

**PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**PRESUMPTION OF JOINT LIABILITY IN ADMINISTRATIVE IMPROBIT
ACTIONS IN THE FRAMEWORK OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

Rafaella Bahia Spach

RESUMO

O artigo objetiva a apresentação de conclusões obtidas a partir de pesquisa jurisprudencial e doutrinária acerca da responsabilização de particulares pelo Superior Tribunal de Justiça em ações de improbidade administrativa. Pretende-se demonstrar a incidência da responsabilidade solidária e a possibilidade de proporcionar a desconsideração do grau de responsabilidade de cada réu por parte do judiciário. Buscar-se-á delimitar as consequências de tais decisões para os particulares, bem como se a atuação do judiciário tem sido de acordo com os princípios constitucionais que regem o direito administrativo sancionador. Assim, a proposta é a de localizar o limite entre a atuação protetiva ao erário e a violação de garantias e direitos dos réus.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa- responsabilidade solidária- garantias - Superior Tribunal de Justiça- ressarcimento ao erário

ABSTRACT

This article aims to present the conclusions drawn from doctrine and jurisprudence research regarding the liability of private agents in administrative improbity actions in the Superior Court of Justice. The objective is to demonstrate the incidence of joint liability and the possibility to disregard a degree of liability each defendant by the Judiciary Branch. It aims to delimitate the consequences of these decisions for the private agents, and also to analyze if the actuation of Judiciary is being in accordance with constitutional principles regarding punitive administrative law. In this sense, the purpose of this article is to identify the boundaries between the protective action to public money and the breach of guarantees and rights of the defendants.

KEYWORDS: administrative improbity - joint and several liability - guarantees - Superior Court of Justice - Reimbursement to the treasury

1- Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8,429, de 2 de junho de 1992) dispõe sobre o rol dos legitimados passivos das ações de improbidade administrativa de maneira bem ampla, uma vez que dilata o conceito de agente público, conforme disposto no art. 1º, *caput* e parágrafo único da citada Lei:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Além do disposto no artigo 1º, a Lei de Improbidade Administrativa amplia o referido rol ao prever, em seu artigo 3º, que: “[a]s disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

Ou seja, as diretrizes da Lei de Improbidade Administrativa também são aplicadas aos particulares que concorrerem para a prática do ato de improbidade ou se beneficiarem dele, uma vez que o particular pode atuar conjuntamente com os representantes do Poder Público de modo concorrente.

O conceito se estende ainda para abarcar agentes políticos, agentes de fato, delegatários de serventias do registro público, sucessores, advogados e árbitros, por exemplo.

Por consequência da aludida extensão, muitas são as ações de improbidade administrativa que terminam por apurar a responsabilidade de particulares e por

condená-los às penas da Lei nº 8.429/1992.

Em um cenário em que a sociedade cobra um posicionamento mais enérgico do Judiciário acerca de desvios de conduta com potencial lesivo à Administração Pública e ao erário, faz-se necessário determinar os limites que devem cercar eventuais condenações, para que não haja o atropelamento dos direitos dos investigados e da penalidade justa em prol do desejo de condenação.

A ideia de condenação justa vem embalada nos ditames da necessidade de individualização das condutas dos réus da ação de improbidade. Assim, as condutas que concorrem para a promoção do dano devem ser proporcionalmente punidas, na exata medida em que concorreram para o prejuízo.

Entendimento esse que decorre tanto do princípio geral da proporcionalidade, a partir do disposto no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, ao exigir que as penas aplicadas respeitem a extensão do ato ímprobo praticado, quanto da incidência dos princípios da pessoalidade e da individualização da sanção, bem como da necessidade de individualização das condutas nas ações de improbidade administrativa.

No que tange aos princípios da pessoalidade e da individualização da sanção, há necessidade de demonstrar sua aplicabilidade no âmbito do direito administrativo, uma vez que não há discussão sobre sua aplicabilidade no âmbito do direito penal.

Assim, destaca-se que tais princípios são desdobramentos do princípio da culpabilidade¹ que, na visão majoritária da doutrina, não pode se limitar ao Direito Penal.

É a posição de Fábio Medina Osório quando afirma que:

A indagação evidente, no cenário constitucional que condiciona o Direito Punitivo, a esta altura já amadurecida, é a seguinte: ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal, diante da fundamentação preliminar que ostenta? Parece-nos evidente que não. E isso porque tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas sim constitucional. Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e

¹ OSÓRIO, Fábio Medina; Direito Administrativo Sancionador. 4. ed rev. atual. ampl. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 382.

limitam o Direito Punitivo como um todo. Trata-se, nesse passo, de consagrar garantias individuais contra o arbítrio, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, que despreze a subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso, o que inclui o exame das clássicas excludentes penais, todas ligadas ao ideário de liberdade e dignidade humanas.²

Logo, a posição majoritária da doutrina, da qual é exemplo o jurista Fábio Medina Osório, defende que a natureza constitucional do princípio da culpabilidade³ estende sua aplicação ao direito administrativo sancionador, bem como de seus desdobramentos, como é o caso dos princípios da pessoalidade da pena e de sua individualização (artigo 5, XLV, CF).

Ocorre que, atualmente, existem diversas condenações determinando a responsabilidade solidária entre os réus no que se refere ao ressarcimento dos cofres públicos, ignorando assim a individualização da conduta de cada réu e sua real responsabilidade. Basta ver que a responsabilidade solidária determina que todos os condenados sejam responsáveis pela integralidade do dano e possam ser cobrados por ele.

Ou seja, a existência de condenações de particulares, por parte do Superior Tribunal de Justiça, ao ressarcimento ao erário em ações de improbidade, como responsáveis solidários, ou mesmo a manutenção de cautelares de indisponibilidade de bens de maneira integral para cada réu, revelam a preponderância da proteção ao patrimônio público em desfavor da condenação adequada.

A proposta deste estudo é justamente levantar como se tem dado a desconsideração, pelo Judiciário, do grau de responsabilidade advindo de cada conduta para a origem do dano, o que pode evidenciar um predomínio desproporcional do objetivo de proteção do patrimônio público com a promoção de condenações inadequadas quando comparadas às condutas praticadas.

Assim, passa-se a verificar como o Superior Tribunal de Justiça tem agido

² OSÓRIO, Fábio Medina; *op. cit.*, p. 357.

