



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 10 – Número 36 – Edição Especial – 2011

ISSN 1676-4781

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Câmara Editorial do Boletim Científico

Ministério Público Federal

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN (Coordenadora)

Procuradora Regional da República

MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER

Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

HELDER SANTOS AMORIM

Procurador do Trabalho

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Procurador Regional do Trabalho aposentado

Ministério Público Militar

PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ

Subprocurador-Geral de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA

Promotora da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB

Procuradora de Justiça

ROSE MEIRE CYRILLO

Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 10 – Número 36 – Edição Especial
20 Anos da Lei de Improbidade Administrativa
Brasília-DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>
Hot site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2011. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Aline Paiva de Lucena, Adrielly Gomes de Souza, Davi Silva do Carmo
Eduarda Lins de Albuquerque Campos, Simone Rodrigues de Sousa e Silva

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Rossele Silveira Curado
Silvana Dória Fernandes Soares

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 10, n. 36, edição especial, 2011

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

A Escola Superior do Ministério Público da União traz a público mais uma edição de seu Boletim Científico. Desta feita, a temática central é a defesa da probidade administrativa, como marco comemorativo dos vinte anos da Lei n. 8.429, de 1992.

Ao longo de duas décadas, a ação de improbidade administrativa vem-se firmando como um poderoso instrumento no combate à corrupção e à improbidade, trazendo para o plano da realidade a perspectiva de punição no âmbito não penal, paralelamente à constrição de bens, à reparação do erário e ao afastamento do mau agente do cenário da vida pública.

Os textos reunidos nesta edição especial – valiosa contribuição e fruto da experiência profissional de seus autores – espelham com precisão virtudes e vicissitudes encontradas na aplicação da Lei n. 8.429/1992.

Neste volume, são abordados temas candentes, como a incidência da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) em relação à tutela do meio ambiente e a agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade, o elemento subjetivo para configuração do ato de improbidade administrativa, a legitimidade passiva de agentes de sociedade de economia mista, a natureza jurídica do ressarcimento do dano, o direito fundamental ao governo honesto, a prescrição da ação de improbidade contra agentes públicos militares, a relação entre informação, improbi-

dade e a mitigação da privacidade do agente público, a atuação do Ministério Público, a definição de paradigmas racionais para o estabelecimento de sanções, os reflexos da LIA no processo eleitoral, a relação entre contratações sustentáveis, livre concorrência e a improbidade e a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao tema.

Boa leitura!

NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Procurador Regional da República

Diretor Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Natureza jurídica do ressarcimento integral do dano na Lei n. 8.429/1992: o posicionamento do STJ e seus reflexos na aplicação do art. 12 e na atuação do membro do MPF

Bruno Barros de Assunção 11

A Lei de Improbidade Administrativa e a tutela do meio ambiente

Tarcísio Henriques Filho 29

Improbidade e dolo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini 53

Ação de improbidade administrativa em face de agentes de sociedades de economia mista federais nos 20 anos da Lei n. 8.429/1992 – incompreensão sobre a legitimidade do Ministério Público Federal e a competência da Justiça Federal

Rodrigo Telles de Souza 67

Direito fundamental ao governo honesto

José Rubens Plates 79

Lei de Improbidade Administrativa: estudo sobre o prazo prescricional

José Antonio Tassi 101

Cultura da informação e improbidade – privacidade mitigada do agente público

Leandro Mitidieri Figueiredo 135

Quem tem medo do Ministério Público? A aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 a agentes políticos

Orivaldo Bernardes de Oliveira Netto 161

Paradigmas para a aplicação racional das sanções da Lei de Improbidade Administrativa

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior 191

Improbidade administrativa – da aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos atos praticados por agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade

Marília Oliveira Araújo 223

Duas décadas de Lei n. 8.429/1992 e o retrocesso legislativo

Bruno Pirrony Silva 285

Assistencialismo eleitoreiro e improbidade administrativa

José Guilherme Ferraz da Costa 313

Prescrição da ação de improbidade contra militar

Sérgio Monteiro Medeiros 347

O elemento subjetivo dolo como requisito para configuração do ato de improbidade administrativa

Maria Amélia Lourenço Barbosa 377

Lei de Improbidade Administrativa como elemento instrumental da sindicabilidade dos atos praticados por agentes políticos

Yeline Carvalho Cordeiro e William Paiva Marques Júnior 395

Contratações sustentáveis, livre concorrência e improbidade administrativa

Gonçalo Farias de Oliveira Junior 431

20 Anos da Lei de Improbidade Administrativa

Natureza jurídica do ressarcimento integral do dano na Lei n. 8.429/1992: o posicionamento do STJ e seus reflexos na aplicação do art. 12 e na atuação do membro do MPF

Bruno Barros de Assunção

Procurador da República na Procuradoria da República no Município de Sousa-PB.

Resumo: O presente estudo tem como propósito analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da verdadeira natureza jurídica do ressarcimento ao erário e os seus reflexos práticos quanto à correta aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Sanções. Ressarcimento ao erário. Natureza jurídica. Consequências práticas.

Abstract: This study aims to analyze the position of the Superior Court of Justice about the true legal nature of reimbursement to the exchequer and its practical consequences as to the correct application of the sanctions provided for in Law 8.429/1992.

Keywords: Improbity. Sanctions. Reimbursement to the exchequer. Legal nature. Practical consequences.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breves considerações acerca da improbidade administrativa. 3 Das sanções elencadas na Lei de Improbidade Administrativa. 4 Da correta aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA. 5 A natureza jurídica do ressarcimento do dano: a visão do STJ e seus reflexos práticos. 6 Conclusão.

1 Introdução

Em comemoração aos vinte anos da publicação da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o presente estudo tem como ponto nodal a análise do tratamento normativo concernente às sanções aplicáveis aos autores de atos de improbidade administrativa, perpassa a discussão a respeito da exata natureza jurídica do ressarcimento integral do dano, cita-o como uma das sanções específicas da lei em comento e expõe seus reflexos decorrentes tanto em relação à correta aplicação das sanções albergadas no seu art. 12 quanto à atuação do membro do Ministério Público Federal.

2 Breves considerações acerca da improbidade administrativa

A Constituição Federal, em seu art. 37, §4º, dispõe:

§ 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.

Por sua vez, o legislador ordinário regulamentou o tema, conforme determinado no citado §4º, mediante a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), que versa

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.

Ainda que superficialmente, como não se insere no tema ora abordado nos limites deste estudo, faz-se interessante destacar que a Lei n. 8.429/1992 elenca três formas distintas de improbidade admi-

nistrativa¹, a saber: a) o ato que importe em enriquecimento ilícito, tipificado no art. 9º; b) as práticas que consubstanciem dano ao Erário, versadas no art. 10; e, por último, c) condutas que caracterizem atentados aos princípios da Administração Pública, apresentadas no art. 11.

Outrossim, cumpre frisar que, acerca da definição do sujeito ativo do ato de improbidade, a Lei n. 8.429/1992 trouxe um conceito bastante amplo de agente público, admitindo, também, que, em determinadas circunstâncias, até mesmo particular, pessoa física ou jurídica, possa vir a ser responsabilizado por ato de improbidade².

Ultrapassados esses sucintos comentários a respeito da visão geral da Lei de Improbidade Administrativa, podemos nos debruçar, com mais afinco, sobre as sanções às quais se submete o agente do ato de improbidade administrativa.

3 Sanções elencadas na Lei de Improbidade Administrativa

Ato contínuo, a referida norma especificou, em capítulo próprio, as sanções às quais estão submetidos os sujeitos que pratiquem atos de improbidade administrativa, diferenciando-as conforme a

1 Não se olvide, contudo, conforme lembrado pela doutrina pátria (CARVALHO FILHO, 2007, p. 914), que a Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) acabou por prever, em seu art. 52, uma quarta modalidade de atos de improbidade administrativa, aplicável exclusivamente aos prefeitos que inobservem algumas de suas determinações.

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.

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.

tipologia do ato realizado, isto é, se refere-se ao enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10) ou violação a princípios constitucionais (art. 11), *verbis*:

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.

Não nos cabe, nessa ocasião, analisar, com precisão, as diferentes graduações de tempo e valor atribuídas às sanções, no que tange ao tipo de ato de improbidade administrativa praticado, mas apenas fazer alusão às diversas espécies sancionatórias ali estipuladas.

A primeira sanção cabível é a suspensão dos direitos políticos, em período variável de três a dez anos. De outro giro, também se encontra prevista a possibilidade de perda da função pública, cabível, por lógica, unicamente aos agentes públicos que exerçam eventual função pública. Além disso, outra reprimenda tratada no art. 12 da LIA é a aplicação de multa ao sujeito ímprobo, cujo valor terá como parâmetro o acréscimo patrimonial obtido (art. 9º), o dano perpetrado ao erário (art. 10) ou a remuneração do sujeito (art. 11).

Há, ademais, a sanção de 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, em lapso temporal variável de três a dez anos.

Por derradeiro, encontra-se elencado, como sanção, o ressarcimento integral do dano, que será mais bem abordado em momento posterior.

4 A correta aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA

No que concerne à aplicação das sanções capituladas na LIA, vale mencionar que a Lei n. 12.120/2009 modificou a redação originária do seu art. 12, passando a dispor que as sanções ali cominadas poderiam ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Até então, o citado artigo asseverava que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas,

previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...]”, nada dispendo acerca da plausibilidade, ou não, da aplicação isolada de uma ou de algumas das sanções, o que despertou forte questionamento quanto a esse aspecto.

