dentro destas margens. A movimentação do julgador deve ocorrer dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, pelo que a sua atuação discricionária é juridicamente vinculada.

É o que ocorre tradicionalmente no direito penal, por exemplo, em que a dosagem da pena opera dentro dos limites mínimos e máximos previstos no preceito secundário da norma incriminadora.

Essa é, inclusive, a posição dos Tribunais Superiores no que se refere à aplicação de

¹⁵Assim prevê o artigo 12, incisos I, II e III:

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

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

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

¹⁶Art. 12. (...) Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

¹⁷Invocando bom senso, o professor Arnaldo Rizzardo elenca outros parâmetros: “São fatores importantes que levam a medir a dosimetria da pena: a existência ou não de dano ao erário, ou a sua extensão e as dimensões; o proveito patrimonial de parte do agente; a intensidade do dolo, ou da vontade dirigida para a prática do ato; a repercussão social dos fatos; o cargo ocupado pelo agente; a relevância dos princípios da administração pública ofendidos. Na aplicação, insta que o juiz sopesse o ato de improbidade em relação ao patrimônio público, à vantagem ilícita resultante ao agente, e que veja as repercussões na coletividade, o grau de participação no ilícito, o tipo de personalidade do infrator, seu grau de cultura, o tempo de serviço público, o cargo ocupado, a reincidência ou não e outras circunstâncias, elementos estes que sempre serão levadas em consideração” (RIZZARDO, 2014, item 32 da parte segunda).

atenuantes. Neste sentido é Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” e a posição do Supremo Tribunal Federal¹⁸.

Essa foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça também no que se refere às sanções da Lei de Improbidade, exatamente como defendemos acima. A proporcionalidade, neste caso, está autorizada a ser aplicada no espaço de conformação, máximo e mínimo, previsto na lei. Vejamos a ementa da decisão:

DIREITO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

No caso de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, as penalidades de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios não podem ser fixadas aquém do mínimo previsto no art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992. Isso porque é manifesta a ausência de previsão legal. REsp 1.582.014-CE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 7/4/2016, DJe 15/4/2016.

Há uma razão simples para, nesses casos em que há espaço de conformação variável de pena, inadmitir aumentos ou reduções sucessivas das penas sem observância dos limites impostos pela lei: evitar a pena infinita e/ou pena zero, além de evitar a indeterminação da pena.

A pena infinita e/ou pena zero e a pena indeterminada são indesejadas porque violam, em verdade, respectivamente, a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente, o que demonstra que, nestes casos, os limites máximo e mínimo são as balizas do princípio da proporcionalidade.

Naquilo que importa para o presente estudo, a redução de pena abaixo do mínimo legal, nesses casos em que há espaço de conformação variável de pena, viola a vedação da infraproteção porque este princípio é o limite mínimo para a dosagem e redução das penas. A pena mínima estabelecida pela lei deve ser compreendida como o padrão mínimo de proteção da probidade administrativa assegurado pelo legislador.

Tomados os limites mínimo e máximo, a fixação da pena neste feixe de livre movimentação também é guiada pelo princípio da proporcionalidade. Em outras palavras,

¹⁸ Pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade de redução abaixo desse patamar, com fundamento na circunstância atenuante da menoridade. HC 94.243, rel. min. Eros Grau, j. 31-3-2009, 2ª T, DJE de 14-8-2009. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. HC 94.446, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 14-10-2008, 1ª T, DJE de 31-10-2008. Vide ainda RE 597.270 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, j. 26-3-2009, P, DJE de 5-6-2009.

tomados os limites mínimo e máximo, a dosagem das penas aplicadas é feita à luz da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Qualquer tentativa de demonstrar exaustivamente o desenvolvimento da técnica de aplicação e dosimetria da pena corre o risco de imprecisões, principalmente se levarmos em conta que o princípio da proporcionalidade tem variações pontuais quando aplicado nos casos concretos.

Por isso, sobreleva notar que o princípio da proibição da proteção deficiente deve ser prestigiado no momento da aplicação das penas da Lei de Improbidade sempre tendo em mira cada uma das fases e, principalmente, a função de cada uma das sanções, observadas as peculiaridades do caso concreto.

Mas insta destacar que, do mesmo modo que na fase anterior de aplicação acumulada ou isolada das sanções, na fase de dosimetria das penas aplicadas, além de observado o mínimo legal, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, o *quantum* deverá ser fixado acima do mínimo sempre que o caso concreto indicar ser idôneo, necessário e proporcional à proteção do direito fundamental à probidade administrativa.

6 O NEPOTISMO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

O nepotismo, entendido de forma simples como a distribuição de privilégios (cargos públicos, por exemplo) aos parentes dos detentores de cargos e funções públicas de alta escalão tem origem incerta.