³ Diz Fábio Medina Osório; *op. cit.*; p. 364 que fala-se em culpabilidade em três acepções distintas, porém ligadas entre si, vale dizer: *culpabilidade como fundamento da pena; culpabilidade como medição da pena; e culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva.*

em face de condenações ocorridas em ações de improbidade administrativa em que se evidencia a presunção de uma responsabilidade solidária entre os réus, tanto em sede de decisão definitiva, quanto no caso de provimentos cautelares.

Para tanto, o posicionamento indicado será apresentado por intermédio de julgados proferidos no âmbito do STJ em ações de improbidade. Também se cotejará esses julgados com as opiniões de estudiosos do assunto, como também em face dos quesitos necessários para a legalidade e legitimidade da ação de improbidade administrativa, desde a petição inicial até eventual condenação. Tudo isso com o intuito de testar e verificar a compatibilidade da posição jurisprudencial do STJ com a interpretação constitucionalmente mais adequada da Lei de Improbidade.

A partir do que foi exposto, percebe-se qual o problema da pesquisa que aqui se põe: como tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça em relação à responsabilidade solidária dos particulares nas ações de improbidade administrativa? Esse posicionamento é compatível com a leitura majoritária da doutrina especializada? Além disso, é essa postura consentânea com os princípios constitucionais que regem a matéria?

Nossa hipótese é de resposta negativa às duas últimas questões. Essa hipótese, a partir da pesquisa empreendida, restou confirmada, a partir dos levantamentos feitos, utilizando-se o método da pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

2- A responsabilização de particulares nas ações de improbidade administrativa

O rol de legitimados passivos das ações de improbidade administrativa atinge tanto pessoas físicas, quanto jurídicas, nos casos em que atuem ativamente na prática do ato de improbidade. Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira os definem da seguinte maneira:

O sujeito ativo da improbidade administrativa é a pessoa física ou jurídica que comete atos de improbidade administrativa tipificados no ordenamento jurídico. O ímprobo, sujeito ativo na relação de direito material, será réu na ação de improbidade administrativa.

De acordo com a Lei. 8.429/1992, o sujeito ativo pode ser dividido

em duas espécies: a) agentes públicos (art. 2º); e b) terceiros (art. 3º).⁴

Assim, o sujeito ativo do ato de improbidade será sujeito passivo da ação de improbidade administrativa, haja vista que a primeira situação corresponde à atuação para a prática do ato e a segunda corresponde à responsabilização pelo respectivo ato atribuída pelo judiciário.

No presente artigo, o foco recairá sobre a categoria dos terceiros, em virtude do objetivo de se demonstrar os reflexos da responsabilidade solidária nos particulares que atuam em conjunto com a Administração.

O termo particular aparece como indicativo tanto de pessoa física, quanto de pessoa jurídica, uma vez que o artigo 3º da Lei não faz qualquer diferenciação entre elas, sendo esse o entendimento de vários doutrinadores Juarez Freitas, José Antônio Lisboa Neiva e Wallace Paiva Martins Junior.”⁵

Ademais, de acordo com o que se depreende da obra “Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual”:

[...] a interpretação mais adequada do art. 3º da Lei 8.429/1992 é aquela que admite a inserção da pessoa jurídica na qualificação de terceiro e sujeito ativo da improbidade administrativa, especialmente pelos seguintes argumentos: a) norma não faz distinção expressa entre pessoas físicas e jurídicas, não justificando restrição na sua interpretação; b) ainda que os verbos induzir e concorrer tenham relação com condutas de pessoas físicas, a norma considera terceiro aquele que se beneficie da improbidade sob qualquer forma direta ou indireta, o que é perfeitamente aplicável às pessoas jurídicas; c) as sanções de improbidade são aplicáveis, ‘no que couber’, aos terceiros, havendo compatibilidade entre várias sanções e as pessoas jurídicas, como ocorre, por exemplo, no ressarcimento ao erário; d) a pessoa jurídica, enquanto sujeito de direito possui personalidade jurídica própria e não se confunde com os seus sócios, razão pela qual pode se beneficiar do ato de improbidade independentemente do benefício de todos os seus sócios; e) as pessoas jurídicas respondem civilmente pelos danos causados por seus prepostos e dirigentes, não havendo motivo para se afastar a responsabilidade no caso de improbidade administrativa.⁶

Então, serão vistos como sujeitos ativos da improbidade, segundo o art. 3º da

⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; **Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual. 3. ed rev. atual.** São Paulo- SP: Método, 2015.p. 42

⁵Citados por: Daniel Amorim Assumpção Neves; Rafael Carvalho Rezende Oliveira; *op. cit.*, p. 73

⁶Daniel Amorim Assumpção Neves; Rafael Carvalho Rezende Oliveira; *ibidem*.

LIA, todos os particulares que, de alguma forma, colaboram para a prática do ato de improbidade, sendo considerados terceiros todos aqueles que não são abarcados pelo conceito de agente público em sentido estrito.

Ressalta-se que a jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que pessoas jurídicas são englobadas pelo conceito de terceiros, podendo, por consequência, responder aos atos de improbidade administrativa sem que seja necessário recorrer à desconsideração de sua personalidade, como forma de atingir aos sócios -mesmo que seja possível ao se deparar com o desvio dos objetivos contidos em seus atos constitutivos- a exemplo do acórdão proferido no Recurso Especial 1.122.177/MT, de relatoria do Ministro Herman Benjamin:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. IMPROBIDADE. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. SEQÜESTRO CAUTELAR DOS BENS. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 83/STJ.

1. A recorrente insurge-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal, que manteve recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por improbidade administrativa relacionada a suposto esquema de corrupção constatado na Procuradoria do INSS de Mato Grosso, envolvendo o favorecimento de advogados e empresas devedoras da referida autarquia com a emissão indevida de certidões negativas de débito, ou positivas com efeitos negativos.

2. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

3. Descabe analisar a alegada violação do princípio constitucional do juiz natural, em virtude de composição de Turma julgadora majoritariamente formada por juízes convocados, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedente do STJ.

4. As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/1992.

5. A Lei da Improbidade Administrativa exige que a petição inicial seja instruída com, alternativamente, "documentos" ou "justificação" que "contenham indícios suficientes do ato de improbidade" (art. 17, § 6º). Trata-se, como o próprio dispositivo legal expressamente afirma, de prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos genéricos de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade.

