

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE FAGUNDES CÂNDIDO

**ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA DE ASPECTOS
POLÊMICOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Belo Horizonte
2011

FELIPE FAGUNDES CÂNDIDO

**ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA DE ASPECTOS
POLÊMICOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau.

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011

C217a Cândia, Felipe Fagundes
Abordagem teórica e prática de aspectos polêmicos da lei de improbidade administrativa [manuscrito] / Felipe Fagundes Cândia. – 2011.

160 f.

Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito, 2011.

Referências bibliográficas: f. 156-160.

1. Improbidade administrativa. 2. Administração pública. I. Thibau, Tereza Cristina Sorice Baracho. II. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. III. Título.

CDU - 35.077

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação intitulada “*Abordagem teórica e prática de aspectos polêmicos da lei de improbidade administrativa*”, de autoria do mestrando Felipe Fagundes Cândido, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau – Orientadora

Prof. Doutor Fernando Gonzaga Jayme

Prof. Doutor José Marcos Rodrigues Vieira

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2011.

À Viviane.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau pelos ensinamentos e pela paciência.

Aos familiares e amigos que tornaram essa jornada mais tranquila e estimulante.

*Muitos já conceberam repúblicas e monarquias
jamais vistas, e de cuja existência real nunca se soube. De
fato, o modo como vivemos é tão diferente daquele como
deveríamos viver, que quem despreza o que se faz e se
atém ao que deveria ser feito aprenderá a maneira de se
arruinar, e não a defender-se.*

O príncipe, Nicolau Maquiavel

RESUMO

A Lei de Improbidade Administrativa é a mola propulsora da presente dissertação e foi abordada, na teoria e na prática, em seus aspectos polêmicos. A constatação do momento histórico brasileiro contemporâneo à sua tramitação e publicação foi fundamental para justificar sua aprovação célere. A Lei de Improbidade Administrativa foi publicada em 1.992, mas não há indícios que apontem para a redução do número de casos de corrupção na Administração Pública, sugerindo uma possível aplicação distorcida do instrumento legal por parte dos operadores do Direito. A improbidade administrativa é praticada pelo agente público corrupto, desonesto e imbuído de má fé, mas não se aplica àquele despreparado tecnicamente. A correta compreensão da Lei de Improbidade Administrativa é fundamental para que se evitem distorções em sua aplicação, que culminam com o afastamento de pessoas honestas da Administração Pública.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa. Administração pública.

ABSTRACT

The Administrative Impropriety Law is the driving force of this dissertation, which addresses its controversial aspects in theory and in practice. Brazil's historic contemporary moment at the time the law was being examined and approved was fundamental to justify its swift enactment. The Administrative Impropriety Law was sanctioned in 1992, however, there are no indications that point to a reduction in the number of cases of corruption in Public Administration, which suggests a possible distortion in the application of the legal instrument by law operators. Administrative impropriety is practised by corrupt dishonest public agents and embedded bad faith, however it does not apply to those who are technically unprepared. The proper understanding of the Impropriety Administrative Law is fundamental to avoid distortions in its application, which culminates in honest people leaving Public Service.

Keywords: Administrative impropriety. Public Service.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PROJETO DE LEI Nº 1.446/91 QUE ORIGINOU A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	13
3 OBJETO E AGENTE ATIVO (AUTOR) DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	16
3.1 Conceito e definição de agente público e agente político.....	16
3.1.1 A análise da Reclamação nº 2138-6/DF no Supremo Tribunal Federal.....	19
3.1.2 A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.....	23
3.1.3 O terceiro equiparado ao agente público para fins de enquadramento nos ditames da Lei de Improbidade Administrativa	25
4 O SUJEITO PASSIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	27
5 OS DIVERSOS REGIMES JURÍDICO-PUNITIVOS DOS AGENTES POLÍTICOS.....	29
6 A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE: A POLÊMICA DO FORO PRIVILEGIADO	31
7 ASPECTOS CARACTERIZADORES DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE	38
7.1 O ato de improbidade administrativa qualificado pela desonestidade.....	38
7.2 A tipificação aberta dos atos de improbidade e seus riscos para os agentes públicos.....	39
7.3 A tripartição legal dos atos de improbidade administrativa.....	44
7.3.1 O ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito.....	45
7.3.3 O ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública	67
7.3.4 As características dos atos de improbidade administrativa. Quadro-resumo dos diferentes tipos de atos de improbidade administrativa.....	78
7.4 As penalidades dirigidas aos atos de improbidade previstas na Lei de Improbidade Administrativa	79
7.4.1 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa	81
7.4.2 As penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa de acordo com o ato de improbidade cometido.....	85
7.4.3 A aplicação conjunta ou isolada das penalidades da Lei de Improbidade Administrativa.....	86
7.4.4 Da natureza das penalidades da Lei de Improbidade Administrativa	89
7.4.5 A dosimetria das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Quadro-resumo das diferentes penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa para os diversos tipos de atos de improbidade administrativa.....	90
8 A PERDA DOS VALORES ILICITAMENTE ACRESCIDOS AO PATRIMÔNIO DO AGENTE ÍMPROBO E O INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO. OS ARTIGOS 5º E 6º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	95
9 O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL PARA APURAÇÃO E PUNIÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	96
9.1 O procedimento administrativo para a apuração da prática de ato de improbidade administrativa	96
9.2 O processo judicial da LIA para a apuração da prática de ato de improbidade.....	101

10 O CONTEÚDO PENAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	131
10.1 A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do agente ímprobo. O afastamento temporário do agente público	132
10.2 A autonomia das sanções da Lei de Improbidade Administrativa	134
11 A ATUAÇÃO A QUALQUER TEMPO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APURAÇÃO E NA REPRESSÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ...	135
12 A PRESCRIÇÃO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	136
13 CONCLUSÃO	150
REFERÊNCIAS	156

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa foi promulgada em junho de 1992 e se originou do Projeto de Lei nº 1.446/91, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo.

A tramitação do Projeto de Lei coincidiu com conturbado momento político-institucional da República, que finalmente culminou com o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Melo, após inúmeras denúncias de corrupção em diversos escalões do Governo.

Originado no próprio Poder Executivo, o Projeto de Lei nº 1.446/91 era, inicialmente, tímido, com treze artigos, propondo poucas inovações legais para o combate da corrupção na esfera pública. No entanto, durante a tramitação do Projeto, foram propostas inúmeras alterações que culminaram com a aprovação da Lei de Improbidade Administrativa, desde então apontada como instrumento processual marcante para o combate e extinção da corrupção no âmbito da administração pública.

A Lei de Improbidade Administrativa – LIA – completará, em junho de 2012, vinte anos de vigência e, se sua contribuição para o combate da corrupção e da desonestidade dos agentes públicos responsáveis pela Administração Pública é inegável, seu principal objetivo – a extinção da corrupção na esfera pública do Brasil –, alardeado pelos parlamentares envolvidos na sua célere aprovação, não foi alcançado.

A constatação que a corrupção na Administração Pública ainda persiste, mesmo que esteja em vigor no país um poderoso instrumento de Direito material e processual como a Lei de Improbidade Administrativa, impõe sua análise e estudo, de forma a entender os motivos desse insucesso.

É com tal propósito que a presente dissertação se realiza, sem a pretensão de esgotar todas as polêmicas jurisprudenciais e doutrinárias oriundas da aplicação da Lei nº 8.429/92. O objetivo é analisar o conteúdo da Lei de Improbidade Administrativa, dando ênfase ao ponto de vista prático, adquirido com o exercício da advocacia, sem, contudo, olvidar as lições doutrinárias a respeito do tema.

A primeira constatação contida nesse estudo é que a simples publicação da Lei nº 8.429/92 não teve a capacidade de extirpar a corrupção da Administração Pública, aliás, fato

absolutamente normal, pois as leis apenas indicam condutas, mas não possuem o poder automático de alterá-las.

Em seguida, se procura analisar todos os artigos da LIA, pontuando distorções doutrinárias e práticas na sua aplicação e interpretação.

O conceito de agente público e a inclusão ou não neste gênero, da espécie agente político, merecem análise destacada, ante a polêmica sobre a aplicabilidade da LIA a esta última categoria, em decorrência do resultado da Reclamação nº 2.138/6-DF, do Supremo Tribunal Federal, que também será analisada.

Deu-se, ainda, a abordagem específica sobre a pluralidade de regimes punitivos dirigidos aos agentes políticos, que, de fato, estão sujeitos a diversos regramentos jurídicos concomitantes, chegando tal situação a desestimular o ingresso na vida pública.

A competência para o processamento da ação de improbidade também é alvo de análise, destacando-se o entendimento favorável ao foro privilegiado, alvo de várias críticas, também abordadas de forma pontual e objetiva.

A constatação da atuação do agente político de forma desonesta é fundamental para a definição e o enquadramento de uma conduta como ímproba, exatamente porque a LIA não se destina ao agente público inábil, mas sim ao desonesto e corrupto, distinção que é fundamental e está sendo reiteradamente esquecida, permitindo distorções na aplicação da norma legal. A tipificação aberta dos atos de improbidade previstos pela LIA será abordada, dando ênfase ao confronto entre a tentativa de evitar o engessamento da norma e a concreta possibilidade de enquadramento indiscriminado de toda e qualquer conduta como ímproba.

Destacada a importância da qualificação subjetiva da conduta ímproba, serão analisados os três tipos de atos de improbidade previstos pela LIA, ou seja, aquele que causa enriquecimento ilícito, o que causa lesão ao erário e o que viola os princípios da Administração Pública, citando-se e exemplificando-se todas as hipóteses previstas nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA.

Ao final, será proposto um quadro-resumo no qual se destacam todas as características próprias dos diferentes tipos de atos de improbidade administrativa, com o fim de se sistematizar, de forma simplificada e comparativa, a matéria.

Quanto às penalidades previstas na LIA, serão destacadas a diversidade de natureza entre as penas previstas, a necessidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na dosimetria das mesmas, a não obrigatoriedade de sua cumulação, além da vinculação das penas ao ato de improbidade praticado.

O processo de apuração e punição do ato de improbidade previsto na LIA será abordado, tanto em relação ao procedimento administrativo como em relação ao processo judicial, dando-se especial destaque para as especificidades da Lei nº 8.429/92, como, por exemplo, a manifestação prévia do acusado. Também se aborda o verdadeiro monopólio do Ministério Público na atuação em defesa da probidade administrativa e as consequências danosas dessa concentração.

A dissertação destacará, também, o conteúdo penal contido na LIA e a autonomia das sanções. Por fim, outra matéria polêmica que será abordada nesse estudo é relativa à prescrição prevista na LIA, pontuando-se as posições doutrinárias existentes e o entendimento que se pode formar após a pesquisa.

2 O PROJETO DE LEI Nº 1.446/91 QUE ORIGINOU A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, denominada Lei da Improbidade Administrativa (LIA), resultou do Projeto de Lei nº 1.446/91, encaminhado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados em 14 de agosto de 1991.

O Projeto de Lei continha 13 (treze) artigos e concedia especial destaque aos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

O Projeto de Lei nº 1.446/91 foi recebido na Câmara dos Deputados, onde foi alvo de 302 (trezentas e duas) emendas. Encaminhado ao Senado Federal, aquele Projeto recebeu um substitutivo, que, devolvido à Câmara, sofreu novas alterações, remetido, finalmente, para sanção do Presidente da República.

Entre o recebimento do Projeto de Lei pela Câmara dos Deputados e a promulgação da Lei nº 8.429/92 passaram-se menos de dez meses, período no qual se multiplicaram as emendas e alterações do texto original.

A conjuntura histórico-política colaborou para a rapidez na aprovação da lei, vez que tanto o surgimento do Projeto de Lei quanto a publicação da mesma ocorreram simultaneamente às denúncias de corrupção envolvendo o Governo Collor, culminando com a abertura do processo de *impeachment* perante a Câmara dos Deputados em 02 de outubro de 1992 e a posterior renúncia do Presidente da República, em 29 de dezembro de 1992.

A brevidade na tramitação legislativa e o conturbado momento histórico facilitaram a aprovação de uma Lei inovadora, mas permeada de pontos controversos que, desde então, têm sido alvo de constantes debates doutrinários e jurisprudenciais, mesmo após dezoito anos de vigência.

A exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.446/91, elaborada pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, citava que a futura Lei seria importante instrumento para o combate à corrupção, “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País” (BRASIL, 1991, p. 14.124).

A expectativa expressa na exposição de motivos reflete o hábito nacional de vislumbrar em leis a solução dos mais graves problemas sociais e econômicos. Olvida-se, no entanto, que o enfrentamento dos reais causadores dos problemas depende do aumento da

participação política dos cidadãos, mobilização social e modernização do sistema administrativo público, principalmente em busca da efetivação de políticas públicas, voltadas para a educação, saúde e segurança.

De se destacar, ainda, que mesmo próxima da segunda década de vigência, a existência da Lei de Improbidade Administrativa não foi suficiente para extirpar o mal da corrupção na Administração Pública. Ainda assim, a sua importância como instrumento de combate à improbidade é relevante, conforme ensina ZAVASCKI:

Na mesma linha da preocupação de tutelar o direito transindividual à probidade da administração pública, a Constituição Federal, no seu art. 37, § 4º, estabeleceu que “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”. O ponto de referência, aqui, já não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei 8.429, de 02.06.1992. Segundo a ementa, é Lei que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Entre as “outras providências”, há regras de natureza processual disciplinando a ação judicial para a imposição das referidas sanções. É a ação de improbidade administrativa. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular. Todavia, há entre elas um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior e tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta (ZAVASCKI, 2007, p. 107).

No mesmo sentido é o magistério de ALMEIDA:

Introdução. A Lei n. 8.429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa, tem hoje papel fundamental no controle jurisdicional dos atos dos agentes públicos no Brasil, seja da esfera executiva, seja da legislativa, seja da judiciária. Na verdade, esse diploma legal veio regulamentar o que já dispunha a Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 37, § 4º, já previa que “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”.

[...]

Ciente dessa dificuldade, o legislador pátrio, sabiamente, optou por estabelecer de forma não exaustiva o rol dos atos administrativos que deverão ser considerados atos de improbidade administrativa. Assim ficaram arrolados de forma tripartida pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92): a) art. 9º, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) art. 10, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; c) art. 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (ALMEIDA, 2003; p. 451).

A Lei de Improbidade Administrativa é um importante marco na luta contra a prática de atos de corrupção por agentes públicos. Todavia, é fundamental que outros mecanismos de combate à corrupção na Administração Pública sejam adotados concomitantemente, afastando-se, definitivamente, os agentes públicos desonestos.

3 OBJETO E AGENTE ATIVO (AUTOR) DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429/92 é composta de 25 (vinte e cinco) artigos e logo no primeiro está definido o objeto de sua aplicação¹, qual seja, todo e qualquer ato de improbidade praticado por agente público.

Já na delimitação do objeto de incidência, surgem duas questões de relevante interesse prático. A primeira delas se refere à definição dos “atos de improbidade” e a segunda está relacionada ao sujeito ativo do ato de improbidade, aquele que o comete, ou seja, o agente público, que será réu na ação de improbidade administrativa.

É importante destacar que o sujeito ativo do ato de improbidade é também o sujeito passivo da ação de improbidade.

3.1 Conceito e definição de agente público e agente político

Invertendo a ordem, aborda-se a questão do conceito de agente público. A grande discussão travada neste particular se refere à inclusão, ou não, dos agentes políticos no rol dos agentes públicos. Há aqueles que defendem que o agente político, apesar de ser agente público, não está sujeito aos efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, em razão da existência de sistema autônomo e especial de punição. Por sua vez, há os que entendem diversamente, no sentido de que estes se sujeitam aos mandamentos da referida lei.

É importante analisar as duas correntes.

¹ 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 (*sic*) por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

O artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa² conceitua agente público como aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na 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 anual³.

Para ZIMMER JÚNIOR, o conceito de agente público engloba quatro categorias, quais sejam, agentes políticos, agentes contratados em caráter emergencial, servidores públicos celetistas (empregados públicos) e agentes públicos estatutários. Comentando especificamente o artigo 2º da lei, completa o citado autor:

A lei n. 8429/92, em seu art. 2º, estabelece que agente público é aquele que exerce, ainda que transitoriamente, função pública.

[...]

Enfim, agente público é qualquer pessoa física que desenvolva, mesmo que transitoriamente, função pública, ou seja, de alguma forma está incumbido de um poder típico de Estado. O significado do termo *função* abrange nesse contexto cargos, empregos e funções públicas, além dos eventuais vínculos privados de contratação nas entidades que atuam em regime de colaboração com o Poder Público (concessionárias e permissionárias são exemplo disso).

[...]

É requisito essencial agir em nome do Estado, e não são dados obrigatórios o vínculo permanente e a retribuição pecuniária. São exemplos de agentes públicos também aqueles que não possuem um vínculo perene e formal com a Administração Pública – o caso do mesário, do agente da defesa civil, do estagiário ou do jurado do Tribunal do Júri -, pois o que prevalece é o exercício da função administrativa, o caráter substancial da atividade, e não a natureza do vínculo que prende a pessoa à Administração ou aos seus colaboradores (ZIMMER JÚNIOR, 2008, p. 316-317).

CARVALHO FILHO também destaca a atuação em nome do Estado como requisito primordial para a caracterização do agente público: “Agentes públicos são todos aqueles que, a qualquer título, executam uma função pública como prepostos do Estado. São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 17).

Os agentes políticos, por sua vez, são assim conceituados por DI PIETRO:

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de

² Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

³ Redação da parte final do art. 1º da Lei nº 8.429/92.

Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para os Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação (DI PIETRO, 2005, p. 445).

CARVALHO FILHO também discorre sobre os agentes políticos nos seguintes termos:

Agentes políticos são aqueles aos quais se incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana (CARVALHO FILHO, 2009, p. 560).

ZIMMER JÚNIOR conceitua os agentes políticos como: “[...] os que desenvolvem atividades típicas de governo, ocupando cargos públicos que permitam a escolha das políticas públicas necessárias e prioritárias à realização concreta do Texto Constitucional” (ZIMMER JÚNIOR, 2008, p. 317-318).

Não há divergência doutrinária a respeito da inclusão da espécie agente político no gênero agente público. O debate está centrado na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos em virtude da especificidade de atuação dos mesmos.

É que os agentes políticos são aqueles responsáveis pelas diretrizes do Poder Executivo, “são estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 560).

Nota-se, portanto, que os agentes políticos são aqueles escolhidos pelos eleitores, nos casos do Presidente da República, do Governador, do Prefeito, dos Deputados e dos Vereadores, ou nomeados por estes, nos casos dos Ministros e Secretários. Exercem mandato, por prazo certo, e são eleitos mediante apresentação de propostas, tendo como respaldo a legitimidade popular em seus cargos de representação política e eleitoral.

Enfim, a dúvida central se dirige ao fato de se verificar se seria adequado submeter tais agentes públicos diferenciados ao mesmo regime jurídico dos demais.

3.1.1 A análise da Reclamação nº 2138-6/DF no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 2138-6/DF, entendeu, por maioria, que o agente político não está sujeito à Lei nº 8.429/92.

É importante analisar o que ocorreu no curso daquele julgamento. O Ministério Público Federal havia ajuizado Ação Civil Pública por ato de improbidade em desfavor de Ronaldo Mota Sardemberg, Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, da Presidência da República, e, posteriormente, Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. A ação foi distribuída na 14ª (décima quarta) Vara Federal do Distrito Federal e foi cadastrada sob o nº 1999.34.00.016.727-9.

Após prolação de sentença condenatória e da interposição de recursos pelos interessados⁴, a UNIÃO formulou Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, cadastrada sob o nº 2138-6/DF. Na petição de ingresso, a postulante alegou a incompetência absoluta do juízo da 14ª (décima quarta) Vara Federal do Distrito Federal para o julgamento da causa, destacando que a Lei de Improbidade Administrativa não poderia ser aplicada aos agentes políticos. O argumento central daquela manifestação foi o seguinte:

[...] impõe-se a conclusão de que o art. 2º da Lei nº 8.429/92 deve ser compreendido mediante uma redução teleológica do seu significado. Não se podem enxergar os agentes políticos como abrangidos pela norma. Tais agentes não podem ser vistos como sujeitos às regras dispostas naquela Lei de 1992, dado que, por suas particularidades de essência, têm o regime de responsabilidade administrativo-política definido por lei específica (a Lei nº 1.079/50, com alterações posteriores), diploma que atende ao propósito do constituinte de assegurar tanto mais ampla liberdade de ação aos agentes que expressam a vontade do Estado soberano.⁵

O Ministério Público Federal deu parecer pela procedência da reclamação.⁶

⁴ A UNIÃO FEDERAL e RONALDO MOTA SARDEMBERG ofertaram apelações.

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2044010>>, acesso em: 05.01.2011.

⁶ “[...] nos parece correto o entendimento de que não se pode processar o agente político com base exclusivamente na Lei nº 8.429/92. O regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c da Carta Magna, e disciplinado pela Lei n. 1.079, de 1950, é que se deduz coerente com o nosso sistema constitucional.

Com efeito, os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da Lei 1.079, de 10.04.1950 – instituto que regula os crimes de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração – art. 9º). Observe-se que a pena imposta, a exemplo daquela prevista na lei de improbidade, é extremamente severa: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos (art.2º). Por outro lado, consoante disposto no art. 3º da L. 1.079/1950, a imposição da penalidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum.

Denota-se, portanto, que a lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos político-administrativos. Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os

No julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, votaram pela improcedência os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. A maioria foi composta pelos Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Cezar Peluso, que votaram pela procedência.

No Acórdão publicado em 18 de abril de 2008⁷, o amplo debate existente no julgamento ficou cristalizado. Todavia, a composição daquela Corte Máxima se alterou consideravelmente, ante as aposentadorias dos Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, o que impossibilitou a definição concreta do entendimento do STF sobre o tema.

Aliás, ressalte-se que, desde a publicação daquele acórdão, não houve nova manifestação do Pleno do STF sobre a matéria.

Naquele julgamento, em resumo, o voto do Ministro Nelson Jobim, Relator da Reclamação e prolator do voto vencedor, destacou que o agente político é agente público, mas não está sujeito à Lei de Improbidade Administrativa, visto que o “sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos”⁸.

O voto vencedor destacou, ainda, que é incabível a Ação de Improbidade ajuizada contra as autoridades constitucionalmente citadas (art. 102 da Constituição da República de 1988) por absoluta incompatibilidade com o sistema constitucional vigente.⁹

diplomas legais sobre um mesmo agente. Não se pode desprezar o especial sistema de responsabilização do agente político previsto no ordenamento jurídico.

Logo, pode-se concluir que os agentes políticos, como os MINISTROS DE ESTADO, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam as regras comuns da Lei de Improbidade. Assim sendo, configura-se a plena e exclusiva competência desse Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os delitos políticos-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição Federal.

Como bem ressaltado por V.Ex^a. ao deferir a medida cautelar, “não se cuida de assegurar ao agente político um regime de imunidade em face dos atos de improbidade. O agente político há de responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes para processá-lo e julgá-lo. Também não impressiona, nesta fase inicial de análise, a consideração segundo a qual a ação de improbidade seria dotada de caráter reparatório. A simples possibilidade de superposição ou concorrência de regimes de responsabilidade e, por conseguinte, de possíveis decisões colidentes exige uma clara definição na espécie. Os conflitos entre poderes e desinteligências institucionais decorrentes dessa indefinição de competência também parecem recomendar um preciso esclarecimento da matéria”.

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2044010>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2044010>>. Acesso em 30 mar. 2011.

⁹ A respeito, se colaciona o seguinte trecho: “[...] Alguém dirá que ação de improbidade com viés universal é expressão do sistema republicano. É o que se lê no memorial apresentado pela Associação dos Procuradores, forte na lição de KONDER COMPARATO. Demonstrei que a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade. Não há como aceitar o *bis in idem* que se pratica em detrimento da competência desta Corte”.

Para atingir a referida conclusão, o Ministro Nelson Jobim deu especial destaque à condição especial dos agentes políticos, dando ênfase à necessária liberdade de atuação, inclusive com citações de MEIRELLES:

[...] Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados (MEIRELLES, 2001, <http://www.stf.jus.br/>).

Após a publicação do acórdão, em julgamentos de outros casos, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se manifestaram a respeito do tema, em oposição ao que foi decidido na Reclamação nº 2.138-6/DF, pelo STF, ou seja, no sentido de que o agente político é alvo da Lei de Improbidade Administrativa. São exemplos da assertiva anterior, os casos abaixo destacados, com a reprodução de suas ementas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MAGISTRADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 2º DA LEI N. 8.429/92. AGENTE POLÍTICO. COMPATIBILIDADE ENTRE EVENTUAL REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

2. Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos - incluindo magistrados, para doutrina e jurisprudência que assim os consideram - como parte legítima a figurar no pólo passivo de ações de improbidade administrativa.

3. Não custa pontuar, ainda, que os magistrados enquadram-se no conceito de "agente público" (político ou não) formulado pelo art. 2º da Lei n. 8.429/92 e, mesmo que seus atos jurisdicionais pudessem eventualmente subsumirem-se à Lei n.1.079/50, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n.8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.

4. Precedente: Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe, 4.3.2010.

5. Recurso especial parcialmente provido a fim de determinar a continuidade da ação de improbidade administrativa também em face do réu sobre o qual recai a controvérsia do acórdão recorrido. (REsp nº . 1.169.762/RN; Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 10.09.10) (grifo *nosso*).

EMENTA: Apelação cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito. Lei nº 8.429, de 1992. Aplicabilidade. Ausência de prestação de contas. Improbidade caracterizada. Suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e multa civil. Sanção devida. Recurso não provido. **1. A Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos agentes políticos e eles devem responder pelos danos decorrentes da má gestão.** 2. O Administrador Público deve orientar-se, dentre outros, pelo princípio constitucional da probidade. 3. Configura prática de improbidade administrativa a ausência de prestação de contas determinada em lei, convênio ou outros instrumentos firmados pelo Município. 4. Comprovada a omissão da prestação de contas pactuada no convênio firmado com o DER/MG para pavimentação urbana sem justo motivo, resta caracterizada a improbidade administrativa. 5. As sanções previstas no art. 12, da Lei nº 8.429, de 1992, devem ser fixadas de forma proporcional ao dano causado. Assim, fixadas as penas de forma equilibrada, devem elas ser mantidas. 6. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (Apelação Cível nº 1.0433.05.170521-1/001; Rel. Des. Caetano Levi Lopes; p. DJE 05.05.2010) (grifo *nosso*)¹⁰.

Todavia, há ao menos um acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, indiretamente, se coaduna com a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF. É aquele proferido no julgamento da Apelação Cível nº 1.0625.04.034254-9/003, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEI Nº 8.429/1992 - VEREADOR - APLICABILIDADE - INEXISTÊNCIA DE DUBIEDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA-ADMINISTRATIVA. Inexistindo, quanto aos vereadores, tipificação autônoma de responsabilização político-administrativa, aplicável a Lei nº 8.429/1992. (Rel. Des. Manuel Saramago, DJE02.02.2010).

No julgado citado, debatia-se a sentença terminativa proferida por juiz de primeira instância que, na esteira do entendimento do STF na Reclamação nº 2.138-6/DF, reconheceu que o agente político não se sujeitava à Lei de Improbidade Administrativa, mas apenas à responsabilização político-administrativa.

Por unanimidade, a sentença foi reformada, determinando-se a continuidade da ação. O argumento, no entanto, não foi o da aplicabilidade da referida lei ao agente público,

¹⁰ A respeito, reproduzimos pequeno trecho do voto unânime, proferido pelo Desembargador Caetano Levi Lopes: “[...] É elementar que (a) Lei nº 8.492, de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa - é aplicável tanto aos funcionários públicos quanto em relação aos agentes políticos.

É que, sendo os agentes políticos responsáveis pela administração dos recursos públicos, afastar a aplicabilidade da Lei de Improbidade a eles significaria esvaziar totalmente o seu conteúdo e finalidade. E, entender que apenas os servidores públicos estariam sujeitos às sanções da lei violaria o princípio da isonomia.”

mas tão somente o fato de não existir legislação específica de crime de responsabilidade aplicável ao vereador, inexistindo, portanto, possibilidade de duplicidade de regimes jurídicos de punição. Ainda que indiretamente, pois, reconheceu-se a impossibilidade de duplicidade de regimes jurídicos de punição de agentes políticos, desde que existam normas especiais de crimes de responsabilidade. Ou seja, existindo norma especial, seja a Lei nº 1.079/50, seja o Decreto-Lei 201/67, a LIA não se aplica aos agentes políticos.

A pluralidade de entendimentos, no entanto, conduz à necessidade de manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por sua nova composição, de modo a se evitar o risco de “loteria judicial”, inclusive, sob pena da inutilidade de milhares de processos atualmente em tramitação envolvendo a aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

3.1.2 A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos

As manifestações pela inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos são robustas e judiciosas; entretanto, não se coadunam com o contexto histórico de surgimento da citada legislação.

Já se verificou que a Lei de Improbidade Administrativa foi publicada em momento conturbado da vida pública nacional, às vésperas da abertura do processo de *impeachment* do então Presidente da República, Fernando Collor de Melo. Alertou-se, ainda, para o fato de que a exposição de motivos do Projeto de Lei do qual se originou a mencionada lei citava a necessidade de se extirpar a corrupção na esfera pública.

Logo, a *mens legis* da Lei de Improbidade Administrativa sempre foi o combate à corrupção na esfera pública, sem qualquer distinção entre o agente político e os demais agentes públicos, tanto que, em nenhum momento, tal separação foi mencionada, seja na exposição de motivos, seja nos acirrados debates no seio do Poder Legislativo.

Assim, se no momento da publicação da Lei de Improbidade Administrativa o foco era justamente a corrupção nos mais altos escalões do Governo Federal, especialmente em relação ao próprio Presidente da República, seus Ministros e assessores diretos, não se apresenta como plausível a conclusão de que os agentes políticos estariam excluídos do rol

dos legitimados passivos¹¹. É importante destacar que o artigo 2º da referida lei ampliou o conceito de agente público de forma a enquadrar em tal situação todo aquele que mantenha relacionamento com a Administração Pública. MARTINS JÚNIOR ressalta:

Com o conceito amplo do art. 2º, a lei atinge todo aquele que se vincula à Administração Pública, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, civis e militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou seja, todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), independente do modo de investidura (nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias e contrato de gestão, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF e das Leis Federais n. 9.637/98 e 9.790/99, etc.). [...] A própria lei dilata sua órbita, pois de maneira exemplificativa emprega a expressão “ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo” (art. 2º), dando concepção bem ampla à expressão “função pública” como qualquer forma de vinculação, funcional, contratual, remunerada ou não, definitiva ou transitória, do agente (pessoa física ou jurídica) com a Administração Pública direta, indireta e fundacional (ou seja, com as entidades referidas no art. 1º e parágrafo único), para a prestação de um serviço público ou de utilidade pública (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 299-300).

Todavia, é cabível uma distinção fundamental. A Lei nº 8.429/92 é aplicável a todos os agentes públicos, incluídos os agentes políticos, que sejam desonestos, corruptos, imbuídos de má-fé. É importante destacar ainda que o alvo da citada lei sempre foi a corrupção, e nunca a inabilidade e a incapacidade técnica.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos agentes políticos, já que os mesmos mantêm relação com a Administração Pública. Contudo, é preciso refutar a responsabilização objetiva de agentes políticos, pois os mesmos só devem ser enquadrados como réus em ações de improbidade quando evidenciada a má-fé e desonestidade, que são totalmente distintas da inabilidade ou incapacitação técnica.

Essa distinção, lado outro, não têm sido observada em inúmeros casos, conforme se tem observado na prática.

¹¹ No mesmo sentido, MARTINS JÚNIOR explica: “Ora, claro parece que, se o ordenamento jurídico nacional pretendesse reservar a punição da improbidade administrativa dos agentes políticos à esfera do regime jurídico da responsabilidade política, instituiria a cláusula de exceção expressamente e não conferiria a possibilidade de sua censura em diferentes instâncias, animadas por matizes e naturezas jurídicas distintas, como foi nos arts. 14, § 9º, 15, V, 37, § 4º, e 85 da Constituição Federal, sem qualquer exceção – que, aliás, precária por falta de razoabilidade na adoção na discriminação em face do pilar da responsabilidade ampla [...]. Ademais, a responsabilidade político-administrativa tem natureza política, enquanto que a Lei n. 8.429/92 é jurídica. Por ser política aquela instância, o fato ali pode ser punido ou não por um juízo de conveniência política, não jurídica, ao passo que ‘a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário’ [STF, MS 24.699-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 30-11-2004, *DJ*, 1º jul, 2005], instância insubstituível pelo Poder Legislativo” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 313).

3.1.3 O terceiro equiparado ao agente público para fins de enquadramento nos ditames da Lei de Improbidade Administrativa

Ainda a respeito do conceito de agente público, é necessária a análise da redação do artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa: “Art. 3º As 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.”

Verifica-se que o Legislador equiparou ao agente público àquele que, mesmo sem vínculo com a Administração Pública, tenha concorrido com a prática do ato de improbidade ou dele tenha se beneficiado sob qualquer forma.

Aliás, é elogiável a equiparação do terceiro ao agente público. Ocorre que, em muitos casos, é o terceiro o grande incentivador ou mesmo o grande beneficiado da prática do ato ímprobo e, caso não fosse equiparado ao agente público, ter-se-ia a injusta situação na qual este seria processado nos rigores da Lei de Improbidade Administrativa, ao passo que aquele não se sujeitaria à referida norma. Ou seja, o fomentador da improbidade seria tratado de forma mais benéfica pelo Legislador.

Alerta-se, no entanto, para o fato de que a aplicação da Lei nº 8.429/92 está condicionada à existência de um agente público no pólo passivo da lide, não se admitindo a possibilidade de que somente terceiro seja acionado nos rigores da norma. Isto porque, conforme redação do artigo 3º supracitado, o terceiro nunca age por si só, contando sempre com a participação do agente público que é o autor do ato de improbidade.

É considerado como terceiro, equiparado a agente público, o prestador de serviços ou fornecedor que suborna os servidores, vencendo licitação com proposta superfaturada, por exemplo. Também a título ilustrativo, considera-se terceiro o parente do agente público que recebe sem trabalhar. E, finalmente, equipara-se a terceiro o empresário que, se utilizando de informação privilegiada repassada por agente público, aufera lucro com a venda de mercadorias.

Toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, que se favoreça com a prática do ato de improbidade, ou que o fomenta, concorrendo com o ato, está sujeito à Lei de Improbidade Administrativa.

MARTINS JÚNIOR conceitua ‘terceiro’ como:

qualquer pessoa física ou entidade privada que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações pecuniárias, igualmente estão alcançados pelo império da Lei de Improbidade (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 298).

MEDEIROS anota:

A Lei previu, além da responsabilidade do agente público, a dos terceiros (particulares) que incentivem, concorram para a prática desse ato, ou deles se beneficiem, direta ou indiretamente. Portanto, estes deverão figurar como réus ou litisconsortes passivos necessários na ação de improbidade (MEDEIROS, 2003, p. 40).

Finalmente, PAZZAGLINI FILHO afirma que:

A participação de terceiro, na dicção legal, dá-se por indução ou concurso para a prática do ato de improbidade administrativa. E sempre que, sob qualquer forma direta ou indireta, auferir benefício ilícito (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 11).

[...]

Indução é o ato de instigar, sugerir, estimular, incentivar agente público a praticar ou omitir ato de ofício caracterizador de improbidade administrativa. O concurso é a atividade de auxílio, de participação material na execução pro agente público de ato de improbidade administrativa (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 12).

Assim, pode-se afirmar que sempre que for mencionada a expressão “agente público”, implicitamente estará nela incluída o conceito de terceiro, vez que este será equiparado àquele, sujeito, portanto, ao mesmo regramento legal.

4 O SUJEITO PASSIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Identificado quem é o agente ativo do ato de improbidade (agente público)¹², é importante destacar quem é sujeito passivo do ato de improbidade¹³. O artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa prevê:

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.

PAZZAGLINI FILHO elaborou quadro resumo com os sujeitos passivos da LIA:

As entidades da Federação: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Os órgãos da Administração¹⁴ Direta do Poder Executivo dos entes federativos, *v.g.*, Ministérios, Secretarias Estaduais, Municipais, Distritais, Advocacia Geral da União e Procuradorias Administrativas e Judiciais.