De um modo geral, é um fenômeno social, histórico e biológico¹⁹ ligado ao sentimento primitivo de proteção familiar²⁰ e que foi aplacado com o desenvolvimento da percepção de

¹⁹Para além dos sentimentos de afetividade, o parentesco dos genes, segundo Dawkins, pode fornecer explicações para o sentimento de ajuda mútua entre parentes: “É fácil mostrar que *parentes* próximos - da família têm uma probabilidade maior do que a média de compartilharem genes. Desde há muito tem estado claro que esta deve ser a razão para o altruísmo dos pais em relação a seus filhos ser tão comum. O que R. A. Fisher, J. B. S. Haldane e principalmente W. D. Hamilton entenderam foi que o mesmo se aplica a outros parentes próximos - irmãos a irmãs, sobrinhos a sobrinhas, primos próximos. Se um indivíduo morre a fim de salvar dez parentes próximos, uma cópia do gene para altruísmo de parentesco poderá se perder, mas um número maior de cópias do mesmo gene será salvo” e conclui mais a frente: “Podemos agora compreender que o cuidado parental é apenas um caso especial de altruísmo de seleção de parentesco (...). Algumas pessoas usam o termo seleção de parentesco para distinguir este tipo de seleção natural da seleção de grupo (sobrevivência diferencial de grupos) e da seleção individual (sobrevivência diferencial de indivíduos). A seleção de parentesco responde pelo altruísmo dentro da família; quanto maior o grau de parentesco, mais forte a seleção”. (DAWKINS, 2007, p. 175, 180-181).

²⁰“Em função de um interesse comum, bem como do aumento do número de membros dos antigos grupos societários, além da dispersão geográfica, as diversas famílias se unem e formam grupos, de onde nasce uma nova sociedade, com interesses concorrentes, uma pluralidade de sistemas valorativos e objetivos distintos. Dentro desse processo evolutivo, aos fatores econômicos e genésicos vêm sobrepor-se os fatores intelectuais,

que os avanços sociais não podem decorrer desta base única e limitadora de relacionamento²¹.

É fenômeno típico da administração patrimonialista em que a distinção entre público e privado não é feita pelo administrador.

No patrimonialismo não existiam carreiras organizadas no serviço público e nem se estabeleceu a divisão do trabalho. Os cargos eram todos de livre nomeação do soberano, que os direcionava a parentes diretos e demais amigos da família, concedendo-lhes parcelas de poder diferenciadas, de acordo com os seus critérios pessoais de confiança. Prática frequente era a troca de favores por cargos públicos (neste caso não se tratava de parentes e amigos, mas de interesses políticos ou econômicos). Regra geral, quem detinha um cargo público o considerava como um bem próprio de caráter hereditário (passava de geração para geração). Não havia divisão do trabalho; os cargos denominavam-se prebendas ou sinecuras, e quem os exercia gozava de status da nobreza real (PALUDO, 2012, p. 52).

Mesmo depois da relativa conquista republicana promovida pela Constituição Federal de 1988, foi somente em 2006 que nossa Suprema Corte, na ADC 12, relatada pelo Min. Carlos Britto, reconheceu a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça e proibiu o nepotismo, conforme Adecon-MC 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 16.02.2006, DJU 1.º.09.2006, p. 15.

A fim de emprestar efeitos vinculantes e *erga omnes*, o Supremo então editou a Súmula Vinculante n. 13 que, em síntese, proíbe a nomeação sem concurso para os cargos de livre nomeação de parentes até 3.º grau do administrador, em uma clara tentativa de combater o nepotismo. Eis o teor do verbete:

Súmula Vinculante 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Observe-se que os princípios constitucionais da administração pública invocados para a vedação ao nepotismo, quais sejam, impessoalidade, moralidade e eficiência, compõe, suficientemente, o tipo legal descrito no artigo 11 da Lei 8.429/92 o que nos permite concluir que é perfeitamente possível que um ato de nepotismo, atualmente, caracteriza ato de

morais, jurídicos e políticos. As unidades componentes do agregado social apresentam agora a capacidade de se ligarem por meio de laços puramente contratuais” (RODRIGUES, 2012, p. 207).

²¹Sobre a utilidade no rompimento com o núcleo e laços familiares Harari descreve: “O romantismo nos diz que para aproveitar ao máximo nosso potencial humano devemos ter tantas experiências diferentes quanto possível. Devemos nos abrir a um amplo leque de emoções; experimentar vários tipos de relacionamento; provar culinárias diferentes; aprender a apreciar diferentes estilos de música. Uma das melhores maneiras de fazer tudo isso é escapar da nossa rotina diária, deixar para trás nosso cenário familiar e viajar para terras distantes, onde podemos “vivenciar” a cultura, os aromas, os sabores e as normas de outros povos. Ouvimos repetidas vezes os mitos românticos sobre “como uma nova experiência abriu meus olhos e mudou minha vida”. (HARARI, 2016, p. 123).

improbidade administrativa.