6. O objetivo do contraditório prévio (art. 17, § 7º) é tão-só evitar o trâmite de ações, clara e inequivocamente, temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver - no preâmbulo do processo e sem observância ao princípio in dubio pro societate - tudo o que haveria de ser apurado na instrução. Precedentes do STJ.

7. Se não se convencer da inexistência do ato de improbidade

administrativa, da flagrante improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o magistrado deve receber a petição inicial (art. 17, § 8º).

8. Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, as quais deverão ser submetidas ao contraditório durante a fase instrutória.

9. Embora a determinação judicial de interceptação telefônica somente caiba no âmbito de inquérito ou instrução criminal (Lei 9.296/1996), isso não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em Ações de Improbidade que envolvem os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

10. Entendimento que segue a mesma lógica da jurisprudência do STJ e do STF, que admitem o aproveitamento da interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares.

11. A decisão do Juízo de 1º grau especificou a determinação de seqüestro de bens apenas do Procurador do INSS que figura como réu, faltando interesse recursal pela empresa recorrente nesse ponto.

12. Em obiter dictum, tal medida insere-se no poder geral de cautela do magistrado e está expressamente prevista no art. 16 da Lei 8.429/1992, podendo ser determinada incidentalmente e antes mesmo do recebimento da petição inicial, se verificada a presença dos seus requisitos. Precedentes do STJ.

13. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

14. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.⁷

Logo, o entendimento pela impossibilidade de pessoas jurídicas responderem por atos de improbidade se encontra defasado, até porque não há quem discorde de que pessoas jurídicas são pessoas de direito com individualidade única, separada e diferente da personalidade das pessoas físicas que as originaram e, por consequência, têm personalidade jurídica própria.

De toda forma, por óbvio, as sanções deverão ser compatíveis, não sendo aplicáveis aquelas que se limitam a pessoas naturais.

Além do mais, não se verifica, nas disposições do art. 3º da LIA, qualquer distinção que proporcione tratamento diferenciado entre os particulares em virtude de a personalidade ser física ou jurídica.

De toda forma, a responsabilização da pessoa jurídica deve ser apurada detalhadamente no momento destinado ao contexto probatório, de modo que necessita,

⁷ REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011

para sua responsabilização nas ações de improbidade, da existência de nexos entre os atos perpetrados por pessoa física na condição de preposto ou empregado de acordo com os poderes que possui.

Afinal, caso a pessoa física referida atue fora dos poderes que lhe são outorgados, a responsabilidade pela improbidade decairá pessoalmente sobre ela, sem atingir, assim, a pessoa jurídica.

Especificamente, a atuação do particular poderá ser vista em três momentos:

[...] anterior à prática da infração (ato de induzimento), o concomitante a sua prática (coajuvção concorrencial) e, por fim, o posterior à sua consumação (beneficiando-se com as vantagens morais ou materiais da improbidade).⁸

Em outras palavras, quando atuar antes da prática do ato, o terceiro deverá induzir o agente público a praticar o ato de improbidade, o que exige apenas que coloque na mente do agente o intuito de praticá-lo. Inserir na mente do agente a ideia é essencial para o enquadramento de sua conduta no art. 3º da Lei 8.429/92, haja vista que instigar o agente, quando esse já possui pensamentos e intenção de praticar o ato, não se subsumi ao referido artigo.⁹

Com efeito, caso fosse necessário o enquadramento, haveria a previsão da instigação, como é o caso, por exemplo, do art. 122 do Código Penal, que prevê como crime: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se o prestar-lhe auxílio para que o faça”.

Já no caso em que o terceiro atuar concomitantemente, ou seja, em conjunto, concorrendo com o agente público para a prática do ato, poderá significar prestação de auxílio material ou até divisão de tarefas.

Por fim, quando a atuação do terceiro se der posteriormente à prática do ato pelo agente, significará apenas que o terceiro se beneficiou do referido ato, mas não influenciou para que ele ocorresse.

De toda forma, destaca-se ainda que a referida atuação pode ser ininterrupta, o

⁸ DA COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 21

⁹ GARCIA, Emerson. **Sujeito dos Atos de Improbidade: Reflexões**. Fórum Administrativo FA. BH, ANO 4, Nº 46, DEZ. 2004, p. 23

que indicaria a existência de participação do terceiro, antes, durante e depois da prática do ato.

Portanto, a legitimidade passiva nas ações de improbidade não exige a evidência de efetiva participação do particular no ato ímprobo, bastando a comprovação de que tenha usufruído dos resultados para que seja responsabilizado.

Após a definição dos sujeitos que podem praticar os atos de improbidade administrativa e, por consequência, tornarem-se réus nas respectivas ações, faz-se necessário delimitar os elementos que indicam a responsabilidade dos particulares e eventuais sanções.

3- Especificação de condutas e individualização da sanção

As ações de improbidade administrativa são ações de natureza civil e exigem a identificação da conduta de cada réu, como forma de demonstrar a configuração do ato ímprobo, bem como a especificação de cada uma delas para que se delimite o grau de atuação e o nível de participação – e, por conseguinte, a sanção aplicável.

Sendo assim, pode-se entender que a tipificação da conduta de cada réu com o seu devido enquadramento nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa é fundamento jurídico do pedido, sendo indispensável para a Ação.

Ou seja, a tipificação das condutas é condição essencial da peça acusatória, conforme explicam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “A formulação da petição inicial na qual não se tipifica a conduta do réu é inepta e deve ser indeferida, quando muito permitir-se a emenda para que o autor saneie o vício e evite a extinção terminativa.”¹⁰

Veja-se, então, que é importante a petição inicial expor com clareza os fundamentos jurídicos não só da ação em si, como também da pretensão punitiva ou indenizatória referente a cada um dos réus e, no caso de dano ao erário, demonstrando

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; **Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual**. 3. ed rev. atual. São Paulo- SP: Método, 2015, p. 191

o nexa causal entre a conduta e o efetivo prejuízo da Administração.

A necessidade de especificação das condutas está diretamente relacionada com a individualização da sanção, haja vista que a sanção deve ser proporcional à gravidade da conduta adotada e, por consequência, de sua intensidade na concorrência para gerar o dano.

Tal entendimento aparece positivado no parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa nos seguintes termos: “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”.