1. As entidades da Administração Indireta do Poder Executivo dos entes do Estado:
 - Autarquias (pessoas jurídicas de Direito Público, instituídas por lei, para a prestação de atividades, obras ou serviços públicos descentralizados;
 - Autarquias sob regime especial: agências reguladoras de prestação de serviços e das concessões e permissões respectivas;
 - Fundações instituídas pelo Poder Público¹⁵;
 - Sociedades de Economia Mista (pessoas jurídicas de Direito Privado, constituídas mediante autorização legislativa, sob a forma de sociedade anônima, por capital público e privado, para o desempenho de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado;

¹² É importante destacar que o sujeito ativo do ato de improbidade é o sujeito passivo da ação de improbidade.

¹³ Não confundir com o sujeito passivo da ação de improbidade.

¹⁴ O conceito de Administração Pública é assim descrito: [...] Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em aspecto operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização dos serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente (sic), atos de execução [...] (MEIRELLES, 1999, *apud* MEDEIROS, 2003, p. 11).

¹⁵ Segundo Di Pietro (2008, p. 413, *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 6), Fundação é definida “como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.

- Empresas Públicas (pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas por lei, sob qualquer forma jurídica, com capital exclusivamente público, para prestação de atividade de natureza econômica)
- 2. As corporações legislativas nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital: Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembléia Legislativa, Câmara Municipal e Câmara Legislativa.
- 3. Os órgãos do Poder Judiciário nas esferas federal, estadual e distrital: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e seus organismos administrativos.
- 4. Os órgãos dos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais: Conselho Nacional do Ministério Público, Procuradoria-Geral de Justiça, Colégio de Procuradores de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público, Corregedoria Geral do Ministério Público, Procuradorias de Justiça, Promotorias de Justiça e seus organismos auxiliares e de administração.
- 5. Os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios e seus órgãos auxiliares.
- 6. As empresas incorporadas ao patrimônio público [...] (art. 227 da Lei nº . 6.404, de 4.12.1976 – Lei das Sociedades por Ações).
- 7. As empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público: entidades para cuja criação ou custeio o Erário concorreu ou concorre com menos de 50% de seu patrimônio ou receita anual.

As empresas privadas de interesse público, que manejam dinheiros públicos a elas transferidos mediante subvenções sociais e econômicas [...], benefícios ou incentivos fiscais [...] ou creditícios [...], *v.g.*, **serviços sociais autônomos** (Senai, Senac, Sesi, Sesc e outros assemelhados), **organizações sociais sem fins lucrativos**, [...] – ONG, que firmam contrato de gestão com o Poder Público (Lei nº. 9.637/98) –, **organizações da sociedade civil de interesse público** (OSCIP) [...] Lei nº. 9.790/99 [...] (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 7-8, *grifo do autor*).

Enfim, a intenção do Legislador foi de sujeitar todos aqueles que tenham qualquer vínculo com a Administração Pública, direta ou indiretamente, às disposições da Lei nº 8.429/92.

5 OS DIVERSOS REGIMES JURÍDICO-PUNITIVOS DOS AGENTES POLÍTICOS

O agente político está sujeito a vários regimes jurídicos de punição. Merece destaque o comando constitucional contido no art. 37, § 4º, da Constituição da República, segundo o qual: “§ 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”.

A responsabilidade penal do agente público está tipificada nos artigos 312 a 327 do Código Penal Brasileiro¹⁶. Destaca-se que, em se tratando de crimes comuns, alguns dos agentes políticos (o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais) terão foro privilegiado, na esteira dos comandos dos artigos 102, I, *b*, e 105, I, *a*, da Constituição da República.

Na Constituição do Estado de Minas Gerais, há previsão de foro privilegiado para algumas autoridades (Vice-Governador, Deputado Estadual, Advogado-Geral do Estado, Procurador-Geral de Justiça, Secretário de Estado, Juízes do Tribunal de Justiça Militar, Juízes de Direito, membros do Ministério Público, Comandante-Geral da Polícia Militar e o do Corpo de Bombeiros Militar, Chefe da Polícia Civil e os Prefeitos Municipais), nos termos do art. 106, I, *a* e *b*, da já citada Constituição.

A Lei nº 1.079/50 descreve os crimes de responsabilidade perpetrados pelos Presidente da República e Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República.

O Decreto-Lei nº 201/67 descreve os crimes de responsabilidade atinentes aos Prefeitos (artigo 1º), sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário e as infrações político-administrativas dos mesmos (artigo 4º), sujeitas ao julgamento da Câmara dos Vereadores.

¹⁶ Conforme previsão do Capítulo I, do Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública.

Finalmente, ainda há, na Lei de Improbidade Administrativa, em seus artigos 9º, 10 e 11, elencada uma série de condutas que configuram atos de improbidade.

Em resumo, um único ato de um agente político (Prefeito, por exemplo), pode acarretar a instauração de um processo perante a Câmara dos Vereadores (infração político-administrativa), outro perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (crime comum ou crime de responsabilidade) e um terceiro, perante a Justiça de 1ª instância (ação de improbidade administrativa).

Importante destacar, ainda, que a pluralidade de regimes jurídicos punitivos, por si só, não revela nenhuma ilegalidade. Todavia, em relação aos processos judiciais, há intenso debate sobre a necessidade de foro privilegiado também para as ações de improbidade administrativa.

6 A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE: A POLÊMICA DO FORO PRIVILEGIADO

Nos crimes de responsabilidade e nos comuns, algumas autoridades especialmente nominadas em leis (Constituição da República e Constituições Estaduais) possuem foro privilegiado. Todavia, em se tratando de Lei de Improbidade Administrativa, a competência é fixada com base no critério do local do dano, pouco importando o cargo do sujeito ativo do ato ímprobo e réu da ação de improbidade.¹⁷

Todavia, algumas das sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 são extremamente graves, culminando, inclusive, com perda da função pública e suspensão dos direitos civis, além da possibilidade de afastamento temporário do cargo no curso da instrução processual.¹⁸

Daí surge um verdadeiro contrasenso. É que, por exemplo, o Prefeito processado por suposta prática de crime de responsabilidade ou de crime comum será julgado pelo Tribunal de Justiça de seu respectivo Estado da Federação, sendo que a sua pena, nesses casos, se condenado, poderá ser até inferior àquela decorrente da ação de improbidade, processada e julgada em primeira instância.

Aliás, nada impede, inclusive, que um mesmo ato de um Prefeito possa acarretar uma ação de improbidade com pedidos procedentes em primeira instância e um Processo de Competência Originária (PCO), de natureza criminal com absolvição do acusado.

Em razão dessa possibilidade de decisões conflitantes e até mesmo para uniformizar o sistema jurídico punitivo dos agentes políticos é que se propõe que o processamento das ações de improbidade seja feito no foro competente para o conhecimento das questões de natureza penal dos agentes políticos (STF, STJ, e Tribunais Estaduais e do Distrito Federal).

É o mesmo entendimento de FAZZIO JÚNIOR:

A Constituição Federal preceitua que, em homenagem às elevadas funções exercidas por determinadas pessoas que desempenham funções públicas, elas tem um foro especial. Realmente, as autoridades públicas (no caso, o prefeito), enquanto no exercício do cargo, possuem foro criminal especial por prerrogativa de função; deve

¹⁷ Em razão da previsão do art. 2º da Lei nº 7.347/85: “Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”

¹⁸ O afastamento temporário é previsto no parágrafo único do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

ser julgado, pelos crimes que comete, perante os tribunais. Estes têm, pois, competência originária em matéria criminal. O que se pretende é que as ações cíveis contra prefeito também sejam julgadas originalmente pelos tribunais.

Para alguns, estender o foro criminal do prefeito, por prerrogativa de função, aos casos de ação por improbidade administrativa, seria promover uma correção sistemática, orgânica e metodológica do sistema. O prefeito responderia sempre perante o Tribunal de Justiça.

Portanto, justificar-se-ia a extensão do foro qualificado com base na simetria, isto é, evitando-se a incoerência de um prefeito ser julgado no foro especial por prerrogativa de função, quando se lhe imputa ilícito-penal, e, pelo juízo monocrático local quando o ilícito constitui ato de improbidade, com sanções agressivas (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 33-34).

O mesmo autor complementa o raciocínio:

Diz-se, enfim, que nada recomenda que as ações cíveis em face do prefeito não sejam julgadas pelos graus de jurisdição já previstos. Somente em casos excepcionálíssimos, que a Constituição Federal expressamente aponta, é que se suprime o juiz natural para submeter a ação à instância superior, sob a égide da prerrogativa de foro por exercício de função. **Não haveria nenhuma justificativa plausível para a exclusão do juízo monocrático natural e a supressão de um grau de jurisdição nas ações civis de improbidade administrativa.**

Sem colocar mais tinta na já colorida controvérsia, resta-nos ponderar que decisão condenatória nas ações civis de improbidade, além de impor ao prefeito a obrigação de reparar o prejuízo material causado aos cofres públicos, implica que seja destinatário de outras penas muito mais graves, quais sejam, a perda da função pública e a inabilitação para o exercício dos direitos políticos, pelo prazo de 10 anos. **Embora expressamente destituídas de índole criminal, as sanções previstas na legislação de improbidade são, em seu conjunto, mais severas que as penas, não se justificando tratamento processual diferenciado. A função pública tanto pode ser atingida na esfera criminal quanto na civil.**

A razão de ser da estipulação contida no art. 29, inciso X, da Constituição Federal é a imposição de pena que determina a perda do mandato. **No caso das sanções decorrentes de processo por improbidade administrativa, também pode o prefeito arcar com aquela interdição política.**

Acrescenta-se, por derradeiro, que **o juiz natural é aquele a quem a lei confere competência.** Se, hoje, o juiz natural é o órgão judiciário monocrático local, nada obsta que, amanhã, seja o juiz colegiado de segundo grau. Quer dizer, não há obstáculos para que o juiz natural, em matéria de improbidade, seja aquele que, para os processos criminais comuns, já o é. **Trata-se, apenas, de uma questão de previsão normativa** (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 34-35) (*grifo nosso*).

A Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, acrescentou dois parágrafos ao artigo 84 do Código de Processo Penal, o segundo deles, expressamente prevendo o foro privilegiado para as ações de improbidade:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de fora em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.

Dessa forma, seria corrigida a falha do sistema punitivo, pois o agente político, com foro privilegiado em questão criminal, também o teria nas ações de improbidade, evitando-se decisões contraditórias sobre um mesmo ato e se concedendo ao mesmo a necessária liberdade de atuação que o cargo exige.

No entanto, não foram poucas as abalizadas vozes que se levantaram contra a citada lei, merecendo destaque a posição de ALMEIDA:

Até o advento da malsinada Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002 – apontada como verdadeiro presente de natal aos administradores *improbis* -, que foi aprovada a toque de caixa pelo Congresso Nacional, sob forte influência do Governo Federal anterior, não havia no Brasil foro por prerrogativa de função para os autores de atos de improbidade administrativa regulamentados pela Lei n. 8.429/92, de 2 de junho de 1992. Era esse também o entendimento majoritário consagrado pela doutrina e jurisprudência do País. Contudo, em flagrante retrocesso, a mencionada Lei n.10.628 alterou a redação do art. 84 do CPP e estendeu a competência por prerrogativa de função aos atos de improbidade administrativa tratados pela LIA, dispondo também que o foro privilegiado: prevalece ainda que o inquirido ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública” (art. 84, §1º, do CPP com a nova redação). Existe na espécie dupla inconstitucionalidade, *formal e material*. A *inconstitucionalidade formal* é flagrante, já que a matéria somente poderia ser tratada por Emenda à Constituição. Também é cristalina a *inconstitucionalidade material*, pois a indigitada Lei n.10.628 fere o princípio da isonomia ao estabelecer “*discrímen*” sem finalidade legítima que o justifique e ainda afronta os princípios constitucionais fundamentais da razoabilidade, da proporcionalidade e do direito constitucional da ação (art. 5º, XXXV, da CF), por dificultar o combate, pela via jurisdicional, dos atos de improbidade administrativa. A prevalecer o teor da lei questionada – e para isso tem sinalizado o STF que não irá opor fortes esforços -, a impunidade dos administradores *improbis* será, certamente, ainda mais aguda e desastrosa no Brasil. Enquanto não haja uma posição definitiva do STF, o que se espera é que os juízes e Tribunais brasileiros exerçam efetivamente o controle difuso e incidental da constitucionalidade da lei em tela (ALMEIDA, 2003, p.454).

De fato, em razão das intensas críticas à Lei nº .10.628, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a primeira delas cadastrada sob o nº .2.797, perante o Supremo Tribunal Federal, manejada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; a segunda delas cadastrada no STF sob o nº .2.860, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

As referidas ações foram julgadas conjuntamente e, por maioria, o STF as julgou procedentes para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁹.

De tal forma, ressalvado entendimento pessoal já externado anteriormente, a questão foi superada. No entanto, permanece a contradição do sistema, sem prejuízo da possibilidade de promulgação de Emenda Constitucional que restabeleça o foro privilegiado também na ação de improbidade.

Aliás, é de se destacar a notável resistência do povo brasileiro ao instituto do foro privilegiado, visto e tido como sinônimo de impunidade de todos aqueles que dele se utilizam.

Não há, no entanto, nenhuma razão que justifique tamanha resistência. Há certa confusão entre as causas de impunidade e as causas da lentidão do Poder Judiciário. O foro privilegiado assegura o julgamento por um órgão colegiado, seja ele um Tribunal Estadual, um Tribunal Regional Federal, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal. O julgamento colegiado apresenta como fim precípua a garantia máxima da imparcialidade jurídica em processos envolvendo autoridades da República.

A intenção óbvia, portanto, é a de afastar possíveis influências extrajurídicas (pressão política, jornalística e do público, de mais fácil ocorrência no palco dos acontecimentos) do julgamento pelo Poder Judiciário, assegurada, pois, a imparcialidade dos julgadores, para que possam formar o livre convencimento motivado de forma tranquila e neutra.

A demora nos julgamentos colegiados não se difere da demora verificada em primeira instância, porque a razão desta não é o sujeito passivo envolvido na lide e sim a falta de estrutura do Poder Judiciário, em todos os seus âmbitos (econômico, material, operacional e funcional).

Interessante é a anotação de JAYME comentando sobre o Código de Processo Civil:

Trata-se de um modelo concebido sob uma lógica de organização estatal de mais de cem anos; o mesmo modelo implantado na primeira Constituição republicana se mantém quase intocado até hoje, a despeito das transformações sociais, políticas, culturais e tecnológicas vivenciadas no curso do século XX. Não se pode omitir que algumas mudanças foram de natureza estrutural e propiciaram maior efetividade e acesso à justiça, como ocorreu com a criação da Justiça do Trabalho, na década de 40, e do controle concentrado de constitucionalidade, na década de 60, mas a evolução parou por aí.

¹⁹ Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: XXXXX

Com efeito, a imagem que a sociedade possui em relação ao Poder Judiciário é muito negativa, relacionada a uma função lenta, ineficiente, arbitrária, discriminatória e, por essa razão, dissonante dos processos de democratização e modernização em curso no Brasil (JAYME, 2008, p.240-241).

Ressalte-se que, apesar da inexistência de foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa, não se verificou o esperado aumento da celeridade nas referidas lides, até porque há expressa previsão legal no sentido de que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (artigo 20 da Lei nº 8.429/92).

Há no Brasil a falsa ideia de que os problemas serão resolvidos com a publicação de leis, como se a norma pudesse, por si só, alterar a realidade fática, o que, todavia, não acontece.

Já se afirmou que, na exposição de motivos do Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 8.429/92, o então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, consignou a necessidade de se combater a corrupção. No entanto, quase duas décadas após a publicação da referida lei, a corrupção continua enraizada na Administração Pública.

THEODORO JÚNIOR promove a interessante advertência:

Uma advertência, contudo, se impõe: não se pode esperar que, com uma simples alteração legislativa, o processo se torne automaticamente perfeito e garantida esteja a concretização de tudo aquilo visado pela reforma.

Entre a mudança da norma e a transformação da realidade dos serviços judiciários vai uma distância muito grande, que não se cobre apenas pela edição de textos legislativos. Temos reiteradamente advertido para o fato de que a demora e ineficiência da Justiça - cuja erradicação se coloca como a principal inspiração da reforma do processo de execução - decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. Influem muito mais na pouca eficácia e presteza da tutela jurisdicional as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente.

Um aprimoramento efetivo da prestação jurisdicional, por isso mesmo, só se poderá alcançar quando se resolver enfrentar a modernização dos órgãos responsáveis pela Justiça, dotando-os de recursos e métodos compatíveis com as técnicas atuais da ciência da administração, e preparando todo o pessoal envolvido para adequar-se ao desempenho das mesmas técnicas. (THEODORO JÚNIOR, 2006a, p.30)

O foro privilegiado, portanto, não poderia ser apontado como possível causa de impunidade, caso os agentes políticos a ele tivessem direito nas ações de improbidade administrativa.

Ademais, ao menos no âmbito da Justiça do Estado de Minas Gerais, o que se verifica é que respectivo Tribunal de Justiça tem agilizado os julgamentos dos feitos sob sua responsabilidade, sejam eles em grau de recurso, ou de competência originária. Há situações, observadas na prática jurídica, em que um processo originário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é instruído e julgado mais rapidamente do que um processo em tramitação na instância primária.

Outra questão que deve ser destacada refere-se ao fato de que o foro privilegiado representa uma instância a menos para a defesa do requerido. Caso clássico é o da Ação Penal nº . 470, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, que apura o chamado “Escândalo do Mensalão”.

Quando finalizado o julgamento, os interessados não terão nenhuma outra instância recursal, que não o próprio STF, por meio de reduzidos limites, seja de embargos de declaração ou até revisão criminal.

Lado outro, o requerido de uma ação penal em trâmite perante a primeira instância teria recursos ao Tribunal de Justiça, ao Superior Tribunal de Justiça e ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Não há, portanto, vinculação entre o foro privilegiado e a impunidade. A impunidade, se existente²⁰, decorre da lentidão do próprio Poder Judiciário, em todas as suas instâncias. O então Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Sérgio Rabello Tamm Renault, em artigo de sua lavra, reconheceu, com sinceridade:

O Poder Judiciário precisa se modernizar para prestar melhores serviços à população brasileira. A ineficiência da máquina pública colocada a serviço da Justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a prestação jurisdicional inacessível para grande parte da população; transforma a vida daqueles que tem acesso ao Judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de direitos; dificulta o exercício profissional dos advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados públicos e serventuários da Justiça; penaliza impunemente os magistrados na sua missão de fazer justiça e, ainda, inflaciona o chamado custo Brasil. O mau funcionamento do Poder Judiciário interessa aos que se valem de sua ineficiência

²⁰ Destaca-se que improcedência não é sinônimo de impunidade. O que se verifica, na atualidade, é que a simples existência de uma ação de improbidade acarreta apressadas conclusões sobre a responsabilidade dos envolvidos, olvidando-se, no entanto, os desavisados, que o ônus da prova é da acusação. Há quase que uma presunção de culpa, o que inverteria toda a lógica do sistema jurídico nacional. São precisas as lições de RUI BARBOSA (*apud* 2010, p. 136): “Se a lei viesse prescrever que o que se presume é o crime, a desonestidade, a mentira, a insânia; que antes de assumir a administração de seus bens, o indivíduo carece demonstrar solenemente o gozo da razão; que, até prova em contrário, a palavra do homem que depõe é suspeita de falsidade; que a infâmia é o conceito natural dos que não têm sentença judiciária de honestidade; que a defesa, e não a acusação, é que está obrigada à prova – tal subversão produziria a demência de todo o organismo do direito, que os tribunais fatalmente haviam de renunciar a executá-las.”

para não pagar, para não cumprir obrigação, para protelar, para ganhar tempo – mas não interessa ao país. (RENAULT, 2004)

Importante destacar, ainda, que à falta de estrutura material do Poder Judiciário é preciso acrescentar a deficiente formação profissional dos operadores do Direito, como afirmou Raymundo Cândido, em artigo:

A esperança por dias melhores parece que desapareceu do coração do homem, notadamente do homem comum. Esse apela para a violência e os detentores do poder político entusiasma-se mais com o direito da força que com a força do Direito. Tudo conspira contra a paz como fruto da justiça.

Por outro lado, a justiça institucionalizada para garantir ao homem a inviolabilidade de seus direitos, já não goza hoje do prestígio de outrora, como a última esperança do homem desesperançado. Não só pela sua estrutura arcaica, mas, principalmente, pela deficiente formação profissional dos que a encarnam, sejam Juízes, advogados, serventuários (CÂNDIDO, 1979)²².

A vinculação exclusiva da impunidade com a existência de leis brandas e favoráveis aos ímprobos é equivocada. A Lei de Improbidade Administrativa é extremamente severa com os agentes ímprobos, impondo penas graves. A impunidade, no tocante à improbidade, associa-se à falta de estrutura material e humana do Poder Judiciário.

²² O artigo foi publicado no Jornal A Justiça, ano I, nº02, dezembro de 1979.

7 ASPECTOS CARACTERIZADORES DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE

7.1 O ato de improbidade administrativa qualificado pela desonestidade

Destacou-se, anteriormente, que o foco da Lei nº 8.429/92 se dirige ao agente público desonesto, não ao inábil. Tal conclusão é de fundamental importância para a verificação da existência de ato ímprobo, a justificar a inclusão de um agente público no pólo passivo da ação de improbidade.

Já se alertou para a questão da motivação para a criação da Lei de Improbidade Administrativa ter sido o combate à corrupção, comprovando-se que o alvo mor da norma é o agente corrupto, desonesto. O conceito do vocábulo “improbidade” nos termos preconizados por FERREIRA é “[Do lat. *Improbitate.*] S. f. 1. Falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. Maldade, perversidade.” (1999, p.1086)

PAZZAGLINI FILHO destaca, com precisão, os requisitos para a configuração do agente ímprobo: “o vocábulo latino *improbitate* tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbis administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé” (2009, p.2).

O mesmo autor, citando o conceito de PLÁCIDO e SILVA, qualifica o ímprobo:

Mau, perverso, corrupto, devasso, falso, enganador. É atributivo da qualidade de todo homem ou de toda pessoa que procede atentando contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. O ímprobo é privado de idoneidade e de boa fama²³ (PLÁCIDO e SILVA, 2005, p. 715).

Continua PAZZAGLINI FILHO:

Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública (2009, p. 2).

²³ DE PLACIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26.ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 715 *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 2.

O ato de improbidade administrativa, conforme previsão da Lei de Improbidade Administrativa, deve, portanto, ser qualificado pela corrupção, pela desonestidade, mas nunca somente pela inabilidade, sob pena de se subverterem os objetivos da já citada lei.

7.2 A tipificação aberta dos atos de improbidade e seus riscos para os agentes públicos

Alerta-se que adiante será abordada a questão da tipificação dos atos de improbidade administrativa na Lei de Improbidade Administrativa, em seus artigos 9º, 10 e 11. Os tipos lá descritos são extremamente abertos, na tentativa que o legislador fez de evitar “engessamento” da norma, permitindo que os mais diversos atos de improbidade pudessem ser enquadrados naqueles tipos.

ALMEIDA elogia essa intenção:

Ciente dessa dificuldade, o legislador pátrio, sabiamente, optou por estabelecer de forma não exaustiva o rol dos atos administrativos que deverão ser considerados atos de improbidade administrativa. Assim, ficaram arrolados de forma tripartida pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92): a) art. 9º, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) art. 10, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e c) art. 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (ALMEIDA, 2003, p. 451-452).

Todavia, apesar de elogiável a tentativa do legislador de manter a Lei de Improbidade Administrativa sempre atual, não se pode deixar de criticar a insegurança que a utilização de tipos abertos causa aos jurisdicionados. Para que não se antecipe o conteúdo adiante apresentado, pontualmente, se apresenta a redação do artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Ora, não se pode negar que a redação do artigo 11, inciso I da Lei nº 8.429/92, (aqui citado meramente como exemplo ilustrativo) é extremamente ampla, permitindo que

inúmeras condutas possam ali ser enquadradas, dependendo, exclusivamente, da interpretação e dos interesses dos legitimados ativos.

A utilização de exemplos práticos, no caso específico, não desqualifica o caráter científico que se pretende com o presente ensaio, e tampouco o configura como casuísta. O fato, todavia, é que, se, por exemplo, um Prefeito que dá o nome de um cidadão ilustre e já falecido a uma Rua do Município pode ser processado por ato de improbidade em razão de suposta violação ao princípio constitucional da impessoalidade, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988²⁴. Pode, ainda, o diligente membro do Ministério Público local entender que a nomeação da rua pretende apenas angariar votos dos membros daquela família de cujo nome se busca homenagear, o que, em tese, violaria o princípio da moralidade, constitucionalmente assegurado. Imagina-se, ainda, e já finalmente, que em localidade no interior de Minas Gerais, famosa por suas procissões noturnas em homenagem ao Santo da preferência local, o Prefeito autorize a compra de fogos de artifício para utilização no curso da romaria, sendo por tal fato processado, em razão da perturbação da paz pública dos moradores que lá não estavam.

São situações infundáveis que comprovam, apenas, que o agente público, em seu conceito *lato*, não sabe, concretamente, quais são as condutas vedadas pela Lei de Improbidade Administrativa, pois a amplitude dos tipos permite que os legitimados ativos possam, em última análise, processá-lo por qualquer motivo.

É inadmissível que, sob o falso pretexto de se evitar o “engessamento” de uma Lei, os jurisdicionados fiquem à mercê de interpretações, as mais inovadoras, principalmente quando as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 são tão gravosas.

A tipificação frágil e aberta dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa e a atuação excessiva por parte de vários membros do Ministério Público desestimulam os cidadãos a exercerem qualquer cargo público.²⁵

A Lei nº 8.429/92 é norma de natureza cível, mas com nítidos e indisfarçáveis contornos penais. Aliás, basta constatar que a perda da função pública e a inabilitação, ou

²⁴ “Art. 37 da CR/88: 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:”

²⁵ Importante registrar que, em razão das gravosas penas previstas na redação do artigo 12 da LIA e das inúmeras ações de improbidade movidas contra agentes políticos, muitas delas em razão de perseguição pessoal, interesses políticos e demonstração de poder, não se aconselha o ingresso na vida política, sob pena, inclusive, de indisponibilidade de todos os bens e imprescritibilidade de ressarcimento ao erário. Ou seja, em razão do exercício do cargo de Vereador, por 4 (quatro) anos, o cidadão pode ficar com seu patrimônio indisponibilizado por décadas, prejudicando sua própria subsistência.

suspensão dos direitos políticos, são penas previstas tanto na Lei de Improbidade Administrativa quanto nas infrações penais a que estão sujeitos os agentes públicos.

Em última análise, não se pode admitir, portanto, a tipificação aberta, genérica e essencialmente perigosa dos atos de improbidade administrativa.

É do magistério de RUI BARBOSA:

As formas do direito penal são de uma severidade intransigente e absoluta. Não é lícito ao juiz, ao magistrado, ou à instituição que com eles haja de lidar, transpor o limite preciso das suas definições, alargá-las por meio de analogias perigosas, prejudicá-las de qualquer modo, mediante equiparações não autorizadas. (BARBOSA, 2010, p.353).

Aliás, é importante destacar que a os princípios norteadores do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador também são aplicáveis à LIA, uma vez que há inegável semelhança entre as punições impostas ao agente público criminoso e ao agente público ímprobo.

Na lição de ZAVASCKI:

A Lei de Improbidade foi editada visando, fundamentalmente, à aplicação das sanções de natureza punitiva, a saber: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, consequência natural da “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CP, art. 91, II, “b”). A perda de “cargo, função pública ou mandato eletivo” é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública” e “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos”.

[...]

Ora, é justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal consequência “é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais”²⁶. **Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe neguem garantias semelhantes**

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de Direitos Coletivos e defesa coletiva de Direitos*. apud. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. p. 102. In: ENTERRIA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Direito Administrativo*, p. 890.

quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos. Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida de que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do non bis in idem, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa (ZAVASCKI, 2007, p. 111, último §; p. 113, 1º §) (grifo nosso).

Logo, não se olvida que dentre os princípios norteadores da Lei de Improbidade Administrativa está o da tipicidade, que, conforme manifestação anterior, está sendo rotineiramente violado, com a admissão de tipos abertos, que não asseguram a mínima segurança aos agentes públicos.

A respeito do conceito de tipo, é fundamental recorrer à doutrina penalista, em especial, nesta oportunidade, às lições de BITENCOURT:

*Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva. [...] Tipo, na definição de Welzel, “é a descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo da matéria da norma). É uma figura puramente conceitual” [Welzel, *Derecho Penal alemán*, 1970, p. 76] (BITENCOURT, 2006, p. 322-323, grifo do autor).*

A tipicidade decorre do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* e é garantia fundamental ao cidadão que de antemão sabe qual é a conduta que lhe é vedada, não sendo surpreendido posteriormente pela aplicação de uma sanção punitiva por conduta anteriormente permitida.

Da mesma forma com que o Direito Penal não admite flexibilizações relacionadas ao princípio da reserva legal, não se pode admitir que a Lei de Improbidade Administrativa, cujas penas são tão ou mais gravosas que aquele ramo do Direito, contenha tipos abertos que agasalhem permissão para enquadramento de todas as condutas como atos de improbidade administrativa, dependendo, exclusivamente, da vontade do legitimado ativo.

A insegurança daí decorrente desestimula o ingresso na vida pública, dela afastando as pessoas dotadas de boa-fé, em virtude da concreta possibilidade de se sujeitarem a diversos regimes punitivos, sem o mínimo de segurança jurídica.

Lado outro, aquelas pessoas imbuídas de má-fé não se sentem desestimuladas com os rigores da Lei nº 8.429/92, e ingressam na vida pública com as piores intenções possíveis, já resguardando o patrimônio pessoal, antes mesmo da assunção de qualquer cargo, se valendo de “laranjas”, por exemplo, acobertando, de tal forma, seus atos e o próprio patrimônio.

O que se constata, portanto, é que os tipos abertos, originalmente previstos para evitar o engessamento da LIA, não intimidam os agentes ímprobos, mas afastam aqueles de boa-fé.

O agente público tem o direito de saber quais as condutas lhe são vedadas e quais são as consequências de suas ações e omissões, não podendo, todavia, se sujeitar às gravíssimas penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, pela prática de atos que sequer estavam previstos em lei e decorrem apenas da interpretação de um legitimado ativo.

Aliás, tal amplitude de interpretação, além de extremamente perigosa, fere o princípio republicano da separação entre os Poderes, visto que permite ao Judiciário, provocado por um legitimado ativo, enquadrar como hipóteses de improbidades administrativas, situações originalmente não previstas pelo legislador, violando, portanto, a esfera de competência exclusiva do Poder Legislativo.

Por sua vez, como já afirmado, em obediência ao princípio da legalidade, nenhum fato pode ser considerado típico, seja para o Direito Penal, seja para o Direito Administrativo sancionador, seja para a Lei de Improbidade Administrativa, sem que lei o defina, de forma clara e precisa.²⁷ Consoante à interpretação do princípio da legalidade, ao agente público cabe realizar somente as ações previstas em lei, o que difere do indivíduo subordinado ao Direito Privado, que age no âmbito em que a lei não proíbe.

Precisa é a lição de BITENCOURT:

[...] profetiza Claus Roxin, afirmando que: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo” [Claus Roxin, *Derecho Penal*, p. 169]. [...] Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de *indeterminação*, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. O tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente “conceitos que necessitam de complementação valorativa”, isto é, não descrevem efetivamente a *conduta proibida*, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo

²⁷ CR/88, Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal. Não se desconhece, no entanto, que o legislador não pode abandonar por completo os *conceitos valorativos*, expostos como *cláusulas gerais*, os quais permite, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas *cláusulas gerais* valorativas, de outro lado, além do que a *indeterminação* será inconstitucional. [...] Os pontos de vista da justiça e da necessidade de pena devem ser considerados dentro dos limites da reserva legal, ou estar-se-ia renunciando o princípio da determinação em favor das concepções judiciais sobre a Justiça. Enfim, todos esses critérios sugeridos são insuficientes para disciplinar os limites da permissão do uso de *conceitos necessitados de complementação mediante juízos valorativos*, sem violar o princípio constitucional da legalidade (BITENCOURT, 2006, p. 15-16, *grifo do autor*).

Fica, portanto, renovada a crítica à tipificação essencialmente aberta da Lei nº 8.429/92, alertados os magistrados sobre os limites que essa tipificação deve merecer por parte do Judiciário, de forma a evitar arbitrariedades e violação ao princípio da legalidade e da separação de Poderes.

7.3 A tripartição legal dos atos de improbidade administrativa

Os atos de improbidade administrativa estão previstos, de forma não exaustiva, nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA. No artigo 9º, estão descritas condutas que importam em enriquecimento ilícito, merecendo destaque o fato de o Projeto de Lei nº 1.446/91 somente tipificar tal categoria de ato de improbidade.

O artigo 10 contempla os atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário e o artigo 11 registra os atos de improbidade que violam os princípios da Administração Pública.

Há, portanto, uma tripartição legal dos atos de improbidade administrativa, conforme ensina ZAVASCKI:

Reflexo da aplicação dos princípios da legalidade e da tipicidade é a descrição, na Lei 8.429, de 1992, dos atos de improbidade administrativa e a indicação das respectivas penas. Tais atos estão divididos em três grandes “tipos”, cujos núcleos centrais estão assim enunciados: “[...] auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei (art. 9º); ensejar, por “qualquer ação

ou omissão dolosa ou culposa” [...] a “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º dessa Lei” (art. 10); e violar, por “qualquer ação ou omissão”, [...] os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” (art. 11).

Apenas para as condutas do art. 10 está prevista a forma culposa, o que significa dizer que, nas demais, o tipo somente se perfectibiliza mediante dolo. A tal conclusão se chega por aplicação do princípio da culpabilidade, associado ao da responsabilidade subjetiva, por força dos quais não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas. O silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11 (ZAVASCKI, 2007, p. 114).

ALMEIDA aponta para a inexistência de rol taxativo de atos de improbidade administrativa:

Ciente dessa dificuldade, o legislador pátrio, sabiamente, optou por estabelecer de forma não exaustiva o rol dos atos administrativos que deverão ser considerados atos de improbidade administrativa. Assim ficaram arrolados de forma tripartida pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92): a) art. 9º, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) art. 10, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; c) art. 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (ALMEIDA, 2003, p. 451).

Na esteira da tripartição adotada pelo legislador, é de se destacar que os atos de improbidade administrativa estão concentrados em três gêneros, cada qual com diversas espécies, sem, entretanto, exaustividade.

Os incisos dos artigos 9º, 10 e 11, têm, portanto, caráter meramente exemplificativo, nada impedindo, contudo, que outras condutas possam ser enquadradas na Lei de Improbidade Administrativa, desde que importem em enriquecimento ilícito, causem lesão ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

A análise de todos os tipos de improbidade destacados na Lei nº 8.429/92 é a tarefa que se propõe a seguir.

7.3.1 O ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito

O enriquecimento ilícito que importa em ato de improbidade administrativa refere-se à obtenção de “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º” da Lei nº

8.429/92, ou seja, é a utilização do emprego, cargo, função ou atividade vinculada à Administração Pública com o objetivo escuso de locupletamento. Aquele que, usando do seu *status*²⁸, recebe qualquer vantagem patrimonial indevida, pratica ato de improbidade que causa enriquecimento ilícito. É a lição do caput do artigo 9º da Lei nº 8.429/92:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

O inciso I do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa destaca a seguinte conduta:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

Percebe-se que o Legislador não exigiu que o agente público solicitasse a vantagem indevida, mas tão somente a recebesse. Qualquer espécie de vantagem patrimonial, seja ela em pecúnia, bem móvel ou imóvel, já é suficiente para a configuração do ato de improbidade administrativa, desde que aquele regalo tenha sido entregue para o resguardo de um interesse direto ou indireto que possa ser atingido pelas atribuições regulares do agente público.

É o exemplo clássico do fiscal de obras de um Município que recebe um moderno aparelho celular de um cidadão que está construindo sua casa sem a observância de todos os rigores do código de posturas local. Em virtude do “presente”, o fiscal de obras deixa de promover a regular e cabível autuação.