Cabe destacar inclusive que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que o reconhecimento do nepotismo independe de edição de lei específica, o que, em tempos de constitucionalismo contemporâneo, em que há inegável reconhecimento de poder normativo dos princípios, é bastante óbvio.

Caracterizada a prática desta improbidade administrativa resta avaliar, à luz da proibição da proteção deficiente, a aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Compulsando o inciso III do artigo 12 da Lei 8.429/92 verifica-se o seguinte plexo de sanções: ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

A fim de facilitar a ilustração da tese, tracemos o seguinte exemplo de nepotismo: Presidente de dada câmara dos vereadores, mesmo depois de advertido e recomendado por órgão de controle externo²², nomeia parentes diretos para todos cargos em comissão daquele órgão, cargos que sequer se caracterizam verdadeiramente como os de livre nomeação. Os nomeados, por significativo espaço de tempo, sequer comparecem com assiduidade ao serviço público.

Assim na primeira fase da aplicação de penas temos o seguinte:

A obrigação de ressarcimento do dano, embora enumerado como sanção, é considerada majoritariamente como mera consequência do ato ilícito²³. Não há, contudo, neste caso, qualquer gradação a ser exercida sob os influxos da proporcionalidade, razão pela qual, quanto

²²Assim por exemplo, cabe à CGU o controle do nepotismo, por meio do “sistema vínculo”. Tal sistema é uma forma de controle da administração para dar cumprimento ao Decreto n. 6.906, de 21 de julho de 2009, e tem como objetivo prevenir a ocorrência de nepotismo no âmbito do Poder Executivo Federal. Funciona por meio de um formulário eletrônico a ser preenchido via internet para uma base de dados de informação de vínculos familiares entre agentes públicos federais.

²³ Existe relativa controvérsia acerca dos danos causados por servidores públicos que foram investidos irregularmente no serviço público. Porém, no exemplo dado, devido a inassiduidade recorrente dos agentes nomeados ao serviço público, é de se concluir que os vencimentos foram pagos indevidamente eis que, além do vício de constituição do vínculo funcional, a falta ao serviço prejudica a relação sinalagmática que justificou aquele pagamento. Ausente a causa do pagamento dos vencimentos, resta caracterizado enriquecimento sem causa do agente nomeado, o que caracteriza o dano a ser ressarcido. Neste sentido já decidiu STJ “Em tese, é possível a condenação do administrador ímprobo a restituir as despesas com contratação de servidores que, embora tenham trabalhado, o fizeram por força de ato ilegal e inconstitucional. Com efeito, a contratação de pessoas que não apresentam qualificação compatível com o cargo que ocupam ou que deixam de prestar adequadamente o serviço (o que é comum em casos de nepotismo e clientelismo, p.ex.) causa dano, direto ou indireto, ao Erário”. (REsp 1090707/SP, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25-8-2009, DJe 31-8-2009).

a esta consequência, o valor a ser ressarcido será, via de regra, certo de determinado.

Quanto às demais penas, entendemos proporcional a aplicação cumulada de todas as sanções legais.

Com efeito, patente a elevada gravidade do fato, parâmetro contido no art. 12 da Lei 8.429/92, seja porque ganhou grande dimensão quantitativa (afinal todos os cargos em comissão serviram ao propósito patrimonialista da autoridade nomeante), seja porque contou com intenso dolo (bem delineado inclusive pelas advertências feitas pelos órgãos de controle) e causou elevado danos ao interesse público.

Neste caso, para proteger integralmente a probidade administrativa, a aplicação cumulada das sanções é proporcional pois:

a) é o meio mais idôneo porque protege o direito fundamental à probidade administrativa de maneira ótima;

b) é o meio mais necessário porque contempla todas as medidas que favorecem a realização do direito fundamental à probidade administrativa;

c) prestigia a proporcionalidade em sentido estrito porque favorece/realiza a defesa da probidade em grau compatível com o direito fundamental de proteção dada pelo mandamento constitucional inserto no art. 37, § 4.º, da Constituição da República.