Com efeito, pendia, por longos anos, na doutrina e na jurisprudência, forte divergência a respeito da (im)possibilidade de o juiz não aplicar todas as sanções elencadas em um dos incisos do art. 12 da LIA. De um lado, direcionava-se a corrente que admitia tal discricionariedade do magistrado embasada, sobretudo, no parágrafo único do mencionado artigo. Noutra ponta, corrente³ apontava em sentido diametralmente oposto, aduzindo que caberia ao magistrado tão somente definir, nos parâmetros legais, a gradação temporal e valorativa da sanção, sem, contudo, ter a prerrogativa de deixar de aplicar alguma das espécies sancionatórias.

Na jurisprudência, no entanto, prevaleceu a primeira corrente, no sentido de que as penas não necessariamente precisariam ser aplicadas cumulativamente, cabendo ao magistrado, debruçando-se sobre as peculiaridades do caso concreto, atribuir uma(s) ou todas as reprimendas cominadas. Nesse sentido, traz-se à baila decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber:

Administrativo e Processual Civil – Ação Civil Pública – Improbidade administrativa – Violação do art. 535 do CPC não caracterizada – Tipificação dos atos – Art. 11 da Lei n. 8.429/1992 – Cominação das sanções – Art. 12 da LIA – Princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Súmula 7/STJ – Cumulação – Possibilidade – Art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992 – Prescindibilidade – Nulidade absoluta – Inocorrência – Julgamento antecipado da lide – Cerceamento de defesa não-configurado.

3 Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 123-124.

[...]

2. O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração. [...] (STJ, Resp 1134461, Rel. Min. Eliana Calmon, p. 12.08.2010).

Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Pagamento de ato ilícito. Ato ilícito. Sanções. Súmulas 282 e 356/STF. Insuficiência. Art. 12 da Lei n. 8.429/1997. [...] 3. As sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1997 não são, necessariamente, cumulativas. Cabe ao julgador, entre outras circunstâncias, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame sofrido pelo erário. Precedentes desta Corte⁴.

Certo é que, hodiernamente, à luz da nova redação do art. 12 da LIA, não há maiores dúvidas quanto à absoluta possibilidade de o julgador fixar, entre as sanções cabíveis, qual ou quais são adequadas às circunstâncias do caso concreto e do sujeito que praticara o ato de improbidade, balizando-se pelos ditames expostos no parágrafo único do artigo em questão, em atenção ao postulado constitucional da proporcionalidade.

5 A natureza jurídica do ressarcimento integral do dano: a visão do STJ e seus reflexos práticos

Diante do panorama exposto, considerando-se, de um lado, a possibilidade de aplicação isolada de uma sanção e, de outro, a previsão do ressarcimento integral do dano como uma sanção específica, indaga-se, e este é o cerne do estudo em foco:

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 981570, rel. min. Castro Meira, p. 17, nov. 2009.

1 - É legítima a decisão condenatória que fixa, como única sanção, o ressarcimento integral do dano perpetrado ao erário?

2 - Ou que fixa sanção outra, tal como a multa, em que pese a comprovada ocorrência do dano?

3 - Ou, ainda, que gradua, nos moldes do art. 12, parágrafo único, a sanção de ressarcimento do dano, a ponto de não abranger a integralidade do prejuízo vislumbrado?

Nessa linha de raciocínio, acredita-se que a exata resolução dos questionamentos acima delineados passa necessariamente pela precisa compreensão da natureza jurídica do ressarcimento do dano.

Com espreque no dicionário Houaiss, vê-se que ressarcimento compreende “1. Ato ou efeito de ressarcir(-se) 1.1 JUR reparação de dano causado; indenização [...]”. Por outro lado, ressarcir significa “1. Fornecer compensação a (alguém ou si mesmo); indenizar(-se) [...] 1.1. JUR cobrir prejuízo de; reparar o dano de; indenizar, compensar [...]”.

Desse modo, o ressarcimento do dano ao erário caracteriza a obrigação legal de reparar o prejuízo causado, de retornar ao *status quo ante*, de afastar os efeitos nocivos da conduta praticada, de desfazer a lesão.

Nessa ordem de fatores, resta evidente que o ressarcimento do dano ao erário não consubstancia sanção em sentido estrito, ou seja, instrumento de repressão e punição ao transgressor da norma, tal como, por exemplo, a suspensão dos direitos políticos e a aplicação de multa, e sim mecanismo de tutela de direitos e interesses, no caso, a higidez do patrimônio público atingido pelo ato de improbidade.

Na verdade, como bem observa Di Pietro (2005, p. 729), o ressarcimento:

Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do art. 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. A norma repete-se no art. 186 do novo Código Civil, com o acréscimo de menção expressa ao dano moral.

É por tal razão que a previsão do ressarcimento também está contida em outro dispositivo da Lei n. 8.429/1992, qual seja, o art. 5º, que afirma que “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”, desvinculando-o do art. 12 e da ideia de pena ou sanção, justamente para que o intérprete/aplicador do Direito possa reconhecer a sua verdadeira natureza de mero desdobramento de qualquer ilícito que provoque prejuízo a outrem.

Também por isso, a citada lei foi recentemente alterada, passando a descrever que, embora, em regra, a aplicação das sanções do art. 12 independa da efetiva ocorrência do dano, este é absolutamente indispensável para fins de condenação do réu ao ressarcimento do dano, a saber:

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;

Ora, se o ressarcimento do dano não configura verdadeira medida punitiva, mas apenas efeito jurídico decorrente da prática de ilícito que cause dano, nada mais lógico do que se exigir, para tal fim, a comprovação da efetiva ocorrência do prejuízo, sob pena de não subsistir objeto a ser ressarcido.

Acertadamente, a nosso sentir, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vem apontando essa vertente, quando afirma que a reparação do dano é medida obrigatória nos casos de atos de improbidade administrativa que originem prejuízo ao erário, senão vejamos:

Administrativo. Recurso Especial. Ação de Improbidade Administrativa. Imprescritibilidade. Art. 37, § 5º, da CF. Aplicação das penalidades. Prazo quinquenal. *Dies a quo*. Término do mandato de prefeito. Recurso provido. [...] 8. O ressarcimento não constitui penalidade; é consequência lógica do ato ilícito praticado e consagração dos princípios gerais de todo ordenamento jurídico: *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), *honeste vivere* (viver honestamente) e *neminem laedere* (não causar dano a ninguém)⁵.

Administrativo – Ação de Improbidade Administrativa – Ocorrência de dano ao Erário reconhecida pelo tribunal de origem – Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC – Acórdão recorrido que não aplicou a obrigação de ressarcimento com fundamento no princípio da proporcionalidade – Violação dos arts. 5º e 12, inciso II, da Lei n. 8.429/1992. [...] 2. A reparação do prejuízo causado aos cofres públicos não é medida sancionatória, mas simplesmente uma consequência civil decorrente do dano causado pelo agente ao patrimônio público. [...] Recurso especial parcialmente provido⁶.

Analisando o inteiro teor desse julgamento, observa-se que o acórdão confrontado havia reconhecido a ocorrência do dano, sem, contudo, condenar o réu a repará-lo, o que foi rechaçado pelo Relator, com base na seguinte argumentação:

Sendo assim, o acórdão recorrido reconheceu a existência de dano ao erário, sem, no entanto, aplicar aos recorridos o dever de ressarcimento do prejuízo causado. Esse entendimento do Tribunal de origem, como bem assegura o recorrente, violou o disposto nos

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1028330, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, p. 12, nov. 2010.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 977093, rel. min. Humberto Martins, p. 25, ago. 2009.

arts. 5º e 12, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa. Em verdade, a imposição do ressarcimento do dano ao erário é medida obrigatória toda vez que o prejuízo restar comprovado, independentemente da aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992. A reparação do dano não se trata propriamente de uma sanção, mas simplesmente uma consequência civil do prejuízo causado pelo agente ao patrimônio público [...].

Em assim sendo, isto é, tratando-se o ressarcimento de desdobramento natural e inevitável do ato que importe prejuízo ao Erário, descabe cogitar-se da incidência do parágrafo único do art. 12, ou ainda, do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, com o propósito de refutar a integral reparação do dano perpetrado. Em palavras mais claras, tanto o art. 5º quanto o art. 12 são categóricos em enunciar a necessidade do ressarcimento integral do dano, até porque, como visto, o vocábulo ressarcir é sinônimo de indenizar, o qual, etimologicamente, vem do latim *in dene*, referindo-se à falta ou à ausência de dano, sendo, inclusive, paradoxal falar-se em ressarcimento ou indenização parcial.

Nesse sentido, cite-se julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça, que aborda, com maestria, o tema em foco, *verbis*:

Administrativo. Ação Civil Pública. Dano ao Erário. Aplicação de multa civil. Insuficiência. Art. 12 da Lei n. 8.429/1997. Institutos jurídicos para fins de incidência das previsões do art. 12 da Lei n. 8.249/1992.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato combatido, razão pela qual não se pode excluí-lo, a pretexto de cumprimento do paradigma da proporcionalidade das penas estampado no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A este respeito, v., p. ex., REsp 664.440/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJU 8.5.2006.

2. A Lei n. 8.429/1992 - LIA, em seu art. 12, arrola diversas sanções concomitantemente aplicáveis ao ressarcimento (não sendo este, frise-

-se, verdadeiramente uma sanção) e são elas que têm o objetivo de verdadeiramente reprimir a conduta ímproba e evitar o cometimento de novas infrações. Somente elas estão sujeitas a considerações outras que não a própria extensão do dano.

3. O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de caráter rígido, i.e., sempre se impõe e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público.

4. A perda da função pública, a sanção política, a multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios do Poder Público, ao contrário, têm caráter elástico, ou seja, são providências que podem ou não ser aplicadas e, caso o sejam, são dadas à mensuração – conforme, exemplificativamente, à magnitude do dano, à gravidade da conduta e/ou a forma de cometimento do ato – nestes casos, tudo por conta do parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A bem da verdade, existe uma única exceção a essa elasticidade das sanções da LIA: é que pelo menos uma delas deve vir ao lado do dever de ressarcimento.