Verifica-se que o agente público deve ter consciência da ilicitude do seu comportamento, ou seja, deve entender e compreender a impossibilidade de receber o agrado, mas, mesmo assim, revelando sua desonestidade, aceitá-lo. Também comete tal tipo de improbidade o agente público que usualmente recebe gratificações de grandes empresas que por ele deveriam ser fiscalizadas, omitindo-se no desempenho de suas funções.

Não se olvida, finalmente, os agentes públicos que extrapolam no desempenho de suas funções apenas e tão somente como forma de pressionar os cidadãos ou empresas sob sua

²⁸ Em relação à Administração Pública.

esfera de atuação a suborná-los. É também o caso clássico de policiais militares que, em fiscalizações de rotina, sobretudo no trânsito, retém veículos sem motivação, ou demoram na conferência de documentos, apenas e tão somente para que os interessados sejam induzidos a ofertar presentes, gratificações, ou mesmo suborno. No caso, tanto o agente público, quanto o terceiro²⁹ que oferta o suborno cometem ato de improbidade administrativa, sem prejuízo das sanções penais.

O inciso II do artigo 9º da Lei nº 8.429/92 narra a seguinte conduta: “II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado”.

Esta é a conduta do superfaturamento, um mal lamentável que persiste na Administração Pública.

O superfaturamento acarreta não somente o enriquecimento ilícito do agente público como também causa lesão ao erário e viola os princípios da Administração Pública. É importante alertar que uma única conduta pode ser enquadrada em diversos tipos de improbidade administrativa.

O agente público deve, sempre e sem exceções, velar pela coisa pública, pelo erário, de forma a evitar todo e qualquer tipo de dilapidação. O superfaturamento é a forma mais usual de esvaziamento dos cofres públicos, pois muitas vezes está disfarçado na legalidade de uma licitação, por exemplo.

Pertinente a anotação de MARTINS JÚNIOR:

Quase sempre prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito caminham juntos, constituindo o superfaturamento o artifício eficiente para proporcionar a obtenção de vantagem indevida, direta ou indiretamente [positiva ou negativamente], pelo agente público. [...] o superfaturamento constitui lesão ao erário (art. 4º, *b*, da Lei Federal n. 4.717/65) e é ato de improbidade administrativa catalogado no art. 10, V, da Lei Federal n. 8.429/92. [...] Se não há superfaturamento e, mesmo assim, houve o recebimento da propina, a conduta do agente público insere-se no art. 9º, *caput* (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 233-234).

A Administração Pública, por sua natureza, está sempre contratando produtos, obras ou serviços, em observância ao disposto na Lei nº 8.666/93. Tais contratações, todavia, devem sempre se pautar pelos valores de mercado, proibida a prática de preços superiores aos usuais.

²⁹ É a previsão do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa: “Art. 3º As 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”.

A ampla publicidade e a participação do maior número de interessados são as principais medidas para obstar a prática do superfaturamento.

Ressalta-se que a conduta prevista no artigo 9º, II, da Lei nº 8.429/92, implica o recebimento, pelo agente público, de propina para que facilite a contratação por preço superior ao do mercado. Em tais casos, normalmente, o produto do superfaturamento é repartido entre o agente público e o contratado.

Novamente se alerta para o fato de que o agente público deve ter plena consciência da ilegalidade de sua conduta, mesmo a anuindo. Em tais casos, além da responsabilidade civil, enquadra-se no caso de punição penal e administrativa ao agente público e ao terceiro interessado. E mais, o agente público deve efetivamente receber a vantagem indevida. A mera promessa, desacompanhada do recebimento, não configura o tipo previsto no inciso II.

O artigo 9º, III, da Lei nº 8.429/92 descreve a seguinte conduta: “III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado”.

Nos moldes da conduta prevista no inciso II, o ato de improbidade administrativa narrado no inciso III é aquele decorrente da facilitação da alienação, permuta ou locação de bem público, ou fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado, com o conseqüente enriquecimento ilícito do agente público e do terceiro interessado, além do óbvio dano ao erário.

Para sua configuração, é necessário o efetivo recebimento da vantagem econômica. A título ilustrativo, é o caso do servidor público municipal responsável pela avaliação de imóveis, que, munido de má-fé, e acertado com terceiro, avalia o valor da locação de um bem público pela metade do valor real, permitindo que o terceiro se locuplete.

É importante destacar que a verificação da improbidade se dá no momento da ação ou omissão do agente público, pouco importando as conseqüências dali em diante ocorridas. No mesmo exemplo acima, se, após a avaliação subestimada, há grande crise imobiliária que acaba por validá-la, o ato do agente público continua ímprobo, merecendo a mesma reprimenda do Poder Judiciário.

É que, em tal situação, a má-fé e a desonestidade do agente público não terão desaparecido e a intenção do legislador é extirpar da Administração Pública o agente corrupto.

Por sua vez, o artigo 9º, IV, da Lei de Improbidade Administrativa, narra o seguinte tipo ímprobo:

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

O ato de improbidade administrativa acima destacado revela, muitas vezes, a confusão de alguns agentes públicos em diferenciar o patrimônio público do patrimônio pessoal. É o caso clássico do Prefeito Municipal que usa servidores públicos, pedreiros, por exemplo, para reformar sua casa, ou mesmo a casa de amigos íntimos.

Também cometem este tipo de ato de improbidade os agentes públicos que usam veículos oficiais para destinações exclusivamente pessoais, sem qualquer ligação ou pertinência com o cargo ou função pública, até mesmo em períodos de férias.

O STJ já se posicionou em caso semelhante:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. O recurso foi interposto nos autos de ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra ex-prefeito do Município de Firminópolis /GO em razão do uso indevido - em benefício próprio - de servidores municipais da área de mecânica de automóveis.

2. O Tribunal *a quo* confirmou na íntegra a sentença que havia condenado o recorrente a ressarcir os cofres públicos pela importância equivalente a 31 (trinta e uma) horas de serviços dos funcionários utilizados de forma indevida - totalizando R\$1.550,00 (mil e quinhentos e cinquenta reais) -, aplicando multa civil fixada em duas vezes o acréscimo patrimonial decorrente desta irregularidade e declarando a suspensão de seus direitos políticos por oito anos.

3. O recorrente postula única e exclusivamente elidir a suspensão dos direitos políticos por oito anos, tendo se conformado com as condenações de ressarcir os cofres públicos e recolher a multa civil.

4. É inequívoco que a conduta do recorrente encerra uma ilicitude palmar, evidenciando uma reprovável confusão entre a coisa pública e o patrimônio privado, tendo-se utilizado de servidores públicos municipais como se fossem seus empregados domésticos, beneficiando, assim, seu patrimônio pessoal em detrimento do serviço público municipal.

5. Não se pode olvidar que a suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das sanções estipuladas pela Lei nº 8.429/92 e que sua aplicação importa impedir - ainda que de forma justificada e temporária - o exercício de um dos direitos fundamentais de maior magnitude em nossa ordem constitucional.

6. A suspensão dos direitos políticos do administrador público pela utilização indevida do trabalho de servidores municipais em um total 31 (trinta e uma) horas não se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais impõem o afastamento dessa sanção.

7. Recurso especial provido (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.055.644 - GO (2008/0099081-3); Rel. Ministro Castro Meira; DJe 01.06.2009).

Ressalta-se, apenas, que o agente público deve ter plena ciência da irregularidade de seu ato, optando em praticá-lo, revelando a sua má-fé.

O artigo 9º da Lei nº 8.429/92 descreve, em seu inciso V, “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

A redação do inciso V do artigo 9º da já citada lei representa notável diferença em relação aos incisos I, II e III. É que o legislador não mais exigiu o recebimento de vantagem indevida para a configuração do ato de improbidade, bastando, agora, a aceitação da promessa de tal vantagem.

A alteração se justifica pela gravidade das condutas narradas no inciso V, dentre as quais se destacam a tolerância com a prática de jogos de azar, lenocínio, narcotráfico, contrabando, usura.

A redação do artigo 9º, VI, da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte:

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Comete o citado ato de improbidade administrativa, por exemplo, o servidor público estadual que, na medição da obra de asfaltamento de uma rodovia, em razão de propina, declara a realização do serviço em extensão maior do que a efetivamente realizada.

MARTINS JÚNIOR alerta:

A execução dos contratos administrativos tem liturgia estabelecida nos arts. 66 a 76 da Lei Federal n. 8666/93, despontando a importância dos atos de fiscalização e recebimento, pois são preparatórios para a conseqüente liberação da despesa (arts. 59 a 64 da Lei Federal n. 4.320/64) e aptos para a caracterização da rescisão contratual ou da responsabilidade civil e administrativa do contratado (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 237).

A consciência da ilicitude também é requisito essencial para a configuração do ato de improbidade administrativa. Todavia, nos casos do artigo 9º, o recebimento da vantagem indevida, ou a aceitação da promessa desta, já revelam a má-fé do agente público.

Por sua vez, o artigo 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que “VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função

pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

A conduta narrada no inciso VII tem estrita ligação com a obrigação estatuída pelo artigo 13 da Lei de Improbidade Administrativa³⁰, segundo a qual, a posse e o exercício do agente público estão condicionados à apresentação e atualização anual da declaração de bens e valores, que poderá ser idêntica àquela apresentada à Receita Federal. Estabeleceu, portanto, o legislador, uma presunção - a de que o crescimento patrimonial desacompanhado de justificativa indica enriquecimento ilícito do agente público.

Nesse particular, todavia, tratando-se de mera presunção, poderá o agente público comprovar a legalidade do seu crescimento patrimonial, afastando, pois, a acusação da prática de ato ímprobo.

A redação do artigo 9º, VIII, da Lei nº 8.429/92 é a seguinte: “VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”.

O agente público sempre deve guardar imparcialidade no desempenho de suas funções. O legislador pretendeu, portanto, preservar tal princípio, coibindo a atuação do agente público em favor de pessoa, física ou jurídica, que tenha interesse na sua manifestação no exercício do cargo ou função pública.

Seria o caso de um engenheiro ou arquiteto, servidor público municipal, responsável pela aplicação e fiscalização dos projetos arquitetônicos nos moldes do Plano Diretor. Não seria moral, e muito menos recomendável, que esse mesmo servidor, nas suas horas livres, fosse consultor de uma grande incorporadora, diretamente interessada nas suas manifestações enquanto servidor. Trata-se, portanto, de norma moralizadora.

³⁰ Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo.

O artigo 9º, IX, da Lei nº 8.429/92 prevê: “IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza”.

Há exigência de efetivo recebimento da vantagem econômica para a configuração desta espécie de improbidade administrativa. O funcionário responsável pela liberação de convênios com Municípios não pode receber vantagem econômica para liberar a verba já prevista em lei. Assim agindo, estaria, grosso modo, estabelecendo verdadeiro balcão de negócios, corrompendo diversos princípios da Administração Pública, como o da legalidade e o da moralidade.

O artigo 9º, X, da Lei de Improbidade Administrativa descreve a seguinte conduta ímproba: “X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado”.

Trata-se de ato de improbidade decorrente da violação dos deveres de ofício do agente público³¹. MARTINS JÚNIOR alerta para o fato de que:

No caso do art. 9º, X, a omissão que pretende o beneficiário deve ser relacionada com atos da atribuição do agente público, ou seja, a omissão de ato, providência ou declaração inserida dentre suas atribuições estabelecidas em lei ou regulamento. Fora desse âmbito, o agente público responde pelo enriquecimento ilícito segundo o art. 9º, *caput*, salvo se co-autor (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 246).

O artigo 9º, XI, da Lei nº 8.429/92 prevê “incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

O agente público que se apropria de qualquer bem, em sentido amplo, pertencente às entidades mencionadas no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa comete ato de improbidade. A bibliotecária que leva consigo, ao final do expediente, livro do acervo da biblioteca pública municipal sem a intenção de devolvê-lo e sem qualquer registro, por exemplo, comete tal tipo de improbidade. O mesmo ato ímprobo comete o tesoureiro do município que, ao receber tributo de cidadão, embolsa parcialmente o valor.

A incorporação deve ser concreta para a configuração do tipo ímprobo destacado no inciso XI.

³¹ Há semelhança com o tipo penal da prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal:

Prevaricação. Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

Finalmente, a redação do artigo 9º, XII, da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte “XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

Há inegável semelhança com a previsão do artigo 9º, IV, da Lei de Improbidade Administrativa, pois, em ambos os incisos, o Legislador pretendeu proteger o erário, afastando a utilização indevida e indiscriminada do patrimônio público pelo agente público, em sua esfera privada.

Como exposto, não é admissível que o Prefeito utilize os computadores do seu gabinete para a confecção de santinhos de sua campanha política.

Em relação ao conteúdo do artigo 9º da Lei nº 8.429/92, é importante destacar que somente pratica o ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito aquele agente público que tem consciência da ilicitude de sua conduta, ou seja, aquele que age com dolo, revelando toda sua má-fé, corrupção e desonestidade.

Se, porventura, o agente público praticar algum ato que importe enriquecimento ilícito em seu favor ou de outrem, mas sem consciência da ilicitude de sua conduta, apenas por despreparo ou incapacidade técnica, não cometerá ato de improbidade e a ele não se aplicará a Lei de Improbidade Administrativa.

A necessidade de comprovação do elemento subjetivo – dolo – é fundamental para a configuração do ato de improbidade previsto no artigo 9º da Lei nº 8.429/92. O STJ, em acórdão proferido em Embargos de Divergência em Recurso Especial, cadastrado sob o nº 479.812 - SP (2007/0294026-8), publicado em 27.09.2010, uniformizou a jurisprudência da Primeira Seção, reconhecendo a necessidade de constatação do dolo nos casos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11 da lei citada.

A ementa do julgado é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

O voto do Ministro Teori Albino Zavascki elabora verdadeira retrospectiva do entendimento do STJ sobre o tema, merecendo integral reprodução:

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. É de se conhecer dos embargos de divergência ante a existência de teses jurídicas antagônicas acerca do tema versado no presente recurso. Os acórdãos confrontados adotaram posicionamentos divergentes acerca da necessidade de configuração do elemento subjetivo para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

2. As duas Turmas da 1ª Seção já se pronunciaram no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 805080/SP, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 06/08/2009; REsp 804052/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJe de 18/11/2008; REsp 842428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21/05/2007; REsp 1.054.843/SP, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23/03/2009, esse último assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC: INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO, JÁ QUE FOI NEGADA AO RECORRENTE A PRODUÇÃO DE PROVA TENDENTE A AFASTAR A CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

No voto-condutor do aresto, manifestei-me da seguinte forma:

2. Todavia, o recurso especial merece provimento quanto à questão central. Tem razão o recorrente quando defende seu direito de produzir prova tendente a afastar a configuração de dolo ou culpa na conduta que lhe é imputada, o que lhe foi negado com o indeferimento dos pedidos nesse sentido, feitos na oportunidade própria. Com efeito, é firme a jurisprudência desta 1ª Turma do STJ no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.

3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611). "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999) (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006).

4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

5. Recurso especial provido. (REsp 734.984/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 9.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobadas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, caput, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.

3. Recurso especial provido. (REsp 604.151/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).

No mesmo sentido, os recentes julgados: AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006.

Realmente, o princípio da legalidade impõe que a sanção por ato de improbidade esteja associada ao princípio da tipicidade. Reflexo da aplicação desses princípios é a descrição, na Lei 8.429, de 1992, dos atos de improbidade administrativa e a indicação das respectivas penas. Tais atos estão divididos em três grandes 'tipos', cujos núcleos centrais estão assim enunciados: '[...] auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei' (art. 9º); ensejar, por 'qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa [...]', a 'perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei' (art. 10); e violar, por 'qualquer ação ou omissão [...]', 'os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições' (art. 11).

Apenas para as condutas do art. 10 está prevista a forma culposa, o que significa dizer que, nas demais, o tipo somente se perfectibiliza mediante dolo. A tal conclusão se chega por aplicação do princípio da culpabilidade, associado ao da responsabilidade subjetiva, por força dos quais não se tolera responsabilização objetiva nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas. O silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos art. 9º e 11.

Deve-se considerar, a propósito, que o § 6º do art. 37 da Constituição, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade de outra natureza, subordinada a casos de dolo ou culpa. Sua responsabilidade objetiva, em consequência, demandaria, no mínimo, previsão normativa expressa, que, ademais, dificilmente se compatibilizaria com a orientação sistemática ditada pelo preceito constitucional. Não é por acaso, portanto, que, no âmbito da Lei 8.429/92 (editada com o objetivo de conferir maior efetividade aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inscritos no *caput* do mesmo dispositivo da Constituição), há referência a 'ação ou omissão, dolosa ou culposa' no art. 5º, que obriga ao ressarcimento do dano, em caso de lesão ao patrimônio público, e no art. 10, que descreve uma das três espécies de atos de improbidade, qual seja a dos atos que causam prejuízo ao erário. O silêncio da lei com respeito ao elemento subjetivo na descrição dos outros dois tipos de atos de improbidade - os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) - certamente não pode ser interpretado como consagração da responsabilidade objetiva, diante de sua excepcionalidade em nosso

sistema. Trata-se de omissão a ser colmatada à luz do sistema e segundo o padrão constitucional, que é o da responsabilidade subjetiva.

Esse entendimento, que deve presidir a decisão do caso aqui em exame, encontra-se em dissonância com o adotado pelo acórdão embargado.

Conforme ementa transcrita no voto-condutor do aresto atacado, o Tribunal de origem entendeu que "não há comprovação nos autos [...] de que a contratada agiu em conluio com o representante da Administração, com dolo ou culpa" (fl. 914), razão pela qual não lhe aplicou qualquer penalidade. No entanto, a 2ª Turma modificou o julgado, sob o fundamento de que "a questão da boa-fé do agente ímprobo, [...] quando se está diante do art. 10 da Lei de Improbidade, não é analisada para a caracterização do ato de improbidade" (fl. 916). Dessa forma, o acórdão embargado acabou por desconsiderar a análise do elemento subjetivo, afastando a necessidade de comprovação de dolo ou de culpa na hipótese do art. 10 da Lei 8.429/92.

Como visto, a jurisprudência majoritária de ambas as Turmas da 1ª Seção firmou entendimento no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade, exigindo-se, ao menos, a culpa nos atos de improbidade que causam lesão ao erário (art. 10 da Lei). Deve, portanto, ser reformado o acórdão recorrido.

3. Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência, para negar provimento ao recurso especial e restabelecer o acórdão de fls. 514/522. É o voto."

No julgado paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência, reconhecendo que, para a configuração de ato de improbidade administrativa decorrente da prática de ação/omissão prevista nos artigos 9 e 11 da Lei nº 8.429/92, é necessária a presença de dolo do agente. Reconheceu, ainda, que na hipótese de ato de improbidade administrativa decorrente de ação/omissão prevista no artigo 10 da já citada lei, é preciso, ao mínimo, a presença de culpa do agente.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça corrobora a posição de que a Lei de Improbidade Administrativa é direcionada ao agente público desonesto, mas não ao inábil.

6.3.2. O ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário

O artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, revela os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário. Novamente, o Legislador não elaborou hipóteses exaustivas, apenas destacando algumas condutas ímprobas, sem, contudo, engessar a norma. Assim, toda e "qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das entidades mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/92 é ato de improbidade e se sujeita ao regramento da norma de regência. É a lição do *caput* do citado artigo:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

De se destacar, de plano, que, ao contrário da previsão do artigo 9º, a redação do artigo 10 admite a modalidade culposa para a configuração do ato de improbidade que causa lesão ao erário.

O Projeto de Lei nº 1.446/91 não previa tal modalidade de improbidade, incluída, pois, após as exaustivas emendas apresentadas pelo Poder Legislativo. O legislador, portanto, deu maior relevo ao ato de improbidade que causa lesão ao erário, que se configura tanto pela conduta dolosa, quanto pela culposa.

A configuração do ato de improbidade que causa dano ao erário depende, necessariamente, da existência de um dano ao patrimônio público efetivo e concreto e do liame entre este e a ação ou omissão do agente público³². Há casos, no entanto, em que o dano ao erário é presumido, cabendo ao agente público o ônus da prova da correção de sua conduta.

A redação do inciso I, do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte: “I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

O agente público não precisa efetivamente receber qualquer vantagem indevida na hipótese, bastando que facilite ou concorra para qualquer forma de dilapidação do patrimônio público. Percebe-se, novamente, que o tipo é amplo, facilitando o enquadramento de diversas situações.

As expressões utilizadas, tais como “por qualquer forma”, permitem uma ampla aplicação da previsão do inciso I. Os exemplos são variados. O chefe do almoxarifado que permite que um terceiro subtraia para sua papelaria, caixas de canetas do município, comete ato de improbidade que causa lesão ao erário.

³² Importante a lição de MARTINS JÚNIOR (2009): “A tônica central do art. 10 é fornecida pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo ou omissivo do agente, e expressa-se na redução ilícita de valores patrimoniais. **A ilicitude (aqui compreendida a imoralidade) é traço essencial à lesividade.** [...] o art. 10, *caput*, conceitua o prejuízo patrimonial, enquanto seus incisos indicam situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissociavelmente. Nesse artigo cuida-se de **hipóteses de atos lesivos ao patrimônio público que, por obra do comportamento doloso ou culposo do agente público, causaram bônus indevido ao particular e impuseram ônus injusto ao erário, independentemente de o agente público obter vantagem indevida.** Esta, no art. 10, é angariada pelo particular, muito embora possam concorrer, não necessariamente, o enriquecimento ilícito do agente (art. 9º) e do particular (art. 10). Combate-se, pois, o enriquecimento ilícito do particular em regra. [...] **A perda patrimonial para caracterizar a improbidade administrativa há de ser medida pela existência de um prejuízo patrimonial efetivo (salvo nas hipóteses descritas nos incisos do art. 10, em que o prejuízo é presumido)**, derivada de uma conduta ilícita ou imoral do agente. Lesão sem repercussão patrimonial não configura esta espécie de improbidade administrativa, podendo consistir, conforme o caso, em enriquecimento ilícito ou atentado aos princípios da Administração Pública. [...] Da mesma forma, [...] situações descritas nos incisos do art. 10 são meramente exemplificativas, de modo que hipóteses não previstas inserem-se no *caput*, desde que preenchidos os seus requisitos (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 249-251, *grifo nosso*).”

A redação do inciso II do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 é a seguinte: “II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”.

Apesar da semelhança com a redação do inciso I, no caso do inciso II, o Legislador destacou as situações em que a utilização dos bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio público era permitida, mas assumiu caráter de improbidade ante o descumprimento das normas legais ou regulamentares aplicáveis ao caso.

Admita-se a hipótese na qual determinada empresa obteve a autorização para uso de quadra pública, assumindo a obrigação de mantê-la e ofertar 50% (cinquenta por cento) do tempo útil para alunos de escolas públicas municipais. No curso da autorização, todavia, se constata que a empresa, com a conivência do agente público responsável pela fiscalização, não está destinando tempo algum aos alunos das escolas públicas.

Percebe-se, pois, que a improbidade administrativa não surgiu com a celebração da autorização, mas sim, e tão somente, com o descumprimento das normas aplicáveis.

A redação do artigo 10, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que:

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie.

Alguns Municípios doam aos seus cidadãos material de construção, cestas básicas e medicamentos, tudo conforme leis locais que disciplinam os requisitos para o recebimento de tais benesses.

Contudo, em alguns casos, extrapolando a norma legal local, muitos Prefeitos doam tais materiais com fins diversos dos legalmente admitidos, seja para favorecimento de “amigos”, seja com fins eleitoreiros. Nesses casos, portanto, há prática de improbidade administrativa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou em casos semelhantes, sempre reconhecendo a existência da improbidade administrativa. Vejamos as ementas dos ilustrativos julgados:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AGENTE POLÍTICO - DOAÇÃO DE BENS SEM OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS - PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO - IMPROBIDADE CONFIGURADA (ARTS. 10, III E XII, E 11, I, DA LEI 8.429/92) - APLICAÇÃO DAS SANÇÕES -

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. - Configura ato de improbidade administrativa a doação irregular de materiais de construção a pessoas diversas daquelas que tiveram as moradias atingidas pelas chuvas, relacionadas em lei municipal (arts. 10, III e XII, e 11, I, da Lei 8.429/92). - Na aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, o julgador deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação na interpretação e aplicação do dispositivo. (Apelação Cível nº 1.0355.03.001311-2/004(1); Rel. Desembargador Geraldo Augusto; publicado em 06.02.2009).

EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - REPASSE DE VERBAS A UM CLUBE PARTICULAR - INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS - FALTA DE MOTIVO - ILEGALIDADE - IMPOSIÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI 8429/92. Pratica ato de improbidade o agente público (prefeito) que repassa verba do município a clube particular, sem motivos que o justifique e sem as formalidades legais, o que se agrava pelo fato do presidente do clube ser o seu filho, denotando intuito de beneficiar a sua gestão. Inteligência do art. 10, III e 11 da lei 8429/92. Não se aplica a penalidade por infração ao art. 11, I, da LEI 8429/92, de suspensão dos direitos políticos, pela "prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência", quando o fato típico já está contido nas penalidades aplicadas com base nos artigos 9 e 10 da mesma lei, que já penalizam ambos os atos de improbidade praticados pelo agente público, de outra forma, o que constituiria 'bis in idem'. (Apelação Cível nº 1.0105.05.166378-6/001(1); Rel. Desembargadora Vanessa Verdolim Hudsson Andrade; publicado em 02.10.2007).

Novamente, se percebe que a improbidade não necessariamente surge no momento da definição da doação, mas muitas vezes decorre da violação da motivação legal daquela.

O artigo 10, IV, da Lei de Improbidade Administrativa prevê: “IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado”.

Há evidente semelhança com a redação do inciso III do artigo 9º da Lei nº 8.429/92. Como já esclarecido, não há unicidade de tipificação, ou seja, uma mesma conduta pode ser enquadrada em diversos incisos da já citada lei.

No caso concreto, enquanto que o artigo 9º, III, da Lei nº 8.429/92 exige o efetivo recebimento, pelo agente público, de vantagem econômica, a redação do artigo 10, IV, da mesma lei, dispensa esse recebimento, bastando para a configuração da improbidade administrativa apenas a permissão ou facilitação da dilapidação do patrimônio público por preço inferior ao mercado.

O Prefeito que aluga um imóvel do Município, por preço inferior ao praticado no mercado, apenas e tão somente para agradar um eleitor, pratica ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, IV, da Lei de Improbidade Administrativa.

Por sua vez, a redação do artigo 10, V, da Lei de Improbidade Administrativa prevê: “V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”.

Novamente há semelhança com a redação do artigo 9º, II, da Lei de Improbidade Administrativa, com a mesma distinção anterior, ou seja, na hipótese do inciso V, do artigo 10 da referida lei, não há exigência de recebimento de vantagem econômica, bastando a permissão ou facilitação do superfaturamento.

O membro da Comissão de Licitação que, de má-fé, deixa de atualizar a pesquisa de preços do mercado, permitindo que proposta flagrantemente superfaturada seja vencedora, mesmo sem o recebimento de qualquer vantagem, comete ato de improbidade administrativa.

Importante destacar, contudo, que a verificação da improbidade deve se efetuar no momento da conduta (ação ou omissão) do agente público, não podendo ser reavaliada após a ocorrência de circunstância externa e imprevisível.³³

A redação do artigo 10, VI, da Lei nº 8.429/92 é a seguinte: “VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea”.

A realização de operação financeira por qualquer agente público deve observar as normas legais atinentes. O Prefeito, por exemplo, que contrata operação financeira sem a autorização do Poder Legislativo local, e com taxas mais elevadas que as praticadas no mercado comete ato de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em caso semelhante. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE RECEITA. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA. DESCUMPRIMENTO. IMPROBIDADE. 1. O acórdão manteve a condenação de Prefeito Municipal por IMPROBIDADE administrativa, por entender necessário procedimento licitatório, bem como autorização legislativa específica para a contratação de empréstimos bancários por antecipação de receita. 2. Embora seja dispensável, na hipótese, o procedimento licitatório para a realização de OPERAÇÃO bancária, já que realizada antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, subiste o acórdão ao reconhecer a irregularidade das operações de empréstimo sem autorização do Legislativo Municipal. 3. A lei do orçamento anual (ato-regra) pode autorizar, genericamente, as operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, § 8º), o que não afasta a necessidade de aprovação, em cada caso, por ato legislativo de inferior hierarquia (ato-condição). 4. Assim, para as operações de crédito por antecipação de receita não basta a

³³ É a hipótese do membro da Comissão de Licitação que deixa de atualizar a pesquisa de preços, permitindo a vitória de proposta superfaturada. Nesse caso, se após sua omissão dolosa, houve grande aumento dos preços, por fatores alheios à sua vontade e imprevisíveis, ainda assim terá agido com má-fé. No caso, todavia, se o prejuízo ao erário tiver desaparecido, a improbidade persiste, mas pela violação de princípios norteadores da administração pública.

autorização genérica contida na lei orçamentária, sendo indispensável autorização específica em cada OPERAÇÃO. A inobservância de tal formalidade, ainda que não implique em enriquecimento ilícito do recorrente ou prejuízo para o erário municipal, caracteriza ato de IMPROBIDADE, nos termos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, à míngua de observância dos preceitos genéricos que informam a administração pública, inclusive a rigorosa observância do princípio da legalidade. 5. Recurso especial improvido" (STJ - RESP 410414/SP; Rel. Min. Castro Meira; DJU 27.09.04).

Indispensável, contudo, que haja prejuízo ao erário. A simples violação da norma legal pertinente, sem o efetivo prejuízo ao erário, pode configurar ato de improbidade, mas apenas pela violação aos princípios norteadores da Administração Pública, inserindo-se nas hipóteses do art. 11 da Lei n.º 8.429/92.

Por sua vez, a redação do artigo 10, VII, da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte: “VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”.

Comete tal tipo de improbidade, por exemplo, o chefe do setor de pessoal que aceita e renova pedido de licença de funcionário público por prazo superior ao legal, fazendo com que o mesmo permaneça recebendo dos cofres públicos sem trabalhar.

Dispõe o artigo 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte: “VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”.

Muitos dos casos de improbidade administrativa se relacionam com fraudes em licitações. É que a Administração Pública, nos termos da Lei n.º 8.666/93, só pode contratar com terceiros mediante licitação, salvo as expressas ressalvas legais.³⁴

A licitação, portanto, é a regra geral da celebração de negócios entre a Administração Pública e terceiros, razão suficiente para justificar a ocorrência de diversos tipos de improbidade vinculados aos procedimentos licitatórios.

Qualquer tentativa de frustração da licitude do processo licitatório configura ato de improbidade administrativa, o que equivale a afirmar que a não observância dos ditames previstos na Lei n.º 8.666/93 pode, comprovado o dolo ou a culpa, configurar ato de improbidade administrativa.

Neste particular, é importante destacar que a Lei n.º 8.666/93 é extremamente complexa, composta por 126 (cento e vinte e seis) artigos, o que justifica certa cautela na análise de eventual ato de improbidade administrativa decorrente da previsão do artigo 10, VIII, da Lei n.º 8.429/92.

³⁴ Lei n.º 8.666/93: “Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

É que, em muitos casos, os agentes públicos desrespeitam determinados preceitos da Lei nº 8.666/93, não por má-fé ou desonestidade, mas simplesmente por desconhecimento técnico. Neste sentido, portanto, imputar ao agente público inábil a mesma punição do agente público desonesto não se apresenta razoável.

A redação do *caput* do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 revela que mesmo a conduta culposa pode configurar o ato de improbidade que causa lesão ao erário. Entende-se, pois, que eventual desrespeito à Lei nº 8.666/93 por parte do agente público, a fim de configurar o ato de improbidade, deve, necessariamente, ter causado dano efetivo ao erário.

Em especial no tocante ao inciso VIII da Lei de Improbidade Administrativa, entende-se, ainda, que a conduta do agente público deve estar imbuída de má-fé, de dolo, ou, ao menos, de culpa grave, inaceitável para aquele que ocupa função pública.

A mera inobservância de determinada previsão legal, desacompanhada de dano efetivo ao erário, ou mesmo, a simples incapacidade técnica justificável não acarretam ato de improbidade administrativa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou no mesmo sentido:

EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PENAS - IRREGULARIDADE - CONTRATAÇÃO - VERBAL - AUSÊNCIA - DOLO - MÁ-FÉ - CULPA GRAVE - PREJUÍZO - INEXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA - AÇÃO - CIVIL - PÚBLICA. - Consoante já decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Garcia Vieira, a Lei 8.429/92 "alcança o administrador desonesto, não o inábil (REsp 213.994-MG, DJU 27.09.99). - Assim, a mera irregularidade na forma de contratação (verbal), não acarreta, por si só, a aplicação das penas da lei de improbidade administrativa, especialmente porque não comprovados o dolo, a má-fé e nem mesmo a culpa grave, ausente, também, qualquer tipo de prejuízo para a municipalidade. (Apelação Cível nº 1.0056.03.057008-1/002; Relator para o acórdão Desembargador Edivaldo George dos Santos; publicado em 14.11.2008).

Também comete ato de improbidade o agente público que dispensa indevidamente o processo licitatório.

A Lei nº 8.666/93 prevê, em seu artigo 24, as hipóteses legais de dispensa de licitação. São 31 (trinta e um) incisos que narram, detalhadamente, as hipóteses nas quais o administrador pode dispensar a licitação. Na lição de CARVALHO FILHO:

A **dispensa** de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. [...] Alguns autores costumam distinguir a **licitação dispensável** e a **licitação dispensada**. Aquela tem previsão no art. 24 do

³⁶ Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Estatuto e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la. A licitação dispensada, a seu turno, estampa as hipóteses em que o próprio Estatuto ordena que não se realize o procedimento licitatório; tais hipóteses estão previstas no art. 17, I e II, do Estatuto, e referem-se a alguns casos específicos de alienação de bens públicos. [...] Além dos casos de dispensa, o Estatuto contempla, ainda, os casos de **inexigibilidade**. Não custa repetir a diferença: na inexigibilidade, é inviável a própria competição. Diz o art. 25 do Estatuto: **É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição**. No mesmo dispositivo, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução “**em especial**”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico (CARVALHO FILHO, 2009, p. 238-239 e 255-256).

Os casos de dispensa de licitação descritos no rol do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 configuram hipóteses exaustivas e que não admitem interpretação extensiva. Ao passo que, nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, as hipóteses são extensivas aos demais casos não previstos conforme análise do caso concreto. DI PIETRO ensina que:

Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito. Quanto à inexigibilidade, a própria redação do artigo 25 traz implícita a possibilidade de ampliação. Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição, o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistir, não há que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada (DI PIETRO, 2005, p. 323).

Entende-se, pois, que a dispensa de licitação fora dos estritos termos previstos no rol do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 pode configurar o ato de improbidade, se comprovado o dano ao erário. Ressalta-se, novamente, o entendimento anterior exposto, ou seja, que o agente público tenha agido com dolo ou culpa grave, que revele sua má-fé e desonestidade.

A redação do artigo 10, IX, da LIA é a seguinte “IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”.

A Lei nº 4.320/64³⁶ que regulamenta a Contabilidade Pública e institui normas de Direito financeiro e orçamentário é expressa ao orientar a elaboração anual da lei de orçamento³⁷, que deverá conter todas as receitas e as despesas da Administração Pública.

³⁷ Art. 2º. A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

§ 1º Integrarão a Lei de Orçamento:

I - Sumário geral da receita por fontes e da despesa por funções do Governo;

II - Quadro demonstrativo da Receita e Despesa segundo as Categorias Econômicas, na forma do Anexo nº. 1;

Se o agente público, portanto, desrespeitando a lei orçamentária, ordenar ou permitir a realização de despesa desautorizada por lei ou regulamento, ou sequer prevista, estará cometendo ato de improbidade administrativa.

A simples ordenação de despesa não prevista em orçamento, salvo as de caráter emergencial, por si só configura dano ao erário, ao passo que o equilíbrio das finanças públicas estará fatalmente prejudicado³⁸.

O artigo 10, X, da Lei de Improbidade Administrativa prevê: “X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”.

A parte mais considerável das receitas públicas, usualmente, decorre da arrecadação tributária. Tal circunstância, por si só, justifica que o agente público tenha o máximo de diligência e interesse na fiscalização da arrecadação, adotando todos os meios necessários a propiciar o aumento da receita.

A conduta negligente, portanto, fatalmente acarreta a diminuição da arrecadação tributária, a sua estagnação, ou ainda, crescimento inferior ao possível, causando, pois, em todas as hipóteses, danos ao erário.