Esse dispositivo, por sua vez, nada mais é do que a especificação do mandamento constitucional (CF, art. 37, § 4º), segundo o qual as penas serão aplicadas aos agentes ímprobos “na forma e na gradação previstas em lei”.

Nas palavras de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

In casu, o parágrafo único, do art. 12, estipula ao Juiz a obrigatoriedade de fixar a pena levando em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Pela proporcionalidade ou razoabilidade, o Magistrado graduará as penas cominadas pela Lei nº 8.429/92, mergulhando-se no caso concreto e seu reflexo perante o órgão público para extrair o critério lesividade e intenção de fraudar.¹¹

Além do mais, a aplicação das sanções de improbidade ao particular pressupõe a prática de improbidade administrativa pelos agentes públicos, sendo que a exigência da presença de agente público no polo passivo se limita às ações de improbidade administrativa, haja vista que a propositura de ação em face apenas do particular com intuito de ressarcimento ao erário é legítima.

As sanções referentes aos atos de improbidade administrativa estão elencadas o artigo 12 da LIA e são relacionadas, especificamente, aos atos taxados nos artigos 9º,

¹¹ DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes; **O limite da improbidade administrativa. O direito dos administrados da Lei nº 8.429/92.** 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro- RJ: América Jurídica, 2006, p. 572-573

10, 10-A e 11 da referida lei.

O artigo. 12 dispõe que:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

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.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

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.

No entanto, a simples leitura do dispositivo legal demonstra que nem todas as penas podem ser aplicadas aos particulares. Por exemplo, não faz sentido aplicar ao particular a pena de perda da função pública em virtude da incompatibilidade evidente.

Tais sanções de improbidade administrativa podem se consubstanciar em atos

reparatórios ou desconstitutivos e restritivos de direito, sendo cumuláveis e podendo variar de acordo com a gravidade do ato, conforme dispõe Wallace Paiva Martins Júnior:

As sanções típicas da improbidade administrativa previstas na Lei Federal n. 8.429/92 configuram reparações por danos materiais e morais traduzidos, consubstanciadas em provimentos condenatórios (ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos), desconstitutivos (perda de função pública) e restritivos de direitos (proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e suspensão dos direitos políticos.¹²

A aplicação das referidas sanções depende ainda da comprovação do dolo ou da culpa, uma vez que “a responsabilidade do servidor público (agente) ou do terceiro é subjetiva (ação ou omissão, dolosa ou culposa) de reparar a lesão que causou ao Poder Público (patrimônio)”¹³

A necessidade de comprovação do dolo, ou seja, da vontade do sujeito para induzir, concorrer ou se beneficiar do ato ímprobo se dá em virtude de duas razões:

1) a responsabilidade objetiva somente é admitida nos casos especificados em lei ou em relação às atividades de risco (art. 927, parágrafo único, do CC); e 2) a improbidade culposa somente é possível na hipótese do art. 10 da Lei 8.429/1992, incompatível com as condutas exigidas no art. 3º da mesma Lei.¹⁴

De toda forma, no caso das pessoas jurídicas, como não há vontade ou consciência, deve haver uma adaptação da ideia de culpabilidade. Nas palavras de Fábio Medida Osório:

Não se trata de exigência que alcance também pessoas jurídicas, com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação casual. É por aí que passa a culpabilidade.

¹²MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, **Probidade Administrativa**. 4 ed., São Paulo-SP: Saraiva, 2009, p. 329

¹³DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes; **O limite da improbidade administrativa. O direito dos administrados da Lei nº 8.429/92**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro- RJ: América Jurídica, 2006, p. 96.

¹⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; **Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual**. 3. ed rev. atual. São Paulo- SP: Método, 2015, p. 70

Poder-se-ia dizer, quem sabe, como ponderamos anteriormente, que haveria uma “culpabilidade” distinta para as pessoas jurídicas. Pensamos que o mais correto seria dizer que as decisões das pessoas jurídicas podem ser valoradas a luz de critérios objetivos próprios da análise das condutas culposas

[...]

Parece-nos razoável supor eu um ato, ainda que praticado por pessoa jurídica, submeta-se a pautas valorativas.¹⁵

Verifica-se, portanto, que, como forma de ampliar a proteção aos entes da Administração Pública, aqui considerados todas as entidades elencadas no art. 1º da LIA, estendeu-se aos particulares a responsabilidade por atos ímprobos desde que submetidos à análise do critério subjetivo, sendo as sanções aplicadas aos particulares apenas no que forem compatíveis com sua natureza e específica posição diante da Administração Pública.

4- Responsabilidade solidária. Definição e incidência nas condenações por improbidade administrativa no STJ

A Lei de Improbidade Administrativa, embora datada de 1992, ainda conta com imprecisões e lacunas jurídicas que abrem margem para uma atuação mais arbitrária do judiciário.

Em época de operações de combate à corrupção e manifestações populares que clamam pela condenação (mesmo que com o desrespeito à Constituição e ao ordenamento jurídico), o Poder Judiciário é cobrado pela sociedade para que tenha uma postura mais rígida.

Dessa maneira, a referida margem para a arbitrariedade acaba se tornando cada vez mais atrativa, de forma a possibilitar a relativização de garantias jurídicas em nome de uma suposta defesa ao erário.

No âmbito da responsabilidade dos réus nas ações de improbidade administrativa, vê-se uma lacuna muito perigosa diretamente relacionada com a responsabilidade solidária.

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina; **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed rev. atual. ampl. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 389

A responsabilidade solidária é um instituto privado previsto no art. 264 do Código Civil da seguinte maneira: “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

O Código Civil prevê ainda, no artigo 265, que a responsabilidade solidária não pode ser presumida, devendo ser um acordo entre as partes ou ser instituída por lei.

Ou seja, se a responsabilidade solidária não pode ser presumida, significa que, na ausência de acordo ou instituição por lei, eventuais suspeitos de serem responsáveis pela prática de determinado ato, só podem ser vistos como tais, caso haja identificação da conduta relacionada ao ato em si (nexo causal individual), bem como demonstração do nível de colaboração para a persecução do referido ato.

A Lei de Improbidade Administrativa não prevê a hipótese de responsabilização solidária dos réus, o que, logicamente, tornaria impossível a condenação de tal natureza nas ações de improbidade administrativa (volta-se ao art. 265 supramencionado que demonstra a necessidade de previsão legal). Na esfera penal e disciplinar, também não é comum encontrar casos de responsabilização solidária, exceção feita ao art. 71 da CF, que prevê a responsabilidade solidária dos agentes do controle interno que não comunicarem ao controle externo a existência de dano ao erário.