5. Existem duas consequências de cunho pecuniário, que são a multa civil e o ressarcimento. A primeira vai cumprir o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo, enquanto o segundo vai cumprir a missão de caucionar o rombo consumado em desfavor do erário⁷.

Convém mencionar, por relevante, trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Relator no julgado acima colacionado:

Mas a dogmática do ressarcimento não se esgota aí. Em termos de improbidade administrativa, onde se lê “ressarcimento integral do dano” deve compreender-se unicamente os prejuízos efetivamente causados ao Poder Público, sem outras considerações ou parâmetros. [...] O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp 1185114, rel. min. Mauro Campbell Marques, p. 4, out. 2010.

demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de caráter rígido, i.e., sempre se impõe e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público.

Já vimos, então, até o presente momento, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta na direção de que, em havendo dano, é essencial a condenação do agente ao ressarcimento integral desse prejuízo. E mais: não se pode mensurar a quantia a ser reparada, senão exclusivamente pela extensão do dano causado.

É de se perguntar se seria admissível decisão condenatória que fixe apenas a obrigação de ressarcimento integral do dano, sem imputar ao réu nenhuma das sanções propostas no art. 12 da LIA. A resposta soa negativa, e esta nos parece ser a principal consequência do reconhecimento da natureza jurídica do ressarcimento integral do dano.

Ora, se a Lei de Improbidade Administrativa reflete nítido caráter punitivo-repressivo e se o ressarcimento integral do dano consubstancia simples e inevitável desdobramento de qualquer ato ilícito que importe prejuízo a outrem, salta aos olhos que se faz imperiosa a fixação de, pelo menos, uma das outras sanções apontadas no art. 12 da LIA, sob pena de desvirtuamento da função e do papel da Lei de Improbidade Administrativa, que, idealizada como instrumento de punição, transvestir-se-ia em mera demanda indenizatória/reparatória.

Nessa trilha, resta consolidado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se pode observar a partir da leitura das decisões adiante expostas:

Administrativo. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Vereador que nomeia funcionários sob condição de entrega de

parte de seus salários. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Omissão de matéria constitucional. Impossibilidade de aferição em Recurso Especial. Art. 935 Do CC e art. 66 do CPP. Não dependência da ação de improbidade administrativa em relação à ação penal. Não declaração de inexistência do fato ou de negativa de autoria. Precedentes. Arts. 9º e 12 da Lei n. 8.429/1992. Enriquecimento ilícito consignado pelo tribunal de origem. Impossibilidade de revisão das penalidades aplicadas. Reexame fático-probatório. Súmula N. 7/STJ [...] 9. Ademais, o entendimento desta Corte é de que, caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações⁸.

Processual Civil e Administrativo. Improbidade. Dano ao Erário. Reexame dos elementos fático-probatórios. Súmula 7/STJ. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Art. 12 da LIA. Sanções. Desproporcionalidade não demonstrada. Divergência não configurada [...] 12. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ⁹.

Em palavras mais claras, na hipótese de existir dano ao Erário, deve-se condenar o réu ao ressarcimento integral desse dano e a uma, ou algumas, da(s) sanção(ões) elencadas no art. 12 da LIA, não sendo legítima a mera condenação à reparação do prejuízo.

Isso posto, cabe frisar que a atuação do Ministério Público Federal na seara da improbidade administrativa, notadamente nas hipóteses em que restar configurado dano ao erário, deve sempre guiar-se norteadas pela indeclinável necessidade de ressarcimento do prejuízo causado pelo agente, sem dúvida alguma. Contudo, não

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AResp 17974, rel. min. Benedito Gonçalves, p. 11, nov. 2011.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1378210, rel. min. Herman Benjamin, p. 25, abr. 2011.

deve o membro do MPF contentar-se apenas com isso. É preciso buscar também a aplicação de, ao menos, uma das efetivas sanções previstas no art. 12 da LIA àquele, como forma de manter-se a natureza repressiva e punitiva da Lei n. 8.429/1992.

Chama-se a atenção, por derradeiro, para a cautela que o Procurador da República deve ter na ótica processual, preocupando-se em prequestionar eventuais violações aos arts. 5º e 12 da Lei de Improbidade Administrativa, caso se depare com decisões que, não obstante reconheçam a existência de dano, deixem de condenar os envolvidos a repará-lo integralmente ou, então, condenem-os unicamente ao ressarcimento, sem a fixação de, pelo menos, uma outra sanção dentre aquelas estipuladas no art. 12, a fim de possibilitar que eventual acórdão regional dissidente do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça possa ser questionado em sede de recurso especial perante esse tribunal, e, certamente, reformado.

6 Conclusão

Diante do exposto, e tendo em conta o essencial papel da Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de proteção e resguardo do erário, da moralidade administrativa e de outros princípios e valores erigidos ao patamar de normas constitucionais, depreende-se que, em que pese a possibilidade legal, outrora já admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de fixação, em sentença, de uma única ou de algumas das sanções previstas na Lei, sem a aplicação de todas as sanções abstratamente possíveis, o ressarcimento integral do dano não consubstancia tecnicamente sanção específica pela prática de ato de improbidade administrativa, mas verdadeiro desdobramento automático e natural da prática de qualquer ilícito que importe dano, seja ao erário, seja a particular.

Dessa forma, coaduna-se com o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, nas seguintes premissas:

a) Se há ocorrência de dano ao erário, é de toda imperiosa a condenação do(s) réu(s) na obrigação de ressarcir integralmente o prejuízo oriundo da prática do ato de improbidade;

b) A modulação do *quantum* da sanção, consoante autorizado pelo parágrafo único do art. 12 da LIA, não se aplica à hipótese do ressarcimento ao erário, haja vista que, como mera consequência direta e imediata da prática de ato de improbidade que provoque prejuízo aos cofres públicos, é indispensável que o ressarcimento dê-se de modo integral, abarcando todo o prejuízo perpetrado, a fim de efetivamente indenizar, ou seja, afastar o dano causado.

c) Ademais, não se faz suficiente a condenação do(s) réu(s) na obrigação de ressarcimento integral ao erário, ante a natureza de mera consequência direta e imediata da prática do ato ilícito, sendo necessária a fixação de uma ou de algumas das demais sanções cominadas no art. 12 da LIA.

Por último, o membro do Ministério Público Federal, em particular, deve agir com bastante zelo, prequestionando decisões que contrariem especialmente os art. 5º e 12 da LIA, com o intuito de possibilitar que a questão seja levada ao Superior Tribunal de Justiça, e esse Tribunal faça prevalecer a sua jurisprudência já consolidada na vertente ora apontada.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A Lei de Improbidade Administrativa e a tutela do meio ambiente

Tarcísio Henriques Filho

Procurador da República em Minas Gerais. Ex-prefeito do Município de Cataguases (MG). Mestrando em Direito Ambiental.

Resumo: A efetiva tutela da moralidade administrativa pressupõe a aplicação dos instrumentos da Lei de Improbidade Administrativa a todas as condutas administrativas, incluindo as desenvolvidas pelos agentes ambientais. Assim, o texto sustenta a aplicabilidade desses instrumentos às questões ambientais, considerando a natureza do próprio bem protegido pelas normas ambientais e a importância de tutela deste mesmo bem contra as ações ímprobas, já que todo atuar ímprobo de um agente público que provoque dano ao erário, que desconsidere os princípios jurídicos norteadores da atuação administrativa ou que importem em enriquecimento ilícito deste mesmo agente atrai a aplicação daqueles dispositivos.

Palavras-chave: Direito ambiental. Bem ambiental. Ato de improbidade administrativa. A doutrina brasileira e o ato de improbidade administrativa ambiental. Aplicação às questões ambientais dos instrumentos da Lei de Improbidade Administrativa. Lei n. 8.429/1992.

Abstract: The effective protection of administrative morality presumes the application of the tools of the Administrative Law Improbability to all administrative conduct, including those carried out by environmental agents. Thus, the text supports the applicability of these tools to environmental issues, considering the nature of the interest protected by environmental regulations and the importance of protection of that right against bad actions, since every unrighteous act of a public officer, causing damage to the treasury, that disregard the legal principles that guide administrative action or implying illegal enrichment of this same agent, attract the application of these devices.

Keywords: Environmental law. Environmental interest. Act of administrative misconduct. The Brazilian doctrine and the act of environmental administrative misconduct. Application of the instruments of Impropriety Administrative Law to environmental interest. Law 8.429/1992.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 A posição doutrinária. 3 A doutrina ambiental e a ideia de improbidade administrativa. 4 A doutrina da improbidade administrativa e a proteção ao meio ambiente. 5 Considerações finais.

1 Considerações iniciais

Este artigo, com base em necessário levantamento das considerações doutrinárias, sustenta a importância de se estenderem os institutos da Lei de Improbidade Administrativa à questão ambiental, sobretudo naquelas hipóteses em que o dano ambiental decorre da desconsideração dos envolvidos pelas regras de proteção do meio ambiente.

Aliás, diga-se, essa ampliação do campo de aplicação dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa deve ser completa: todo atuar ímprobo de um administrador que provoque dano ao erário, que desconsidere os princípios jurídicos norteadores da atuação administrativa ou que importem em enriquecimento ilícito deste mesmo agente atrai a aplicação desses dispositivos.

Em linha geral, poucas são as decisões judiciais que reconhecem a possibilidade dessa extensão, mas a questão ambiental, pela sua importância e conformação atual, torna imprescindível a aplicação e utilização da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos envolvidos nas ações públicas de proteção do meio ambiente e aos agentes privados que, na forma do que determina o art. 3º da

Lei n. 8.429/1992¹, se beneficiam dos atos ímprobos praticados pelos agentes públicos.