O legislador expressamente consignou que a conduta do agente público, neste particular, sequer deve ser imbuída de dolo, bastando a presença de negligência, admitida, portanto, a modalidade culposa.

Também pratica ato de improbidade o agente público que é negligente na conservação do patrimônio público, seja ele móvel, imóvel, financeiro, ou intangível.

III - Quadro discriminativo da receita por fontes e respectiva legislação;

IV - Quadro das dotações por órgãos do Governo e da Administração.

§ 2º Acompanharão a Lei de Orçamento:

I - Quadros demonstrativos da receita e planos de aplicação dos fundos especiais;

II - Quadros demonstrativos da despesa, na forma dos Anexos ns. 6 a 9;

III - Quadro demonstrativo do programa anual de trabalho do Governo, em termos de realização de obras e de prestação de serviços.

Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá tôdas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

Parágrafo único. Não se consideram para os fins deste artigo as operações de crédito por antecipação da receita, as emissões de papel-moeda e outras entradas compensatórias, no ativo e passivo financeiros.

Art. 4º. A Lei de Orçamento compreenderá tôdas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio dêles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º.

³⁸ A respeito, colaciona-se a redação do §1º, do artigo 1º da Lei Complementar nº 101: “§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

Difere-se, todavia, o agente público negligente daquele que não dispõe de meios financeiros e/ou técnicos para a promoção da conservação. É o caso, a título exemplificativo, do Prefeito de uma pequena cidade do interior do Sergipe, que não possui verba suficiente para promover a restauração de um belo e importante casarão histórico e que recorre a todos os órgãos possíveis, sem êxito em receber auxílio. No caso, se o prédio vier a ruir, o Prefeito não poderá ser qualificado de ímprobo, pois não tinha meios de promover a preservação daquele patrimônio.

Novamente se destaca que a intenção do legislador é sancionar o agente público desonesto e corrupto.

Por sua vez, a redação do artigo 10, XI, da lei em comento é a seguinte: “XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”.

A gestão das verbas públicas merece amplo cuidado por parte do Legislador que além da Lei nº 4.320/64, que regula a contabilidade pública, também cuidou de elaborar a Lei Complementar nº 101/00, que “estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”.

A liberação de verba pública sem a observância das normas pertinentes ou a influência para a aplicação irregular configuram atos de improbidade administrativa, sendo presumido o prejuízo.

Caberá, portanto, ao agente público a comprovação de que sua conduta ativa ou omissiva não acarretou efetivo dano ao erário, ou que agiu sem dolo ou culpa.

A redação do inciso XII, do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 é a seguinte: “XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”.

Na hipótese do inciso XII da já citada lei, o agente público cometerá ato de improbidade sempre que, com dolo ou culpa, favorecer o enriquecimento ilícito de terceiro, acarretando dano ao erário.

Em tal espécie de improbidade incide, por exemplo, o procurador jurídico do Município que, ciente da proximidade da prescrição de determinado crédito tributário, mantém-se inerte apenas para favorecer determinada pessoa de seu relacionamento.

É importante, lado outro, reconhecer que a redação do inciso XII do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 reflete semelhança com a previsão do artigo 9º da mesma norma, uma vez que o agente público que praticar a conduta vedada pela redação daquele tipo fatalmente também cometerá improbidade que causa enriquecimento ilícito.

Como ressaltado anteriormente, não há unicidade de tipificação dos atos de improbidade, ou seja, uma mesma conduta pode ser enquadrada em diversos tipos legais.

O inciso XIII do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa prevê:

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

A redação é semelhante a do artigo 9º, IV, da Lei de Improbidade Administrativa, cabendo aqui as mesmas considerações. A intenção do legislador é punir, de forma exemplar, o agente público que não dissocia o patrimônio público do privado, utilizando aquele em favor deste.

O dano ao erário é necessário, mas a simples utilização do patrimônio público (veículos, máquinas, equipamentos, material de qualquer natureza, trabalho de servidor público, empregados ou terceiros) em favor de terceiros é suficiente para sua configuração.

A conduta do agente público deverá ser revestida de dolo ou culpa grave. Na hipótese, por exemplo, o agente público que autoriza a reforma de um campo de futebol, acreditando ser o mesmo de propriedade da municipalidade (fato até aquele momento inquestionável) e, após a realização da obra, descobre que o mesmo era de particular, não pratica o ato de improbidade previsto no artigo 10, XIII, da Lei nº 8.429/92.

A redação do artigo 10, XIV, da referida lei é a seguinte: “XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei”.

O supracitado inciso foi incluído pela Lei nº 11.107/05, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências”.

Pertinente a lição de MARTINS JÚNIOR:

A Lei nº . 11.107/05 regula os consórcios públicos, no qual “Consórcio é uma das formas de colaboração associativa entre entes estatais da mesma espécie, que se deve constituir em associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, a partir de contrato seguido ao protocolo de intenções, com a distribuição de obrigações recíprocas, para o alcance de finalidades convergentes e comuns. O consórcio distingue-se da outra figura de gestão associada, o convênio, que é acordo celebrado entre entes da Administração Pública de diferentes espécies ou entes entre elas e particulares (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 278).

Cometerá, portanto, ato de improbidade, o agente público que celebrar convênio ou consórcio público sem a observância das disposições da Lei nº 11.107/05.

Finalmente, a redação do artigo 10, XV, da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que “XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei”.

Este inciso derradeiro do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 também foi acrescentado pela Lei nº 11.107/05. Nos mesmos moldes do comentário anterior, cometerá ato de improbidade administrativa o agente público que celebrar contrato de rateio de consórcio público sem a observância das formalidades legais.

Em relação ao artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, portanto, é prudente afirmar que o legislador deu especial ênfase ao ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário, pois, ao contrário das outras duas espécies, não se exige a presença do dolo na conduta do agente público.

Todavia, a possibilidade da conduta culposa acarretar ato de improbidade deve ser admitida com cautela, aceitando-se, apenas, a culpa grave para sua configuração. A intenção da Lei nº 8.429/92 é punir o agente público desonesto, mas não o despreparado ou desqualificado tecnicamente.

É requisito para configuração do ato de improbidade previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, o efetivo dano ao erário, mas em alguns incisos, o legislador presume a ocorrência do dano, cabendo ao agente público e ao terceiro interessado, se for o caso, comprovar a inexistência deste, e, conseqüentemente, a ausência de ato de improbidade.

Cabível, neste momento, a análise dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, expressamente abordados pela redação do *caput* e incisos do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

7.3.3 O ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública

Os atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito só se configuram se há dolo na conduta do agente público e efetivo recebimento de vantagem econômica indevida (exceção da conduta prevista no artigo 9º, V, da Lei de Improbidade Administrativa³⁹).

³⁹ “V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem” (grifo nosso).

Os atos de improbidade que causam lesão ao erário só se configuram se há efetivo dano ao erário (há previsão de presunção de dano em algumas hipóteses), e se o agente público atua com dolo ou culpa⁴⁰.

Os atos de improbidade que violam os princípios norteadores da Administração Pública só se configuram na presença do dolo na conduta do agente público, mas não há necessidade de efetivo dano ao erário e tampouco enriquecimento ilícito do agente. É o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme as ementas a seguir reproduzidas:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. NECESSIDADE. CONFIGURAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. EXISTÊNCIA.

1. Pacificou-se nesta Corte Superior entendimento segundo o qual o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 requer a constatação do elemento subjetivo doloso do agente, em sua modalidade genérica. Precedentes.

2. Na espécie, o Prefeito delegou a seu Vice, mediante simples procuração, *todos* os poderes que lhe foram conferidos democraticamente pelo povo, a fim de que fosse este o responsável pela gestão do Município, em flagrante desrespeito ao pilar da Constituição da República, que é o Estado Democrático de Direito, com sua inerente representatividade popular fruto do exercício do voto.

3. É de se entender, portanto, configurado o dolo, manifesto na vontade livre e consciente de outorgar procuração geral e irrestrita, ainda que se alegue confusão entre o regime privado e público de mandato, porque nenhum administrador público pode ignorar, após mais de 20 anos de vigência da nova ordem constitucional (isto sem considerar que a Democracia já vige no país há mais tempo...), que sua eleição para cargo máximo do Executivo (no caso, municipal) imputa a ele, e não a terceiros, como *regra*, o dever indelegável de, na qualidade de mandatário da população, corretamente administrar o Município (arts. 1º, p. ún., 14, 29, 76, 79 e 84, inc. II, da Constituição da República).

4. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 834.647 - MG (2006/0062771-2); Rel. Ministro Mauro Campbell Marques; publicado em 19.11.2010)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Embora tenha havido discrepância inicial, pacificou a jurisprudência desta Corte em reconhecer que as condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo, ainda que genérico. Consequentemente, afasta-se a responsabilidade objetiva dos administradores, não se fazendo necessária a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública. Precedentes.

2. Embargos de divergência não providos.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 917.437 - MG (2008/0236837-6); Relator Ministro Castro Meira; publicado em DJE 22.10.2010).

MARTINS JÚNIOR se manifesta no mesmo sentido:

⁴⁰ Há, portanto, notável distinção para os demais tipos de atos ímprobos, pois se admite a modalidade culposa.

A inobservância dos princípios acarreta agora a responsabilidade, pois o art. 11 censura “condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material”, conforme pronuncia Odete Medauar, observando o art. 21, I, da lei. Para alguns, a simples violação dos deveres ínsitos a todo agente público “tem implícitos a vantagem individual e o prejuízo ao patrimônio público”, opinião aceita com reserva, porque neste último caso o dano nem sempre é patrimonial, mas sobretudo moral. [...] A tutela específica do art. 11 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. [...] Havendo lesão patrimonial, também nessa hipótese dar-se-á, além das outras cominações previstas no art. 12, III, o ressarcimento integral do dano, mostrando que os valores patrimoniais estão protegidos nessa espécie, se bem sejam dispensáveis para a caracterização dessa modalidade de improbidade administrativa. [...], entretanto, **a preponderância dada aos valores morais da Administração Pública torna muito mais efetiva e adequada a tutela da probidade administrativa, [...] censurando atos que, embora não necessitem produzir efeito financeiro negativo no patrimônio público, impliquem ilegalidade, desonestidade, incompetência, nulidades absolutas, pessoalidade, falta de publicidade e, é claro, imoralidade** (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 280-281, *grifo nosso*).

Observada a regra dos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, o Legislador não discorreu exaustivamente sobre as hipóteses de ato de improbidade que violam princípios norteadores da Administração Pública, optando, tão somente, por destacar algumas condutas, sem restrição a outras, desde que observada a redação do *caput*, que é a seguinte: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente”.

A leitura da redação do *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa poderia levar à conclusão de que o legislador somente considerou como ato de improbidade aquelas condutas que atentassem contra os princípios de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.

Todavia, apesar da má-técnica legislativa⁴¹, a referida interpretação não se apresenta como a mais adequada.

Observa-se, desde logo, que na redação do artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa, o legislador expressamente destacou outros princípios que deveriam ser alvo de observação pelos agentes públicos. Vejamos: “Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

⁴¹ Reiteram-se as ponderações sobre a brevidade da tramitação do Projeto de Lei nº1.446/91 e suas intensas alterações.

A interpretação deve se basear nos princípios da Administração Pública, conforme previsão do artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1.988,⁴² de forma global, e não apenas naqueles citados nos artigos 4º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.⁴³

A intenção do legislador foi tutelar todo e qualquer princípio vinculado e norteador da Administração Pública, tanto que a seção III do Capítulo II da Lei nº 8.429/92 é intitulada de “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”.

Toda e qualquer conduta, portanto, que violar algum dos princípios norteadores da Administração Pública poderá, se praticada com dolo, configurar ato de improbidade a ser sancionado pelos ditames da Lei de Improbidade Administrativa.

A Administração Pública, todavia, é regida por diversos diplomas legais, vários dos quais noticiam princípios próprios. Assim, qualquer princípio presente em uma dessas normas está amparado pela redação do *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Logo, o agente público deverá observar os princípios previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, bem como os princípios da Lei de Licitações, da Lei de Responsabilidade Fiscal, da própria Lei de Improbidade Administrativa.

O legislador destacou algumas condutas, a título exemplificativo, nos incisos do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, a seguir abordadas.

A redação do inciso I do artigo 11 da referida lei dispõe: “I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

Trata-se do ato praticado em desvio de finalidade, no qual há apenas aparência de legalidade destinada a disfarçar um ato viciado. Novamente se destaca que a conduta do agente público, para a configuração do ato de improbidade que atenta contra os princípios norteadores da Administração Pública, deve estar imbuída de desonestidade, má-fé. Ou seja, o agente público deve, conscientemente, optar pela conduta ilícita revelando toda sua má índole.⁴⁴

⁴² “Constituição da República. 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”.

⁴³ Na comparação da redação dos dois artigos (4º e 11), se verifica uma aparente contradição, visto que há na redação do artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa expressa determinação de obediência à legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, ao passo que na redação do artigo 11 da mesma norma apenas se repete o princípio da legalidade.

⁴⁴ Pertinente o destaque da doutrina de MEIRELLES, citado em PAZZAGLINI FILHO: “O desvio de finalidade ou de poder, é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio

É o típico caso em que o Prefeito, dentre diversas opções, decide por urbanizar um bairro distante, cujos lotes, todavia, pertencem a uma empresa de propriedade de seu filho. A legalidade é apenas aparente, mas a improbidade é intrínseca.

O STJ já se posicionou a respeito do tema:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. CARACTERIZAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE (EMBORA, NA ESPÉCIE, A CONFIGURAÇÃO TENHA SIDO APONTADA PELA ORIGEM). RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO. INTEGRALIDADE DO DANO. INAPLICABILIDADE DO ART. 12, P. ÚN., DA LEI N. 8.429/92 NO QUE SE REFERE AO RESSARCIMENTO.

1. Prioridade em razão da Lei Complementar n. 135/2010.
2. Sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 9º, 10, 11, 12, 17, § 2º, e 18 da Lei n. 8.429/92, sob os argumentos de que (i) a configuração de improbidade administrativa requer a perfectibilização do elemento subjetivo doloso, bem como a do dano ao erário, e (ii) o ressarcimento, na hipótese, não deve ser integral, à luz do comando legal de proporcionalidade/razoabilidade.
3. Como admitido pelo próprio recorrente em outra oportunidade, ele empregava verbas públicas destinadas à saúde para o pagamento de despesas pessoais de alimentação e telefonia. Além disto, com as mesmas verbas especialmente destinadas à saúde, o recorrente promoveu pagamento de diárias e aluguéis totalmente desnecessários. Estes são os fatos narrados pela origem às fls. 761/762 (e-STJ).
4. Não há como, pois, negar estar presente o dolo do agente público, eventualmente afastável (mas talvez não menos reprovável) se demonstrado o deslocamento das verbas públicas para outras finalidades públicas. Na espécie, entretanto, o recorrente, de forma livre e consciente, empregou verbas públicas destinadas à saúde para fins estritamente pessoais, tendo, inclusive, optado por não prestar conta do destino do dinheiro, valendo-se do silêncio para encobrir a conduta ilegal e claramente ímproba.
5. No mais, em relação à inexistência de dano ao erário e à ausência de enriquecimento ilícito por parte da recorrente, pacífico no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é despicienda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Precedentes.
6. Mesmo que assim não fosse, a instância ordinária deixou clara a existência, na espécie, de prejuízo ao erário, consistente no desvio de verbas públicas obtidas pelo Município na via de convênio.
7. Esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que, havendo dano ao erário, o ressarcimento deve ser integral e exatamente igual à extensão do dano suportado, uma vez que, na verdade, o ressarcimento não é sanção, mas simples medida consequencial cujo objetivo é reequilibrar os cofres públicos - daí porque, no que tange ao ressarcimento, não incide o art. 12, p. ún., da Lei n. 8.429/92. V., p. ex., REsp 622.234/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 15.10.2009.
8. Recurso especial não provido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.042.100 - ES (2008/0061819-0); Relator Ministro Mauro Campbell; publicado em DJE de 20.09.2010).

ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; [...] O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público (MEIRELLES, 2001, p. 112; *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 103)”.

A redação do inciso II do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte: “II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

Há semelhança com o tipo penal da corrupção passiva. O agente público que, conscientemente, deixa de praticar ou retarda a prática de ato de ofício comete ato de improbidade administrativa.

É o exemplo do fiscal de tributos que deixa de autuar um contribuinte em situação irregular, mesmo que não tenha recebido nada em troca, porque na redação do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 não há exigência de enriquecimento ilícito e tampouco dano ao erário.

No mesmo exemplo, portanto, ainda que o fiscal promova a autuação, mas o faça muito tempo depois do que poderia ter feito, ainda assim haverá o ato de improbidade, desde que fique devidamente configurado o seu dolo.

Não se pode confundir, contudo, excesso de serviço com retardo na prática de ato de ofício. O legislador não pretendeu impor aos agentes públicos regime de terror, mas apenas e tão somente punir os corruptos.

Se o fiscal citado no exemplo retardou a autuação em razão do volume excessivo de serviço, fazendo-a tão logo teve condições, não praticou ato de improbidade administrativa.

O artigo 11, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa dispõe: “III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo”.

Trata-se da proteção ao segredo funcional, ou seja, aquele a que se tem acesso em razão da função desempenhada.

A Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, regula uma série de informações que são sigilosas. Há, ainda, previsões de mesma matéria no Código Tributário Nacional, no Código Penal e Processual Penal.

Código Tributário Nacional

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Código Penal

Violação do segredo profissional

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

[...]

Violação de sigilo funcional

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Violação do sigilo de proposta de concorrência

Art. 326. Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Código de Processo Penal

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Ressalta-se, nesse ponto, a lição de PAZZAGLINI FILHO: “O elemento subjetivo é o dolo: ato voluntário de comunicação indevida a terceiro de certo acontecimento, que teve ciência em razão de seu ofício consciente de ser ele sigiloso” (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 104).

Pratica tal ato de improbidade, por exemplo, o Promotor de Justiça que, ciente de determinada circunstância de um processo que tramita em segredo de Justiça, repassa a informação a um jornalista, para que o mesmo a publique, colocando a opinião pública em desfavor do investigado.⁴⁵

Por sua vez, a redação do inciso IV do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte: “IV - negar publicidade aos atos oficiais”.

A Administração Pública é regida, dentre outros, pelo princípio da publicidade, de modo que qualquer tentativa de frustrar ou negar publicidade aos atos oficiais pode configurar ato de improbidade, desde que provado o dolo do agente público.

Não se admite, portanto, que o agente público negue publicidade aos atos oficiais, o que, por si só, revelaria indícios de irregularidades, pois só teme o público aquele que tem o que esconder.

⁴⁵ Situação semelhante ocorreu recentemente na chamada Operação Satiagraha da Polícia Federal. No caso, conforme ampla divulgação pela mídia (disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-16/protogenes-nega-tenha-vazado-informacoes-satiagraha>>, acesso em 03.01.2011), suspeita-se que o Delegado responsável pelo caso tenha repassado informações do inquérito policial a jornalistas da Rede Globo de Televisão. Os fatos estão sendo apurados na Ação Penal 11893.69.2008.403.6181, que tramita em segredo de justiça perante a 7ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo.

Exemplo de tal tipo de improbidade é aquela praticada pelo funcionário do Congresso Nacional que não publica atos de nomeação de outros servidores permitindo, de tal forma, que a prática de nepotismo permaneça oculta.

Ressalta-se, contudo, que a não publicação de ato oficial em razão de erro desprovido de dolo não acarreta a espécie acima destacada de improbidade administrativa. O dolo, a consciência da ilicitude, é indispensável.

A redação do artigo 11, V, da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte:

“V - frustrar a licitude de concurso público”;

A Constituição da República de 1988 previu que a forma de ingresso no serviço público se dá por meio de concurso⁴⁶, motivo pelo qual qualquer tentativa de frustrar certame pode configurar ato de improbidade, caso esteja comprovado o dolo do agente público.

Não se admite que pessoas não concursadas ocupem cargos públicos, exceto os de livre nomeação, em detrimento daquelas que se sujeitaram aos rigores de concorrido certame, apenas em razão da vontade de um agente público. Inadmissível, também, que agentes públicos tentem fraudar certames públicos, de forma a garantir a aprovação de determinadas pessoas.

O STJ já se manifestou sobre a matéria da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES, SEM CONCURSO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE E DE OUTROS INTEGRANTES DA CÂMARA DE VEREADORES. LEGITIMIDADE PASSIVA. CAUSA PETENDI NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENQUADRAMENTO LEGAL EQUIVOCADO NA PETIÇÃO INICIAL. NATUREZA E EXTENSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS.

[...]

3. A contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza improbidade administrativa.

4. No âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, o Presidente da Câmara de Vereadores – sem prejuízo da responsabilidade de outros edis que, por ação ou omissão, contribuam para a ilegalidade, sobretudo ao não destacarem, aberta e expressamente, sua oposição à medida impugnada – responde pela contratação de servidores, sem concurso público, para o Legislativo municipal.

[...]

13. Recurso Especial não provido.

(REsp 817.557/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 1002/2010).

⁴⁶ Artigo 37, II, da Constituição da República de 1988: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

A frustração da licitude do concurso público não se limita à contratação de servidores não concursados. Qualquer tentativa de favorecimento de candidato no curso do certame também configura ato de improbidade administrativa. A título exemplificativo, cita-se o examinador que, antes da prova, avisa a alguns conhecidos o assunto que será alvo de perguntas, favorecendo-os.

Novamente, o STJ já se manifestou sobre a situação:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCURSO PÚBLICO PARA CARGOS DE MÉDICOS DO MUNICÍPIO DE DIADEMA. IRREGULARIDADES APURADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATOS QUE POSSUEM VÍNCULOS DE AMIZADE E PARENTESCO COM MEMBROS DA COMISSÃO EXAMINADORA. FAVORECIMENTO PARA APROVAÇÃO NO CERTAME. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO EM PREMISSAS FÁTICAS E SEM OMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC AFASTADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. Versam os autos sobre Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com esteio nas Leis n. 7.347/85 e 8.429/92, onde se pretende a anulação do ato de nomeação, realizado pela Portaria n. 285, de todos os requeridos aos cargos de médico do Município de Diadema e a condenação deles às sanções previstas no artigo 12, III, da Lei n. 8.429/92.

2. Tratando-se de ação civil pública ajuizada para o reconhecimento dos atos de improbidade administrativa e a aplicação das respectivas sanções, é inconteste que a competência para o julgamento da demanda é de uma das Turmas da Primeira Seção do STJ, nos termos do artigo 9º, §1º, inciso XI, do Regimento Interno do STJ.

3. As instâncias ordinárias, rebatendo todos os pontos suscitados pelas partes e individualizando a conduta de cada um dos réus, concluíram, do contexto fático-probatório dos autos, que o concurso instaurado para provimento de cargos de médico e afins em caráter efetivo desenvolveu-se com manifesta afronta ao princípio da moralidade pública, considerando que participaram do certame candidatos que possuem vínculos de amizade e parentesco com membros da comissão examinadora.

4. Assim, ainda que a decisão seja contrária às teses defendidas pelos recorrentes, não se constata a existência de nenhum ponto suscitado pelas partes que não tenha sido contemplado pelo Tribunal de origem em suas razões de decidir.

5. Ademais, não há como afastar a aplicação da Súmula n. 7 deste Tribunal ao caso. As razões do recurso especial partem de premissas de fato cuja verificação demanda reexame de prova, o que é vedado pela enunciado sumular citado.

6. Agravo regimental não-provido. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.053.834 - SP (2008/0095662-3); Relator Ministro Benedito Gonçalves; publicado no DJE de 18.03.2009).

A redação do inciso VI do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa é a seguinte: “VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo”.

A obrigação do agente público em prestar contas está prevista nas seguintes leis:

CR/88. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de

receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (*grifo nosso*).

Decreto-Lei 200/67. Art. 93. Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.

Lei Complementar 101/2000. Art. 58. A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições (*grifo nosso*).

Sempre, portanto, que o agente público se recusar a prestar contas cometerá ato de improbidade administrativa. Há que se ressaltar, contudo, que a recusa na prestação de contas deve ser consciente. Se o agente público desconhecia a obrigação ou acreditava já tê-la cumprido, não praticará ato de improbidade.

Finalmente, o inciso VI do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa prevê: “VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço”.

A respeito do inciso VII, precisa é a lição de PAZZAGLINI FILHO:

Revelação significa a propagação a particular ou a servidor estranho às funções do agente público revelador, por qualquer forma de comunicação escrita, oral ou eletrônica, do conteúdo sigiloso de medida governamental dotada de capacidade de abalar o preço de mercadoria, bem ou serviço, de que tomo conhecimento em razão de suas atribuições ou competências funcionais, intempestivamente, ou seja, antes da respectiva divulgação oficial (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 112).

Não basta, portanto, que o agente público revele teor de medida política ou econômica antes de sua divulgação oficial. É necessário que a medida revelada tenha capacidade de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Há semelhança entre a redação do inciso VII da Lei nº 8.429/92 com as seguintes normas legais:

Código Penal Brasileiro
Violação de sigilo funcional
Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Lei 6.404/1976

Dever de Lealdade

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III – adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§ 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

A revelação deve ser dolosa, ou seja, o agente público deve ter a consciência da impossibilidade de fazê-la, optando, todavia, pela sua realização, evidenciando sua má-fé.

Comete tal tipo de improbidade o Secretário de Obras Estadual que, ciente da construção de nova rodovia, revela o fato a grande incorporador que, imediatamente, adquire imóveis na região futuramente valorizada.

7.3.4 As características dos atos de improbidade administrativa. Quadro-resumo dos diferentes tipos de atos de improbidade administrativa

Os atos de improbidade administrativa, portanto, foram destacados pelo legislador em três grandes grupos: os que causam enriquecimento ilícito (artigo 9º), os que causam dano ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), e cada grande grupo possui suas próprias características.

Os atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito exigem a presença de dolo na conduta do agente público, ou seja, a vontade especialmente dirigida à prática do ato desonesto, de má-fé. O legislador exigiu, ainda, o efetivo recebimento de vantagem indevida, exceção feita à conduta citada no inciso V do artigo 9º, que se aperfeiçoa com a simples aceitação de promessa de vantagem.

Os atos de improbidade que causam dano ao erário admitem modalidade culposa, além, é claro, da dolosa. É requisito para a configuração de tal tipo de ato de improbidade o efetivo dano ao erário, sem o qual não haverá conduta a ser punida pelas disposições do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Finalmente, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública só se aperfeiçoam mediante dolo. Todavia, não há exigência de recebimento de vantagem (ou promessa) indevida e tampouco efetivo dano ao erário.

Em todos os artigos, os incisos são exemplos de condutas que configuram atos de improbidade, sem caráter exaustivo, contudo. Qualquer conduta que se amolde à previsão dos *caputs* dos citados artigos configura ato de improbidade administrativa.

Ademais, não há unicidade de tipificação, ou seja, uma mesma conduta pode configurar, simultaneamente, vários tipos de improbidade administrativa.

Elucidativo o seguinte quadro-resumo:

Quadro 1 - Resumo

Ato de Improbidade que causa enriquecimento ilícito	Ato de Improbidade que causa dano ao erário	Ato de Improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública
Artigo 9º da LIA	Artigo 10 da LIA	Artigo 11 da LIA
<i>auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei.</i>	<i>qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei.</i>	<i>qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.</i>
Requisitos: conduta dolosa do agente público (ou terceiro) e efetivo recebimento de vantagem indevida (exceção da conduta do inciso V que admite mera aceitação de promessa).	Requisitos: conduta dolosa ou culposa do agente público (ou terceiro) e efetivo dano ao erário.	Requisitos: conduta dolosa do agente público (ou terceiro).

Ademais, há grande importância prática em decorrência da identificação do tipo de ato de improbidade, seja para que o requerido possa se defender adequadamente, seja em razão das sanções decorrentes.

A tripartição dos atos de improbidade é adequada e revela a intenção do legislador em sistematizar a matéria. É importante destacar, contudo, que não há exclusividade na classificação do ato de improbidade. Todavia, as diferenças entre os diferentes tipos de ato de improbidade revelam a necessidade do enquadramento, o mais preciso possível, de uma conduta a um tipo previsto na LIA, de forma a permitir que o sujeito passivo da lide possa se defender ciente das características e requisitos do ato de improbidade que lhe está sendo imputado.

7.4 As penalidades dirigidas aos atos de improbidade previstas na Lei de Improbidade Administrativa

A seguir, abordar-se-ão as penalidades previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 que se concentram nos seguintes termos:

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.

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.

O legislador, coerente com o critério tripartido adotado em relação aos atos de improbidade, também o manteve na descrição das penalidades, destacando um inciso para cada tipo de ato de improbidade administrativa.

Em tal contexto, o ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito possui as penalidades destacadas no inciso I, do artigo 12 da Lei nº 8.429/92. O ato de improbidade que causa dano ao erário, por sua vez, encontra as sanções pertinentes na redação do inciso II do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Finalmente, o ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública reflete as sanções do inciso III, do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Ademais, no *caput* desse mesmo artigo, o legislador destacou, uma vez mais, que as sanções da referida lei são independentes das penais, civis e administrativas previstas em legislações específicas, reiterando, portanto, a multiplicidade de regimes jurídicos punitivos dirigidos aos agentes públicos.

E mais, o legislador expressamente alertou que, “de acordo com a gravidade do fato”, as sanções poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente. Há, portanto, evidente menção à proporcionalidade e à razoabilidade, ainda mais quando se verifica a redação do parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 8.429/92, que determina ao juiz a observância da extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A Lei de Improbidade Administrativa, conforme manifestação anterior, se destina a sancionar o agente público corrupto, imbuído de má-fé e não o agente público despreparado

tecnicamente. Há na citada norma nítido caráter punitivo, de forma a afastar da Administração Pública os agentes públicos desonestos.

ZAVASCKI destaca o caráter punitivo da Lei de Improbidade Administrativa:

A Lei de Improbidade foi editada visando, fundamentalmente, à aplicação das sanções de natureza punitiva, a saber: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, consequência natural da “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CP, art. 91, II, “b”). A perda de “cargo, função pública ou mandato eletivo” é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública” e “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos” (ZAVASCKI, 2007, p. 111).

O caráter punitivo da Lei de Improbidade Administrativa é da sua essência, sempre objetivando afastar da Administração Pública o agente público desonesto.

7.4.1 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa

Não se podem afastar da interpretação da Lei de Improbidade Administrativa os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, seja na análise da ocorrência, ou não, dos atos de improbidade administrativa, seja na fixação das penas.

O princípio da proporcionalidade relaciona a transgressão com a punição, de forma que uma se molde a outra, de forma racional e equivalente, sem superposição. COSTA ressalta:

O critério da proporcionalidade – juntamente com a doutrina francesa da proibição dos excessos e dos desvios de finalidade dos atos de polícia – foi, sem dúvida, o maior refrigério concebido no campo do direito público em favor dos direitos individuais.

Na Alemanha, a proporcionalidade, como princípio jurídico de índole administrativa, segundo Jellinek, deita as suas raízes no final do século XVIII, onde, em 1791, por

ocasião da realização de uma conferência sobre o direito de polícia, teria Suarez lançado a pedra fundamental desse princípio com esta clássica elocução: ‘O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos (COSTA, 2002, pag. 70-71).

BONAVIDES não destoa desse entendimento:

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito. O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, como alguns direitos sociais o uno campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149, CF) ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas de Poder Legislativo (*caput* do §1º do art. 45) (BONAVIDES, 2005, p. 434).

Aliás, é de se afirmar que o próprio STF já se manifestou no julgamento das ADIn’s 966-4⁴⁷ e 958-3⁴⁸, sustentando que o princípio da proporcionalidade integra o contexto do ordenamento constitucional e provém diretamente do rol de direitos fundamentais.

COSTA discorre sobre os elementos básicos da proporcionalidade, indicando-os:

- a) adequação entre meio e fim (que sinaliza para verificar se a medida restritiva é eficaz para alcançar o fim pretendido);
- b) adoção de medida menos onerosa (indica que, se o fim almejado pela administração pode ser atingido por medida menos restritiva, não deverá ser adotada a mais gravosa);
- c) relação custo-benefício (orienta para que a restrição administrativa não sacrifique bem de categoria jurídica mais elevada do que o bem que se pretende com ela resguardar) (COSTA, 2002, p. 81).

DI PIETRO relaciona a proporcionalidade à razoabilidade:

Embora a Lei nº . 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas

⁴⁷ Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266603>>. Acesso em: 03 jan. 2011.

⁴⁸ Acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266600>>. Acesso em: 03 jan. 2011.

diante do caso concreto. **Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto**, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). **Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade** (DI PIETRO, 2005, p. 81) (*grifo nosso*).

Segundo BANDEIRA DE MELLO, o princípio da razoabilidade pode ser assim descrito:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de descrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade manejada (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 108).

Dentre os princípios presentes na Administração Pública, a razoabilidade se sustenta nos preceitos idênticos aos quais se encontram constitucionalmente assentados: a legalidade (art. 5º, II, 37 e 84, CF/88) e a finalidade (art. 5º, LXIX, CF/88).

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração pra decidir-se segundo uma estimativa da situação a critérios *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 109, *grifo do autor*).

Inserindo-se nas doutrinas administrativas mais radicais, demonstrando a relação entre os atos legais e razoáveis, CARVALHO FILHO dispõe:

[...] é preciso lembrar que, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a **ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal**. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou se não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público (CARVALHO FILHO, 2009, p. 33-34, *grifo do autor*).

GASPARINI também ressalta a ligação entre razoabilidade e legalidade e a finalidade, mesmo não estando presente na Constituição da República explicitamente, sendo, todavia, de grande utilidade como instrumento de interpretação, mesmo no STF (HC 77,003-4-PR; RE 211,043-4-SP; ADIn 855-2-PR; RE 192,568-0-PI, *apud* GASPARINI, 2008, p. 25).

Sobre a aplicação do princípio da razoabilidade, em consonância com o da proporcionalidade e da satisfação do interesse público, expõe GASPARINI:

Costuma-se ver na regra do inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei federal n. 9.784/99, que exige nos processos administrativos seja observada a “adequação entre meio e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, o cerne do *princípio da proporcionalidade*, que, no entanto, é apenas um aspecto do princípio da razoabilidade. Os atos administrativos não podem ser praticados, quando se tratar de atuação discricionária, com excesso ou com escassez para prejudicar o administrado. Aplicar a pena de suspensão a certo servidor, quando a sanção de advertência seria suficiente para dar satisfação ao interesse público, é praticar ato afrontando esse princípio, tanto quanto seria assim se a sanção imposta ao servidor fosse de advertência, mas a exigida pelo interesse público fosse a de suspensão (GASPARINI, 2008, p. 25, *grifo do autor*).

A valoração da razoabilidade dos atos e do exercício da função pública deve balizar-se por padrões (ou *standards*) fundamentados nos princípios gerais do Direito, e não conforme a consciência individual:

[...] Não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus *standards* pessoais, a lume de sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo e adequado no momento, mas a lume dos princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que, em Direito Civil, se denomina *valores do homem médio*. [...] Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração (FIGUEIREDO, 2006, p. 50, *grifo do autor*).

Tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da razoabilidade estão expressamente previstos na redação do artigo 2º da Lei nº 9.784/99: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Os operadores do Direito (assim entendidos na especificidade da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa como os legitimados ativos, os defensores e os julgadores) devem analisar as condutas apontadas como ímprobas, levando em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, seja na análise (por parte do legitimado ativo) da

existência do ato de improbidade administrativa, seja na condenação e fixação das penalidades (por parte dos julgadores).

A efetiva utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade permite o afastamento de posturas excessivas por parte dos legitimados ativos e também dos julgadores, reiterando a necessidade de se punir os agentes públicos desonestos, evitando-se, contudo, a punição de agentes públicos honestos, mas tecnicamente despreparados.

A razoabilidade e a proporcionalidade devem orientar, inclusive, os julgadores quando da fixação das penalidades, na hipótese em que entenderem comprovada a prática dos atos de improbidade administrativa, impondo, dentre as diversas penalidades previstas no artigo 20 da Lei nº 8.429/92, aquelas que, de fato, correspondam com o dano causado pelos agentes públicos desonestos.

7.4.2 As penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa de acordo com o ato de improbidade cometido

As penalidades previstas na redação do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa compreendem: perda de bens ou valores, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e impedimento de recepção de benefícios ou incentivos fiscais e creditícios.