Mesmo assim, vê-se, hoje em dia, uma tendência dos tribunais em aplicar sanções condicionadas à responsabilidade solidária para permitir que o dano seja cobrado integralmente de apenas um dos réus, independente de seu grau de participação na concretização do mesmo. Até porque, inúmeras são as ações civis de responsabilidade administrativa movidas pelo Ministério Público Federal sem quantificação do dano, bem como demonstração do quantum abrangido pela responsabilidade de cada réu.

Ocorre que o princípio da individualização da sanção, bem como o da pessoalidade da sanção, deveriam reger as ações de improbidade administrativa, o que, caso respeitado, torna a condenação por responsabilidade solidária em algo totalmente

incoerente.

Tais princípios são assim apresentados por Fábio Medina Osório:

(i) Princípio da pessoalidade da sanção:

A pena somente pode ser imposta ao autor da infração penal. A norma deve acompanhar o fato. Igual exigência acompanha o Direito Administrativo Sancionatório. Incabível responsabilidade objetiva, eis uma das consequências do princípio da pessoalidade da sanção administrativa.

Repele-se, fundamentalmente, a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva.¹⁶

Destaca-se que o referido doutrinador também afasta a presunção da responsabilidade solidária em virtude da pessoalidade da sanção nos seguintes termos: “Pessoalidade da Sanção Administrativa veda, por certo, a chamada responsabilidade solidária, ainda que estabelecida por lei, porque a lei não pode violentar um princípio constitucional regente do Direito Administrativo Sancionador.”¹⁷

Embora, seja mencionada a sanção administrativa, verifica-se que o princípio em si deve abarcar as sanções do direito administrativo como um todo, haja vista sua natureza constitucional, ou seja, aplica-se às ações de improbidade administrativa.

Ao lado do princípio da pessoalidade da pena, tem-se o princípio da individualização da sanção, como complementador das suas disposições. Esse princípio reforça a necessidade de cada um responder na medida de sua atuação, em proporcionalidade com sua participação. Fábio Medina Osório o conceitua da seguinte maneira:

(ii) Princípio da individualização da sanção:

A individualização da pena confere aos sentenciados direito subjetivo público perante o Estado-Juiz, análogamente transferido às autoridades administrativas competentes, traduzindo-se em exigência de fundamentação adequada e proporcional nos moldes exemplificativos e referenciais dos vetores do art. 59 do Código Penal, dispositivo que não consagra poderes discricionários e sim conceitos

¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina, *idem. Ibidem. p. 382*

¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina, *idem. ibidem. p. 383*

jurídicos indeterminados, ao mesmo teoricamente..¹⁸

Assim sendo, se essa modalidade de responsabilidade não pode ser presumida, não deveria ser aplicada em casos de improbidade administrativa em que se é, ou pelo menos deveria ser, obrigatória a individualização da conduta para que haja a aplicação da sanção justa e adequada.

Destaca-se aqui que os referidos princípios, muito aplicados no direito penal em decorrência do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, tem sua aplicação no direito administrativo defendida por Fábio Medina Osório em virtude de constituírem desdobramentos do princípio da culpabilidade, de natureza constitucional, conforme já apresentado no capítulo introdutório.

Especificamente, acerca da aplicabilidade do princípio da pessoalidade da sanção, verifica-se que sua aplicação no direito administrativo é sustentada pelo aludido jurista nos seguintes termos:

O princípio da pessoalidade da pena, de natureza constitucional, se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionatório e é um desdobramento do princípio da culpabilidade. Trata-se de direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo.

A pena criminal somente pode atingir o sentenciado (art. 5ª, XLV, CF), exigência que nos parece incidente no campo do Direito Administrativo Sancionador. A pena administrativa somente pode atingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente unido, não podendo ultrapassar de sua pessoa.¹⁹

Há também, como representante dessa corrente, Edilson Pereira Nobre Júnior, que explica a necessidade de aplicação de princípios oriundos da constituição, inicialmente restritos ao direito penal, como é o caso do princípio da pessoalidade da pena – desdobramento do princípio da culpabilidade- na esfera administrativa, da seguinte maneira:

Ademais, não é despiciendo suster que as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, §2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas.

¹⁸ Fábio Medina Osório, *idem. ibidem.* p. 384

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina; **Direito Administrativo Sancionador.** 4. ed rev. atual. ampl. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 383

Fincado esse remate, resta-nos mencionar, neste tópico, quais os balizamentos, emergentes do Direito Penal, capazes de nortear o desempenho das atribuições punitivas da Administração Para análise mais didática, podem, grosso modo, ser agrupados sob os planos substancial e formal. Eis alguns deles: a) legalidade; b) tipicidade; c) culpabilidade; d) proporcionalidade; e) retroatividade da norma favorável; f) *non bis in idem*; g) *non reformatio in pejus*.²⁰

Por fim, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça já determinou a necessidade de individualização das condutas nos casos de ações de improbidade, como forma de impedir que o autor do fato responda além da sua cota de participação a exemplo do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 875.425/RJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATOS IRREGULARES. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE NÃO RECONHECIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE INOBSERVADOS. READEQUAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. No caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra o ex-Presidente e o ex-Diretor de Administração da Casa da Moeda, com fundamento no art. 11, I, da Lei 8.429/92, em face de supostas irregularidades em contratos firmados sem a realização de processo licitatório. Por ocasião da sentença, o magistrado em primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pedido da referida ação para reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e condenar os requeridos, com base no art. 12, III, da Lei 8.429/92. (...)

5. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, **“a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo)**. Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa.

6. Na hipótese examinada, os recorrentes foram condenados na sentença ao pagamento de multa civil “correspondente a cinco vezes

²⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan/mar.2000; p. 130.
Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245>
Acesso em 30/07/2017

o valor da remuneração recebida pelos Réus à época em que atuavam na Casa da Moeda do Brasil (CMB) no período da contratação irregular, devidamente atualizado até o efetivo pagamento, bem como decretar a perda da função pública que eventualmente exerçam na atualidade, a suspensão dos direitos políticos por três anos e a proibição dos Réus de contratarem com o Poder Público pelo prazo de três anos” (fls. 371/378), o que foi mantido integralmente pela Corte a quo. Assim, não obstante a prática de ato de improbidade administrativa pelos recorrentes, **a imposição cumulativa de todas as sanções previstas na referida legislação não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** Tal consideração impõe a redução do valor da multa civil de cinco para três vezes o valor da remuneração, bem como autoriza o afastamento da sanção de suspensão dos direitos políticos dos recorrentes.