Na abordagem do tema, fazemos antes um levantamento das considerações tecidas pela doutrina do direito ambiental acerca dos institutos da Lei de Improbidade Administrativa. Na sequência, alinhamos as considerações da doutrina do Direito Administrativo e da própria improbidade administrativa a respeito da questão ambiental, para, ao final, sustentar a aplicabilidade necessária dos institutos da improbidade administrativa aos problemas jurídicos decorrentes da questão ambiental.

2 A doutrina ambiental e a ideia de improbidade administrativa

Muitos autores se debruçaram sobre as questões ambientais e com isso trouxeram um grande desenvolvimento para a teoria do direito ambiental e para a construção de um sistema jurídico de proteção ambiental.

Poucos são aqueles autores, contudo, que atentaram para a possibilidade da aplicação dos instrumentos contidos na Lei n. 8.429/1992, denominada Lei Geral de Improbidade Administrativa, aos atos dos agentes públicos que desempenham atividades ligadas às questões ambientais.

A Lei de Improbidade Administrativa contém aspectos gerais dos atos ímprobos e pode receber injunções da legislação ambiental,

1 Este dispositivo tem a seguinte redação: “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”. Não há espaço, com esta redação, para dúvidas a respeito da aplicação da lei aos que se beneficiam dos atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos.

que neste sentido seria considerada uma “legislação setorial”², com isso viabilizando-se maior efetividade no sancionamento das ações lesivas ao meio ambiente.

Vamos deixar de lado, por enquanto, a visão que os teóricos da improbidade administrativa têm das questões ambientais, abordando, especificamente, a visão inversa, ou seja, a visão que os ambientalistas têm dos atos de improbidade administrativa.

Por via de regra, os doutrinadores do Direito Ambiental limitam sua abordagem à análise dos princípios jurídicos específicos desse ramo do direito e também dos mecanismos inseridos nos textos legais mais diretamente ligados às questões de proteção ou tutela ao meio ambiente, sobretudo aqueles inseridos na Lei n. 6.938/1981³; na Lei n. 7.347/1985⁴; e nas regras e princípios inseridos no Código Florestal (Lei n. 4.771/1965), no Código de Caça (Lei n. 5.197/1967), no Código de Pesca (Decreto-Lei n. 221/1967) e no Código de Mineração (Decreto-Lei n. 227/1967).

Esses são os atos normativos que estabelecem os instrumentos para a tutela ambiental em juízo, sendo muito mais numerosos os atos normativos que tratam da mesma tutela em sede administrativa, no âmbito da própria administração pública⁵.

2 MEDINA OSÓRIO, 2007, p. 378.

3 Esta lei, promulgada em 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a “Política Nacional do Meio Ambiente”.

4 Promulgada em 24 de julho de 1985, esta outra lei dispõe sobre a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

5 Neste aspecto, por todos, basta mencionar lição de Vidigal de Oliveira, asseverando que “diversos são os órgãos públicos estatais criados com o objetivo específico da proteção ambiental, e vinculados tanto à União, como aos Estados e aos Municípios. [...], podendo ser citados o Ibama – criado em 1989 pela Lei n. 7.735, as Secretarias de Estado e as Fundações de Meio Ambiente, [...] [...], as ações do Estado para atender às atribuições que lhe são inerentes, como [...] a questão do meio ambiente –,

Há, contudo, a despeito das abordagens que são feitas por esses doutrinadores, um tangenciamento nas questões relacionadas à improbidade ambiental.

Essa questão não é tratada com a profundidade necessária e, em muitos casos, deparamo-nos com menções rápidas aos dispositivos da Lei n. 8.429/1992.

Milaré (2007), por exemplo, tratando da “reação jurídica à danosidade ambiental”, aduz que “os princípios e as normas constitucionais determinam que, no regime constitucional-democrático brasileiro, a probidade é a conduta exigível da Administração, em todos os seus setores e [...] campos de atuação”.

Depois de traçar um esboço da “Administração Pública ambiental”⁶, enfatizando também os instrumentos legais para

e por força até mesmo de imposição constitucional, encontram-se encampadas pelo exercício do poder de polícia, aí destacando-se a atividade fiscalizatória, e a informar que a interferência estatal em atividade que lhe é ínsita possa ser exercida de modo efetivamente concreto e dinâmico, com iniciativas próprias, e ainda que resulte de tais atuações a limitação de direitos, nos seus mais diversificados graus, como a suspensão de atividade, a sua paralisação ou mesmo a sua interdição, com vedação definitiva do exercício de certa atividade”. Diz ainda o mesmo autor, com propriedade, que “em toda atividade que envolva qualquer interferência ao meio ambiente, lá deverá fazer-se presente o Estado-Administrador, de modo a evitar o resultado danoso, e, ocorrendo este, buscando-se adotar as medidas apropriadas a coibir a ação lesiva, com a imposição de sanções pertinentes a impedir o prosseguimento do dano ou mesmo com a determinação da respectiva reparação”, apontando como comprovação da possibilidade desta ação do Estado, mais adiante, a “disposição contida no art. 9º, inc. IX, da Lei 6.938/1981, que expressamente assegura como ‘instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente’, ‘as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental’” (VIDIGAL DE OLIVEIRA, Alexandre. Proteção ambiental em juízo. Omissão administrativa. Questões relevantes. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, 1997, p. 133-134).

6 Neste ponto, diz Milaré (2007, p. 882) que “as entidades e os órgãos” do “Poder Público, incumbidos da gestão e da administração dos recursos ambientais e da qualidade positiva do meio, estão interligados através do” Sisnama – Sistema Nacional do Meio Ambiente. E acrescenta, a “sua atuação deve dar-se de forma cooperativa e harmônica, em atenção ao papel primordial que assumem na missão de proteger o

implementação da Política Nacional do Meio Ambiente (como previsto na Lei n. 6.938/1981), com destaque para “o exercício do poder de polícia administrativa (controle e fiscalização, por exemplo)” e para a “competência gerencial (desenvolvimento de planos, programas e projetos) para proteção do ambiente”⁷, tudo para que fique assegurada a “efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, como desejou o constituinte, Milaré (2007, p. 885) aduz que

a partir da Constituição Federal de 1988, positivou-se o combate à corrupção administrativa, pois, até então, a legislação cuidava apenas de um tipo de improbidade: o enriquecimento ilícito. Sob a nova ordem constitucional, e com a edição da Lei n. 8.429/1992, alargou-se a esfera de proteção do patrimônio público. O bem jurídico tutelado não é mais apenas o erário, mas também a própria probidade administrativa. Com isso, o controle se ampliou para abranger qualquer prática de corrupção que tenha ou não lesado concretamente o erário; destarte, não só o bem público material é tutelado, mas também a gestão ética e eficiente do patrimônio público. [...]. Desse controle não escapa a Administração Pública ambiental, que está vinculada a um corpo de instrumentos legais no intuito principal de promover a preservação da qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável. Arbitrariedade, omissões ou

ambiente e de sempre garantir ou restaurar o equilíbrio dos ecossistemas” com uso dos instrumentos que foram disponibilizados pela Constituição Federal, que ainda os obriga “a adotar as medidas mais adequadas e eficazes à consecução dos interesses da coletividade. Esta, por sua vez, não pode dissociar-se do papel que lhe cabe, lado a lado com o Poder Público”.

- 7 Milaré, ao citar artigo de Pazzagli Filho (2000), acrescenta ainda que “as entidades e os órgãos que integram o Sisnama não poderão olvidar-se dos princípios gerais do Direito Ambiental, tais como o controle do poluidor pelo Poder Público e a consideração da variável ambiental nos processos de formulação e implementação de políticas de desenvolvimento”. Isto porque “deve o Poder Público obediência aos princípios da prevenção e da precaução, por força dos quais lhe é defeso, ‘sempre que existir perigo potencial de dano grave ou irreversível ao meio ambiente em razão de uma atividade, mesmo pairando dúvidas sobre os efeitos nocivos dela, postergar a adoção de medidas aptas a impedir eventual degradação’. Esses princípios ‘impõem ao agente público, na gestão ambiental, atuação prioritariamente preventiva do dano ao meio ambiente e cautelosa para evitar riscos ou perigo ao meio ambiente decorrentes de atividades públicas e privadas potencialmente poluidoras”.

atos equivocados na promoção da gestão ambiental não podem ser tolerados, e para estes casos existem os remédios legais (controle interno e externo). Especificamente, para os casos de evidente corrupção administrativa, impõe-se o restabelecimento da integridade administrativa por meio da ação civil de responsabilidade por ato de improbidade. Tal controle está cada vez mais em evidência, uma vez que os entes e órgãos públicos passaram a ter relevante papel na fiscalização de atividades econômicas e na implementação de políticas públicas e realização de obra, gerenciando, muitas vezes, recursos destinados à proteção do patrimônio ambiental.