Há, contudo, diferenças nas penalidades de acordo com o ato de improbidade administrativa praticado.

Em se tratando de ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito, previsto, pois, no artigo 9º da Lei nº 8.429/92, as penalidades serão de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver (ressaltando-se que conforme quadro resumo já reproduzido, o dano ao erário não é requisito do ato de improbidade previsto no artigo 9º), 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.

No caso de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário, previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, as penalidades serão de ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância (lembrando-se que o enriquecimento ilícito não é requisito deste tipo de ato de improbidade), 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.

Finalmente, em caso de ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios norteadores da Administração Pública, previsto na redação do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, as penalidades serão de ressarcimento integral do dano, se houver (destacando-se que tanto o dano ao erário quanto o enriquecimento ilícito não são requisitos dessa modalidade de ato de improbidade), 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.

É desnecessário, portanto, afirmar que as penalidades previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa são extremamente gravosas.

7.4.3 A aplicação conjunta ou isolada das penalidades da Lei de Improbidade Administrativa

A primeira constatação que merece registro é a de que não há nenhuma imposição de aplicação conjunta de todas as penalidades previstas em cada um dos incisos do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, exatamente em razão da necessária observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O magistrado deve analisar, caso já convencido da ocorrência do ato de improbidade administrativa, todas as circunstâncias do caso concreto, em especial, a formação técnica do agente público, sua motivação para a prática do ato, a repercussão do mesmo tanto na sua esfera patrimonial (ou do terceiro), quanto no erário, a reprovabilidade da conduta e a repercussão da mesma perante a população local, valorando, inclusive, os usos e costumes locais.

Apenas após a ponderação de todas essas circunstâncias, deverá o magistrado aplicar a penalidade, sempre observando o elo entre a conduta e a punição, de modo a evitar o descompasso entre uma e outra.

ZIMMER JÚNIOR defende a não cumulatividade das penalidades, afirmando que:

Não é necessário, contudo, a aplicação das penas cumuladas, ou seja, a perda do cargo, a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o dever de ressarcir o erário (CF, art. 37, § 4º), pois o princípio da proporcionalidade determinará a verdadeira extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente para daí decorrer a intensidade da punição. Cabe aqui, uma ressalva: nem sempre serão cumuladas as sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8429/92. Essa é, pois, lei civil, que prevê punição de natureza civil, logo, sem prejuízo a qualquer punição na esfera administrativa ou penal. Neste sentido, alcança o ato ilegal, ato proibido por lei, mas também se refere ao ato imoral (ilegal porque ato de improbidade), porém sem outra expressa previsão legal que o defina – é Código de Eticidade e não de Moralidade (ZIMMER JÚNIOR, 2008, p. 107).

E finaliza:

Também é preciso ressaltar que a sentença que confirma a prática de ato de improbidade (como decorrência de ação civil julgada procedente) inicia-se pela exigência de ressarcimento ao erário, seja em virtude de dano causado, havendo ou não enriquecimento ilícito. Além disso, é preciso ponderar todo o rosário de punições possíveis, adequando-se desta maneira, o grau de culpabilidade com o real prejuízo causado e o pedido do autor na inicial. Aqui, a reprovabilidade da conduta irá pautar a individualização da pena, visto que todas as punições previstas no art. 12 da Lei n. 8429/92 não aparecerão sempre somadas, cumuladas, mas sim calculadas na exata medida do exigido para o caso concreto – verdadeira concretização do princípio da proporcionalidade. O pedido, diga-se de passagem, não pode representar condicionamento definitivo, a ponto de invadir o espaço do julgador na estipulação das punições que podem decorrer da procedência de uma ação de improbidade (ZIMMER JÚNIOR, 2008, p. 109).

O STJ, de forma unânime, já assentou que as penalidades do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 não são, necessariamente, cumuladas:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTEMPESTIVIDADE – ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL - SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE – CUMULAÇÃO DE PENAS.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial, interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem, deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.
2. Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação, de acordo com fatos e provas abstraídos dos autos, o que não pode ser feito em sede de recurso especial, diante do óbice da Súmula 7/STJ.
3. Recurso especial do réu não conhecido e improvido o do Ministério Público.

(REsp 658.389/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 03/08/2007 p. 327).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.

1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, 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 conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração.

2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido.

(REsp 513.576/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.11.2005, DJ 06.03.2006 p. 164).

ZAVASCKI também se posiciona contrário à tese da cumulação das penas:

Questiona-se a respeito da obrigatoriedade ou não de aplicação cumulativa das penas, quando mais de uma é teoricamente cabível. Há os que entendem que ao juiz não cabe, em hipótese alguma, deixar de aplicar “em bloco” todas as sanções que a lei prevê. Todavia, essa doutrina pode conduzir a grandes injustiças e até a situações absurdas. Não se justifica, por exemplo, que qualquer ato de improbidade, por menos grave que seja, deva necessariamente acarretar a perda do cargo público ou do mandato eletivo e a suspensão dos direitos políticos, penas essas cuja gravidade importaria uma brutal desproporção com o ilícito cometido e as suas conseqüências. Tem razão, assim, os que recomendam, amparados também em precedentes da jurisprudência, um juízo mais flexível, baseado no princípio da proporcionalidade, apto a conter os excessos eventualmente decorrentes da aplicação da pena (ZAVASCKI, 2007, p. 122-123).

A aplicação cumulativa de todas as penalidades previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92 é possível, mas apenas e tão somente nos casos em que o ato de improbidade administrativa demandar a repulsa firme do Poder Judiciário, em virtude da intensa gravidade da desonestidade do agente público e dos danos causados ao erário.

A regra geral é a de que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 seja efetuada em obediência à razoabilidade e proporcionalidade, verificando-se as minúcias do caso concreto e, como já afirmado, valorando-se a formação técnica do agente público, sua motivação para a prática do ato, a repercussão do mesmo tanto na sua esfera patrimonial (ou do terceiro), quanto no erário, a reprovabilidade da conduta e a repercussão da mesma perante a população local, valorando, inclusive, os usos e costumes locais.

A ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das penalidades previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa revela que,

raramente, a punição será em “bloco”, pois, dificilmente, uma conduta ímproba demandará a imposição de todas as espécies de penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

7.4.4 Da natureza das penalidades da Lei de Improbidade Administrativa

Outro ponto que merece destaque é o fato de que somente as penalidades de perda de bens ou valores (nos casos de enriquecimento ilícito) e de ressarcimento integral do dano possuem caráter reparatório, ao passo que todas as demais, quais sejam, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e impedimento de recepção de benefícios ou incentivos fiscais e creditícios possuem caráter punitivo.

As penalidades observam a lógica do sistema punitivo projetado pelo legislador. Em caso de enriquecimento ilícito, o acréscimo deverá ser extirpado do patrimônio do particular, seja ele pessoa física ou jurídica (no caso do terceiro). Em caso de dano ao erário, o prejuízo deverá ser reparado, com o ressarcimento integral do dano. As demais penalidades, por possuírem caráter punitivo, somente se aplicam ao agente público ímprobo.

A intenção do legislador, como já afirmado, foi afastar os agentes públicos desonestos da Administração Pública. Em tal sentido, pois, se justificam as penalidades de multa civil, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos ou benefícios.

No tocante à pena de multa civil, interessante e pertinente é a colocação de PAZZAGLINI FILHO: “A multa civil não tem natureza indenizatória, mas simplesmente punitiva. E, perante a sua índole genuinamente corretiva, não se estende aos sucessores do agente condenado por improbidade” (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 141).

A constatação decorre da lógica: se a multa tem caráter punitivo, não seria razoável punir os sucessores do agente ímprobo, que não possuem nenhuma vinculação com a improbidade administrativa praticada.

O raciocínio inverso representaria a possibilidade de que um filho de um agente ímprobo condenado a penalidade de perda da função pública, fosse afastado de seu cargo público exercido mediante aprovação em concurso público. O mesmo se pode afirmar em

relação ao filho do ímprobo, sócio majoritário de empresa, que seria proibido de contratar com o Poder Público em razão da condenação de seu pai, já falecido.

Todavia, em se tratando das penalidades de caráter reparatório, como a perda de valores acrescidos ilicitamente e o ressarcimento integral do erário, as mesmas se transmitem aos sucessores, nos exatos termos do artigo 8º da Lei de Improbidade Administrativa.⁴⁹

7.4.5 A dosimetria das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Quadro-resumo das diferentes penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa para os diversos tipos de atos de improbidade administrativa

Ainda em relação às penalidades previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, é de se assinalar que a análise da conduta do agente público é fundamental para a correta dosimetria da pena. Tanto nos casos de enriquecimento ilícito, quanto nos de dano ao erário e atentado aos princípios norteadores da Administração Pública, deverá o magistrado observar as circunstâncias pessoais do agente público.

Não se verifica correção no nivelamento de agentes públicos com formações técnicas distintas, tampouco de diferentes localidades e ocupando cargos totalmente diversos. O magistrado não pode perder de vista tais diferenças, sob pena de impor pesadas sanções àquele apenas tecnicamente despreparado, e também de relevar comportamentos inaceitáveis daquele que goza de toda estrutura técnica.

É que a realidade da Administração Pública, sobretudo a municipal, está muito distante da ideal. Um montante considerável de municípios, em sua maioria, vive exclusivamente dos repasses financeiros efetuados pelos respectivos Estados e pela União Federal, passando quase que ininterruptamente por crises financeiras.

Em tal contexto, os servidores públicos municipais, usualmente, são mal remunerados e convivem com constantes atrasos de pagamentos, além de se sujeitarem à estrutura física precária e pouco, ou nenhum, treinamento específico para exercerem suas funções.

⁴⁹ LIA. Art. 8º. O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

Muitas vezes, portanto, esses servidores deverão auxiliar o Prefeito, ou seus Secretários, na tomada de decisões. Não se pode ignorar, todavia, que muitos dos assuntos administrativos esbarram em legislações complexas e infindáveis Portarias e Regulamentos, ampliando a possibilidade de um parecer equivocado, ou de uma orientação totalmente dissociada da melhor técnica jurídica e administrativa.

Ora, como exemplo, pode-se citar o caso de um pequeno município do interior de Minas Gerais, onde há apenas um Procurador Jurídico para a orientação de todas as questões legais. Ou seja, aquele profissional na esmagadora maioria das vezes mal remunerado e sem estrutura adequada, deverá orientar os demais servidores e os agentes políticos locais sobre as mais diversas matérias, como licitações, concessões, estatuto dos servidores públicos, parcerias, locações, enfim, sobre todas as minúcias legais referentes à Administração Pública municipal.

É de se reconhecer, todavia, que, mesmo bem intencionado, aquele procurador pode se equivocar em alguma orientação ou parecer, emitindo posição equivocada aos seus colegas ou ao próprio Prefeito e Secretários. E a orientação equivocada poderá acarretar ato administrativo ou decisão política ilegal e ímproba.

Fatalmente, no entanto, haverá a fiscalização pelo Ministério Público que poderá, no caso concreto, ajuizar a cabível ação de improbidade administrativa. Neste caso, portanto, todas as minúcias acima destacadas não podem ser desconsideradas, seja para a averiguação da conduta do agente público, seja para a dosimetria da penalidade.

Em sentido inverso, contudo, muito mais se pode exigir daqueles agentes públicos que gozam de ampla capacitação técnica e estruturas adequadas, como, por exemplo, os membros do Ministério Público.

Um Procurador do Trabalho, por exemplo, com vários assessores e técnicos à disposição, não pode se omitir na prática de ato de ofício ao argumento de excesso de serviço, quando, ao contrário, a experiência indica que há plenas condições para a prática do ato.

No mesmo sentido, é inadmissível que o servidor público estadual, com graduação e pós-graduação em engenharia de estradas, por exemplo, efetue a medição do asfaltamento de uma rodovia de forma grosseiramente equivocada, alegando seu desconhecimento com os aparelhos utilizados para a tarefa.

No entanto, não se pode ignorar que há uma limitação de responsabilidades na Administração Pública no que se refere à Lei de Improbidade Administrativa.

É que há inegável preferência dos legitimados ativos, em especial por parte dos membros do Ministério Público, em responsabilizar os agentes políticos, em especial os Prefeitos e seus Secretários, por supostos atos de improbidade administrativa. O que causa espanto é que, em muitos casos, tais agentes políticos são acionados judicialmente apenas e tão somente pelo fato de serem ordenadores de despesa ou chefes do Executivo municipal.

No entanto, o que se verifica na realidade de vários Municípios médios e grandes é que o Prefeito simplesmente chancela as posições e manifestações de seus subalternos, sem se ater às minúcias legais do caso.

Ora, em um Município como Sete Lagoas⁵⁰, por exemplo, que conta com aproximadamente 225.000 (duzentos e vinte e cinco mil) habitantes, além do Prefeito, existem 21 (vinte e um) cargos de primeiro escalão, distribuídos entre Secretários e Presidentes de Autarquias. Cada uma das Secretarias e Autarquias conta com estrutura própria e servidores.

Muitas vezes, todavia, o cheque do pagamento de uma obra será assinado pelo Prefeito, que muito provavelmente terá autorizado a realização da mesma. Contudo, entre a requisição da obra e a assinatura do cheque, inúmeros outros Secretários e servidores públicos terão atuado no caso, seja na verificação da necessidade da obra, seja na conferência da disponibilidade do recurso no orçamento, seja na elaboração do edital de licitação, no julgamento das propostas, na expedição da ordem de serviço, na vistoria e acompanhamento das obras, na medição, na liquidação da despesa, na provisão do pagamento e conferência de nota fiscal e na emissão do cheque. Enfim, o Prefeito, ao assinar o cheque, o fará após o recebimento de um processo administrativo com pareceres de vários servidores (Comissão de licitação, Procuradoria, Secretaria de obras, Tesouraria e outros setores administrativos internos).

A simples assinatura de um cheque, portanto, é apenas o ato final de uma série de ocorrências. Os atos administrativos podem ser simples, complexos e compostos. DI PIETRO cita suas características e diferenças:

Quanto à formação da vontade, os atos administrativos podem ser simples, complexos e compostos.

Atos simples são os que decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado. Exemplo: a nomeação pelo Presidente da República; a deliberação de um Conselho.

Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de

⁵⁰ Informações disponíveis em: <http://www.setelagoas.mg.gov.br/pref-arquivos_htm/mundo_oficial.php>. Acesso em 04 jan. 2011.

entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins. Exemplo: o decreto que é assinado pelo Chefe do Executivo e referendado pelo Ministro de Estado; o importante é que há duas ou mais vontades para a formação de um ato único.

Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundam-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele. Exemplo: a nomeação do Procurador Geral da República depende da prévia aprovação pelo Senado (art. 128, §1º, da Constituição); a nomeação é o ato principal, sendo a aprovação prévia o ato acessório, pressuposto do principal. A dispensa de licitação, em determinadas hipóteses, depende de homologação pela autoridade superior para produzir efeitos; a homologação é ato acessório, complementar do principal.

Os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc., são atos compostos (DI PIETRO, 2002, p.214-215).

Exigir, pois, que o Prefeito tenha conhecimento de todas as minúcias de todos os processos administrativos, vários deles repletos de atos administrativos compostos, em que após sua assinatura, é extrapolar o mínimo de razoabilidade aceitável. Em alguns casos, onde há efetiva intenção de dilapidação do erário, tal conhecimento poderia até existir, mas, na maioria dos casos, a assinatura decorre da própria estrutura de funcionamento do Município.

Situação diversa, por sua vez, ocorre em pequenos Municípios, onde a estrutura de pessoal é tão reduzida que o Prefeito efetivamente tem conhecimento de todos os trâmites de uma licitação, por exemplo.

O que se propõe, portanto, é que a inclusão de qualquer agente público no rol de requeridos de uma ação de improbidade administrativa leve em consideração a efetiva participação daquele agente na suposta conduta ímproba, porque, como já afirmado diversas vezes, a intenção da Lei de Improbidade Administrativa é punir o agente desonesto e corrupto, mas não o inábil.

A inclusão de agentes públicos pelo simples fato de terem assinado uma requisição ou um cheque, sem qualquer explicitação do liame entre tais condutas e o suposto ato ímprobo, representa a consagração da responsabilidade objetiva, expressamente rejeitada pela Lei de Improbidade Administrativa.

No que se refere às penalidades resultantes dos atos de improbidade administrativa, destaca-se que as mesmas devem ser aplicadas observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem a necessária aplicação cumulada, a não ser quando o caso concreto demandar.

O magistrado, na aplicação das penalidades, deverá analisar todas as circunstâncias que permeiam o ato ímprobo, fundamentando sua decisão. É esse o entendimento de ZAVASCKI:

É indispensável, ademais, que a exemplo do que ocorre no processo penal, haja aqui individualização da pena com a indicação dos fundamentos e das razões para a aplicação de cada uma delas. A devida fundamentação é requisito essencial da sentença (CPC, art. 458, II) e compõe o devido processo legal constitucional, pois é ela que ensejará ao sancionado o exercício do direito de defesa e de recurso (CF, art. 5º, LIV e LV). A ausência desse requisito acarretar a nulidade da decisão (CF, art. 93, IX) (ZAVASCKI, 2007, p. 125).

As penalidades de natureza reparatória (ressarcimento do dano e perda de valores) transmitem-se aos sucessores do agente ímprobo, o contrário não ocorrendo com as demais (multa, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e de receber incentivos ou benefícios), que possuem caráter punitivo.

Elaborou-se, a respeito do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, o seguinte quadro-resumo:

Quadro 2
Resumo nº 2

Ato de improbidade que causa enriquecimento ilícito	Ato de improbidade que causa dano ao erário	Ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública
Previsão – Artigo 9º	Previsão - Artigo 10	Previsão - Artigo 11
Artigo 12, I: Penas: 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	Artigo 12, II: Penas: 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	Artigo 12, III: Penas: 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
Aplicação isolada ou cumulada das penalidades – proporcionalidade e razoabilidade	Aplicação isolada ou cumulada das penalidades – proporcionalidade e razoabilidade	Aplicação isolada ou cumulada das penalidades – proporcionalidade e razoabilidade
As penalidades de ressarcimento integral do dano e de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio são transmitidas aos sucessores (artigo 8º). As demais, não.		

8 A PERDA DOS VALORES ILICITAMENTE ACRESCIDOS AO PATRIMÔNIO DO AGENTE ÍMPROBO E O INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO. OS ARTIGOS 5º E 6º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Merece ainda destaque a redação dos artigos 5º e 6º da Lei de Improbidade Administrativa, os quais possuem intrínseca relação com a redação do artigo 12 da mesma lei.

É que na hipótese do artigo 12, I, da Lei nº 8.429/92, em que se estabelecem as penalidades para os atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito, há expressa previsão de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o que, em verdade, apenas dá efetividade à previsão do artigo 6º, cuja redação é a seguinte: “Art. 6º. No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”.

Por sua vez, o inciso II, do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, aborda as sanções para os atos de improbidade que causam dano ao erário, prevendo o integral ressarcimento do dano, também dando efetividade à redação ao artigo 5º, que dispõe: “Art. 5º. Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

Observa-se, ainda, que o Legislador foi coerente, pois expressamente destacou, na redação do artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa, que o dano ao erário poderia ocorrer por ação ou omissão, dolosa ou culposa, reforçando a exceção expressamente prevista na redação do *caput* do artigo 10, que dispõe: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”.

9 O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL PARA APURAÇÃO E PUNIÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

9.1 O procedimento administrativo para a apuração da prática de ato de improbidade administrativa

O ato de improbidade administrativa pode ser investigado mediante simples representação de qualquer pessoa, desde que identificada, sendo vedada, portanto, a representação anônima. Uma vez formulada, a autoridade administrativa competente deverá promover a imediata apuração dos fatos.

A verificação e a definição da autoridade administrativa competente para a apuração dependerá do autor do ato de improbidade administrativa e também do alvo da improbidade (sujeito passivo), ou seja, a vítima (Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, ou 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).

Se o ato de improbidade for cometido pelo servidor municipal, o próprio Município será o responsável pela apuração. Se o ato de improbidade for cometido pelo servidor público federal, a União Federal será a autoridade responsável e assim por diante.

A representação pode ser escrita ou verbal, caso em que deverá ser reduzida a termo e deverá conter “a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento”, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Não se exige, lado outro, que a representação contenha a narração pormenorizada dos fatos e esteja amplamente instruída com provas. O que se exige é o mínimo de evidência da improbidade administrativa, de modo a se evitar a instauração de procedimento administrativo desnecessário ou leviano.

Uma vez formalizada a representação, a autoridade competente terá duas alternativas: ou a rejeita, por decisão fundamentada, em virtude da inobservância dos

requisitos legais previstos no artigo 14, § 1º, da Lei nº 8.429/92; ou a recebe, dando imediato início ao procedimento administrativo de apuração.

A rejeição da representação não impede a sua renovação perante o Ministério Público, conforme expressa previsão do artigo 14, § 2º, parte final, da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê, em seu artigo 14, § 3º, que em se tratando de apuração envolvendo servidores federais, o procedimento administrativo deverá obedecer a forma prevista nos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/90, “e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares”.

Instaurada a comissão processante, o Ministério Público e o Tribunal de Contas deverão ser informados da existência da apuração, sendo que os entes citados poderão indicar membro para acompanhar as investigações.

Se, no curso do procedimento administrativo, forem constatados indícios da responsabilidade, “a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público”.⁵¹

O pedido de seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público observará o rito processual dos artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil.

A respeito do procedimento administrativo, o que se verifica na concretude é que se trata de medida praticamente inutilizada pelas autoridades competentes. Na esmagadora maioria dos casos, havendo indícios de improbidade, a autoridade, quando provocada por representação ou por conta própria, simplesmente comunica o fato ao Ministério Público, que instaura inquérito civil público e, se convencido da prática irregular, ajuíza a ação de improbidade administrativa em desfavor dos agentes públicos.

A não utilização do procedimento administrativo, no entanto, não atende à intenção do legislador, no sentido de possibilitar não só ao Ministério Público, mas também à própria pessoa jurídica interessada, o combate ao ato de improbidade administrativa.

Percebe-se, lado outro, que a intenção do legislador foi a de impor à pessoa jurídica interessada a apuração das responsabilidades decorrentes de possível prática de ato de improbidade administrativa, reservando ao Ministério Público, contudo, a possibilidade de

⁵¹ Lei nº 8.429/92. Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

atuação sempre que a pessoa jurídica não o fizesse, ou atuasse de forma questionável. Assim, o Legislador obrigaria as pessoas jurídicas interessadas a promover a cultura do combate à improbidade, inclusive difundindo-a entre seus servidores, que seriam obrigados, quando necessário, a participarem das Comissões Processantes.

É melhor que a própria pessoa jurídica interessada investigue e apure as responsabilidades em virtude de possíveis atos de improbidade administrativa, pois seus servidores dominam, pelo menos em tese, o campo de atuação e as especificidades da atividade, o que nem sempre acontecerá com os membros do Ministério Público.

Por exemplo, na suspeita da prática de ato de improbidade administrativa por servidor da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ⁵², melhor seria que a própria agência instaurasse o procedimento administrativo e investigasse o caso, assegurando ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas a indicação de membro para acompanhamento. É que a especificidade da atividade desempenhada pela ANTAQ dificultaria, sobremaneira, a apuração da improbidade pelo membro do Ministério Público.

Finalizado o procedimento e comprovada o ato de improbidade, a própria procuradoria da ANTAQ poderia ajuizar a ação de improbidade.

E não haveria nenhum receio de impunidade, pois caso a posição da pessoa jurídica interessada (ausência de improbidade) seja diversa daquela do Ministério Público (existência da improbidade), este poderá ajuizar a ação de improbidade, se valendo, ainda, de todo o conteúdo técnico produzido por aquela.

Não há, contudo, nenhum sinal de alteração dessa filosofia, ao passo que o Ministério Público se interessa por esse verdadeiro monopólio no ajuizamento das ações de improbidade administrativa.

Em verdade, há interesse por parte do Ministério Público em deter o monopólio de todas as ações de natureza coletiva, nesse rol inclusa a ação de improbidade administrativa,

⁵² “A Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, criada pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, é entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, com personalidade jurídica de direito público, independência administrativa, autonomia financeira e funcional, mandato fixo de seus dirigentes, vinculada ao Ministério dos Transportes, com sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais. Tem por finalidades: I - implementar, em sua esfera de atuação, as políticas formuladas pelo Ministério dos Transportes e pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos na Lei nº 10.233, de 2001; e II - regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infra-estrutura portuária e aquaviária, exercida por terceiros, com vistas a: a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; b) harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservando o interesse público; e c) arbitrar conflitos de interesse e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica”, disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/antaq.asp>>. Acesso em: 04 jan. 2011.

cujo direito difuso tutelado é a probidade administrativa. LENZA (2005) comenta a respeito da concentração da titularidade ativa das ações civis públicas:

Algumas razões podem ser apontadas no sentido de se tentar explicar o porquê de estarem as ações civis públicas, salvo raras exceções, sendo, em sua maioria, propostas pelo Ministério Público: a) história: o Ministério Público assumiu tal papel, suprindo, de certa forma, a necessidade de atuação das associações; b) político-histórica: a sociedade brasileira sempre viu nas leis, especialmente durante a ditadura, o instrumento dos mais fortes, da elite detentora do poder. Observou-se, durante a constituinte para a elaboração da atual Carta Magna, que certos setores da sociedade relutavam na delimitação em lei de diversos pontos relativos à matéria, eis que aquele passado jurídico das “trevas” ainda repercutia naquele novo presente, sedento por uma ruptura mais democrática (esse fator, após mais de 15 anos de criação da lei não pode ser levado em conta, tendo em vista o avanço democrático da sociedade brasileira); c) sociológica: o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, socorrendo-se ao Estado paternalista; d) econômica: algumas associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para a propositura de ações de tamanho porte e complexidade; e) institucional: há dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação, de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico; f) legislativa: em três situações, o legislador da lei da ação Civil Pública, induziu a propositura da ação coletiva pelo Ministério Público: f.1) art. 6º. – ao estabelecer que qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção; f.2) art. 7º. – seguindo a prescrição do art. 40 do CPP, juízes e tribunais deverão remeter peças ao Ministério Público, sempre que tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a instauração do inquérito civil ou a propositura da ação coletiva; f.3) art. 8º - embora a legitimação ativa seja concorrente e disjuntiva (plural), apenas o Ministério Público tem a faculdade de instaurar o inquérito civil,⁵⁶ que tramitará sob sua presidência, destinado à colheita de elementos para eventual propositura da ação civil pública. Por meio deste instrumento, o Ministério Público poderá expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimento; requisitar condução coercitiva, em caso de não comparecimento injustificado, bem como informações, exames periciais e documentos; promover inspeções e diligências investigatórias (cf. art.129, III,VI e VIII, CF/88; art. 26 da Lei 8.625/93, e arts. 7º e 8º da LC 75/93). Na prática, observa-se, outrossim, que a petição inicial proposta pelo Ministério público, acompanhada dos fatos e conclusões fixados no inquérito civil, na maioria dos casos, coloca o Ministério público até em posição de vantagem perante os outros legitimados (LENZA, 2007, p. 183-184).

Lado outro, as pessoas jurídicas interessadas, ao simplesmente repassar a situação ao Ministério Público, poupam tempo e servidores na apuração de possíveis atos de improbidade.

Ressalta-se, todavia, que as punições de natureza administrativa não podem ser impostas pelo Ministério Público e sim pelas próprias pessoas jurídicas interessadas. Ou seja, no exemplo da ANTAQ, eventual punição administrativa ao servidor ímprobo só poderá lhe ser imposta após a instauração do cabível processo administrativo, o que não pode ser delegado ao Ministério Público.

Este seria mais um motivo, portanto, para que as pessoas jurídicas interessadas efetivamente utilizassem a previsão dos artigos 14 a 16 da Lei de Improbidade Administrativa, como forma de difundir a cultura da probidade e apenar adequadamente seus servidores, caso comprovada a improbidade.

Ademais, há outro agravante que apenas reforça o monopólio do Ministério Público nas investigações e ajuizamento das ações de improbidade. É que a representação formulada à pessoa jurídica interessada necessariamente deve ser identificada, ou seja, o denunciante deve se qualificar, sob pena de rejeição da representação.

Por sua vez, o Ministério Público admite a representação anônima ou denúncia anônima, fazendo com que o representante, muitas vezes (na quase totalidade), seja por receio de retaliação, seja pela certeza da improcedência da alegação, opte por sua não identificação.⁵³

Em cidades pequenas, onde os conflitos políticos são fortes e normalmente polarizados, é possível que o Ministério Público seja usado por cidadãos mal-intencionados, pois a denúncia anônima de suposto ato de improbidade administrativa dará causa a instauração de inquérito civil público que já é suficiente para divulgação de notícias jornalísticas tendenciosas.

O instrumento legal para que a pessoa jurídica interessada apure a existência do ato de improbidade é o procedimento administrativo. O Ministério Público, por sua vez, dispõe do inquérito civil público.

A respeito do inquérito civil público, pertinente é a lição de MAZZILI (2001):

Criado na LACP e consagrado na Constituição, o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições.

Por meio do inquérito civil, podem-se promover diligências, requisitar documentos, informações, exames e perícias, expedir notificações, tomar depoimentos, proceder vistorias e inspeções.

Procedimento investigatório **não contraditório**, nele não se decidem interesses nem se aplicam sanções; antes, ressalte-se sua informalidade (MAZZILI, 2001, p. 322-323). (*grifo nosso*).

⁵³ Em tal sentido é a previsão do artigo 2º, §1º, da Resolução nº 23, de 17 de Setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que prevê: “§1º. O Ministério Público atuará, independentemente de provocação, em caso de conhecimento, por qualquer forma, de fatos que, em tese, constituam lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, devendo cientificar o membro do Ministério Público que possua atribuição para tomar as providências respectivas, no caso de não a possuir”.

De se destacar, pois, que o inquérito civil não observa o contraditório, e a ele se aplicam, por analogia, as regras do inquérito policial. MAZZILI (2001) anota:

Aplicam-se analogicamente ao inquérito civil as normas procedimentais do inquérito policial e as normas processuais em geral, como para instauração, coleta de provas, perícias ou intimações; obviamente não caberá analogia naquilo em que o inquérito civil tenha disciplina própria (como a presidência e controle do arquivamento) (MAZZILI, 2001, p. 326).

No inquérito civil público, nos termos do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, o membro do Ministério Público Estadual, por exemplo, pode:

- I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
- a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
 - b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
 - c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

Todavia, mesmo sem a instauração do inquérito civil público, pode o Ministério Público ajuizar a ação de improbidade administrativa, caso já disponha de provas suficientes para seu convencimento acerca da existência de conduta ímproba praticada.

O inquérito civil público é instrumento para apuração de responsabilidades e para a formação do convencimento do membro do Ministério Público, sendo, no entanto, dispensável nos casos em que o *parquet* já está convencido da ocorrência da improbidade administrativa.

9.2 O processo judicial da LIA para a apuração da prática de ato de improbidade

Uma vez convencido da existência do ato de improbidade, o Ministério Público, por seu membro, ajuizará a ação de improbidade, cuja inicial deve observar os requisitos

previstos no artigo 282 do Código de Processo Civil. Não se olvida que a pessoa jurídica interessada também detém legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de improbidade.⁵⁴

O Ministério Público é regido por três princípios institucionais, quais sejam, a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional. MAZZILI discorre sobre os referidos princípios, afirmando que:

No Brasil, o Ministério Público só conhece hierarquia em sentido administrativo, pois a instituição tem autonomia funcional (autonomia em face de outros órgãos do Estado) e seus órgãos e membros gozam de plena independência funcional (independência em face de outros órgãos do próprio Ministério Público). A chefia do Ministério Público envolve apenas a direção administrativa da instituição (*v.b.*, poderes de designação na forma da lei, disciplina funcional, solução de conflitos de atribuições). Não há hierarquia no sentido funcional.

Unidade significa que os membros de cada Ministério Público integram um só órgão, sob uma só direção; indivisibilidade quer dizer que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros na forma estabelecida na lei. Assim, cada Ministério Público tem sua unidade: em vista das características de nosso Estado federado, o Ministério Público de cada Estado tem sua unidade; e cada um dos ramos do Ministério Público da União, também tem sua própria unidade. Uma unidade nacional do Ministério Público só existe abstratamente na lei, quando esta, por exemplo, confere uma atribuição à instituição, como, por exemplo, ao lhe cometer a promoção da ação penal pública. Mas funcionalmente, cada um dos diversos Ministérios Públicos brasileiros tem sua própria unidade, e as substituições de seus membros só podem ser feitas dentro de cada um deles, sempre por integrante da respectiva carreira (MAZZILI, 2001, p. 264-265).

O Ministério Público é, sem dúvida, o principal autor de ações de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. ALMEIDA justifica essa primazia, alegando que:

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, de guardião do próprio direito (*custos juris*), conforme ensinamento de Cláudio Souto.

É sob essa concepção de *custos societatis* e *custos juris* que o Ministério Público destaca-se hoje como o principal legitimado ativo no direito processual coletivo comum. Essa hegemonia do *Parquet*, como legitimado ativo para a defesa dos interesses massificados, decorre certamente de dois fatores básicos. O primeiro está fundamentado no seu próprio perfil constitucional, ou seja, Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e defensora da ordem jurídica do regime democrático e dos *interesses sociais* (art. 127, *caput*, da CF). O outro fator decorre do próprio exercício prático de suas atribuições constitucionais, visto que é hoje público e notório que o *Parquet* é a Instituição mais atuante, seja no campo extrajudicial, seja no jurisdicional, na tutela dos direitos ou interesses coletivos, especialmente por intermédio do inquérito civil e do ajuizamento de ações civis públicas. Antônio Augusto de Camargo Ferraz faz essa observação ressaltando que, com certeza, mais de 90% (noventa por cento) dos casos de atuação na defesa dos interesses massificados decorrem da iniciativa do Ministério Público (ALMEIDA, 2003, p. 512-513).

⁵⁴ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Além do Ministério Público, apenas a pessoa jurídica interessada detém legitimidade para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa. ALMEIDA registra que:

Diferentemente do CDC e da LACP, os legitimados ativos para a ação coletiva que visa combater os atos de improbidade administrativa são somente o Ministério Público e a respectiva pessoa jurídica interessada, conforme estabelece o art. 17, caput, da Lei de Improbidade Administrativa. O Ministério Público, caso não ajuíze a ação, deverá obrigatoriamente intervir no processo como fiscal da lei, sob pena de nulidade (§4º do art. 17 da Lia). Quando a ação for ajuizada pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada poderá ou permanecer inerte sem se manifestar, ou assumir a defesa do ato impugnado, ou habilitar-se como assistente litisconsorcial do Ministério Público, conforme prevê o §3º do art. 6º da Lei n. 4.717/65, aplicável ao caso por força do §3º do art. 17 da LIA, com nova redação dada pela Lei n.9.366, de 16 de dezembro de 1996 (ALMEIDA, 2003, p. 453).

Apenas, portanto, o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada detém legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa. No caso, como em regra ocorre no processo coletivo, a legitimidade ativa é concorrente e disjuntiva.

LEONEL pontua, com precisão, a respeito da conceituação da legitimação concorrente e disjuntiva:

Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente. Disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação do outro habilitado. Não obstante a possibilidade de atuação em litisconsórcio, ele não figura como requisito imprescindível ao exercício da demanda. Cada um dos habilitados pode promover a ação, isoladamente ou em conjunto com outros (litisconsórcio), facultativamente. Em síntese, é concorrente (qualquer um dos habilitados pode propor a ação) e disjuntiva (a atuação de um legitimado independe do concurso de outro) (LEONEL, 2002, p.162).

Importante ressaltar, finalmente, que a legitimação ativa da ação de improbidade administrativa é autônoma, fugindo da tradicional dualidade legitimação ordinária e legitimação extraordinária, exatamente em razão das particularidades do processo coletivo.

O processo coletivo independe dos conceitos tradicionais do Processo Civil, daí a impropriedade de se tentar classificar os institutos daquele com base nos conceitos deste. LEONEL ensina que:

A legitimação autônoma não se confunde com a ordinária ou com a extraordinária. Parte de premissas distintas, e da peculiaridade de defesa em juízo de interesses que são, por natureza, indivisíveis e inerentes conjuntamente a toda uma coletividade, composta por membros indeterminados (na hipótese dos difusos) e eventualmente determináveis (na hipótese dos coletivos) (LEONEL, 2002, p. 160).