7. Provimento parcial dos recursos especiais, tão-somente para readequar as sanções impostas aos recorrentes.²¹

(grifo da autora)

De toda forma, cumpre destacar que houve o tempo em que a jurisprudência indicava a restrição da aplicação do princípio da individualização da sanção ao direito penal, mesmo que, na atualidade, o próprio STJ venha entendendo que não é privilégio do direito penal, conforme se verifica nos julgados: (i) AgRg no MS 21.553/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 02/02/2017 e (ii) MS 21.138/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 13/10/2015

Nesse sentido, o acórdão proferido em sede do RMS 20.665, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, é bastante esclarecedor ao permitir a aplicação de princípios antes vistos apenas na esfera penal, também na esfera administrativa, da seguinte maneira:

A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato.²²

²¹ REsp 875.425/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009.

²² RMS 20.665/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 30/11/2009

Conforme já apresentado no capítulo introdutório, hoje, a tendência do Superior Tribunal de Justiça é a de manter condenações com a natureza de responsabilidade solidária, como se vê nas explicações do professor Thiago Luís Sombra, da Universidade de Brasília, em breve artigo intitulado “Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa”.²³

E, embora o STJ indique a possibilidade de alterar a modalidade da responsabilidade em sede de liquidação, de toda forma, o que se verifica é a aplicação da responsabilidade solidária nas ações de improbidade administrativa da seguinte maneira:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO DE IMPROBIDADE QUE CAUSE LESÃO AO ERÁRIO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A orientação fixada neste Tribunal Superior é no sentido de que, nos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, a responsabilidade entre os agentes ímprobos é solidária, o que poderá ser reavaliado por ocasião da instrução final do feito ou ainda em fase de liquidação, inexistindo violação ao princípio da individualização da pena.

2. Nesse sentido: REsp 1261057/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15/05/2015; REsp 1407862/RO, 2ª Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 19/12/2014; REsp 1.119.458/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 29.4.2010.

3. No que concerne à apontada violação ao art. 12, parágrafo único, da Lei 8429/92, a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Os recorrentes não cumpriram os requisitos recursais que comprovassem o dissídio jurisprudencial nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, pois há a necessidade do cotejo analítico entre os acórdãos considerados

²³ SOMBRA, Thiago Luís “Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa” 2016 Disponível em: <http://jota.info/artigos/responsabilidade-solidaria-presumida-na-lei-de-improbidade-administrativa-23092016>
Acesso em: 27/06/2017

paradigmas e a decisão impugnada, sendo imprescindível a exposição das similitudes fáticas entre os julgados.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1521595/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

O professor Sombra, em exposição breve, demonstra o equívoco da Corte Superior no que tange à manutenção das aludidas condenações ao dispor:

[...] o STJ tem entendido que ‘a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento’. Trata-se, à evidência, de uma clara confusão entre os efeitos da responsabilidade solidária e os do pedido de indisponibilidade de bens formulado quando da propositura da ação, em que o principal objetivo é bloquear um montante capaz de assegurar o ressarcimento integral do dano, independentemente da conduta dolosa ou culposa de cada réu.²⁴

Exemplo da postura do STJ pode ser visto também no julgado prolatado em sede de AgRg no AREsp 698.259/CE:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATÉ A INSTRUÇÃO FINAL DO FEITO. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONDUTA ÍMPROBA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em ação de improbidade administrativa é possível antes do recebimento da ação. Precedentes: AgRg no AREsp 671281/BA, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 15/09/2015; AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/03/2013; AgRg no AREsp 20853/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29/06/2012.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, "nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento. Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012;

3. A jurisprudência do STJ conclui pela possibilidade de a indisponibilidade recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. Precedentes: REsp 1301695/RS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe

²⁴ Thiago Luis Sombra, *ibidem*.

13/10/2015; EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 698.259/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 04/12/2015)²⁵

Revela-se aqui a responsabilidade solidária também no momento de concessão das medidas cautelares.

No que diz respeito aos particulares, a medida cautelar cabível corresponde às medidas patrimoniais (indisponibilidade de bens e sequestro), que objetivam assegurar o ressarcimento ao erário público, sendo limitada pelo art. 7, parágrafo único da Lei nº 8.429/92 ao consignar que “recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Explica o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, sobre o parágrafo único supramencionado, em artigo intitulado “Comentários acerca da Indisponibilidade Liminar de Bens prevista na Lei 8.429, de 1992”, colacionado na obra “Improbidade Administrativa Questões Polêmicas e atuais”²⁶:

Isso significa que se, de um lado, o legislador pretendeu garantir que a constrição fosse a mais abrangente possível para melhor atingir os fins colimados no diploma legal sob exame, de outro, buscou evitar que a medida extrema abrangesse mais bens do que aqueles estritamente necessários à recomposição do erário lesado.

Ou seja, até no âmbito das medidas cautelares, deveria prevalecer a preocupação de que o réu responda proporcionalmente, no limite do dano que causou, o que deveria afastar a presunção da responsabilidade solidária, que permite a indisponibilidade de bens na totalidade do dano para cada um dos réus, o que é muito superior ao que realmente é necessário.

Percebe-se, dessa maneira, uma atuação constitucionalmente inadequada do Judiciário, em que uma presunção ilegítima de responsabilidade sobrepõe-se aos

²⁵ Grifo da autora

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella, coord.; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R., coord. **Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas**. 2 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2003, p. 185

princípios e garantias dos réus e é justificada pela consequência, mesmo que injusta, de proteção ao erário.

Mesmo que com essa postura do Judiciário haja eventual recuperação de danos causados ao erário público, torna-se evidente uma impotência do Estado de Direito e uma ineficiência do Direito Sancionador em aplicar sanções correspondentes às condutas praticadas e até em apurá-las corretamente.