Contudo, é o próprio doutrinador (MILARÉ 2007, p. 889 - 893) que faz a seguinte ressalva, destacando que, como já decidiu o STJ no julgamento do Resp 213.994-MG (Relator Ministro Garcia Vieira, *DJU* de 27.9.1999), a Lei de Improbidade Administrativa “alcança o administrador desonesto, não o inábil”, e que “a improbidade [...] está diretamente vinculada ao aspecto da conduta do agente público, afrontando o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da honestidade e da lealdade”, asseverando ainda que

ao levar-se em conta a histórica degradação do meio ambiente promovida em nosso país, em decorrência de ações predatórias resultantes das atividades econômicas e de má gestão pública, é plenamente compreensível e acertada a valorização da atual legislação ambiental. [...], é preciso considerar o ambiente sob um ponto da necessidade que tem a humanidade, [...], de transformar o mundo natural, em consonância com as leis deste último, para prover à sua subsistência e dignificação, sem comprometer a preservação dos recursos ambientais para as presentes e futuras gerações. [...] não se pode separar o elemento formal das normas, puramente literal ou lógico, do seu conteúdo material, dos valores e fins previstos pela legislação ambiental. [...] [isto tudo faz com que no] [...] caso da gestão pública do meio ambiente [...] há que se permitir um mínimo de discricionariedade técnica por parte do agente público na tomada de decisões; uma mera discordância de interpretação, por vezes carente de objetividade, não é suficiente para o ajuizamento de ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Para defender este posicionamento, Milaré (2007, p. 893) lembra o brocardo *summum jus, summa injuria*, aduzindo que “o zelo excessivo e irrazoável em relação à letra da lei pode ferir-lhe de morte o espírito” de modo que a “injustiça, acobertada pelo manto de uma legalidade duvidosa, derrubaria o Direito – o que além de ser antijurídico, pode ser ainda antiético e imoral”.

Leme Machado (2007), por outro lado, não enfrenta a improbidade ambiental, limitando-se a especificar como “meios processuais para a defesa ambiental” a ação popular, o inquérito civil público, as recomendações expedidas pelo Ministério Público, o compromisso de ajustamento de conduta, e a Ação Civil Pública.

Valery Mirra (2004, p. 401-402), no mesmo sentido, enfatiza a necessidade de “supressão pela via judicial das omissões estatais lesivas à *qualidade ambiental*” [grifo nosso], mas não defende claramente a utilização dos instrumentos previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

Diz ele que se deve admitir “*a extensão do controle jurisdicional sobre as omissões da Administração Pública na defesa do meio ambiente e de supressão da situação danosa, em ações judiciais que visem ao cumprimento de obrigações de fazer*” [grifo nosso]. Para ele,

Deve-se ter em vista, por primeiro, que de acordo com o ordenamento jurídico vigente, a realização de escolhas ou opções em matéria de meio ambiente e a tomada de iniciativas na utilização dos instrumentos legais de preservação ambiental não é mais incumbência privativa da Administração. [...]. Assim, toda vez que a Administração não atuar de modo satisfatório na defesa do meio ambiente, omitindo-se no seu dever de agir para relegar a proteção da qualidade ambiental a questão de importância secundária, violando normas constitucionais e infra-constitucionais que lhe impuseram a obrigatoriedade de atuar, caberá à coletividade, por inter-

médio de seus representantes legitimados, buscar perante o Poder Judiciário o estabelecimento da boa gestão ambiental⁸.

Bessa Antunes (2007, p. 755 e ss.) também não enfrenta a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa nas questões ambientais, limitando-se a destacar como instrumentos de *proteção judicial e administrativa do meio ambiente* os seguintes *meios judiciais de proteção ambiental*: a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a desapropriação, o tombamento e a arbitragem (esta última regulamentada pela Lei n. 9.307, de 23 de dezembro de 2001).

Afonso da Silva (2007, p. 301) relembra a disposição contida no § 3º do art. 225 da Constituição, segundo o qual “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Diz ainda o mencionado professor que este dispositivo “reconhece três tipos de responsabilidade, independentes entre si – a administrativa, a criminal e a civil – com as respectivas sanções, o que não é peculiaridade do dano ecológico, pois qualquer dano a bem de interesse público pode gerar os três tipos de responsabilidade”. A responsabilidade administrativa ambiental, desta forma, importaria

8 Vale transcrever aqui a precisa lição do mencionado doutrinador paulista: “cumpre ressaltar também que na maioria das questões relacionadas com a proteção ambiental não há mais, propriamente, liberdade efetiva do administrador na escolha do momento mais conveniente e oportuno para a adoção de medidas específicas de preservação [...]. Nunca é demais repetir que existe, na matéria ora em exame, o dever imposto ao Poder Público de agir para alcançar o fim previsto nessas normas constitucionais e infra-constitucionais. E tal ação não pode ser postergada por razões de oportunidade e conveniência, nem mesmo sob a alegação de contingências de ordem financeira e orçamentária, sobretudo, se dessa atuação depender a cessação da renovação ou do agravamento de danos ambientais”. (VALERY MIRRA, 2004, p. 402.).

na “*infração a normas administrativas, sujeitando o infrator a uma sanção de natureza também administrativa: advertência, multa simples, interdição de atividade, suspensão de benefícios*” [grifo nosso] e outras penalidades previstas no art. 70 da Lei n. 9.605 de 12.2.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividade lesivas ao meio ambiente, salvo no caso de leis especiais. Diz Afonso da Silva (2007, p. 304) que estas sanções se aplicam

[...] à transgressão a qualquer norma legal disciplinadora da preservação, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental, mesmo quando não esteja, na lei ou regulamento específico, consignada sanção para o caso. Mas leis especiais podem também estabelecer sanções administrativas para as infrações às suas normas, e, em tal caso, prevalecem as sanções nelas prescritas. [...]. A legislação estadual e a municipal também podem prever sanções administrativas às suas normas. [...].

Ainda segundo Afonso da Silva (2007, p. 306, 313-314), a responsabilidade criminal “emana do cometimento de crime ou contravenção, ficando o infrator sujeito à pena de perda da liberdade ou a pena pecuniária” e a responsabilidade civil, por fim, é a que “impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade”. Essa última responsabilidade encontra fundamentação jurídica textual no §1º do art. 14 da Lei n. 6.938 de 31.8.1981: “sem prejuízo das penas administrativas previstas nos incisos do artigo, o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiro, afetados por sua atividade”.

Também não há na obra consagrada desse constitucionalista menção à improbidade administrativa ambiental como consequência do ato danoso ao meio ambiente.

O mesmo acontece com a obra de Pacheco Fiorillo (2007, p. 49 e ss.). Referido autor aborda a *responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente*, desdobrando-os na responsabilidade civil, na

responsabilidade administrativa e na responsabilidade penal, e, na parte II do livro, desenvolve aspectos processuais da *ação civil pública ambiental* (capítulo IV), da *ação popular ambiental* (capítulo V), do *mandado de segurança coletivo ambiental* (capítulo VI) e do *mandado de injunção ambiental* (capítulo VII)⁹, sem abordar a questão da improbidade ambiental.

De igual modo, na obra de Mukai (1992, p. 83 e ss.), as mesmas ações são apresentadas como “os meios processuais de defesa ambiental”.

Sirvinskas (2007, *passim*) enfrenta a questão da *responsabilidade civil do meio ambiente*, consequente da obrigação de *reparar* ou *ressarcir os danos causados* por meio de atividades lesivas ao meio ambiente, aborda os instrumentos de *tutela administrativa do meio ambiente* e as sanções pertinentes, aborda a *tutela penal do meio ambiente*, mas abre um capítulo específico em sua obra doutrinária para abordar a *ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa em matéria ambiental*. Neste ponto diz o seguinte:

Esta ação civil passou a ser utilizada para a proteção do meio ambiente. É mais um instrumento processual para se somar à ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, à ação civil pública, à ação popular, ao mandado de segurança coletivo e ao mandado de injunção. Em 14 de julho de 1998, o ilustrado Promotor de Justiça, Dr. Sérgio Turra Sobrane, propôs, em caráter pioneiro, a primeira ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa em matéria ambiental, com pedido liminar, em face da então Secretária Estadual do Meio Ambiente, da Coordenadora de Licenciamento Ambiental e Proteção de Recursos Naturais (CPRN), da Diretora do Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental (DAIA) e da Embraparque (Empresa Brasileira de Parques S/C Ltda.), pedindo a nulidade da licença prévia irregularmente concedida à Embraparque e a condenação por improbidade administrativa da Secretária, da Diretora

9 PACHECO FIORILLO, 2007, p 392 e ss.

e da Coordenadora. A empresa Embraparque pretendia construir um parque aquático na cidade litorânea de Itanhaém, no Estado de São Paulo, denominado Xuxa Water Park. A ação foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, encontrando-se em trâmite na segunda instância¹⁰.

Sustentamos, como Sirvinskias, a possibilidade e a necessidade fática da mencionada *ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa em matéria ambiental*.

É preciso retomar o que determina o texto do art. 225 da Constituição Federal. Neste dispositivo constitucional, com todas as letras, encontra-se estabelecido que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Para “assegurar a efetividade desse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” são relacionadas inúmeras incumbências ao Poder Público nos sete incisos do § 1º e, no que nos interessa mais de perto, são fixadas no § 3º do mesmo dispositivo constitucional as diferentes sanções para aqueles que atuam de forma lesiva ao meio ambiente, entre elas estão previstas as sanções de natureza administrativa.

Eis o texto do dispositivo:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

10 SIRVINSKAS, 2007, p. 460. Depois desta “introdução” ao capítulo, o referido doutrinador apresenta a discussão em torno do “conceito de improbidade administrativa”, dos “sujeitos ativo e passivo da improbidade administrativa”, da “tipicidade” dos atos em questão, das “sanções”, apresentada alguns “aspectos procedimentais” da referida ação e apresenta uma relação da “doutrina” da matéria, na última seção do mencionado capítulo.

É preciso dar completa efetividade à vontade do constituinte, até mesmo para que os atos lesivos praticados contra o meio ambiente possam sofrer todas as consequências previstas nesse dispositivo constitucional.

Ante tais considerações, podemos concluir que é incompleto o tratamento que os atos lesivos aos interesses ambientais vêm recebendo dos autores que se debruçam sobre a questão ambiental, tendo em vista que ficam sem consequências as prováveis improbidades administrativas praticadas.