O mesmo autor conclui sua linha de raciocínio, afirmando que:

Concluindo, na hipótese de interesses essencialmente coletivos – difusos e coletivos-, identifica-se a legitimação autônoma para a condução do processo, sendo que, quanto à tutela de interesses individuais homogêneos, a legitimação é extraordinária, com verdadeira substituição processual no pólo ativo da demanda (LEONEL, 2002, p. 161).

Assim, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada poderão ingressar com a ação de improbidade administrativa.

A competência para o processamento da ação será a do foro do local do dano, observada, subsidiariamente, portanto, a regra do artigo 2º da Lei nº 7.347/85⁵⁵. Entende-se, portanto, tratar-se de competência territorial absoluta. DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR discorrem a respeito da questão:

Prevê o art. 2º da Lei Federal nº 7.347/85 que será competente para a ação civil pública o foro do local do dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Essa regra foi seguida para outras ações coletivas: ECA, Lei Federal nº 8.069/90, art. 209; CDC, Lei Federal nº 8.078/1990, art. 93; Estatuto do Idoso, Lei Federal 10.741/2003, art. 80. Embora a Lei de Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/65, art. 5º), somente cuide da competência em razão do juízo, entendemos aplicável a esta demanda a regra de competência territorial absoluta em razão da premissa, defendida neste curso, de que existe um microsistema de tutela jurídica coletiva. Do texto, surge uma conclusão indubitosa: competência para a ação civil pública é absoluta. A lei qualifica a competência do foro do local do dano como funcional, exatamente para que não paire dúvida sobre a natureza pública dessa regra. Trata-se, como visto, de competência territorial-absoluta (DIDIER JÚNIOR; SANETI JÚNIOR, 2008, p. 154).

Inexiste, atualmente, conforme manifestação anterior, foro privilegiado para a ação de improbidade administrativa, o que resulta na manutenção da competência territorial do foro do local do dano. BUENO se manifesta a respeito do tema:

Peculiaridade digna de destaque sobre a competência em se tratando de “ações de improbidade administrativa” diz respeito à existência do chamado “foro privilegiado” ou, mais tecnicamente, “foro por prerrogativa de função”, quando é réu algum agente político ou, mais amplamente, quando é réu alguém que, no âmbito do direito processual penal, tem, na Constituição Federal, aquela prerrogativa.

A resposta é negativa. Não existe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, nenhuma regra que altere o sistema processual civil para a competência no caso em exame, vedada a interpretação por analogia com as situações em que, para fins de persecução penal, é prevista na Constituição Federal a prerrogativa de foro (BUENO, 2010, p.164-165).

⁵⁵ Lei nº7.347/85, art. 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Ressaltamos a manifestação anterior (tópico 5) pela correção do estabelecimento de foro por prerrogativa de função, na mesma linha preconizada por ZAVASCKI:

Estes e outros casos de prerrogativa de foro constituem uma garantia constitucional do acusado, estabelecida em função da relevância do seu cargo. Ora, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas conseqüências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam perda da própria função pública e suspensão dos direitos políticos (ZAVASKI, 2007, p.120).

E continua o mesmo autor:

Sob o ponto de vista constitucional, justificar-se-ia, portanto, com sobradas razões, a preservação de foro também para a ação de improbidade administrativa.²⁰ A matéria chegou a ser disciplinada nesse sentido (embora desnecessariamente) no §2º do art.84 do CPP, com redação que lhe deu a Lei 10.628: “A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”. O § 1º do mesmo artigo, à sua vez, estabeleceu que “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”. Ocorre que, por decisão de 15.09.2005, o STF considerou inconstitucional a Lei 10.628/2002. Vingou, para a maioria, o argumento de que o legislador ordinário não poderia ter acrescentado a ação de improbidade administrativa, que não tem natureza penal, ao rol das competências originárias do STF estabelecidas pela Constituição. Há de se entender, portanto, que, para todos os efeitos, não há prerrogativa de foro para a referida ação (ZAVASKI, 2007, p.121-122).

Todavia, ante a decisão do Supremo Tribunal Federal, a competência para a ação de improbidade administrativa será sempre a do local do dano.

A petição inicial deverá ser instruída com todos os elementos indiciários de prova, inclusive a integralidade do inquérito civil público, caso instaurado⁵⁶.

Distribuída a petição inicial, haverá fase preliminar ao recebimento da mesma, conforme expressa previsão do artigo 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa:

⁵⁶ Lei nº8.429/92, artigo 17, § 6º. A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos art. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

O parágrafo 7º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 foi incluído por meio da medida provisória nº 2.225-45⁵⁷, de 2001, que recebeu pesadas críticas, merecendo destaque a posição de ALMEIDA:

Em uma tentativa frustrada de inviabilizar a atuação do Ministério Público no combate aos atos de improbidade administrativa, o Governo Federal acabou por acrescentar, por intermédio da Medida Provisória n. 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, publicada no DOU aos 5 de setembro de 2001, vários outros parágrafos ao art. 17 da LIA, criando uma fase prévia de defesa para os demandados na ação coletiva fundamentada em improbidade administrativa. Assim, dispõe o § 6º acrescentando: “A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 e 18 do Código de Processo Civil”. Prevê também o novo § 7º: “Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias”. E mais: dispõe agora a LIA (art. 17, novo § 8º): “Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”. Após ser recebida a inicial o demandado será citado para apresentar contestação (novo § 9º do art. 17 da LIA). Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento (novo § 9º do art. 17 da LIA) (ALMEIDA, 2003, p. 455).

As críticas, todavia, não se justificam.

É que o estabelecimento de uma fase preliminar em nada inviabiliza a atuação do Ministério Público ou mesmo da pessoa jurídica interessada. Trata-se, ao contrário, de salutar medida destinada a diminuir ou mesmo impedir que ações com pedidos flagrantemente improcedentes tumultuem o ambiente político e jurídico das entidades previstas no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, além de assoberbarem o já quase exaurido Poder Judiciário.⁵⁸

Ademais, o juízo simplesmente determinará a intimação do requerido para oferecimento de razões escritas, no prazo de 15 (quinze) dias, findos os quais, haverá a análise sobre o recebimento ou não da inicial.

⁵⁷ A medida provisória 2.225-45 incluiu os parágrafos 6º a 12 no artigo 17 da LIA.

⁵⁸ A respeito do excesso de processos em tramitação no Poder Judiciário nacional recomenda-se a leitura dos relatórios do projeto do Conselho Nacional de Justiça chamado “Justiça em Números”, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=245&id=206&layout=blog&option=com_content&view=category>. Acesso em: 04 jan. 2011.

Em verdade, se trata de previsão semelhante àquela existente no Código de Processo Penal, artigos 513 a 518⁵⁹, que abordam o processo para apuração de crimes de funcionários públicos, comprovando, uma vez mais, a estreita ligação da Lei de Improbidade Administrativa com as normas do Direito Penal.

O Código de Processo Penal prevê a mesma fase preliminar antes do recebimento da denúncia⁶⁰, ofertando ao acusado a possibilidade de se justificar, unicamente para que o juízo receba a denúncia ou, pelo contrário, caso não demonstrada, de plano, reconheça a inexistência do crime ou a improcedência da ação penal.

A fase preliminar, portanto, nada mais é que um filtro, destinado a preservar a imagem dos agentes públicos em face de possíveis exageros seja do Ministério Público, seja das pessoas jurídicas interessadas.

MARTINS JÚNIOR critica a extensão da faculdade da manifestação prévia aos terceiros que não são agentes públicos, argumentando que:

[...] absurdamente, a medida provisória se estende aos réus agentes públicos e particulares partícipes ou beneficiários do ato de improbidade administrativa, ultrapassando os limites justificadores da Lei n. 8.437/92- restrita à entidade de direito público – e cuja aplicação vinha sendo reiteradamente infirmada nas ações promovidas sob o pálio da Lei n. 8.492/92 e nas ações populares (MARTINS JÚNIOR, 2009, p.437-438).⁶¹

⁵⁹ “Código de Processo Penal: Art. 513. Os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Art. 515. No caso previsto no artigo anterior, durante o prazo concedido para a resposta, os autos permanecerão em cartório, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por seu defensor.

Parágrafo único. A resposta poderá ser instruída com documentos e justificações.

Art. 516. O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.

Art. 517. Recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado, na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I.

Art. 518. Na instrução criminal e nos demais termos do processo, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, deste Livro”.

⁶⁰ Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Art. 515. No caso previsto no artigo anterior, durante o prazo concedido para a resposta, os autos permanecerão em cartório, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por seu defensor.

Parágrafo único. A resposta poderá ser instruída com documentos e justificações.

⁶¹ Para MARTINS JÚNIOR (2009), o próprio § 7º do artigo 17 é inconstitucional por violação ao princípio da isonomia.

Novamente, não se vislumbram motivos justificadores das pesadas críticas. Se o terceiro é requerido em ação de improbidade, na qual, necessariamente, também estará um agente público, e reconhecida a pertinência de que este possa se manifestar previamente antes do recebimento da inicial, por consequência lógica o benefício também deve se estender ao terceiro. O raciocínio inverso permitiria que o terceiro fosse citado e apresentasse contestação, já estabelecida a relação processual, ao passo que o agente público seria simplesmente notificado e ofertaria manifestação prévia, podendo, em razão desta, ser inocentado. E, em virtude dessa inocência, o terceiro também seria favorecido, visto que, sem a presença do agente público, a ação de improbidade não prospera.

Nos mesmos moldes das críticas ao foro privilegiado, as combativas vozes (ALMEIDA, MARTINS JÚNIOR, entre outros) que se levantam contra a manifestação prévia vislumbram no instituto a possibilidade de impunidade, o que, todavia, não se justifica, sequer de passagem.

Há, lado outro, interessante debate a respeito das consequências do descumprimento da previsão do artigo 17, §7º, da Lei de Improbidade Administrativa. Uma corrente majoritária, cujo expoente doutrinário é PAZZAGLINI, defende que a não observância da previsão de manifestação prévia configura vício insanável e nulidade absoluta do processo.

O STJ já se posicionou favoravelmente à tese. Vejamos:

ACÇÃO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (ARTIGO 7º, § 7º, DA LEI Nº 8.429/92).

NECESSIDADE. PRESCRIÇÃO AFASTADA NA HIPÓTESE. PRECEDENTES.

I - Trata-se de ação civil ajuizada contra ex-prefeito, por meio da qual se busca apurar ato de improbidade administrativa consubstanciado em contratações temporárias irregulares efetivadas no ano de 2000.

II - O pedido foi acolhido em primeira instância, mas o aresto recorrido anulou o processo em razão da ausência de notificação prévia e, de ofício, decretou a prescrição da ação.

III - Esta eg. Corte de Justiça já decidiu que a ausência da notificação prévia do requerido para oferecimento de manifestação por escrito (artigo 7º, § 7º, da Lei de Improbidade) importa em malferimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedente: REsp nº 883.795/SP, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJe de 26.03.2008.

IV - A prescrição das ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 é a quinquenal, nos termos do artigo 23, I. No entanto, é também entendimento consolidado neste eg. STJ que a interpretação do § 7º do art. 17 da Lei 8.429/92 permite afirmar que tal regra relativa à notificação prévia é dirigida ao juiz, no que seu eventual descumprimento não afeta o prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, ensejando a incidência, por analogia, da Súmula 106/STJ: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". Precedentes: REsp nº 798.827/RS, Rel. Min.

DENISE ARRUDA, DJ de 10.12.2007, REsp nº 750.187/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28.09.2006.

V - Na hipótese, os recorridos deixaram a administração municipal em 01.01.2001, e a ação foi tempestivamente ajuizada em 03.10.2005.

VI - Recurso parcialmente provido, com o retorno dos autos ao juízo monocrático, mantendo-se o entendimento *a quo* sobre a necessidade de se proceder à notificação prévia, mas afastando a prescrição decretada de ofício. (REsp 1100609/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DEFESA PRELIMINAR. ARTIGO 17, § 7º, DA LEI Nº 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (§ 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92), importa em grave desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law*. Precedente do STJ: AgRg na MC 8089/SC, DJ de 30.06.2004.

2. O § 7º do art. 17 da Lei 8429/92, introduzido pela MP 2.225-45-2001, dispõe: "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[...] § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias" (grifos nossos).

3. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada "vontade constitucional", cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

4. Nesse segmento, a interpretação do § 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92 não pode se distanciar dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law*, oportunizando ao agente público, acusado da prática de ato ímprobo, o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias, notadamente porque a inserção do contraditório preambular, inserto no mencionado dispositivo legal, além de proporcionar ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, possibilita ao magistrado na fase posterior, cognominada "juízo prévio de admissibilidade da ação", proceder ao recebimento da petição inicial ou a rejeição da ação civil pública de improbidade (§§ 9º e 10, do art. 17, da Lei 8.429/92).

5. Sobre o tema leciona Marino Pazzaglini Filho, in Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Ed. Atlas, São Paulo, 2007, litteris: "[...] Trata-se, na essência, de um procedimento especial preambular, estabelecendo um juízo prévio ou julgamento preliminar da ação civil de improbidade (petição inicial), e seguida ao recebimento da defesa prévia do requerido, à semelhança do que acontece no procedimento criminal, de rito especial, relativo aos crimes imputados a funcionários públicos que estejam no exercício de suas funções (arts. 513 a 518 do CPP). Dentro desse procedimento, cabe ao Juiz, completado este contraditório vestibular, em decisão fundamentada, receber a petição inicial ou rejeitar a ação, se convencido, ou não, da existência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (§§ 8º e 9º). Violar esse regime processual singular é violar a garantia da ampla defesa (art. 5º, LIV, CF) omissis. Considerando a inicial em devida forma, o Magistrado ordenará sua autuação e a notificação do requerido para manifestação por escrito, dentro do prazo de 15 dias, sobre os termos da ação proposta, cuja defesa pode ser instruída com documentos e justificações (§ 7º).

Trata-se, pois, de chamamento inicial do requerido para oferecer defesa prévia contra a ação proposta.

A inobservância do disposto no § 7º do art. 17 da LIA, vale dizer, a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, configura nulidade absoluta e insanável do processo, que não se convalida pela não-arguição tempestiva, porque afronta ao princípio fundamental da ampla defesa. (grifo nosso) omissis. Após a fase de apresentação da defesa prévia do requerido ou superado o prazo para o seu oferecimento, vem a fase de "juízo prévio da admissibilidade da ação", ou seja, o Juiz, em decisão fundamentada preliminar, recebe a petição inicial ou rejeita a ação civil de improbidade (§§ 8º e 9º do art. 17).[...]" p. 201-204 6. Recurso especial provido.

(REsp 883795/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 2603/2008).

PAZZAGLINI FILHO se posiciona no mesmo sentido:

A inobservância do disposto no §7º do art. 17 da LIA, vale dizer, **a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, configura nulidade absoluta e insanável do processo, que não se convalida pela não arguição tempestiva, porque afronta o princípio fundamental da ampla defesa** (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p.193).

No entanto, uma segunda corrente (MEDEIROS, ALMEIDA e outros) entende que a nulidade é sanável e só deve ser declarada se comprovado o prejuízo decorrente da não observância da previsão legal. O STJ também já acolheu essa vertente:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALÍNEA "C". MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO APONTADA. NÃO-CONHECIMENTO. ARTS. 480 E 481 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEI 8.429/1992. DEFESA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA. EXORDIAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ACUSADO. *PAS DES NULLITÉ SANS GRIEF*. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA.

[...]

5. A defesa preliminar é oportunidade para que o acusado indique elementos que afastem de plano a existência de improbidade, a procedência da ação ou a adequação da via eleita. Nesses casos, o juiz rejeitará a inicial. Interpretação do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 em harmonia com o § 8º do mesmo dispositivo.

6. Hipótese em que ocorreu instrução administrativa prévia por meio de inquérito civil e o juiz, ao apreciar a exordial, verificou que havia no processo elementos sólidos para a sua convicção quanto às condições da ação.

7. Inexistência de prejuízo para o réu, como decorrência direta da ausência de defesa preliminar, constatação essa ratificada pelo Tribunal de origem.

8. A decretação de nulidade dos atos processuais posteriores, por falta de defesa preliminar, só é cabível quando se verificar efetivo prejuízo ao contraditório ou à ampla defesa.

9. Se inexistente dano, não há falar em nulidade (*pas de nullité sans grief*). Precedentes da Segunda Turma.

10. A declaração da nulidade pela simples carência de defesa prévia, a par de ser um exagerado formalismo, agrediria a celeridade e a economia processual sem nenhum

benefício real e legítimo às partes, exceto a procrastinação, que não pode ser agasalhada pelo Judiciário.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 944555/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 2004/2009).

A primeira corrente se apresenta como mais adequada à intenção do Legislador. Em primeiro lugar, é de se observar que, nos mesmos moldes do Código de Processo Penal, o legislador pretendeu garantir ao requerido da ação de improbidade, a chance de se defender previamente ao recebimento da petição inicial, podendo apresentar documentos que provem, cabalmente e de plano, a improcedência dos pedidos ou a inadequação da ação, e caso demonstrada sua inocência, não terá contra si instaurado um processo, **que, por si só, traz consigo graves e perigosas consequências, principalmente aos agentes políticos.**

Da mesma forma que a norma penal quis preservar, em princípio, o funcionário público, a LIA, que contém sanções tão ou mais graves, também o fez, mantendo, portanto, a unidade da lógica do sistema geral punitivo de agentes públicos. FIGUEIREDO também reconhece o acerto da previsão legislativa:

É óbvio que a norma é de ser aplaudida, pois vai de encontro à racionalidade e economia processual. Apresentada pelo requerido sua manifestação documentada, poderá desde logo ficar evidenciado que a ação é totalmente improcedente, como, por hipótese, um grande engano – v.g., o requerido não seria parte ou não teria participação alguma nos atos imputados como de improbidade. Desde logo, abre-se a possibilidade de o juiz, nos 30 dias seguintes à manifestação do requerido, rejeitar a ação, fundamentadamente (§8º) (FIGUEIREDO, 2004, p.296-297).

Em segundo lugar, a única verdadeira inovação no campo processual da ação de improbidade é exatamente a possibilidade de manifestação prévia, que a distingue de outras ações de natureza repressiva, como a ação civil pública e a ação popular, por exemplo. Quanto ao restante do procedimento, este segue o rito ordinário.

Em terceiro lugar e finalmente, sempre que houver desrespeito ao artigo 17, §7º, da Lei de Improbidade Administrativa, haverá prejuízo ao(s) requerido(s), o que esvazia, completamente, a tese defendida pela segunda corrente jurisprudencial, visto que qualquer requerido que tem uma fase de defesa suprimida será prejudicado, pelo menos potencialmente, o que já é suficiente para configurar a violação à ampla defesa. Se a Lei de Improbidade Administrativa dispõe sobre a existência de uma fase preliminar, na qual o requerido pode se justificar, inclusive apresentando documentos, a fim de evitar o recebimento da inicial, seja pela manifesta improcedência dos pedidos, seja pela inadequação da via eleita, e se este rito não é observado, o prejuízo é evidente. Além da defesa preliminar,

mesmo que esta tenha sido rejeitada e o juízo opte pelo recebimento da inicial, ainda assim terá o requerido a oportunidade de agravar de instrumento⁶² ao Tribunal competente, onde terá, portanto, mais uma oportunidade para evitar o simples início do processo. E mais, mesmo que a petição inicial seja recebida, já terá o requerido o conhecimento, ainda que superficial, do entendimento do juízo da causa, além de saber qual Câmara do Tribunal revisor estará preventa para o caso, em segunda instância, em caso de interposição do agravo. Todas essas circunstâncias são de grande valia para a defesa.

Tais possibilidades foram expressamente previstas em lei e asseguram ao requerido a oportunidade de se preparar previamente, jurídica, social e politicamente, para um futuro processo.

A inobservância dessa garantia (defesa preliminar) viola o devido processo legal e, por consequência, prejudica a ampla defesa do requerido, configurando vício insanável e nulidade absoluta do processo. ALMEIDA enfatiza a importância do princípio do devido processo legal:

Por força da dimensão processual da cláusula *due process* são assegurados a todos, pessoas físicas ou jurídicas, antes despersonalizados com personalidade judiciária: o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa, um juiz natural e, portanto, imparcial, o direito às provas lícitas e legítimas, o direito à igualdade de armas processuais, o direito a uma decisão fundamentada e o direito aos recursos e outros meios impugnativos inerentes ao sistema. Portanto, todos os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais do direito processual fundamentam-se na cláusula genérica do devido processo legal em sua dimensão processual. Esta cláusula tem incidência em todos os ramos do direito processual, especialmente o direito processual coletivo especial como instrumento fundamental de proteção do Estado Democrático de Direito.

Em tal contexto, portanto, sempre que houver desrespeito ao preceito do artigo 17, §7º da Lei nº 8.429/92 haverá prejuízo à ampla defesa do requerido, configurada a nulidade insanável do processo a ser imediatamente declarada, de ofício, ou mediante requerimento do requerido, ou do próprio Ministério Público, como fiscal da lei.

Aliás, é importante destacar, como fez PAIVA (2009) que “o entendimento dominante é no sentido de que [...] não compete ao autor da ação civil pública, mas ao magistrado responsável pelo trâmite do processo, a determinação da notificação prevista pela lei” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p.437).

⁶² Art. 17, § 10, da LIA: “Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento”.

⁶⁴ Artigo 17, § 8º, da Lei nº8.429/92: Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Mais um motivo, portanto, para que o Ministério Público, ou a pessoa jurídica interessada, exatamente para evitar a nulidade futura, fiscalize a observância do rito previsto no §7º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, alertando o juízo sobre as consequências do referido descumprimento.

Uma vez apresentada a manifestação prévia, ou certificada nos autos sua não apresentação, em trinta dias, o juízo decidirá, fundamentadamente, pelo recebimento da petição inicial, ou pela sua rejeição, em caso de manifesta improcedência dos pedidos ou de inadequação da via eleita.⁶⁴

Recebida a petição inicial, o requerido será citado para ofertar, querendo, contestação, momento a partir do qual o processo seguirá o rito ordinário, nos termos do *caput* do artigo 17 da Lei nº 8.429/92.

ZAVASCKI defende que na ação de improbidade administrativa, mesmo em caso de revelia, não se aplicam ao requerido os efeitos desta, visto gozar de presunção de inocência, cabendo ao autor da ação o ônus da prova da improbidade:

Um dos princípios do processo penal que é também comum ao sistema punitivo de atos de improbidade é o da presunção de inocência. No campo do processo, a consequência principal decorrente da adoção desse princípio é a de impor ao autor da ação todo o ônus da prova dos fatos configuradores do ilícito imputado. **No que se refere à ação de improbidade, é descabida, assim a invocação, contra o réu, dos efeitos da sua revelia, notadamente o da confissão ficta (CPC, art. 319). A falta de contestação, ou a contestação por negativa geral, sem o detalhamento preconizado no art. 300 do CPC, não dispensa o autor do ônus imposto pelo art. 333, I, de fazer prova dos fatos constitutivos da infração.** Ônus da prova (ZAVASCKI, 2007, p. 119) (*grifo nosso*).

Importante anotar, de fato, que observado o procedimento ordinário, é aplicável à ação de improbidade administrativa a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil⁶⁵, cabendo, pois, ao autor da ação (Ministério Público ou pessoa jurídica interessada) o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito.

O autor da ação de improbidade administrativa, portanto, é quem suporta o ônus de provar o fato constitutivo do direito, no caso, a existência do ato de improbidade. A constatação leva à importante conclusão: **o inquérito civil público é mero indício de prova, que deve ser submetido ao crivo do contraditório, inclusive reiterado em juízo.** DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR conceituam o inquérito civil público nos seguintes termos:

⁶⁵ Código de Processo Civil. Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O inquérito civil é um instrumento de atuação exclusiva do Ministério Público. Trata-se de um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, sem maiores formalidades. Como simples procedimento, não é imperativo o respeito ao contraditório, embora em muitos casos possa ser aconselhável. Seu objeto é, basicamente, a coleta de elementos de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo do *Parquet* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 242).

Há casos em que o Ministério Público ajuíza a ação de improbidade administrativa e, na fase de especificação de provas, simplesmente requer o julgamento antecipado da lide, com base na alegação de que o ato de improbidade já se encontra demonstrado no inquérito civil público.

Em tal circunstância, ao contrário, o caso é de improcedência dos pedidos por ausência de provas, visto que o inquérito civil público, por si só, e sem confirmação em juízo, é insuficiente para embasar a condenação por ato de improbidade.

Se no curso do inquérito civil público ouvirem-se testemunhas e até depoimentos pessoais, os mesmos necessariamente devem ser repetidos em juízo, ofertando-se ao magistrado e aos advogados dos requeridos a possibilidade de formular as perguntas e até acareações, se necessário.

O mesmo pode ser afirmado em relação às “perícias” realizadas por técnicos do Ministério Público no curso de inquéritos civis públicos. Tais elementos servem, apenas, de indícios de provas, e não prestam para embasamento de condenação por ato de improbidade, caso não confirmados em juízo. O autor da ação deve requerer, no curso da lide, a realização de perícia, para que se confirmem as conclusões do inquérito civil público, diligência na qual tanto o juízo quanto as demais partes poderão apresentar quesitos. Os requeridos poderão, ainda, indicar assistentes técnicos.

Caso o objeto de uma futura perícia seja de fácil deterioração, caberá ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada, a promoção da lide cautelar, que assegure a utilidade da prova.

Se a providência cautelar não for adotada, não poderá o autor da ação requerer a convalidação pura e simples de eventual perícia realizada em inquérito civil público, ante o evidente prejuízo à ampla defesa.

Não se pode olvidar que o Ministério Público, na maioria das ações de improbidade administrativa, atua não na condição de fiscal da lei, mas como parte, interessada na procedência dos pedidos.

Tal constatação não revela nenhum demérito à instituição, ao contrário, revela que o Ministério Público, quando ajuíza uma ação de improbidade administrativa, tem (ou deveria ter) a certeza da existência do ato de improbidade, razão pela qual, no curso da lide, tem o interesse de que essa “certeza” seja confirmada pelo juízo, com sentença de procedência.

Todavia, no ordenamento jurídico nacional, não cabe ao Ministério Público condenar quem quer que seja, já que tal tarefa é reservada, com absoluta exclusividade, aos membros da magistratura, estes sim, dotados de imparcialidade e neutralidade em todas as causas em juízo.

Logo, a tarefa do Ministério Público, na ação de improbidade administrativa, é de produzir as provas, no processo judicial, presidido pelo juízo, nos termos da lei processual civil, assegurado ao requerido a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

A impressão que surge com a leitura de diversos autores, dentre os quais se destacam MARTINS JÚNIOR (2009), MEDEIROS (2003), ALMEIDA (2003), PAZZAGLINI FILHO (2009), MAZZILLI (2006)⁶⁶, é que o simples ajuizamento da ação de improbidade administrativa já é suficiente para a condenação do requerido, como se a opinião do Ministério Público fosse bastante para provar a improbidade, restando ao juízo apenas a chancela daquela opinião.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou, reconhecendo que o inquérito civil público é mero indício de prova, bastante apenas para justificar o ajuizamento da ação de improbidade e também ressaltando que é do autor da ação o ônus da prova. Vejamos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO SEM LICITAÇÃO - PREJUÍZO AO ERÁRIO - PROVA - AUSÊNCIA - INQUÉRITO CIVIL - CONTRADITÓRIO - AMPLA DEFESA - INOBSERVÂNCIA. - Ainda que constatadas irregularidades na formalização de um contrato com administração pública, em especial, a ausência de prévia licitação, os envolvidos somente estão obrigados a ressarcir ao erário público se constatada a ocorrência de prejuízo efetivo. **A teor do disposto no art. 333, III do CPC é do autor o ônus de comprovar as suas alegações. - O inquérito civil é prova meramente indiciária, realizada sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e que, portanto, não se presta à instrução do feito, mas somente como justificativa e fundamento para a interposição da ação civil pública** (Apelação Cível nº 1.0439.04.031104-5/001(1); Relator Desembargador DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA; publicado em 10/07/2009.).

⁶⁶ Todos os autores citados são ou foram membros do Ministério Público, o que revela, em verdade, defesa da Instituição, ou, ao menos, certa predisposição favorável ao MP.

Em diversos trechos anteriores, foi ressaltada a estreita ligação da Lei de Improbidade Administrativa com as normas e princípios que regem o processo penal. Novamente, a questão do inquérito civil público deve ser interpretada por analogia ao inquérito policial, cujas provas necessariamente devem ser repetidas em juízo.

A respeito, cumpre ressaltar que o Código de Processo Penal sofreu algumas alterações com a publicação da Lei nº 11.690/08, destacando-se a mudança na redação nos artigos 155, 156 e 157, que agora vigem nos termos seguintes:

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

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

A atenta leitura da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal evidencia que o juiz só pode formar sua convicção pela apreciação “da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”.

Para OLIVEIRA, “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*” (OLIVEIRA, 2009, p. 317, *grifo do autor*).

Ao contrário da prova judiciária, a prova produzida em inquérito policial não observa o contraditório e a ampla defesa. O inquérito policial é inquisitorial, nos mesmos moldes do inquérito civil público. DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR pontuam as diferenças entre o inquérito policial e o inquérito civil público:

Apesar de a sua origem estar muito próxima ao inquérito policial (IP), com este não se confunde, embora sejam inevitáveis as comparações. Podem ser apresentadas as seguintes distinções básicas com o inquérito policial: a) o IC se destina precipuamente para a área cível *lato sensu*, enquanto o IP volta-se sempre para a área criminal; b) no IC é o próprio MP que preside as investigações, enquanto que

no IP, em geral, é a polícia que atua no inquérito; c) no IC o arquivamento é controlado pelo próprio MP, que determina o arquivamento (com a obrigatória remessa de ofício para Conselho Superior do Ministério Público); no inquérito policial, o controle do arquivamento é efetuado pelo juiz, o MP apenas requer o arquivamento (art. 28 do CPP) (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 242-243).

OLIVEIRA, comentando a alteração da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, se manifesta pela impossibilidade de condenação judicial fundamentada por meio de material colhido exclusivamente no inquérito policial, ressaltando, ainda, que a expressão “exclusivamente” presente na redação do citado artigo deve ser interpretada com cautela:

[...] a expressão “exclusivamente” parece permitir que tais elementos (da investigação) possam subsidiar a condenação, desde que não sejam os únicos. Não aderimos a essa tese, embora aceitemos a interpretação, do ponto de vista gramatical. É certo que, às vezes, a mudança de versão apresentada na polícia, sem qualquer coação, de qualquer ordem, bem poderia ser questionada em juízo, por ocasião do interrogatório, a fim de saber de sua (in) consistência. No entanto, permitir-se, assim, sem maiores esclarecimentos, eventual aproveitamento de quaisquer elementos da investigação para a condenação nos parece medida inteiramente desarrazoada (OLIVEIRA, 2009, p. 329).

FRANCO e STOCO (2004) resumem o entendimento de vários penalistas a respeito da necessária confirmação em juízo das provas obtidas em inquérito policial:

As provas pessoais colhidas no inquérito, quando não renovadas em juízo, de quase nada valem, a não ser para reforço e esclarecimento de indícios e elementos circunstanciais do fato delituoso e respectiva autoria. É que, nessa fase preparatória de investigação, as provas são produzidas sem publicidade, e de maneira não contraditória e unilateral” (José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2, p. 368). Observa ADALBERTO JOSÉ Q. DE CAMARGO ARANHA que “**condenação baseada somente em elementos colhidos no decorrer do inquérito policial violentaria o princípio constitucional do contraditório**” e que negar valor à prova do inquérito não atinge a liberdade de convencimento dada ao julgador porque entre nós não vigora o “princípio do livre convencimento e sim do convencimento condicionado”. Ressalta, ademais, que “**admitir a prova do inquérito sem confronto na instrução, mesmo em nome do princípio do livre convencimento, seria uma verdadeira involução inquisitória**”, daí haja na doutrina, quanto ao tema, “**apenas um ponto pacífico: provas exclusivas de inquérito policial não servem como base para sentença condenatória**” (*Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 152) (FRANCO; STOCO, 2004, p. 1677, grifo nosso).

Da mesma forma que as provas produzidas em inquérito policial devem ser convalidadas em juízo, as provas produzidas em inquérito civil público também devem receber o crivo do contraditório, no curso da instrução processual, não podendo, de forma

alguma, servir exclusivamente para embasamento de eventual condenação por ato de improbidade administrativa.

Logo, o inquérito civil público serve para a formação do convencimento do representante do Ministério Público, suficiente, apenas, para justificar o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, ressalvados os casos em que o representante já se convenceu mesmo sem a necessidade do inquérito. Não pode, contudo, sem sua repetição em juízo, basear condenação nas pesadas penalidades previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

A repetição das provas colhidas em inquérito civil público durante a instrução da lide é absolutamente necessária, visto que, assim como no inquérito policial, foram colhidas sem imposição dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recebida a petição inicial, que será instruída com todos os documentos necessários, ouvido o requerido em fase preliminar, decidirá o juízo sobre o recebimento ou não da inicial. Recebida a minuta de ingresso, o requerido será citado para oferecimento de contestação, caso queira, ressaltada que sua inércia não implicará a aplicação dos efeitos da revelia⁶⁷, permanecendo com o autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.

Contestados os pedidos, nos moldes do procedimento ordinário, poderá o autor impugnar a contestação, desde que a mesma introduza na lide qualquer das matérias previstas no artigo 301 do Código de Processo Civil⁶⁸, ou vier acompanhada de documentos.

⁶⁷ De se ressaltar, ainda, que o artigo 319, II, do Código de Processo Civil prevê a inexistência de presunção de veracidade em casos de revelia, quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, como ocorre com a ação de improbidade.

⁶⁸ Código de Processo Civil Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

- I - inexistência ou nulidade da citação;
- II - incompetência absoluta;
- III - inépcia da petição inicial;
- IV - preempção;
- V - litispendência;
- VI - coisa julgada;
- VII - conexão;
- VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- IX - compromisso arbitral;
- IX - convenção de arbitragem;
- X - carência de ação;
- XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

Ainda em fase inicial, caso o Ministério Público seja o autor da ação de improbidade, deverá requerer, em inicial, a intimação da pessoa jurídica interessada, que “poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.⁶⁹

O representante da pessoa jurídica interessada terá, portanto, três opções: ou se abstém de qualquer manifestação, ou ingressa a lide na qualidade de litisconsorte ativo, ou poderá contestar o pedido, defendendo a legalidade do ato impugnado.

A redação anterior do § 3º, do artigo 17, da Lei nº 8.429/92, impunha à pessoa jurídica interessada o ingresso na lide na qualidade de litisconsorte ativo, indicando provas e sanando falhas da inicial, situação alterada com a nova redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996, que remeteu à mesma previsão existente na Lei da Ação Popular.⁷⁰

É elogiável a alteração. Não convinha impor à pessoa jurídica interessada o ingresso na lide como litisconsorte ativa, visto que, em muitos casos, o ato supostamente ímprobo, objeto da ação, tinha sido cometido pelo próprio representante da pessoa jurídica. A contradição era evidente, e muitas vezes, a manifestação da pessoa jurídica era no sentido de defesa do ato.

Melhor, portanto, que a pessoa jurídica, caso não concorde com os termos da ação, se abstenha de manifestação.

Se o autor da ação for a pessoa jurídica interessada, o Ministério Público atuará, necessariamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Importante ressaltar, ainda, que não se admite qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação no curso da lide.⁷¹ Tal previsão decorre da indisponibilidade do direito debatido em juízo, no caso, direito difuso à probidade administrativa. O Ministério Público e a pessoa jurídica interessada não são os titulares dos direitos envolvidos em juízo, motivo pelo qual não podem realizar qualquer tipo de transação.

A respeito, a lição de ALMEIDA:

⁶⁹ Artigo 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65: A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Essa previsão é aplicável em decorrência da previsão do parágrafo 3º do artigo 17 da LIA.