Nas palavras de Thiago Luís Sombra:

A consequência imediata deste entendimento não é propriamente a recuperação dos danos causados ao patrimônio público ou a promoção de valores típicos de um Estado de Direito, mas o descrédito de um modelo de Direito Administrativo Sancionador ineficiente, incapaz de individualizar condutas ímprobas e mensurar sanções de acordo com a participação dos envolvidos. Enquanto os órgãos de investigação e persecução não se derem conta da relevância da separação de condutas e da definição da dimensão do dolo ou culpa de cada agente, a Lei de Improbidade continuará a ser um instrumento moroso e aquém das suas possibilidades de proteger o patrimônio público.²⁷

Observou-se, portanto, que tal atuação do STJ tem se dado como consequência de uma extensão de seu entendimento acerca da responsabilidade solidária no âmbito de tutelas cautelares na ação de improbidade como se verifica dos julgados proferidos nos autos dos Recursos Especiais nº 1.119.458²⁸ e 1.407.862²⁹, ambos de Rondônia.

No entanto, embora a cautelar possa ser revertida, enquanto vigorar a

²⁷ SOMBRA, Thiago Luís “Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa” 2016.

Disponível em: <http://jota.info/artigos/responsabilidade-solidaria-presumida-na-lei-de-improbidade-administrativa-23092016>

²⁸ REsp 1119458/RO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010. 1. No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, a responsabilidade dos agentes em concurso é solidária. 2. É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos co-obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela. 3. Os patrimônios existentes são franqueados à cautelar, tanto quanto for possível determinar, até a medida da responsabilidade de seus titulares obrigados à reparação do dano, seus acréscimos legais e à multa, não havendo, como não há, incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis.

²⁹ REsp 1407862/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014. [...] 4.3. A orientação deste Tribunal Superior é no sentido de que, nos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, a responsabilidade entre ímprobos é solidária, o que poderá ser reavaliado por ocasião da instrução final do feito ou somente em fase de liquidação, inexistindo violação ao princípio da individualização da pena. Nesse sentido: REsp 1.119.458/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 29.4.2010; AgRg na MC 15.207/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.9.2009.

necessidade de se respeitar o devido processo legal e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que caminham lado a lado com a necessidade de individualização da pena, nada justifica que se deixe, desde o início, indisponíveis os bens de todos os réus, particulares e servidores na totalidade do dano discutido, como explica Lúcia Valle Figueiredo em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Público RBDP, intitulado “*Ação Civil Pública: gizamento constitucional*”:

Não estou, evidentemente, tentando enfraquecer a Ação Civil Pública, porém se esta tem peculiaridades exatamente por ser ação constitucional, e, de suma importância, também não se poderá dar tal generalização a seu uso de forma a permitir constrição de direitos e garantias individuais, sem a devida e necessária proporcionalidade à garantia da implementação do interesse público em jogo.

[...]

Gostaria de lembrar que o respeito aos princípios constitucionais são o baluarte da democracia, e o devido processo legal, em seu viés substantivo, garante-a.

Portanto, a Ação Civil Pública, ação constitucional para defesa de valores priorizados pelo texto constitucional, é instrumento de ouro, que não deverá ser desgastado por haver, em certos casos, extrapolação do Ministério Público, que, em sua ânsia de defesa dos interesses da coletividade, pode ultrapassar o gizamento constitucional.³⁰

Deveria ocorrer, na verdade, uma delimitação de eventuais cautelares, bem como das condenações finais, para que não haja o atropelamento de garantias e direitos, pois as condutas que concorrem para a promoção do dano deveriam ser proporcionalmente consideradas.

5- O risco da pena injusta e de ressarcimento exorbitante e prioridade de defesa ao erário em detrimento das garantias dos réus

O contexto histórico e jurídico brasileiro conta com diversos exemplos em que se extrapolam as competências do Judiciário, atropelam-se garantias e direitos dos investigados, apenas para que se possa condenar.

Contexto semelhante poderá ser visto no caso das ações de improbidade administrativa, tema da presente pesquisa, mas no caso, observa-se o intuito de

³⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Ação Civil Pública: gizamento constitucional*. Revista Brasileira de Direito Público- RBDP, ano 4, n ° 15, Belo Horizonte- MG, 2006.

ressarcimento ao erário superando qualquer segurança, direito, ou garantia do particular investigado.

As ações de improbidade administrativa estão sob a égide do princípio do devido processo legal em sua forma substantiva (CF, art. 5º, LIV), o que determina que devem obedecer também ao que dispõem os princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e possibilidade de ampla e efetiva defesa, não só durante o início da fase procedimental, como até o final de eventual condenação.

O sentido da pena injusta, bem como do risco de condenação ao ressarcimento acima do montante realmente devido, é atingido após análise de compatibilidade entre a referida penalidade/valor delimitado para o ressarcimento e a conduta praticada pelos réus.

A análise comparativa é necessária uma vez que as ações de improbidade administrativa exigem não só a individualização, como também a especificação da conduta ímproba.

Assim, uma vez que se faz necessária a referida identificação, torna-se evidente a possibilidade de se realizar a relação adequada entre o dano e a conduta, de forma a possibilitar que o responsável responda pelo que realmente tenha realizado.

No entanto, a presunção da responsabilidade solidária promove um tratamento ampliativo para a responsabilidade de cada acusado, de forma a torná-lo responsável pela integralidade do dano, em detrimento da obrigação do *Parquet* de indicar exatamente a extensão do dano causado por cada um.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade solidária esvazia os preceitos normativos e a construção jurisprudencial acerca dos requisitos necessários para a condenação em uma ação de improbidade administrativa, até dos requisitos para seu recebimento.

Pior é o cenário no caso da presunção dessa responsabilidade solidária, pois não vai de encontro apenas às obrigações de identificação e individualização das condutas e penas, como também aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ao submeter os réus a um grau de responsabilidade muito maior do que sua atuação possa

realmente corresponder.

Dessa maneira, começa a parecer normal que o judiciário possa aplicar penas injustas, por intermédio de uma condenação solidária que aumenta o âmbito de responsabilidade do réu para além de sua cota de participação.

Assim, sem medo de se tornar repetitiva, reforça-se o fato de que a penalidade nada mais é do que injusta, uma vez que o particular passa a responder por muito mais do que fez, de modo que a dosimetria ocorre sem critérios.