A maioria, como apontamos, se limita a tangenciar a questão da aplicação das regras de improbidade administrativa ao Direito Ambiental.

Vidigal de Oliveira (1997, p.134), por exemplo, assevera:

Apesar da expressa atribuição legal conferida ao Poder Público na defesa e preservação do meio ambiente, muitas vezes essa presença fiscalizatória do Estado-Administrador tem-se observado de modo bastante tênue, ou até mesmo inexistente, ensejando o acionamento da máquina judiciária, com os instrumentos de poder coercitivo a esta disponível, de modo que se possa então alcançar um resultado que, em realidade e precedentemente, já poderia encontrar-se atrelado a uma atividade própria e específica da Administração – esta no que concerne ao enfoque civil e administrativo, sem alcance à repercussão penal, por óbvio reservada ao Judiciário. [...] com a proliferação de ações judiciais de índole protetiva ao meio ambiente, e das quais não se infere qualquer pretensão reparadora ou indenizatória, mas apenas a imposição de uma obrigação de fazer ou não-fazer, como a suspensão ou paralisação de certa atividade prejudicial ao meio ambiente, é por demais importante que se passe a analisar com mais profundidade essa inércia da Administração em adotar iniciativas que lhe caberiam, como expressão própria do seu dever institucional, e com a busca de soluções absolutamente compatíveis e viáveis apenas em sede administrativa.

Construindo com alguns exemplos concretos os casos em que o Estado-Administrador se omite da obrigação de coibir administrativamente as ações lesivas praticadas contra o meio ambiente¹¹ e enfrentando a questão das sanções jurídicas possíveis para tais atos, acrescenta o mencionado autor, no que nos interessa, o seguinte:

[...], sob o manto dos mais diversos motivos justificadores de sua inoperância, aí realçado pelo desaparecimento da própria máquina administrativa, muito se tem notado a ausência do Estado-Administração na adoção de medidas próprias e tendentes a enfrentar o problema ambiental. E essa conduta omissiva do agente público, que detém atribuições e poderes para o enfrentamento administrativo daquelas ocorrências, pode ensejar, indubitavelmente, a configuração da ocorrência do crime de Prevaricação, capitulado no art. 319, do Código Penal. É certo que a Lei n. 6.938/1991, por seu art. 15, § 2º, contempla tipificação concentrada naquela conduta omissiva do agente público, de modo que incorrerá em crime a autoridade competente que deixar de promover as medidas tendentes a impedir que se exponha a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal ou mesmo que não impeça tornar-se mais grave a situação de perigo já existente. [...], o que se depreende é que nos casos de dano ambiental sem perigo, e para o qual tenha contribuído a conduta omissiva da autoridade administrativa, o tipo penal ora descrito não terá incidência, em que pese, repita-se, ainda assim restar configurada a omissão administrativa, a se exigir, de igual modo, a devida reprimenda estatal¹².

11 Eis o texto em questão: “são bastante elucidativos como casos violadores do meio ambiente sadio, a exploração indevida de áreas de proteção ambiental por extração ou exploração animal, vegetal e/ou mineral, por loteamento irregular, por utilização desordenada de recursos hídricos, por projetos de assentamento e urbanização, bem como, o descontrole nos agentes de poluição do ar, de poluição sonora etc., [...], situações a comportarem a pronta e eficaz presença do Estado-Administração, para impedir que essas interferências na natureza transformem-se em violação ‘ao meio ambiente ecologicamente equilibrado’ [...]” (VIDIGAL DE OLIVEIRA, 1997, p. 135).

12 Interessante observar, neste ponto, que o próprio autor acrescenta não “ter” “para elaboração do trabalho” encontrado “nenhuma jurisprudência” sobre estes tipos penais.

É exatamente neste ponto que enxergamos a necessidade da estruturação teórica e mesmo prática da improbidade ambiental.

Nossos doutrinadores que tratam da matéria não a desenvolvem de modo suficientemente profundo a permitir maior – e desejável – efetividade nas ações protetivas do meio ambiente, o que só aconteceria se fossem considerados como instrumento de tutela ou proteção ao meio ambiente os institutos previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

Vidigal de Oliveira, na mesma obra indicada, depois de mencionar as tipificações penais possíveis, chega a apontar que

Além da incidência criminal ora retratada, a omissão das autoridades ambientais estaria a ensejar, também repercussão de índole administrativa, como as previstas na Lei n. 8.027/1990, que trata da conduta dos servidores públicos civis federais, e que prevê, inclusive a pena de demissão nos casos de ‘procedimento desidioso, assim entendido a falta ao dever de diligência no cumprimento de suas atribuições’, conforme art. 5º, parágrafo único, inc. IV, bem como a caracterização da improbidade administrativa, constituída por ‘retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício’, consoante disposto no art. 11, II, da Lei n. 8.429/1992¹³.

É assim, de passagem, que a improbidade administrativa ambiental é tratada pela doutrina ambiental.

Alguns autores mencionam a evidente possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos casos de *má gestão ambiental*.

13 Tudo isto para concluir, na linha do que também defendemos, que “não obstante o êxito que, em regra, se tem alcançado no acionamento do Judiciário para a solução de questões ambientais, principalmente pela eficaz atuação do Ministério Público, [...], tais iniciativas não podem encobrir aquela falta funcional do dever funcional dos agentes públicos envolvidos com o trato ambientalista, sob o grave risco de, cada vez mais, transferir-se para o Judiciário a adoção de providências a prescindirem de sua presença [...]”, o que justifica, como sugerimos, a estruturação de uma teoria do ato de improbidade ambiental.

Entre eles podemos mencionar Pazzaglini Filho:

[...], o dever jurídico de boa gestão ambiental deve imperar sempre na atuação dos agentes públicos, não lhes cabendo, nesse aspecto, qualquer margem de discricionariedade. E a violação deste dever constitucional, além de implicar na reparação do dano ecológico causado, na responsabilidade civil do Estado perante os particulares lesados e na responsabilidade administrativa e, por vezes, penal do agente público responsável pela má gestão ambiental (Lei n. 9.605, de 12.2.1998), pode ensejar a aplicação das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2.6.1992)”¹⁴.

O fato é que as regras da Lei de Improbidade Administrativa têm importância fundamental para a desejável efetividade das normas de tutela ao meio ambiente e, por isso mesmo, não podem ser relegadas ao esquecimento. Os institutos da mencionada lei, assim, devem ser utilizados também nos casos que envolvam ações ambientais, o que fundamenta e justifica a construção de uma teoria jurídica do ato de improbidade ambiental.

Vejamos como os autores que tratam da improbidade administrativa vislumbram as questões decorrentes das ações de proteção ao meio ambiente.

3 A doutrina da improbidade administrativa e a proteção ao meio ambiente

A edição da Lei n. 8.429/1992 fez surgir uma enorme e prolífica doutrina acerca dos atos de improbidade administrativa.

No início, logo depois da promulgação da referida lei, os trabalhos doutrinários se limitavam a um comentário sintético e assistemático dos dispositivos legais.

A lei em questão, como afirma Martins Júnior, “institui no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa”

¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 116.

e foi com base neste enfoque que os seus dispositivos foram sendo interpretados.

Sintetizando o sistema de responsabilidade subjetiva a que a lei deu estrutura em nosso ordenamento, Moraes (2003, p. 2647) aponta que ela “consagrou a responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo o dolo nas três espécies de atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11) e permitindo, em uma única espécie – art. 10 –, também a responsabilidade a título de culpa” e reforça esta afirmação trazendo à colação a lição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem,

[...] o enquadramento da lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

O objetivo do legislador foi, então, responsabilizar e punir o *administrador desonesto*, e isso ficou evidenciado no julgado do STJ que transcrevemos de modo mais completo: “Não havendo enriquecimento ilícito e nem dano ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/1992. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”¹⁵.

A doutrina nacional que enfrenta as disposições da Lei de Improbidade Administrativa, contudo, não chegou a tratar especificamente da improbidade ambiental.

Fazio Júnior (2003, p. 8 e ss.), por exemplo, aborda o “uso de pessoal e da máquina administrativa”, a “apropriação de bens ou valores públicos”, o “uso próprio de bens públicos”, a “recepção de vantagem indevida” e de “vantagem para facilitar negócio

15 STJ – 1ª Turma, REsp n. 213.994-0/MG – Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ, Seção I, 27 de setembro de 1999.

superfaturado”, “percepção de vantagem por subfaturamento”, “vantagem para tolerância de crime”, “vantagem para intermediar aplicação de verba”, “recepção de vantagem para não agir”, aborda questões relacionadas a “doação ilegal”, “operação financeira ilegal”, “concessão de benefício ilegal”, “despesas não autorizadas”, “negligência patrimonial”, “lesão decorrente de licitação”, faz considerações sobre a “violação dos princípios administrativos” no que se refere ao “desvio de finalidade”, a “retardar ou omitir ato de ofício”, a “violação de sigilo funcional”, a “negativa de publicidade”, a “frustração de concurso público”, a “ato de improbidade eleitoral” e às regras do Estatuto da Cidade bem como a todos os crimes “correlatos” a tais condutas, mas não apresenta caso concreto em que esteja em jogo uma improbidade administrativa ambiental.

O mais próximo que chega dela é quando, no comentário ao inciso V do art. 9º da Lei de Improbidade, aduz que um prefeito incorre em improbidade administrativa se “receber vantagem para tolerar a exploração ou prática de [...] qualquer outra atividade que a lei reputa ilícita”¹⁶, o que inegavelmente pode envolver um crime ambiental.