⁷⁰ Redação atual da Lei nº 8.429/92, art. 17, §3º: § 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

⁷¹ Lei nº 8.429/92: Artigo 17, § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

Na ação coletiva para combater atos de improbidade administrativa, por expressa vedação legal (art. 17, §1º, da LIA), não é cabível qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação. E mais: considerando que as sanções previstas no art. 12 da LIA são restritivas de direitos, elas somente poderão ser aplicadas perante o devido processo legal jurisdicional, onde estejam assegurados a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF). Assim, não é admissível no inquérito civil (ou no procedimento administrativo), instaurado para apurar atos de improbidade administrativa, a tomada de termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da LACP) que tenha como objeto as penas previstas no art. 12 da LIA. Nada impede, porém, que seja realizado termo de ajustamento de conduta preventivo para que a conduta geradora da improbidade não se repita, sem prejuízo do ajuizamento da ação coletiva para aplicabilidade das sanções previstas no art. 12 da LIA, em relação aos atos de improbidade já consumados (ALMEIDA, 2003, p. 456).

A probidade administrativa é um direito difuso. A Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, definiu, em seu artigo 81, I, “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

LEONEL define os direitos difusos seguindo a linha de Rodolfo de Camargo Mancuso, nos termos seguintes:

Neste particular, insuperável, ainda hoje, a definição segundo a qual os interesses difusos são aqueles metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo, podendo certas vezes concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido. Suas características essenciais são a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa litigiosidade interna (confronto entre interesses de massa, contrapondo entre si grupos antagônicos, contrariamente ao conflito tradicional entre indivíduo e autoridade, refletindo verdadeiras escolhas políticas), e, finalmente, a tendência à mutação no tempo e no espaço (LEONEL, 2002, p.105).

O mesmo autor esclarece a moralidade administrativa como princípio constitucional:

Para a correta compreensão da matéria, observe-se que a moralidade é um dos princípios constitucionais que devem reger a administração, sendo mais que a moralidade comum. É a moral jurídica, configurando o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração Pública. Em decorrência, a probidade administrativa consiste no dever de o agente servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar dos poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem pretenda favorecer. *A contrario sensu*, a improbidade administrativa pode ser compreendida como uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e a correspondente vantagem ao ímprobo ou outrem (LEONEL, 2002, p. 139).

A probidade administrativa é um dever dos agentes públicos e decorre diretamente do princípio constitucional da moralidade administrativa, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.⁷² Como pontua PAZZAGLINI FILHO:

A sociedade brasileira, nos termos dos parâmetros sociais atuais relevantes, reputa atentados contra o princípio da moralidade administrativa a corrupção e a impunidade dos corruptos; o enriquecimento ilícito dos agentes públicos; a exigência (ou solicitação) e o recebimento de propinas para o atendimento dos pleitos ilegítimos dos particulares junto à Administração; o tráfico de influências; o sectarismo da conduta de agentes público, privilegiando interesses pessoais no trato da coisa pública (v.g., nomeação de parentes em cargos de comissão ou perseguição de desafetos); o malbaratamento do dinheiro público, aplicado seja em mordomias abusivas, seja em propagando institucional inútil ou de proselitismo pessoal ou partidário (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p.17).

A ação de improbidade administrativa é um instrumento processual apto a defender a moralidade administrativa, viabilizando a tutela do direito difuso dos cidadãos brasileiros à probidade administrativa. MARTINS JÚNIOR detalha a natureza difusa do direito à moralidade administrativa:

Por dimensão estrutural, a moralidade administrativa é um valor socialmente difundido e, por isso, pertencente a toda a coletividade, indivisível e indeterminadamente, integrando o patrimônio social, como pondera Lúcia Valle Figueiredo, garantindo o direito subjetivo público a uma Administração Pública honesta, pois, na medida em que se estabelece e se desenvolve, impõe limites e apresenta redutores à discricionariedade administrativa, ao desvio de poder, à desonestidade, à deslealdade, implantando uma rede de proteção ética destinada à sublimação das regras de boa administração (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 91).

O mesmo autor continua:

A proteção jurídica brasileira dos direitos e interesses metaindividuais abrange a tutela da moralidade e da probidade administrativas. A moralidade administrativa é considerada interesse difuso por excelência, cujo titular é a coletividade. A probidade, dever decorrente de moralidade, segue a mesma natureza (indivisibilidade e indisponibilidade) e tem a mesma titularidade (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 94).

Em razão da indisponibilidade de um direito difuso – probidade administrativa- é que não se permite qualquer espécie de transação, acordo ou renúncia no curso da ação de improbidade administrativa.

⁷² “Constituição da República de 1988, 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”.

Uma vez ajuizada a ação, o juízo estará prevento para todas as ações posteriores, que tenham mesma causa de pedir ou mesmo objeto, nos termos da redação do artigo 17, § 5º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Especificadas as provas, o juiz deferirá aquelas pertinentes, indeferindo as inúteis ou protelatórias, sempre ressaltando que o ônus da prova é do autor da ação.

Se algum dos requeridos for Presidente da República, Vice-Presidente da República, Senador, Deputado Federal, Ministro de Estado, Governador de Estados e Territórios, Secretário de Estado, Prefeito do Distrito Federal ou de Município, Deputado Estadual, membro do Poder Judiciário, Ministro ou Juiz dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como do Tribunal Marítimo, este poderá optar por ser inquirido em local, dia e hora previamente ajustado com o juiz da causa, nos termos da previsão do artigo 17, § 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

Se o requerido for o Presidente da República, ou o Vice, além do Presidente do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, a juízo do requerido, o depoimento poderá se dar por escrito, respondidas as perguntas do juiz e das partes, que serão remetidas via ofício, nos termos da previsão do § 1º do artigo 221 do Código de Processo Penal, aplicável em razão da redação do artigo 17, § 12º, da Lei nº 8.429/92.

O juiz, a qualquer tempo, poderá extinguir o processo sem exame de mérito, caso entenda pela inadequação da via eleita, ou seja, se verificar que o rito e a ação de improbidade não se adequam à finalidade pretendida pelo autor.

Tal fato ocorre, a título exemplificativo, quando a pessoa jurídica interessada, no caso um Município, ajuíza ação de improbidade administrativa pretendendo apenas a cobrança de dívida ativa de um cidadão, caso em que a execução fiscal seria o instrumento processual adequado, ficando patente a falta de condição para a ação de improbidade administrativa.

Exaurida a fase instrutória, as partes ofertarão suas alegações finais, e o juiz prolatará sua sentença, observados os requisitos do artigo 458 do Código de Processo Civil.

PAZZAGLINI FILHO ensina:

A sentença de mérito, na ação civil de improbidade administrativa, apresenta, em geral, três capítulos (funções ou efeitos): declaratório, constitutivo e condenatório.

O declaratório consiste no reconhecimento de que o ato praticado por agente público, no exercício funcional, impugnado pelo autor, constitui improbidade administrativa, catalogada em uma das modalidades previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

O constitutivo compreende a declaração do direito de desconstituição do ato considerado ímprobo e a constituição de nova situação jurídica, com a anulação daquele.

O condenatório, que resulta do capítulo declaratório quanto ao reconhecimento do ato de improbidade, diz respeito à **aplicação das sanções** civis, administrativas e políticas previstas no art. 12 da LIA, que, de um lado, **deve obedecer** ao princípio da **correlação entre o pedido**, ou seja, as sanções qualitativa e quantitativamente postuladas pelo autor, e o **conteúdo da sentença** (art. 460 do CPC), e, de outro, **guardar proporcionalidade com o ato ímprobo e a extensão do efetivo dano financeiro demonstrado nos autos** (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p.210).

A sentença, seja ela de procedência integral ou parcial, e também de improcedência, deverá ser amplamente fundamentada, como toda decisão judicial, em obediência à previsão constitucional do art. 93, IX⁷³. No caso de sentença de improcedência, é importante que o juízo destaque se tal convencimento decorre de ausência de provas, pois, em tal hipótese, o surgimento de novas provas poderá ocasionar o ajuizamento de nova ação de improbidade, em razão das particularidades da coisa julgada, que será comentada adiante.

Em caso de sentença de procedência, ainda que parcial, é indispensável a individualização da pena e a explicitação dos motivos para tal enquadramento. E mais, o juízo deve se ater ao pedido formulado na petição inicial, não podendo ir além do que foi pedido (*ultra petita*), nem diversamente do que foi pedido (*extra petita*). Tampouco pode o juízo ir além do pedido (*infra petita*), tudo em observância ao princípio do dispositivo.

ZAVASCKI (2007) ensina:

É indispensável, ademais, que, a exemplo do que ocorre no processo penal, haja aqui individualização da pena com a indicação dos fundamentos e das razões para a aplicação de cada uma delas. A devida fundamentação é requisito essencial da sentença (CPC, art. 458, II) e compõe o devido processo legal constitucional, pois é ela que ensejará ao sancionado o exercício do direito de defesa e de recurso (CF, art. 5º, LIV e LV). A ausência desse requisito acarreta a nulidade da decisão (CF, art. 93, IX). (ZAVASCKI, 2007, p. 122, 1º e 2º §§, p. 123, último §, p. 125, 1º e 2º §§).

Ademais, há estrita vinculação entre a qualificação jurídica dada aos fatos pelo autor da ação e a sentença proferida pelo juiz. Se, portanto, o autor da ação de improbidade enquadrar a conduta do requerido como ato de improbidade que causa lesão ao erário, formulando também, pedido subsidiário de ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República de 1988, não poderá o juiz condenar o requerido pela prática de ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito.

⁷³ “Constituição da República de 1988 – Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

É que, conforme demonstrado anteriormente, os atos de improbidade descritos na Lei de Improbidade Administrativa possuem diferenças entre si, principalmente quanto aos seus requisitos. Assim, tanto o ato de improbidade que causa enriquecimento ilícito quanto o que atenta contra os princípios da Administração Pública dependem de conduta dolosa, ao passo que o ato de improbidade que causa lesão ao erário admite modalidade culposa. Existem outras diferenças, já detalhadas em quadro-resumo.

Não se pode admitir, portanto, que um requerido se defenda da acusação de ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública, conforme enquadramento da própria petição inicial, alegando ausência de dolo em sua conduta, e o juiz o condene pela prática culposa de ato de improbidade que causa lesão ao erário. Eventual sentença que não observe a limitação definida pelo pedido inicial será *ultra petita* ou *extra petita*, dependendo do caso, a primeira passível de decote da parte excedente e a segunda nula, nos termos da redação do artigo 460 do Código de Processo Civil.⁷⁴

Nos termos do artigo 18 da Lei nº 8.429/92, “a sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”.

Na hipótese de configuração da prática de improbidade prevista no artigo 9º da Lei nº 8.429/92, ou seja, ato de improbidade que causa enriquecimento ilícito (ou mesmo nas demais hipóteses, desde que tenha ocorrido enriquecimento ilícito), a sentença decretará o perdimento dos bens ilicitamente angariados ou o pagamento do montante ilicitamente auferido. Na hipótese de prática de improbidade que causa lesão ao erário, artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, a sentença de procedência condenará o requerido a reparar integralmente o dano. Igual punição estará sempre presente quando houver dano ao erário, mesmo que a conduta esteja enquadrada nas demais hipóteses (artigo 9º e artigo 11 da Lei nº 8.429/92).

A destinatária do produto da condenação será sempre a pessoa jurídica interessada que, inclusive, poderá promover ações complementares para o integral ressarcimento do seu patrimônio, nos termos do § 2º, do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa tem finalidade dúplice, qual seja, punitivo-reparatória, mas haverá casos em que a condenação judicial poderá não representar o

⁷⁴ Código de Processo Civil, Art. 460. “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

ressarcimento da integralidade do prejuízo sofrido pelo erário, justificada nessa hipótese, a atuação complementar da pessoa jurídica interessada. MEDEIROS comenta:

Fazenda Pública abrange a União, Estados, Municípios, suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, os quais deverão ser representados em juízo, nessas ações de ressarcimento, por órgãos especializados, tais como a Advocacia-Geral da União, Procuradorias-Gerais dos Estados e Municípios, ou advogados contratados ou pertencentes aos respectivos quadros, como de regra acontece nas autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Legitimado à propositura será o ente político ou instituição que suportou os prejuízos decorrentes do ato de improbidade.

Essas ações têm caráter suplementar, haja vista que as ações de improbidade têm também natureza ressarcitória, razão pela qual o dispositivo averba que a ação de ressarcimento será proposta, “quando for o caso”, ou seja, quando a ação de improbidade não houver provido a indenização integral. (MEDEIROS, 2003, p. 193).

No tocante aos recursos cabíveis no curso da ação de improbidade administrativa, a aplicação é subsidiária do Código de Processo Civil, conforme redação do artigo 496 deste diploma. Do rol de recursos cabíveis, o único inaplicável à Lei de Improbidade Administrativa é o recurso ordinário (inciso V do artigo 496 do Código de Processo Civil). Todos os demais recursos (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário) podem ser utilizados no curso da ação de improbidade administrativa.

Em relação aos efeitos dos recursos, a aplicação também é subsidiária do Código de Processo Civil. Na ação de improbidade administrativa, a apelação será sempre recebida com efeitos devolutivo e suspensivo, inaplicáveis as exceções do artigo 520 do Código de Processo Civil.⁷⁵

Na ação de improbidade, o sistema recursal possui relevância ímpar, porque, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.429/92, “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

⁷⁵ Código de Processo Civil, artigo 520: “Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I - homologar a divisão ou a demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

III - julgar a liquidação de sentença;

IV - decidir o processo cautelar;

V - julgar improcedentes os embargos opostos à execução;

VI - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VII - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;

VIII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

A própria Lei de Improbidade Administrativa prevê que, da decisão que receber a inicial, caberá agravo de instrumento.⁷⁶ Sempre, portanto, que houver decisão de recebimento da inicial, após a manifestação prévia, caberá o recurso de agravo de instrumento, que deverá ser apreciado pelo Tribunal de destino, visto que a conversão do agravo em retido frustrará a previsão do artigo 17, § 10, da Lei nº 8.429/92, além de implicar, em verdade, a inutilidade do mesmo.

Havendo rejeição da inicial, caberá apelação.

O recurso de apelação também é cabível contra a sentença, seja ela de mérito ou terminativa. O apelo devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada e deverá ser recebido com efeito suspensivo, pela aplicação subsidiária da previsão do *caput* do artigo 520 do Código de Processo Civil.

Os embargos de declaração podem ser opostos contra qualquer decisão interlocutória, sentença ou acórdão e serão sempre cabíveis em caso de erro material, omissão, contradição ou obscuridade na manifestação judicial com cunho decisório, nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil.⁷⁷

Os embargos de declaração também são aptos para prequestionamento de matérias legais, sejam elas infraconstitucionais ou constitucionais, requisito fundamental para a interposição dos recursos especial e extraordinário, a teor da redação das súmulas 98⁷⁸ e 211⁷⁹ do Superior Tribunal de Justiça e 282⁸⁰ e 356⁸¹ do Supremo Tribunal Federal.

O recurso especial é cabível contra acórdão proferido por Tribunal (estadual ou regional federal), nos casos previstos nas alíneas do inciso III do artigo 105 da Constituição da República de 1988:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

⁷⁶ Artigo 17, § 10, da LIA. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

⁷⁷ Código de Processo Civil, Art. 535. “Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

⁷⁸ Súmula 98 do STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

⁷⁹ Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

⁸⁰ Súmula 282 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

⁸¹ Súmula 356 do STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Na hipótese da interposição do recurso especial pela alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição da República de 1988, o recorrente deverá promover o confronto analítico entre trechos do acórdão recorrido e o paradigma, comprovando a similitude fática entre os julgados e a divergência da interpretação⁸², sob pena do não conhecimento do recurso.

O recurso extraordinário é cabível nas hipóteses do artigo 102, III da Constituição da República de 1988:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Nos termos do artigo 543-A, § 2º, o recorrente, em preliminar, deverá demonstrar a existência de repercussão geral⁸³, sob pena do não conhecimento do recurso.

Tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário não possuem, de regra, efeito suspensivo, nos termos do artigo 542, § 2º do Código de Processo Civil de 1973. O recorrente que tiver interesse na obtenção extraordinária do efeito suspensivo poderá requerê-lo por meio de ação cautelar que será endereçada ao magistrado responsável pelo juízo de admissibilidade do recurso.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos termos dos artigos 14, IV e 15-A, IV do seu Regimento Interno, a competência para o exercício do juízo de admissibilidade é dos desembargadores Primeiro e Terceiro Vice-Presidentes. Antes, portanto, que os mesmos exerçam o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, o interessado poderá requerer, por meio de ação cautelar, a concessão do efeito suspensivo.

⁸² Os requisitos do recurso especial pela alínea c, do inciso III, do art. 105 da CR/88 estão elencados no artigo 541 do Código de Processo Civil e artigo 255 do Regimento Interno do STJ.

⁸³ Artigo 543-A, § 1º do CPC: Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os limites subjetivos da causa.

Uma vez exercido o juízo de admissibilidade, cessada estará a competência do Tribunal de Justiça.

É preciso analisar a coisa julgada na ação de improbidade. A coisa julgada material é “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.⁸⁴

COSTA (2003) ensina:

Julgada a ação (=lide), exaure-se a prestação jurisdicional, tanto pela emissão da sentença quanto do acórdão (Art. 463); a solução do conflito pela jurisdição adquire imutabilidade, de respeito obrigatório pelos poderes estatais e pelos particulares. *A sentença que julgar a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art. 468)*. À imutabilidade da decisão denomina-se coisa julgada, gênero de duas espécies: coisa julgada formal e material. Inclui-se entre os direitos e garantias fundamentais o respeito à coisa julgada ou à imutabilidade da decisão (art. 5º, XXXVI, CF). Coisa julgada se refere às decisões de espécie terminativa ou definitiva. Esgotada a possibilidade de recorrer de uma decisão de extinção do processo, verifica-se a *coisa julgada formal*, a decisão não pode mais ser alterada. Se a decisão for de mérito, a exaustão do direito ao recurso, segue-se não apenas a coisa julgada formal como também a material. Nesse sentido, há identidade de efeitos da preclusão, que também veda a revisão de decisões, e da coisa julgada formal, ou pode-se falar que a coisa julgada formal é uma espécie de preclusão, isto é, preclusão referente às sentenças. *A coisa julgada material* se refere à imutabilidade da decisão de extinção do processo com julgamento de mérito, irradia-se fora do processo, porque obsta se discuta a lide em outra ação. Em outras palavras: a) as sentenças terminativas se submetem à coisa julgada formal; b) as sentenças definitivas se submetem à coisa julgada formal e material; c) as interlocutórias tornam-se preclusas (COSTA, 2003, p. 941-942).

A regra prevista pelo Código de Processo Civil de 1973 é simples: a sentença de mérito não mais sujeita a recurso faz coisa julgada entre as partes, vedada a renovação das questões debatidas e decididas na lide.

Há, todavia, previsão distinta na Lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 16, assim redigido:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

⁸⁴ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A exceção da formação da coisa julgada nos casos de sentença de improcedência por insuficiência de provas, prevista na lei que regula a ação civil pública, também já estava prevista na Lei nº 4.717/65⁸⁵, que regula a ação popular.⁸⁶

Tal exceção altera o regime da coisa julgada, que tanto na ação popular quanto na ação civil pública é denominada pela maioria da doutrina de coisa julgada *secundum eventum litis*.

LEONEL se manifesta sobre o assunto:

A previsão de extensão do comando da sentença no processo coletivo em caráter benéfico, em caso de procedência da ação, e na hipótese de improcedência quando demonstrado que a pretensão era infundada. Se a improcedência decorre da insuficiência de provas, o julgado produz efeitos somente entre as partes (processuais), sendo possível renovação da demanda com base em novas provas. A este sistema convencionou-se denominar coisa julgada *secundum eventum litis*, e extensão *in utilibus* aos efeitos do julgado.

A solução não é nova, pois já adotada para ação popular, com a possibilidade de renovação da demanda por qualquer cidadão no caso de surgimento de novas provas, quando a primeira ação foi julgada improcedente por insuficiência probatória (LEONEL, 2002, p. 266).

Logo, como a Lei nº 7.347/85 tem aplicação subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa, a esta também se aplica o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*. Contudo, é de se ressaltar que a exceção à regra prevista no Código de Processo Civil só existe nos casos de sentença meritória de improcedência por insuficiência de provas, razão pela qual, conforme manifestação anterior, deverá o juiz expressamente destacar essa circunstância em sua sentença.

A sentença de improcedência por insuficiência de provas prolatada nos autos da ação de improbidade não impedirá o novo ajuizamento da ação, desde que tal se dê em face de novas provas, que deverão ser destacadas na petição inicial, sob pena do reconhecimento da coisa julgada.

⁸⁵ Lei nº 4.717/65, Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

⁸⁶ A respeito da redação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85, no tocante à expressão "nos limites da competência territorial do órgão prolator", é de se ressaltar a aparente confusão entre os institutos da competência e coisa julgada. LENZA (2005) anota: "O objetivo das ações coletivas, conforme já visto foi trazer maior celeridade ao processo, evitando o conflito de decisões e sua multiplicação, fenômenos responsáveis pelo assoberbamento do Judiciário. Outra grande valia do processo coletivo reside na capacidade de assegurar o acesso à Justiça de interesses transindividuais, muitos deles marginalizados quando individualmente considerados. Como será visto, contudo, a regra trazida pela Lei 9.494/97, além de inconstitucional, é totalmente insubsistente" (LENZA, 2005, p. 265).

Todavia, a ação de improbidade pode ser ajuizada tanto pelo Ministério Público quanto pela pessoa jurídica interessada. Em caso de improcedência por insuficiência de provas, apenas o legitimado que não foi o autor anterior poderá ingressar com a nova inicial.

O regime da coisa julgada *secundum eventus litis* foi inserido no ordenamento nacional pelo legislador como forma de evitar que o ajuizamento ou a instrução processual defeituosa pudessem impedir a procedência dos pedidos. Em tal contexto, permitir que o autor desidioso tenha nova chance para provar o fato constitutivo do direito seria premiar a incompetência.

Assim, se o Ministério Público foi o autor da ação de improbidade administrativa com pedidos julgados improcedentes por insuficiência de provas, apenas a pessoa jurídica interessada, caso disponha de outras, poderá renovar a ação. A mesma regra se aplica em sentido contrário, ou seja, se a pessoa jurídica foi a autora da ação infrutífera, apenas o Ministério Público poderá renová-la.

De se destacar, ainda, que o novo ajuizamento deverá respeitar os prazos prescricionais, o que esvazia consideravelmente a utilidade da norma⁸⁷.

⁸⁷ O novo ajuizamento da ação de improbidade só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença meritória de improcedência em razão da insuficiência de provas. Dificilmente, portanto, em razão dos prazos de prescrição, será possível que o outro legitimado tenha tempo hábil para o novo ajuizamento.

10 O CONTEÚDO PENAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa também contém norma de natureza penal, tipificando conduta criminosa e suas respectivas sanções.

É da redação do artigo 19 da Lei nº 8.429/92:

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Verifica-se da leitura do artigo acima que há semelhança com o crime de denunciação caluniosa, tipificado no artigo 339 do Código Penal⁸⁸. O sujeito ativo do crime é o representante ciente da inocência do acusado. A representação pode ser dirigida tanto ao Ministério Público quanto à autoridade administrativa, nos termos do artigo 14 da Lei nº 8.429/92. O crime é formal, ou seja, se aperfeiçoa com o simples oferecimento da representação e o dolo é indispensável para a consumação do delito.

O adversário político que comparece ao Ministério Público e oferta representação por improbidade administrativa contra agente público, sabendo-o inocente, com o intuito único de prejudicá-lo, comete o crime tipificado no artigo 19 da Lei de Improbidade Administrativa e fica sujeito a pena de seis a dez meses de detenção e multa. Além da responsabilidade penal, haverá, ainda, a responsabilização indenizatória de natureza civil, nos termos do parágrafo único do artigo 19 da Lei nº 8.429/92.

É possível criticar a leveza da sanção penal adotada pelo Legislador. A conduta típica prevista no artigo 19 da Lei de Improbidade Administrativa é extremamente gravosa para o representado que ficará sujeito a uma investigação, ainda que de cunho administrativo ou extrajudicial. Haverá, também, a movimentação do aparato burocrático do Estado, seja por

⁸⁸ Código Penal, artigo 339: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção”.

meio da pessoa jurídica interessada, seja por meio do Ministério Público, nos dois casos com gastos do erário.

A punição estipulada pelo legislador, detenção de seis a dez meses, portanto, é extremamente leve, infração de menor potencial ofensivo, insuficiente para desestimular a prática criminosa.

Ao representado caberá a obtenção de indenização civil pelos danos sofridos, sejam eles morais e patrimoniais.

10.1 A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do agente ímprobo. O afastamento temporário do agente público

O artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa prevê que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. O legislador reconheceu que entre todas as sanções previstas no artigo 12º da Lei nº 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos são as mais graves, só podendo ser aplicadas após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatórios.

Em caráter excepcional, “a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”, nos termos do parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 8.429/92.

O afastamento liminar é medida extremamente grave e que somente pode ser deferida em casos excepcionais, devida e exaustivamente fundamentados. Novamente se percebe semelhança entre a Lei de Improbidade Administrativa e as normas penais.

No caso, o afastamento liminar previsto no artigo 20 da Lei nº 8.429/92 somente se justifica em favor da instrução processual, ou seja, quando a permanência do agente público no cargo, emprego ou função, ameaçar ou prejudicar a coleta de provas. Há semelhança, portanto, com a possibilidade de prisão preventiva para conveniência da instrução criminal⁸⁹, conforme previsão do artigo 312 do Código de Processo Penal.

⁸⁹ Código de Processo Penal, artigo 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

O afastamento liminar do agente público só deve ser deferido em casos extremos e na presença de evidências concretas do prejuízo à instrução processual. Se a coleta das provas já foi realizada, ou se a manutenção do agente público no cargo, emprego ou função, em nada influenciar a coleta probatória, o afastamento deve ser indeferido.

Ademais, o afastamento liminar não se confunde com antecipação de tutela, não podendo servir como forma de adiantar os efeitos de uma possível condenação. O afastamento liminar se vincula com a instrução processual e não com a condenação.

Ainda que os indícios de improbidade sejam fortes, o afastamento só se justifica se houver possibilidade de prejuízo à instrução, o que não ocorrendo, desautoriza o deferimento da medida, até em obediência à previsão do *caput* do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

Mesmo que o agente público esteja envolvido em inúmeras ações de improbidade administrativa, apenas o prejuízo à instrução processual poderá justificar seu afastamento liminar.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou sobre a matéria, sempre ressaltando o caráter excepcional do afastamento liminar:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LIMINAR - AFASTAMENTO - INDÍCIOS DE INTERFERÊNCIA NA INSTRUÇÃO DA AÇÃO - INOCORRÊNCIA - ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.429/92 - INTERPRETAÇÃO RESTRITA - LIMINAR CASSADA. 1 - Em ação civil pública proposta com base na improbidade administrativa de Prefeito Municipal, o afastamento deste do cargo somente é possível mediante a existência de indício ou prova efetiva de que o demandado esteja prejudicando a instrução processual, 'ex vi' do art. 20, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92. 2 - Recurso provido. (Agravo de Instrumento n.º 1.0394.08.075438-2/001(1); Relator Desembargador EDGARD PENNA AMORIM; publicado em 16/09/2008.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR - AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - PRESENÇA DE FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA - SIGILO BANCÁRIO E FISCAL - DIREITO NÃO ABSOLUTO - QUEBRA - POSSIBILIDADE EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO - AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO - COMANDO EXCEPCIONAL - RECURSO DESPROVIDO. Os tipos qualificadores previstos nos artigos 10 e 11 da Lei de Improbidade exigem não só ação ou omissão dolosa ou culposa, mas também a presença do prejuízo, bem como prova material de que o réu tenha sido beneficiado com recursos públicos, o que se aplica para o deferimento liminar de indisponibilidade de bens. Não sendo o sigilo bancário um direito absoluto, cabível se mostra a sua mitigação diante do interesse público, legitimando a sua quebra por determinação judicial. O afastamento prévio do agente público do seu cargo, no trâmite de ação civil de improbidade administrativa, perfaz-se em hipótese excepcional que deve ser aplicada quando existam elementos concretos a indicar a necessidade da medida à instrução processual. Rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso (Agravo de Instrumento n.º 1.0352.07.034075-2/001(1); Relator Desembargador Kildare Carvalho; publicado em 10/07/2008).

Em princípio, é sempre prudente valorizar a presunção de inocência do acusado da prática do ato de improbidade administrativa. Assim, o afastamento temporário é excepcional, possível apenas nos casos em que for evidente o prejuízo à instrução processual e apenas pelo período necessário à finalização da mesma.

10.2 A autonomia das sanções da Lei de Improbidade Administrativa

O artigo 21 da Lei nº 8.429/92 é assim redigido:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

O legislador estabeleceu a autonomia das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. No inciso I, destacou-se que o efetivo dano ao patrimônio público só é indispensável para a aplicação da pena de ressarcimento, o que evita o enriquecimento sem causa da pessoa jurídica interessada. Ao contrário, no entanto, está ainda mais reforçada a ideia de que o ato de improbidade independe de dano efetivo ao patrimônio público.

No inciso II do artigo 21 da Lei nº 8.429/92, destacou-se a autonomia entre as penalidades do artigo 12 e a manifestação sobre as contas seja por órgãos de controle interno, seja pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Ou seja, por exemplo, o prefeito que tiver suas contas aprovadas pelo Tribunal de Contas não estará livre das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, desde que comprovado o ato de improbidade.

11 A ATUAÇÃO A QUALQUER TEMPO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APURAÇÃO E NA REPRESSÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Finalmente, o artigo 22 da Lei de Improbidade Administrativa prevê a possibilidade do Ministério Público, de ofício ou por provocação, requerer a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo para apuração de improbidade. Além do requerimento de instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo, o Ministério Público poderá ajuizar a ação de improbidade, caso já esteja convencido da existência do ato ímprobo ou poderá instaurar inquérito civil público para a apuração dos fatos.

12 A PRESCRIÇÃO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É de se abordar a prescrição da ação de improbidade administrativa, visto que tal tema é de extrema relevância no contexto do combate à corrupção da Administração Pública.

A previsão legal é a do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

A prescrição, nos termos da lição de SANTOS, “é a extinção da ação. Esta não foi proposta a tempo de ser conhecida e, assim o direito deixou de ser exigível por via de ação” (SANTOS, 2010, p.138).

O mesmo autor completa a lição:

A prescrição pressupõe um direito que, embora nascido e efetivo, não foi exigido, em caso de sua violação, por via judicial, isto é, por ação que lhe correspondesse, em tempo oportuno. O interessado na afirmação do direito não promoveu a ação dentro do tempo que a lei lhe assina. A prescrição deixou de ser tratada como exceção de direito material pela nova redação do §5º do art. 219 do Código, conferida pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, passando a ser objeção material, tal qual a decadência, e, conseqüentemente, passível de ser conhecida de ofício (SANTOS, 2010, p.138).

A prescrição da ação de improbidade se regula por dois marcos. O primeiro deles se destina aos agentes públicos detentores de mandato (agentes políticos) ou que exercem cargo em comissão ou função de confiança. Em tais casos, o prazo de prescrição é de 05 (cinco) anos, contados após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança, nos termos do inciso I, do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa. Por exemplo, se o Governador de um Estado encerrou seu mandato em 31.12.2010, a prescrição de eventual ação de improbidade se dará em 02.01.2016.

O início da contagem do prazo prescricional da ação de improbidade, no caso do inciso I, do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, é o primeiro dia útil seguinte ao do término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança.

Se o agente público detentor de mandato não o cumprir, na sua integralidade, a contagem do prazo prescricional se iniciará no primeiro dia útil subsequente à saída do cargo (renúncia, cassação, decisão judicial).

O segundo marco é destinado aos agentes públicos detentores de cargo efetivo ou emprego, para os quais a contagem do prazo prescricional se dará nos mesmos moldes dos previstos nas leis específicas para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Finalmente, apesar da omissão legislativa, a doutrina e a Jurisprudência se pacificaram no sentido de que ao terceiro também se aplicam as regras previstas nos incisos do artigo 23 da Lei nº 8.429/92, estando o particular sujeito aos mesmos marcos destinados aos agentes públicos.

O STJ já se manifestou no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF e 211/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. ATO PRATICADO POR PARTICULAR. APLICAÇÃO DO ART. 23, I E II, DA LEI 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LIMITES DA CONSTRICÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. É inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial quando o recorrente não demonstra o suposto dissídio pretoriano por meio: (a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; (b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado em que o acórdão divergente foi publicado; (c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a mera transcrição da ementa e de trechos do voto condutor do acórdão paradigma.

2. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

3. A ausência de prequestionamento do dispositivo legal tido como violado torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

4. Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública por atos de improbidade administrativa contra os recorrentes e Outros (fls. 38/81), em face de supostas irregularidades em operações financeiras realizadas

no Banco do Estado do Paraná, na qual foi determinada a indisponibilidade dos bens dos recorrentes, nos termos do pedido da petição inicial que delimitou especificamente o valor do suposto dano causado ao erário pelos requeridos, individualmente (fls. 35/36). Tal decisão foi mantida pelo Tribunal de origem, que também analisou a alegação de prescrição por questão de ordem pública.

5. A orientação desta Corte Superior é no sentido de que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares é idêntico ao do agente público que praticou o ato ímprobo, matéria regulada no art. 23, I e II, da Lei 8.429/92. Confirmam-se: REsp 965.340/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 8.10.2007, p. 256; REsp 704.323/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 6.3.2006, p. 197).

6. O Tribunal de origem analisou minuciosamente a questão relacionada à indisponibilidade dos bens, determinada em sede de ação de improbidade administrativa, mencionando expressamente os requisitos necessários ao deferimento da medida liminar. Assim, é manifesta a conclusão de que a reversão do entendimento exposto pela Corte a quo exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

7. A decretação de indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, limitando-se a constrição aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 806.301/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.3.2008; REsp 886.524/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.11.2007; REsp 781.431/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 14.12.2006.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido". (REsp 773.227/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 11.2.2009.) (*grifo nosso*).

PAZZAGLINI FILHO, comentando o artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa:

Nos termos do art. 23 da LIA, as ações civis de improbidade têm dois tempos de prescrição. O prazo prescricional **é de cinco anos** quando o ato de improbidade incriminado for praticado por agente público titular de cargo eletivo ou ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança, iniciando-se a contagem a partir do término do mandato ou exercício funcional respectivamente (inciso I). O prazo prescricional **é o previsto em lei específica** para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos em que os agentes públicos processados exerçam cargo efetivo ou emprego público (inciso II). No âmbito da União, o prazo é de cinco anos e começa a correr da data em que o fato tornou-se conhecido, não pendendo causa interruptiva ou suspensiva, e dos Estados ou Municípios, no previsto nas leis por eles editadas sobre a matéria, em geral também de cinco anos. Na hipótese de particular também acionado pela prática de improbidade administrativa, se lhe aplica o prazo prescricional incidental ao agente público com ele envolvido e demandado (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 230-231).

Há, contudo, inegável polêmica a respeito da prescrição da ação de improbidade administrativa. O artigo 37, § 5º da Constituição da República de 1988 prevê: “§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

A redação do dispositivo constitucional propicia a interpretação de que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis. É esse o entendimento de MARTINS JÚNIOR:

A prescrição não se aplica às penalidades previstas na lei que objetivam a reparação do dano material e moral (perda dos bens ilicitamente acrescidos, ressarcimento do dano e pagamento de multa civil). [...] O art. 37, §5º, da Constituição Federal ressalva da prescrição a pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário, consagrando a regra da imprescritibilidade do ressarcimento do dano do ato ilícito praticado em detrimento do patrimônio público. [...] Atualmente, está pacificado que a pretensão de ressarcimento de dano ao erário causado por agente público ou não é imprescritível. E não há norma anterior ou posterior no patamar normativo infraconstitucional com força suficiente para alterar essa compreensão. As anteriores, como o art. 21 da Lei n. 4.717/65, se encontram revogadas; as posteriores, como o art. 23 da Lei n. 8.429/92, exigem interpretação conforme a norma constitucional, da qual resulta a prescrição das demais sanções do art. 12 do referido diploma legal, salvo o ressarcimento do dano (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 385-386).