Avançando para a segunda fase, temos que as sanções aplicadas deverão ser dosadas acima do mínimo legal, próximas ou mesmo no máximo legal uma vez que este é o patamar idôneo, necessário e proporcional à proteção do direito fundamental à probidade administrativa, reiteradamente violado pelas ruinosas consequências acarretadas pelo nepotismo, como por exemplo:

1. Cria entraves à profissionalização da gestão;
2. Quebra o princípio da impessoalidade, sobrepondo o interesse particular ao público;
3. Viola o princípio da moralidade administrativa;
4. Rompe com o consagrado princípio da isonomia, ao restringir o acesso em condições de igualdade às funções públicas;
5. Contribui para a queda da produtividade e da eficiência;
6. Ocasiona conflitos de lealdades dentro de uma organização administrativa, principalmente quando o favorecido é posto em posição de supervisão direta sobre outro;
7. Gera ressentimento de parte do aparato burocrático contra o exclusivismo e o privilégio dos favorecidos (ou servidores “patrimoniais”);
8. Perturba a disciplina administrativa devido à falta de imparcialidade do superior para exercer seu poder de mando num plano de igualdade sobre os servidores vinculados familiarmente aos servidores com poder de decisão (RODRIGUES, 2012, p. 223).

Frente o estágio atual em que se encontra o combate às práticas patrimonialistas, embora

se dê a passos menores do que se deseja ou necessite, o nepotismo deixou de ser prática socialmente aceita para caracterizar-se como ato ilícito.

Nos dizeres de Laurence Tribe e Michael Dorf, a interpretação do sistema normativo pode ser vítima de duas falácias: desintegração, que ocorre quando se realiza uma análise desconectada de princípios, valores e regras e a hiperintegração, que ocorre quando a análise é feita de maneira limitada, restringindo o sistema normativo a uma rede sem costuras, de forma reducionista (FISCHER, 2009, p. 27).

Valendo-se dessas lições, conclui Fischer:

Deflui dessas considerações que uma interpretação constitucional mais consentânea deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade) (FISCHER, 2009, p. 27).

A aplicação do princípio da proporcionalidade deve ocorrer rigorosamente dentro de um processo metodológico que leve em consideração as duas vertentes, quais sejam, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, a fim de assegurar a coerência e integridade do sistema normativo vigente²⁴, “de modo a garantir a correta punição dos culpados e a devida absolvição dos inocentes, pois a justiça está no rigoroso e imparcial cumprimento da 'Lei', temperada, de acordo com as circunstâncias do caso, com a equidade (bom senso e prudência)” (ALVES JR., 2014, p. 118). Há necessidade de que atenda à suficiência e adequação da sanção aos culpados por infrações.

No próximo passo evolutivo das relações entre governantes e governados, espera-se que o nepotismo, em breve, seja caracterizado, indiscutivelmente, como ato de improbidade sancionado de maneira suficientemente apta a proteger a probidade administrativa.

7 CONCLUSÃO

A aplicação de uma pena deve ocorrer sem que o bem jurídico tutelado pela norma seja desprotegido, ainda que pautada em situações concretas e reais que possam minorar o ato ilícito.

A aplicação de penas exageradamente leves para situações graves é capaz de produzir o

²⁴Pertinente para a conclusão deste trabalho, embora introdutório de outra temática ligada a hermenêutica, é a lição de Lenio Streck: “Daí a necessária advertência: no plano da hermenêutica aqui delineada, a exigência de proporcionalidade será o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão e à garantia de uma equanimidade das decisões. A decisão adequada constitucionalmente (...) exsurgirá da reconstrução do direito, com efetivo respeito à integridade e à coerência”. (STRECK, 2013).

enfraquecimento dos necessários efeitos do direito sancionador, como o inibidor/preventivo e o reprovador do ilícito. Além disso, produz resultado concreto inconstitucional por violação ao princípio da proporcionalidade na face vedação da proibição deficiente.

O limite para a excepcional atenuação da pena é a manutenção do poder e do dever de proteção do bem jurídico tutelado pela norma, assegurando a integridade do sistema normativo.

A aplicação do princípio da proporcionalidade deve ocorrer rigorosamente dentro de um processo metodológico que leve em consideração as vertentes de proibição de excesso e de proteção deficiente, para coerência a integridade do sistema normativo vigente, suficiência e adequação da sanção aos culpados por infrações

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **Constituição, Política & Retórica: O devido processo legal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à luz do realismo jurídico de Alf Ross**. Uniceub: Brasília, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 215, p. 151-179, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FISCHER, Douglas. Execução de pena na pendência de Recursos Extraordinário e Especial em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. **Direito Público**, v. 6, n. 25, 2009.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma Breve História da Humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. **Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170/65. Acesso em: 10 mai. 2017.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração Pública: Teoria e Questões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PLATES, Josué Rubens. Direito Fundamental ao governo honesto. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 10, n. 36, p. 79-100, Edição Especial de 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 203-229, maio/ago. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Mundo jurídico.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 08 set. 2016.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade.** Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O razoável e o proporcional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso ("übermassverbot") à proibição de proteção deficiente ("untermassverbot") ou como não há blindagem contra normas inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n. 97, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: _____; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.