Como se dá também com outros autores, há uma menção indireta à possibilidade da configuração de uma improbidade administrativa ambiental. No caso, comentando o inciso X do art. 9º da Lei de Improbidade, aduz o mencionado autor:

O inciso X tem em mira o agente público que recebe vantagem para não atuar, para prevaricar. É o tráfico da omissão, que o prefeito pode praticar quando, devendo agir, deixa de fazê-lo para haurir vantagem ilícita, direta ou indiretamente. É o ganhar para não fazer o que o mandato lhe impõe e a lei lhe determina.

Observe-se que, neste inciso do art. 9º, a atuação do prefeito adquire a conotação de ato de improbidade quando tinha o dever de praticar

16 FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 93.

ato oficial, providência ou declaração. O texto do dispositivo refere-se *in fine* a ato a que esteja obrigado. Não se trata, pois, de faculdade ou opção administrativa. A omissão é pertinente à vinculatividade e não à discricionariedade (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 98).

Pazzaglini Filho (2000) chega a desenvolver aspectos da improbidade administrativa inseridos na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto da Cidade, mas também não aborda diretamente os casos de improbidade ambiental.

Figueiredo (2004), na mesma linha, faz exaustiva análise dos dispositivos da Lei n. 8.429/1992, porém não trata especificamente das questões relacionadas à improbidade administrativa ambiental.

Na interpretação do inciso I do art. 11 da Lei, por exemplo, Figueiredo (2004, p. 130) deixa consignado o seguinte:

[...] a Administração Pública, ao cumprir seus deveres constitucionais e legais, busca incessantemente o interesse público, verdadeira síntese dos poderes a ela atribuídos pelo sistema jurídico positivo, [...]. Ausentes os poderes administrativos, não seria possível realizar uma série de competências e deveres institucionais (os sacrifícios a direitos, as intervenções, desapropriações, autorizações, concessões, poder de polícia, serviços públicos etc.). Contudo, forçoso reconhecer que a atividade administrativa não é senhora dos interesses públicos, no sentido de poder dispor dos mesmos a seu talante e alvedrio. Age de acordo com a ‘finalidade da lei’, com os princípios retores do ordenamento, expressos e implícitos. A Administração atua, age, como instrumento de realização do ideário constitucional, [...]. Assim, o agente público deve atender aos interesses públicos, ao bem-estar da comunidade. Sob o rótulo ‘desvio de poder’, ‘desvio de finalidade’, ‘ausência de motivos’, revelam-se todas as formas de condutas contrárias ao Direito, [...]. Aliás, o STJ deixou assentado que ‘o desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto da lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. Análise da motivação do ato [...], revelando um mau uso da competência e finalidade despo-

jada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento’ (R.Esp 21.156-0-SP, ref. 92.0009144-0, j. 19.9.1994, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

A análise aplica-se claramente àqueles casos concretos em que o interesse público envolvido é o interesse ambiental ou a atividade administrativa se relaciona a este mesmo interesse, mas não se faz menção direta disto no texto transcrito.

Garcia e Pacheco Alves (2006, p.339) apresentam trabalho exaustivo sobre a interpretação e as próprias regras da lei de improbidade e chegam a relacionar, num dos capítulos – denominado “da casuística” –, casos concretos a título de “melhor ilustrar a exposição”, associando-os a “hipóteses comumente divisadas no cotidiano dos agentes”¹⁷, mas não chegam a tratar especificamente dos atos de improbidade ambiental.

Segundo tais autores, as hipóteses mais frequentes na atuação dos agentes públicos são as seguintes: “aquisição de bens em montante superior à renda”; “não aplicação de receita mínima em educação”; “irregularidades no procedimento licitatório”; “contratação sem concurso público”; “da lei inconstitucional e seu repúdio pelo Poder Executivo”; “violação ao princípio da impessoalidade”; “descumprimento da lei de Responsabilidade Fiscal”; “inobservância do Estatuto da Cidade”; “ato administrativo fundado em parecer técnico equivocado” e “nepotismo” (GARCIA; PACHECO ALVES, 2006, p. 339 *usque* 416).

A menção expressa à questão ambiental, contudo, não é feita por esses autores.

17 Dizem, antes de enfrentar tais “hipóteses”, que “a exposição casuística das situações configuradoras da improbidade administrativa previstas na Lei n. 8.429/1992 assume caráter eminentemente secundário, já que os ilícitos perpetrados pelos agentes públicos são apreciados sob uma perspectiva principiológica”.

Aliás, diga-se, nem seria preciso, já que a Lei de Improbidade Administrativa configura uma *lei geral* aplicável a todo e qualquer ato administrativo independentemente do ramo do direito diretamente nele interessado, como destacam esses mesmos doutrinadores.

Aliás, conforme sustentamos, é essencial, para fins de preservação da moralidade administrativa, valor evidentemente adotado pela Constituição Federal como preponderante no agir da Administração Pública, sua extensão para todo o tipo de ação administrativa desenvolvida pelo Poder Público.

Não bastassem os argumentos acima deduzidos, podemos ainda mencionar alguns outros posicionamentos jurisprudenciais que fixam claramente a possibilidade dessa aplicação que estamos defendendo. Neste sentido, afirmação dos doutos colegas Carolina da Silveira Medeiros e Celso Três, no pedido de sequestro de bens apensados aos autos da Ação de Improbidade Administrativa n. 2000.71.07.005184-0, proposta ante o Juízo Federal de Caxias do Sul,

[...] No mesmo sentido do posicionamento apresentado pelo Parquet Federal, a jurisprudência pátria, citada por Marcelo Figueiredo em sua obra *Probidade Administrativa*:

“[...] dos agentes públicos se exige fiel observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos. [...]

A estes não basta a honestidade. Impõe-se, ainda, que ostentem a aparência de honestidade; comportamento ilibado e sem sombras. [...] Dúvida quanto a operações com dinheiro público, sua aplicação, movimentação e conversão em outros ativos; sinais exteriores de riqueza ou de enriquecimento sem causa lícita; acréscimo patrimonial exacerbado e rápido auferido por agente público de escalão médio na ordem hierárquica da Administração Pública municipal, são indicações ou indícios que bastam para as providências necessárias à sua averiguação mais aprofundada.

A lei de regência admite e legitima a adoção de providências acuatelatórias em casos tais.

Não se exige prova cabal, nem seu aprofundamento, bastando delibação indiciária. [...]

E, sem dúvida, os sinais exteriores de riqueza, o valor alentado do patrimônio amealhado, por servidor cujo ganho registrado em seu *hollerith* é sabidamente modesto, dão supedâneo à medida”.

(TJSP – 3ª C. de Direito Público – AI 92.762-5/3-00 – J.6.4.1999 – REL. Des. Rui Stoco – v.u (RT 764/113)”.

É evidente que a exigência de “fiel observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos” é regra extensível a todos os agentes públicos, a todas as ações desenvolvidas pela Administração Pública e àqueles com atuação na área ambiental.

4 Considerações finais

A doutrina, como visto, não aborda as questões ambientais quando enfrenta a aplicabilidade dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa.

Essa aplicação, como sustentamos, é possível, considerando a natureza do próprio bem protegido pelas normas ambientais e ainda a importância de tutela deste mesmo bem contra as ações ímprobas.

Aliás, deve-se destacar, como já fizemos, que a ampliação do campo de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deve ser completa: todo atuar ímprobo de um administrador que provoque dano ao erário, que desconsidere os princípios jurídicos que norteiam a atuação administrativa, que atinja bens públicos ou que importe em enriquecimento ilícito deste mesmo agente atrai a aplicação destes dispositivos.

Obviamente, tratando-se de responsabilidade por ato de improbidade, somente nos limites da lei de regência é que se pode responsabilizar os agentes administrativos por ato de improbidade lesiva ao meio ambiente. Com isso, não há que se falar em responsabilidade objetiva por ato de improbidade, já que a própria Constituição Federal remete à lei ordinária o regramento desta responsabilização.

Só assim alcançaremos a efetiva tutela da moralidade no atuar dos Poderes Públicos.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Enriquecimento ilícito de agentes públicos: evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio*. São Paulo: RT, n. 755/94.

MEDEIROS, Carolina da Silveira; TRÊS, Celso. Autos da Ação de Improbidade Administrativa n. 2000.71.07.005184-0, proposta ante o Juízo Federal de Caxias do Sul.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco – Doutrina. Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. *Revista de direito ambiental*, a.s n. 18, 2000. São Paulo: RT.

_____. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRÊS, Celso; MEDEIROS, Carolina da Silveira. Autos da Ação de Improbidade Administrativa n. 2000.71.07.005184-0, proposta ante o Juízo Federal de Caxias do Sul.

VALERY MIRRA, Álvaro Luiz, *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

VIDIGAL DE OLIVEIRA, Alexandre. Proteção ambiental em juízo – Omissão administrativa – Questões relevantes. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, 1997.

Improbidade e dolo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini

Procuradora Regional da República da 3ª Região. Ex-membro suplente da 3ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Especialista em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

Resumo: A proteção à probidade na Administração Pública, espécie do gênero moralidade administrativa, veicula especial preocupação com o dever de boa gestão, pelo qual se deve saber distinguir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, e, também, entre o honesto e o desonesto. Agasalhada no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, concretiza-se principalmente por meio da Lei n. 8.429/1992, que elenca três espécies de atos de improbidade administrativa: os que importam em enriquecimento ilícito; os que causam prejuízo ao erário; e os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Importante destacar que, para a caracterização de tais atos, é necessário interpretar a lei em harmonia com o princípio da proporcionalidade, até em prestígio do instituto, que não deve ser banalizado. Assim, nem todo ato ilegal, comissivo ou omissivo, e, sobretudo, os que violem princípios, importará em improbidade. É necessário que a lesão causada seja expressiva e inescusável, e exige-se que esteja presente o elemento subjetivo do agente, ao menos em termos de culpa em relação aos atos que causem lesão ao erário, os quais expressamente admitem forma culposa.