Tem-se então que a presunção de responsabilidade solidária nas ações de improbidade administrativa evidencia a aplicação de penalidades indevidas, sendo que a aceitação pelo Superior Tribunal de Justiça revela e ratifica uma atuação ilegítima e ilegal do judiciário, com violação direta aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, individualização da conduta e pessoalidade da pena, para que se busque a proteção ao erário.

Ou seja, presencia-se, frequentemente, ações de improbidade Administrativa formuladas sem a especificação do nexu causal necessário, com pedidos que extrapolam as condutas indicadas pelo próprio *Parquet*, o que deveria levar à inépcia, mas acabam sendo aceitas pelos magistrados em prol da proteção ao erário.

Tal proteção se mostra cada vez mais recorrente, uma vez que é notável que as empresas com maior capacidade financeira são os principais alvos da execução como afirma o professor Thiago Luís Sombra: “A consequência imediata de tal fato é que, em geral, as empresas com maior capacidade financeira são aquelas mais são visadas no momento da execução das sentenças das ações de improbidade.”³¹

De toda forma, o entendimento que indica que proteção ao erário não deve se sobrepor às garantias processuais e materiais dos investigados, haja vista que a garantia do devido processo legal, bem como de todas as demais garantias cuja violação foi demonstrada, é o que permite a veracidade do artigo primeiro da constituição federal

³¹ SOMBRA, Thiago Luís “Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa” 2016.

Disponível em: <http://jota.info/artigos/responsabilidade-solidaria-presumida-na-lei-de-improbidade-administrativa-23092016>

Acesso em: 27/06/2017

que fala em constituição do Estado democrático de Direito.

6- Conclusão

A presunção da responsabilidade solidária nas ações de improbidade administrativa, embora não prevista na LIA – o que deveria afastar sua aplicabilidade-, tem por consequência a violação das garantias processuais e da própria segurança jurídica dos particulares.

Tal violação se deve ao fato de que a presunção da responsabilidade solidária desconsidera a necessidade de individualização da conduta, da especificação e individualização das penas, bem como desrespeita os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao promover condenações excessivas.

Quer dizer que, a construção jurisprudencial e a construção doutrinária acerca das ações de improbidade administrativa determinaram a necessidade de especificação da conduta de cada réu da ação de improbidade administrativa para tornar possível a identificação da cota de participação de cada um deles.

Dessa forma, buscou permitir que eventual condenação fosse compatível com o grau de participação de cada réu, respeitando assim, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que cada um seria penalizado (de acordo com o princípio da personalidade da pena) pelo que realmente proporcionou.

Tal compatibilidade não ocorre no caso da responsabilidade solidária que, quando presumida, aplica a todos os réus a penalidade condizente com a provocação do dano por completo, sem considerar o nível de participação de cada um deles e, até, sem conhecê-la.

Assim, promove-se o atropelo das garantias processuais e a crescente insegurança jurídica por parte dos particulares, de modo que a atuação conjunta entre particulares e a Administração Pública fique cada vez mais complicada e burocrática.

Aqui, vale destacar a ilegitimidade e ilegalidade de tal presunção nas ações de improbidade administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio dispõe, expressamente, sobre a impossibilidade de presunção de tal responsabilidade,

fazendo com que a mesma tenha que ser prevista em lei ou ser acordada entre as partes, o que não ocorre na Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, pode-se afirmar que há grande prejuízo para relação entre particulares e a Administração Pública, em virtude do aumento sistemático dos riscos de o particular poder ser cobrado, como consequência de uma condenação de improbidade, pela integralidade de danos causados ao erário ou à Administração, mesmo que grande parte tenha sido proporcionada pelo agente público propriamente dito.

Verificou-se, portanto, que, no caso de ações de improbidade administrativa, há a necessidade de delimitação da participação dos réus para a promoção do dano para que não haja o atropelamento de garantias e direitos legalmente consubstanciados, pois as condutas que concorrem para a promoção do dano devem ser proporcionalmente consideradas para que não lhes seja aplicada penalidade injusta, nem seja cobrado da parte ressarcimento de montante maior do que realmente deve.

Afinal, é de bom senso entender que a penalidade justa deve corresponder à exata medida do ato repreensível e ilegal e não à extensão completa de um dano causado por diversas personalidades com graus de participação distintos.

Ou seja, ao identificar as condutas, é possível verificar a cota de participação de cada réu e, assim, torna-se possível identificar por quanto do dano cada um é responsável, mesmo que com uma valoração do juízo de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, se o réu é responsável por 30% do dano, sua penalidade deveria ser coerente com a respectiva porcentagem, inclusive nos casos de cautelares de indisponibilidade de bens, pois sendo responsável por 30% de dano ao erário, a indisponibilidade de seus bens deveria abranger apenas os 30% devidos.

7- Referências Bibliográficas

BUENO, Cassio Scarpinella, coord.; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R., coord. Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas. 2 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2003.

DA COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes; O limite da improbidade administrativa. O direito dos administrados da Lei nº 8.429/92. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro-RJ: América Jurídica, 2006.

GARCIA, Emerson Sujeito dos Atos de Improbidade: Reflexões. Fórum Administrativo FA. BH, ANO 4, Nº 46, DEZ. 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco; Improbidade Administrativa. 4 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro- RJ: Editora Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume I, Parte Geral. 7 ed. rev. e atual., São Paulo- SP: Saraiva, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, Probidade Administrativa. 4 ed., São Paulo-SP: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784. 4 ed. rev. atual. aum. São Paulo-SP: Editores Malheiros, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual. 3. ed rev. atual. São Paulo- SP: Método, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan/mar.2000; p. 130.

Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245>

Acesso em 30/07/2017

OSÓRIO, Fábio Medina; Direito Administrativo Sancionador. 4. ed rev. atual. ampl. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência. 2 ed., rev. atual. ampl. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2010.

SOMBRA, Thiago Luís “Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa” 2016.

Disponível em: <http://jota.info/artigos/responsabilidade-solidaria-presumida-na-lei-de-improbidade-administrativa-23092016>

Acesso em: 27/06/2017

VELOSO, Waldir de Pinho, Direito Processual Administrativo. De acordo com a Lei 12.349/2010. 2 ed., rev. ampl. Curitiba-PR: Juruá, 2010.

Julgados:

REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011

REsp 875.425/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009.

REsp 1119458/RO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010.

REsp 1407862/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014.

AgRg no REsp 1521595/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015.

RMS 20.665/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2009,
DJe 30/11/2009