A citada interpretação encontra respaldo na Jurisprudência, tanto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto do Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTE PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DEVER DE RESSARCIR - IMPRESCRITIBILIDADE - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL - CONSTRIÇÃO DE BENS - POSSIBILIDADE. Responde pelo prejuízo causado ao erário público o agente público que de qualquer forma concorreu para o dano. A Comissão de licitação é solidariamente responsável pelos atos irregulares que causem prejuízo ao erário. As sanções se submetem à prescrição quinquenal prevista no artigo 23, I, da Lei 8.429/92. A pretensão de ressarcimento é imprescritível. As questões cautelares devem ser deferidas pelo julgador desde que possa extrair dos autos dois pressupostos básicos: o perigo de dano na demora da prestação jurisdicional, e a evidência de que exista o direito que assista à parte requerente. A indisponibilidade de bens não é sanção, mas meio de assegurar o resultado útil do processo (Apelação Cível nº 1.0309.04.002338-9/001(1); Relatora Des.(a) VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE; publicado em 13/03/2007).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. CABIMENTO DA AÇÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. BENEFÍCIO CONCEDIDO DE FORMA IRREGULAR. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL. OMISSÃO NA LEGISLAÇÃO DA AÇÃO CIVIL. PRAZO VINTENÁRIO.

I - Descabido o litisconsórcio passivo com o Prefeito e vereadores que, à época, teriam aprovado a Lei Municipal que culminou por conceder benefício de forma irregular à ré na ação civil movida pelo Ministério Público Estadual, por não se subsumir à hipótese do art. 47 do CPC, sendo partes somente a beneficiária e a Prefeitura.

II - É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de ser o Ministério Público legítimo para propor ação civil pública na hipótese de dano ao erário, uma vez que se apresenta como defesa de um interesse público.

III - A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível.

IV - Recurso improvido (REsp 810.785/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ 25/5/06) (*grifo nosso*).

RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CORRÉUS - PRESCRIÇÃO - CONTAGEM INDIVIDUAL - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - IMPRESCRITIBILIDADE.

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei nº . 8.429/92), contado o prazo individualmente, de acordo com as condições de cada réu. Precedente do STJ.

2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 1.185.461/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 17/6/10) (*grifo nosso*).

A posição que defende a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário não se apresenta como a mais adequada.

Existem duas questões que justificam comentários nesse ponto. A primeira é relativa à suposta imprescritibilidade do ressarcimento ao erário e a segunda é a verificação da aptidão da ação de improbidade administrativa para a promoção de ressarcimento ao erário mesmo após os prazos do artigo 23 da Lei nº 8.429/92.

Os defensores da corrente que sustenta a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (ALMEIDA, MARTINS JÚNIOR, MAZZILLI, e outros) se pautam quase que exclusivamente na redação do artigo 37, § 5º da Constituição da República de 1988, argumentando que o Constituinte foi expresso ao ressaltar as ações de ressarcimento dos prazos prescricionais que seriam previstos em lei.⁹⁰

Em tal sentido, as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis e qualquer norma infraconstitucional necessariamente deveria observar o comando constitucional. A posição é respaldada por julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça, conforme transcrição anterior.

Há, entretanto, posição divergente, que defende a prescritibilidade da ação destinada ao ressarcimento ao erário. PAZZAGLINI FILHO se manifesta sobre o assunto da seguinte forma:

Perante a redação do § 5º do art. 37 da Carta Magna, é imprescritível a ação civil de ressarcimento de danos? Entendo que não.

⁹⁰ Além da opinião de MARTINS JÚNIOR (2009), já transcrita no corpo do texto, colaciona-se o entendimento de MEDEIROS para quem, “no que tange ao ressarcimento do dano patrimonial, as ações de improbidade administrativa são imprescritíveis, ex vi do disposto no art. 37, §5º, da Constituição Federal” (MEDEIROS, 2003, p. 243).

A uma, porque a norma constitucional não estabelece taxativa imprescritibilidade, ou seja, não afirma peremptoriamente que a ação ordinária de ressarcimento é imprescritível. E a imprescritibilidade, por ser exceção ao princípio da segurança nas relações jurídicas, vem, em *numerus clausus*, expressamente consignada no Texto Maior, v.g., art. 5º, XLII (“a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”); art. 5º, XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”). Logo a ação civil de ressarcimento de danos causados ao Erário sujeita-se aos prazos prescricionais fixados no plano infraconstitucional.

A duas, porque a prescrição atinge todas as ações patrimoniais, inclusive, segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, “*estendendo-se aos efeitos patrimoniais de ações imprescritíveis*”. Isto porque as relações patrimoniais entre os particulares e o Estado não podem ficar indefinidas e instáveis no tempo, ao alvedrio de seus procuradores, sendo intolerável, perante os princípios constitucionais que regem as relações entre ambos, a ausência de qualquer prazo prescricional balizando as ações de ressarcimento de danos ao Erário (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 232-233).

O mesmo autor cita a lição de OSÓRIO (2005):

A justificação constitucional para o instituto da prescrição é, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica. Ninguém pode ficar à mercê de ações judiciais ou administrativas por tempo e prazos indefinidos ou, o que é pior, perpétuos. Trata-se de uma garantia individual, porém com intensa transcendência social. As relações sociais necessitam de segurança e o Direito busca, em um de seus fins, assegurar estabilidade na vida de relações. Não é possível uma ausência de limites para que alguém acione o outro por supostos danos materiais ao erário, em busca da imposição de censura (OSÓRIO, 2005, p. 541).

E completa, ainda citando OSÓRIO (2005):

Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, caput, CP) sujeita-se a prazo prescricional. Por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia dessa tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma “sanção”, eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente ‘aflictivo’ de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional (OSÓRIO, 2005, p. 540).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0216.08.054254-3/001(1), em 01.09.2009, por maioria, decidiu pela imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, em acórdão assim ementado:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RESSARCIMENTO - IMPRESCRITIBILIDADE - POSSIBILIDADE, COMO MEDIDA DE CAUTELA, DA DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS, LIMITADA AO VALOR DO DANO. A Constituição ressaltou expressamente a regra de prescrição das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa, o que afasta a aplicabilidade do art. 23 da Lei de improbidade. "A concessão de liminar inaudita altera parte se justifica quando a demora no provimento possa acarretar prejuízos ao requerente ou ineficácia de seu provimento final. Ademais, a providência não impõe restrição ao princípio do contraditório, mas tão-somente posterga no tempo a oitiva da parte contrária" (AgRg

na MC 8810 / AL - Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA - PRIMEIRA TURMA - j. 28/09/2004 - Data da Publicação/Fonte: DJ 22/11/2004 p. 264). (Agravo de Instrumento nº 1.0216.08.054254-3/001(1); Relator Desembargador Wander Marotta; publicado em 27.11.2009).

No julgamento acima destacado, o Desembargador Edivaldo George dos Santos votou vencido, reconhecendo a prescritibilidade da ação de improbidade administrativa. Naquele judicioso voto, o já citado Desembargador destacou que *“não coaduno do entendimento de que seriam imprescritíveis ações desta estirpe, pois, se assim o fosse, seria como que eternizar uma pena, o que é vedado pelo disposto no art. 5º, inciso XLVII, aliena b, CF.”*

O ilustre julgador ainda consignou que

na esteira da lição supra, saliento que é claro que a imposição de reparação dos danos, dentre outras cominações previstas na Lei nº 8.429/92, assemelham-se a penas e, como tais, a pretensão punitiva do Estado não pode ser eternizada. E digo eternizada porque qualquer descendente do suposto agente público ímprobo poderia ser compelido a reparar os danos causados pelo seu ancestral.

O próprio STJ também já se manifestou favoravelmente à tese defendida pela segunda corrente doutrinária. É de se destacar o voto-vista proferido pelo Ministro José Delgado no julgamento do Recurso Especial nº 727.131/SP, publicado em 23.04.2008:

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O acórdão recorrido entendeu ser imprescritível a ação para ressarcimento do dano causado ao patrimônio público e que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público municipal.

O relator, dando provimento ao recurso especial, acolheu a prescrição quinquenal da ação civil pública para os fins acima destacados.

Examinei os fundamentos das partes e posiciono-me na linha de entendimento manifestado pelo relator. Em síntese, entende que:

- a) a prescrição é entidade jurídica que visa preservar a estabilidade e a segurança jurídica, evitando-se a perpetuidade do conflito;
- b) o instituto da prescrição é de ordem pública, pelo que pode ser alegado em qualquer grau de jurisdição (art. 193 do CC de 2002);
- c) a regra a ser seguida na interpretação dos dispositivos a seu respeito é a da afirmação da prescritibilidade;
- d) a CF, de modo explícito, só afasta a prescrição nos casos de prática de racismo ou ação de grupos armados contra a ordem constitucional;
- e) em face dos princípios acima enunciados, os atos ilícitos que causam dano ao patrimônio público estão, também, sujeitos ao fenômeno da prescrição;
- f) a interpretação a ser dada ao § 5º do art. 37 da CF não conduz a se ter por imprescritíveis as ações com o objetivo de ressarcimento ao erário público;
- g) o STJ, entre outros julgados, tem afirmado que é de cinco anos, em qualquer hipótese, o prazo, a contar do conhecimento da prática do ilícito, para promover ação de ressarcimento de dano ao Estado (REsps n.s 398.222 e 254.167; MS n. 2436).

Os fundamentos desenvolvidos pelo relator, em harmonia com a doutrina citada e a jurisprudência, merecem aplausos. É o que faço.

Isso posto, acompanhando o relator, reconheço a incidência dos efeitos da prescrição na relação jurídica aqui discutida, pelo que dou provimento ao recurso especial.

É como voto”.

No caso acima citado, por unanimidade, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a prescritibilidade da ação de ressarcimento.⁹¹

Enfrentando a primeira questão, portanto, é possível concluir que a ação de improbidade administrativa, visando o ressarcimento ao erário, é prescritível.

A redação do § 5º do artigo 37 da Constituição da República de 1988, por si só, não autoriza a interpretação de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis. Ao contrário, a redação do citado dispositivo constitucional é confusa e a única interpretação segura de lá advinda é que a lei infraconstitucional estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário.

Não há, portanto, nenhuma determinação ou comando expresso de imprescritibilidade das ações de ressarcimento, o que se dissocia da redação dos incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição da República, quando houve menção direta ao caráter imprescritível do crime de racismo e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Não se olvida a parte final da redação do § 5º do artigo 37 da Constituição da República de 1988, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, mas a conclusão segura a que se chega é que a referida expressão, *per se*, é insuficiente para justificar a suposta imprescritibilidade da ação de ressarcimento.

A tal conclusão se chega com a interpretação sistêmica da própria Constituição da República. O artigo 1º, III, da CR/88 dispõe que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. O *caput* do artigo 5º da CR/88 elenca a segurança como direito fundamental dos brasileiros. A alínea *b* do inciso XLVII do artigo 5º da CR/88 dispõe sobre a impossibilidade de penas de caráter perpétuo.

O princípio da segurança jurídica é essencial à construção do próprio ordenamento jurídico nacional. BANDEIRA DE MELLO defende que o princípio da segurança jurídica

⁹¹ Participaram do julgamento os Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado. O acórdão está disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=736488&sReg=200500293229&sData=20080423&formato=HTML>. Acesso em: 14 jan. 2011.

enquadra-se como um dos princípios gerais de Direito, sendo a essência do próprio Estado Democrático de Direito, ou seja, do sistema constitucional brasileiro:

Ora bem, é sabido e resabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isso, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insoptável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – , comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Bem por isto, o Direito, conquanto seja, como tudo o mais, uma constante mutação, para ajustar-se a novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos, manifesta e sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se perlongam no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 119-120).

Por sua vez, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2006) vincula a segurança nas relações jurídicas à sucessão das leis no tempo e a necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos subjetivos dos indivíduos: “A segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”⁹²”.

Finalmente, CARVALHO FILHO (2009) compara a eficácia do princípio da legalidade e da segurança jurídica, ressaltando o papel deste último na definição da prescrição e decadências das relações jurídicas.

As teorias jurídicas modernas sempre procuram realçar a crise conflituosa entre os princípios da legalidade e da estabilidade das relações jurídicas. Se, de um lado, não

⁹² VANOSSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho em el constitucionalismo social*, p. 30, apud SILVA, 2006, p. 433.

se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, prova incertezas e receios entre os indivíduos. A prescrição e a decadência são fatos jurídicos através dos quais a ordem jurídica confere destaque ao princípio da *estabilidade das relações jurídicas*, ou, como se tem denominado atualmente, ao *princípio da segurança jurídica* (CARVALHO FILHO, 2009, p. 34) (*grifo do autor*).

A imprescritibilidade do ressarcimento ao erário configuraria violação ao princípio da segurança jurídica e atentaria contra a dignidade da pessoa humana, pois é absolutamente inconcebível que qualquer cidadão se sujeite a responder por uma ação de improbidade, convivendo com a angústia e a ansiedade durante todos os dias de sua vida, muitos anos após o término de um mandato ou mesmo após sua aposentadoria.

A situação é ainda mais grave, pois admitida a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, até os sucessores do causador do ilícito seriam responsáveis pela reparação, nos limites do valor recebido a título de herança.

Não haveria, pois, o respeito à dignidade da pessoa humana e tampouco garantia de segurança jurídica. Havendo, ainda, que se considerar a vedação às penas de caráter perpétuo.

Os que defendem a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário sustentam que o mesmo não representa uma pena (sanção) sendo mera consequência decorrente da reparação do ilícito.

Atendo-se estritamente ao conceito jurídico aplicado, o ressarcimento ao erário em si não consiste em pena, mas apenas o retorno ao estado anterior, reparado o ilícito. Todavia, o que configura a pena de caráter perpétuo é exatamente o caráter de imprescritibilidade, que psicologicamente, ao menos, pune o causador do dano.

Apenas para exemplificar, imagine-se o tesoureiro de um Município que em um dia de serviço, ao final do expediente, recebeu o pagamento de um tributo por parte de um cidadão e embolsou os valores. Ao sair do trabalho, o servidor se envolveu em um acidente de trânsito que culminou com a morte de um pedestre. O servidor respondeu ao processo criminal e foi condenado a 03 (três) anos de detenção pela prática de homicídio culposo (artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro), pena substituída por duas restritivas de direito, devidamente cumpridas.

Paralelamente ao curso do processo penal, a subtração indevida foi descoberta e apurada a responsabilidade do servidor; no entanto, a punição disciplinar já estava prescrita.

Desde então o Município interessado e o próprio Ministério Público, cientes do fato, nada fizeram.

Passados mais de 30 (trinta) anos da ciência do ilícito, o Município ajuizou a ação de ressarcimento contra o dito tesoureiro.

Ora, se a ação de ressarcimento fosse imprescritível, o servidor passaria 30 (trinta) anos de angústia e ansiedade, sem saber se seria ou não processado, ao passo que a pena pelo grave crime de trânsito por ele cometido, exatamente no mesmo dia da subtração de valores do erário, homicídio culposo, já teria sido cumprida há mais de 20 (vinte) anos.

Tal situação revelaria, inegavelmente, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da vedação às penas de caráter perpétuo.

Há, ainda, outro argumento favorável à prescritibilidade das ações de ressarcimento. Se existisse, de fato, no ordenamento jurídico nacional, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, deveria o legislador ter expressamente destacado tal situação na redação do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa. Bastaria, para tanto, incluir uma ressalva na redação do seu *caput*, o que seria mais que suficiente para sepultar qualquer discussão. Todavia, não há ressalva alguma.

Ademais, e finalmente, o atual estágio de desenvolvimento e organização do Ministério Público e a modernização do Judiciário, esvaziaram eventual complacência do legislador. Poder-se-ia supor que o Constituinte adotou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento temeroso que os serviços jurídicos das Fazendas Públicas e do Ministério Público não fossem aptos a proteger o erário em prazo razoável, mas essa constatação se apresenta atualmente.

O Ministério Público goza de autonomia financeira e orçamentária, dispondo de recursos materiais e de pessoal para a apuração de atos de improbidade administrativa. As Fazendas Públicas, em especial em nível federal e estadual, também gozam de condições mais que satisfatórias para a proteção do erário. Os Municípios, mesmo em alguns casos não dispondo de boas condições materiais, possuem sempre o auxílio do próprio Ministério Público.

BUENO também defende a prescritibilidade das ações de improbidade administrativa:

Não há como concordar, com o devido respeito, com o entendimento que vem predominando no sentido da imprescritibilidade das “ações de ressarcimento ao erário”, incluídos, dentre elas, os pedidos relativos ao ressarcimento que podem ser formulados nas ações de improbidade administrativa (v.n. 9, supra).

É certo que se lê, do precitado § 5º do art.37 da Constituição Federal, que: “A lei estabelecerá os prazos da prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”:

A ressalva feita por aquele dispositivo constitucional, contudo, não pode ser entendida no sentido de tornar imprescritíveis as “ações de ressarcimento” mas, bem diferentemente, no sentido de o Estado, responsável objetivamente pelo dano (o que é expressamente previsto pelo § do mesmo art. 37 da Constituição Federal), poder voltar-se ao causador do dano, “qualquer agente, servidor ou não”, para ressarcir-se do que vier a pagar, baseando a pretensão ressarcitória na sua responsabilidade subjetiva. O que o dispositivo constitucional quer, em última análise, é que a lei indique os prazos prescricionais das pretensões ressarcitórias em face do Estado, ressaltando seu direito de regresso em face do causador do dano.

Corroborando o entendimento aqui adotado a circunstância de a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 ter introduzido um art. 1º-C na Lei n. 9.494/1997, segundo o qual: “Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. O precitado dispositivo, embora seja fruto de medida provisória mantida vigente pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, o que, por si só, indica a sua inconstitucionalidade formal, pretende, a olhos vistos, disciplinar o precitado § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Ademais, a imprescritibilidade de qualquer pretensão é opção que atrita frontalmente como princípio da segurança jurídica a merecer, por isto mesmo, expressa previsão constitucional, a exemplo do que ocorre, no âmbito do direito penal, com os incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal com relação aos crimes de racismo e de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, respectivamente.

Por tais razões, deve prevalecer o entendimento de que o art. 23 da Lei n. 8.429/1992 não viola o art. 37, § 5º, da Constituição Federal e, conseqüentemente, estabelece os prazos prescricionais para a “ação de improbidade administrativa”, inclusive no que diz respeito ao ressarcimento dos danos ao erário.

Ainda a respeito do tema, insta colacionar interessante acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 801.846/AM, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 16.12.2003, DJE 12.2.2009), no qual prevaleceu a interpretação de que o reconhecimento da prescrição das demais penas aplicáveis ao ato de improbidade administrativa impede o prosseguimento do processo para buscar o ressarcimento ao erário, ainda que se entenda imprescritível a pretensão respectiva. Para tal fim, segundo se lê do acórdão, faz-se necessário iniciar um novo processo.

Por fim, cabe destacar que as “ações de improbidade administrativa” ajuizadas em face de particular (art. 3º da Lei n.8.429/1992; v.n.5, supra) estão sujeitas ao mesmo prazo prescricional – e, conseqüentemente, à mesma discussão aventada acima – do art.23 da Lei n. 8.429/1992. Expressos neste sentido são os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: 1ª Turma, RESP 1.087.855/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 3.3.2009, DJE 11.3.2009; 1ª Turma, RESP 773.227/PR, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 9.12.2008, DJE 11.2.2009, e 2ª Turma, RESP 965.340/AM, rel. Min. Castro Meira, j.un. 25.09.2007, DJ 8.10.2007, p.256 (BUENO, 2010, p. 193-194).

Assim, os prazos prescricionais do artigo 23 da Lei nº 8.429/92 são mais do que suficientes para a investigação e tomada de providências judiciais para a reparação do erário, absolutamente desnecessária a imprescritibilidade, que tanto assombra a segurança jurídica.

Resta, ainda, enfrentar a segunda questão proposta, relacionada à verificação da aptidão da ação de improbidade administrativa para a promoção de ressarcimento ao erário mesmo após os prazos do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda que se admita a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, o que só é feito para fins de argumentação, em razão da manifestação anterior, é de se constatar que, superados os prazos prescricionais previstos no artigo 23 da Lei nº 8.429/92, não mais se pode utilizar o rito da ação de improbidade administrativa.

Caberia, apenas, o ajuizamento de ação de ressarcimento, pelo rito ordinário e, mesmo assim, apenas pela pessoa jurídica interessada, titular do direito pleiteado em juízo, falecendo o Ministério Público de legitimidade para tanto.

A ação de improbidade tem finalidade dúplice, qual seja, punitivo-reparatória. Não é possível a utilização do rito processual previsto na Lei nº 8.429/92 apenas para fins reparatórios, visto que sua intenção é afastar da Administração Pública os agentes públicos (e terceiros) desonestos.

A utilização da ação de improbidade apenas para fins de ressarcimento ao erário configura inadequação da via eleita, passível de reconhecimento de ofício pelo juízo, seja na fase preliminar do artigo 17, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa, seja a qualquer momento do processo, extinto o mesmo sem exame de mérito.

Da mesma forma que não se admite ação de improbidade exclusivamente para cobrança de tributo inscrito em dívida ativa, não se admite a ação de improbidade para ressarcimento ao erário, puro e exclusivo, desacompanhado das demais sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 (multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, suspensão dos direitos políticos, perda da função).

Assim, ainda que se aceite a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, superados os prazos prescricionais do artigo 23 da Lei nº 8.429/92, caberá à pessoa jurídica interessada o ajuizamento de ação de ressarcimento, pelo rito ordinário. PAZZAGLINI FILHO, no mesmo sentido:

Assim, decorrido o prazo prescricional das ações civis de improbidade, estabelecido nos incisos I e II do art. 23, o ressarcimento dos danos sofridos pelo Erário, nas unidades da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) decorrentes de atos de improbidade, somente pode ser pleiteado em ação autônoma. E tem legitimidade ativa para promovê-la o ente público lesado e não o Ministério Público (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 232).

O Ministério Público não mais estará legitimado à propositura da ação de ressarcimento pelo rito ordinário, após o prazo prescricional do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, porque o direito buscado em juízo é exclusivo da Fazenda

Pública interessada, responsável, portanto, por pleitear em nome próprio seu direito, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil.

13 CONCLUSÃO

No curso do presente estudo, foi destacado o momento histórico conturbado no qual surgiu e foi desenvolvido o Projeto de Lei que culminou com a publicação da Lei de Improbidade Administrativa, importante instrumento de Direito material e processual para o combate à corrupção na esfera da Administração Pública.

Alertou-se, contudo, que a rapidez na tramitação do Projeto de Lei e a efervescência política da época, que acarretou o *impeachment* de um Presidente da República, propiciaram um instrumento legal avançado, mas com problemas de interpretação e aplicação.

Destacou-se que, apesar de mais de 18 (dezoito) anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, não se verificou a esperada queda dos casos envolvendo corrupção na administração pública, comprovando-se que a pura e simples edição e publicação de instrumentos normativos não tem o condão, por si só, de alterar a realidade fática e cultural de uma nação.

A pesquisa abordou a polêmica aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, ressaltando que a *mens legis* da mesma sempre foi o combate à prática de atos de corrupção no âmbito da Administração Pública, inclusive dos agentes políticos ocupantes dos mais altos cargos, razão pela qual seria verdadeiro contrasenso aceitar a não aplicabilidade da citada lei aos mesmos.

Alertou-se, contudo, que a Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos agentes públicos desonestos, corruptos, imbuídos de má-fé e não àqueles inábeis, incapacitados tecnicamente para o exercício de determinado ato ou função. Constatou-se, ainda, que a Lei de Improbidade Administrativa, ao contrário, está sendo direcionada contra todo e qualquer agente público sem a necessária valoração do aspecto subjetivo da conduta imputada como ímproba e tampouco as condições sócio-econômicas e culturais do suposto autor do ato de improbidade no âmbito da Administração Pública.

A aplicação inadvertida da Lei de Improbidade Administrativa, mesmo ao agente público de boa-fé, representa verdadeira distorção nos regimes jurídicos punitivos aplicáveis aos agentes públicos, afastando da gestão pública pessoas de bem, que evitam as pesadas penalidades previstas em diversos diplomas legais, mesmo quando ausente qualquer interesse desonesto.

No curso da pesquisa, apurou-se a inexistência de qualquer impedimento para a existência de foro privilegiado para agentes políticos acionados em ações de improbidade administrativa. Destacou-se que o julgamento por órgão colegiado assegura a maior imparcialidade dos julgadores, garantindo aos acusados um resultado processual menos influenciado por pressões externas.

Demonstrou-se, também, que a celeuma advinda da associação da impunidade ao foro privilegiado não se sustenta sob a análise da prática jurídica, demonstrando-se que a ausência do privilégio de foro pode até facilitar a demora no julgamento, com as consequências daí advindas, como, por exemplo, a prescrição.

Destacou-se que a demora dos julgamentos no âmbito dos Tribunais não difere daquela verificada no âmbito dos julgamentos singulares em primeira instância, porque, de fato, a lentidão da Justiça decorre principalmente da sua estrutura arcaica, desatualizada, e que não acompanhou as inúmeras alterações sociais ocorridas nos séculos XX e XXI.

Afirmou-se que, em observância à logicidade do sistema punitivo de agentes políticos, seria mais adequado admitir-se o foro privilegiado nas ações de improbidade, nos mesmos moldes do que ocorre nas ações penais.

A pesquisa apontou que os tipos de atos de improbidade previstos na Lei de Improbidade Administrativa são essencialmente abertos, reflexo da tentativa do legislador em evitar o engessamento da norma, mantendo-a sempre atual. Destacou-se, contudo, que a tentativa do Legislador permitiu uma tipificação frágil, genérica e perigosa, submetendo os agentes políticos ao completo desamparo, visto que toda e qualquer conduta de um agente público poderá ser enquadrada como ato de improbidade administrativa, dependendo, exclusivamente, da vontade do legitimado ativo para a propositura da ação de improbidade.

Confirmou-se, novamente, que a insegurança decorrente da tipificação aberta e genérica desestimula o ingresso na vida pública, dela afastando as pessoas dotadas de boa-fé, em virtude da concreta possibilidade de se sujeitarem a diversos regimes punitivos, sem o mínimo de segurança jurídica.

O estudo abordou a classificação tripartida dos atos de improbidade administrativa (atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam dano ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública), propondo quadro-resumo, em síntese das características dos mesmos.

Destacou-se que apenas os atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário admitem modalidade culposa, ao passo que os demais somente se aperfeiçoam com a presença de conduta ou omissão dolosa.

Abordando as penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, o presente estudo destacou que não há previsão de aplicação conjunta das mesmas, cabendo ao julgador a análise e ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da pena.

O julgador deve apreciar todas as circunstâncias do caso concreto, analisando a formação profissional do agente público acusado da prática do ato de improbidade administrativa, sua motivação para a prática do ato, a repercussão deste na esfera patrimonial do agente ou de terceiro e também na esfera do erário, a reprovabilidade de sua conduta ou omissão, a repercussão no local da prática do ato de improbidade administrativa e também os usos e costumes locais. Apenas após o exercício de raciocínio é que o julgador deverá fixar a penalidade, sempre recordando que a Lei de Improbidade Administrativa tem como alvo a corrupção e desonestidade.

A pesquisa alertou, ainda, que somente as penalidades de perda de bens ou valores e de ressarcimento integral do dano possuem caráter reparatório, sendo as demais (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e impedimento de recepção de benefícios ou incentivos fiscais e creditícios) de caráter punitivo. Somente as penalidades de caráter reparatório se transferem aos sucessores dos autores do ato de improbidade administrativa.

As penalidades previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa são aplicadas de acordo com o ato de improbidade praticado, o que motivou o quadro resumo nº 02 detalhado no estudo.

Na abordagem do rito processual previsto na Lei de Improbidade Administrativa, a pesquisa apontou a existência de uma fase preliminar ao recebimento e início da ação de improbidade administrativa, na qual é permitido ao acusado apresentar razões escritas que evidenciem a inexistência do ato de improbidade ou a inadequação da via eleita.

Destacou-se que a fase preliminar é importante e não acarreta prejuízo algum para a acusação, ao contrário, evita a proliferação de ações descabidas, funcionando como filtro e se assemelha à previsão do Código de Processo Penal, em seus artigos 513 a 518, que abordam o processo para apuração de crimes de funcionários públicos, comprovando, uma vez mais, a estreita ligação da LIA com as normas do Direito Penal.

A pesquisa concluiu que a inobservância do rito processual específico da Lei de Improbidade Administrativa, no tocante à fase preliminar, importa nulidade absoluta e insanável de todo o processo. Afirmou-se que a simples possibilidade de evitar o início da ação de improbidade administrativa já é suficiente, por si só, para justificar a existência da fase preliminar, implicando a sua não observância em prejuízo à ampla defesa do acusado.

Apontou-se, ainda, que a única inovação processual da Lei de Improbidade Administrativa é justamente a fase preliminar e a sua não observância desnaturaria essa importante alteração processual.

Afirmou-se, ainda no tocante à fase preliminar da ação de improbidade, em caso de desrespeito à previsão do artigo 17, §7º, da Lei de Improbidade Administrativa, sempre haverá prejuízo ao(s) requerido(s), impondo-se a nulidade do processo.

A pesquisa abordou, ainda, a aplicação subsidiária da previsão do artigo 333 do Código de Processo Civil ao rito processual da ação de improbidade, cabendo ao autor os ônus do fato constitutivo de seu direito. Constatou-se que o inquérito civil público é mero indício de prova, que deve ser submetido ao crivo do contraditório, inclusive reiterado em juízo. A simples apresentação do inquérito civil público sem a renovação das provas no curso da lide implicará a improcedência dos pedidos por ausência de prova.

Destacou-se que, ao inquérito civil público, se aplicam, por analogia, as mesmas previsões do inquérito policial, necessária a convalidação das provas em juízo, assegurados aos acusados a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Afirmou-se que o inquérito civil público é instrumento hábil para a formação do convencimento do representante do Ministério Público, suficiente, apenas, para justificar o ajuizamento da ação de improbidade, ressalvados os casos em que o representante já se convenceu mesmo sem a necessidade do inquérito. Não pode, contudo, sem sua repetição em juízo, basear condenação nas pesadas penas previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

A pesquisa demonstrou que há necessária e obrigatória vinculação entre a qualificação fática-jurídica dada aos fatos pelo autor da ação de improbidade e a sentença que futuramente será proferida pelo juízo, justificada pelas características próprias e específicas de cada tipo de ato de improbidade. Destacou-se a impossibilidade de que um requerido se defenda da acusação de ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública, conforme enquadramento da própria petição inicial, alegando ausência de dolo em

sua conduta, e o juízo o condene pela prática culposa de ato de improbidade que causa lesão ao erário.

O estudo apontou que o afastamento liminar do agente público acusado da prática de ato de improbidade administrativa somente se justifica em casos absolutamente extremos, quando houver efetivo prejuízo à instrução processual, com exaustiva fundamentação da decisão que deferir tal pedido.

Finalmente, o estudo abordou a questão da prescrição da ação de improbidade administrativa, enfrentando dois questionamentos específicos: o ressarcimento ao erário é imprescritível? É cabível a ação de improbidade administrativa exclusivamente para fins de ressarcimento ao erário após o prazo previsto no artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa?

A pesquisa apontou que o ressarcimento ao erário é prescritível, destacando que a redação do § 5º do artigo 37 da Constituição da República, por si só, não autoriza a interpretação de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis, pois inexistente determinação ou comando expresso de imprescritibilidade das ações de ressarcimento, o que se dissocia da redação dos incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição da República.

Destacou-se que a interpretação sistêmica da própria Constituição da República revela que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, que o *caput* do artigo 5º da CR/88 elenca a segurança como direito fundamental dos brasileiros e que a alínea *b* do inciso XLVII do artigo 5º da CR/88 dispõe sobre a impossibilidade de penas de caráter perpétuo. Tais constatações confirmam que a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário configuraria violação ao princípio da segurança jurídica e atentaria contra a dignidade da pessoa humana, assombrando um cidadão durante toda a sua vida e até mesmo seus sucessores.

Apontou-se, ainda, que caso fosse imprescritível o ressarcimento ao erário, bastaria ao legislador destacar tal situação na redação do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, o que efetivamente não ocorreu. A pesquisa sinalizou, também, que o atual estágio de desenvolvimento e organização do Ministério Público e a modernização do Judiciário, esvaziaram eventual complacência do legislador, pois os prazos prescricionais previstos no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa são suficientes para a investigação e tomada de providências judiciais para a reparação do erário, absolutamente desnecessária a imprescritibilidade, que tanto assombra a segurança jurídica.

O estudo confirmou que, mesmo admitida a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, hipótese aceita apenas para fins de argumentação, ainda assim, se superados os prazos previstos no artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, é inviável a utilização do rito processual da ação de improbidade.

Em tal hipótese, caberia, apenas, o ajuizamento de ação de ressarcimento, pelo rito ordinário, pela pessoa jurídica interessada, titular do direito pleiteado em juízo, falecendo o Ministério Público de legitimidade para tanto.

A pesquisa apontou que a ação de improbidade tem natureza dúplice, punitivo-reparatória, sendo inviável sua utilização apenas para fins reparatórios, o que configuraria inadequação da via eleita, passível de reconhecimento de ofício pelo juízo, seja na fase preliminar prevista no artigo 17, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa, seja a qualquer momento do processo, extinto o mesmo sem exame de mérito.

A Lei de Improbidade Administrativa é um importante instrumento legal no combate à corrupção, mas sua aprovação célere e sem debates aprofundados, acarretou falhas extremamente prejudiciais aos acusados. A efetiva aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, ao mesmo tempo em que pune agentes públicos corruptos e desonestos, afasta da vida pública pessoas corretas, com graves consequências futuras, como, por exemplo, a ausência de novos líderes.

A ponderação e a prudência dos julgadores são fundamentais para evitar injustiças e excessos na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do Direito Processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional nº. 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, Rui. *Migalhas de Rui Barbosa*. São Paulo: Migalhas, 2010. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) *A proteção dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 61, ano 16, p. 187-200, jan./mar. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 130, ano 30, p. 131-152, dez. 2005.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Processual das coletividades e dos grupos*. São Paulo: LTr, [1992].

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. Direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂNDIDO, Raymundo. *Mensagem do representante de Minas no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. A Justiça. Belo Horizonte: [s.n.], 1979.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. ampl. e atual. até 10.07.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. atual. até 15.02.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CÓDIGO-MODELO de Processos Coletivos para Ibero-América: Exposição de Motivos. *In: Revista de Processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 30, n. 121, p. 131-148, mar. 2005..

COSTA, José Armando. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

CUNHA, Alcides A. Munhoz. Evolução das ações coletivas no Brasil. *In: Revista de Processo*, n. 77, [200-].

DA MOTTA, João Francisco. *Invalidação dos Atos Administrativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARIA, Luís Cláudio Furtado. *O problema da legitimação das associações civis para o ajuizamento de ações coletivas: a representação adequada e o abuso de direito (um estudo de caso)*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes perfeitos*. Comentário artigo por artigo da lei nº. 8.429/92 e do DL 201/67. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. Comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FIUZA, César. *Direito Civil*. Curso completo. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.) *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. Parte processual penal (art. 1º a 250). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.) *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. Parte processual penal (art. 394 a 667). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 4.

GALLOTTI, Carolina. Pertinência Temática nas ações coletivas. *In: Revista de Processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 142, p. 169-184, dez. 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDI, Antonio. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *In: Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 151-186, jan./jun. 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A coisa julgada no código de defesa do consumidor e o conceito de parte. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 331, p. 65-73, jul./ago./set. 1995.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 361, p. 3-12, maio/jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário Brasileiro. *In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana de Cordeiro; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Processo Civil. Novas tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 235.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo de acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito*. São Paulo: LED – Editora de Direito, 1999.

MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: Comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO NETO, Nelson. Extensão subjetiva da coisa julgada em consequência do processo do mandado de segurança coletivo. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, nº 36, p. 87-92, [200-].

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal de 2008 (leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela lei 11.900 (novo interrogatório), de 08.01.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. Legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. Legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. *apud* PLÁCIDO e SILVA, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 21. ed. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. *O executivo e a reforma do poder judiciário*. 2004. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeira linhas de Direito Processual Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005). São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 788, p. 57-75, jul. 2001.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 2006a.

_____. Ações individuais e coletivas sobre relação de consumo – reunião de processos por conexão. *In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: IOB Thomson, n. 44, nov./dez. 2006b.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *In: Revista de Processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, abr./jun. 1995.

_____. *Processo coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Defesa de Direitos Coletivos e defesa coletiva de Direitos*. apud. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. p. 102. *In: ENTERRIA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Direito Administrativo*, p. 890.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.