Palavras-chave: Dever de probidade. Administração Pública. Improbidade administrativa. Atos de improbidade. Lesão ao erário. Elemento subjetivo. Agente público. Caracterização. Proporcionalidade.

Abstract: The Public Administration probity protection, species of the genus administrative morality, holds as its main concern the duty of good management, which must distinguish the legal from the illegal, the just from the unjust, as well as the honest from the dishonest. Provided at article 37, § 4º, in the Brazilian Federal Constitution, it's mainly regulated by the Law 8.429/1992, which forecasts three species of administrative misconduct acts: the ones which implies unjust

enrichment; the ones that injures Public Treasury; and others which attempt against principles of the Public Administration. For the characterization of such acts, it's important emphasize the consonance to the principle of proportionality, in order to honor this very institute, that shall not be hackneyed. Therefore not every illegal act, by action or by inaction, especially regarding principles violation, imports administrative misconduct. It is required an expressive and inexcusable offense, without restriction to the demonstration of the agent's intentional element, at least in terms of fault in relation to acts that cause damage to the treasury, which expressly admit criminal negligence.

Keywords: Duty of probity. Public administration. Administrative misconduct. Acts of misconduct. Injury to the public treasury. Intentional element. Public official. Characterization. Proportionality.

Sumário: 1 Noções gerais sobre improbidade. 2 Espécies de atos de improbidade. 3 Art. 11 da Lei n. 84.29/1992 – do dolo como elemento subjetivo do agente público – doutrina e jurisprudência do STJ. 4 Conclusão.

1 Noções gerais sobre improbidade

No âmbito do Direito Público, o primeiro autor a referir-se à moralidade, como princípio de observância obrigatória pela Administração foi Maurice Hauriou, no início do século passado, que a definiu como

o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o *bem* e o *mal*, o *legal* e o *ilegal*, o *justo* e o *injusto*, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o *honesto* e o *desonesto*. (apud DI PIETRO, 1991. p. 143)

Em termos legislativos, o primeiro diploma legal pátrio a traduzir preocupação com a moralidade foi o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, que instituiu o Governo Provisório da República, após a revolução de outubro do mesmo ano. Para o festejado admi-

nistrativista Caio Tácito¹, o princípio da moralidade “tem como diretrizes o dever de boa administração, a preservação dos bons costumes e a noção de equidade no confronto entre o interesse público e o dos administrados”.

A probidade (do latim, *improbitate* – desonestidade) é “espécie do gênero moralidade administrativa”, caracterizando-se por ser um “peculiar aspecto da moralidade administrativa”, no dizer de Marcelo Figueiredo². Portanto, os conceitos não se confundem, certo que a ideia de improbidade se contém na de imoralidade administrativa.

O princípio da probidade concretiza-se por meio de diversas regras: constitucionais (art. 37, § 4º, CF/1988), legais (Lei n. 8.429/1992, com as alterações processuais da Medida Provisória n. 2225-45, de 2001 e da Lei n. 11.107, de 2005) e, ainda, normas penais e normas administrativas que definem ilícitos administrativos.

O principal diploma legislativo que tutela a probidade administrativa e o patrimônio público é a Lei n. 8.429/1992, que surgiu para intensificar o combate à corrupção, como se percebe da leitura de sua exposição de motivos.

2 Espécies de atos de improbidade administrativa

A Lei n. 8.429/1992 prevê três espécies de atos de improbidade administrativa: 1 - os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), 2 - os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e 3 - os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). No *caput* dos citados dispositivos, há a definição, enquanto os incisos se

1 TÁCITO, Caio. Improbidade Administrativa como Forma de Corrupção. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2012, p. 3.

2 FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa* - Comentários à Lei n. 8.429/1992 e Legislação Complementar, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

subsumem àquela descrição genérica. O rol de condutas ímprobas é meramente exemplificativo.

A primeira espécie de atos de improbidade (art. 9º) era contemplada na legislação antecedente, denominada de Lei Bilac Pinto (Lei n. 3.502/1958), e constituem as condutas mais graves.

A segunda espécie de atos de improbidade é a dos que causam lesão ao erário.

Assim, nos termos do art. 10, constitui ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malversação ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da citada lei (Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados e do Distrito Federal, dos municípios, de território, empresa incorporada ao patrimônio público, ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual).

Tutela-se aqui o patrimônio econômico-financeiro (erário).

Sem razão, portanto, Kiyoshi Harada³ quando diz que a Lei n. 8.429/1992 não tem por objetivo (imediato ou não) coibir dano ao patrimônio público.

A terceira modalidade de ato de improbidade é a dos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Diz o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 que constituem atos de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições. Seus

3 HARADA, Kiyoshi. Ato de Improbidade Administrativa, confeccionado em 1º mar. 2001. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=19>, acesso em 11 jun. 2012.

incisos discriminam algumas condutas, mas, enfatize-se, o rol não é exaustivo. Consoante Marino Pazzaglini Filho (2006, p.113),

Em outras palavras, o preceito do art. 11 é residual e só é aplicável quando não configuradas as demais modalidades de improbidade administrativa.

Indaga-se, agora, toda a violação da legalidade configura improbidade administrativa?

Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Para tipificá-lo como tal, é necessário que ele tenha origem em comportamento desonesto, denotativo de má-fé, de falta de probidade do agente público.

Com efeito, as três categorias de improbidade administrativa têm a mesma natureza intrínseca, que fica nítida com o exame do étimo remoto da palavra improbidade.

O vocábulo latino *improbitate*, como já salientado, tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbus administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé”.

E essa desonestidade, no trato da coisa pública, nos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador e sua prática ou abstenção, mesmo assim, por má-fé (dolo).

O enunciado da lei neste dispositivo é aberto demais e pode gerar perplexidade, especialmente se atentarmos para o fato de que nem todo ato ilegal é ímprobo: há atos ilegais que não ferem a probidade. Esclareceremos melhor a afirmação, quando analisarmos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O advogado Mauro Roberto Gomes de Mattos⁴ revolta-se contra o que ele denomina de “excessivo caráter aberto” dos coman-

4 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6540/do->

dos legais da Lei de Improbidade e recomenda que o Poder Judiciário tenha cautela na admissibilidade das ações de improbidade.

3 Art. 11 da Lei n. 8.429/1992 – do dolo como elemento subjetivo do agente público – doutrina e jurisprudência

Efetivamente, o *caput* do art. 11 cinge-se a dizer que quem violar os princípios ali elencados, por ação ou omissão, comete improbidade. Contudo, a lei disse menos do que devia.

De fato, os princípios ali mencionados já são conceitos jurídicos indeterminados, com campo de atribuição não delimitada. Daí que a norma em apreço – *caput* do art. 11 – pode levar à interpretação equivocada e à aplicação indevida, exagerada, com graves consequências para o sujeito passivo da ação de improbidade.

Assim, o que deve, essencialmente, diferenciar o ato ilegal do ato de improbidade administrativa é a presença do elemento subjetivo – dolo ou culpa (esta na modalidade do art. 10).

De se observar que, quanto aos partícipes ou coautores dos atos, os terceiros beneficiários, é possível a configuração da improbidade, independentemente de dolo ou culpa, conforme se vislumbra de interessante hipótese antes apreciada pelo STJ (Resp 287.728/SP – 2ª Turma, DJ 29.11.2004), em que o administrador abandonou as regras legais e fez a licitação por convite (quando deveria sê-lo por concorrência), convocando três empresas (todas com os mesmos sócios, pessoas físicas). Apurou-se que não houve prejuízo ao erário, mas restou violado o patrimônio moral da municipalidade. Concluiu a relatora ministra Eliana Calmon que “tal proceder, de forma objetiva, independentemente de dolo ou culpa, configura ato de improbidade, atu-

-excessivo-carater-aberto-da-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 11 jun. 2012.

almente punido em uma terceira esfera, diferente da via penal, da via civil ou da via administrativa”.

Tal entendimento já não prevalece no Tribunal Superior, como veremos posteriormente.

Eis a ementa do acórdão:

Administrativo - ação civil pública - ato de improbidade - licitação - irregularidade - contratação de serviço sem observância das normas administrativas pertinentes - Lei n. 8.429/1992 - Imposição de pena.

1. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.
2. Não havendo diferença no procedimento dos réus partícipes dos atos de improbidade, desnecessária a individualização das sanções.
3. Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação. Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa.
4. Correta a imputação da pena de perda de direitos políticos, a teor do art. 12, III da Lei n. 8.429/1992.
5. Recursos especiais improvidos.

Como assinala Sérgio Sobrane (2010, p. 76 e 77):

A doutrina não é unânime quanto à exigência do dolo para caracterizar os atos descritos no artigo 11, *caput* e incisos da LIA. Filiam-se à corrente que entende pela necessidade do elemento subjetivo doloso Francisco Octavio de Almeida Prado, Cláudio Ari Mello, Marcelo Figueiredo, Aristides Junqueira Alvarenga e José Armando da Costa. De outro lado, Wallace Paiva Martins Júnior advoga ser possível a configuração culposa dos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, entendendo que a norma “preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do

agente”, punindo as condutas praticadas dolosamente, assim como as decorrentes de culpa grave.

Eis o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 823-824) sobre o tema em comento (necessidade de averiguar-se o elemento subjetivo na conduta):

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias, torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

E complementa a eminente autora:

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Mônica Nicida Garcia (2005, p. 263) entende que os atos de Improbidade que causam lesão ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/1992)

são a única espécie que admite a forma culposa, “devendo-se, por isso mesmo, entender que nas demais modalidades, por não ter sido prevista a forma culposa, só se pune o ato dolosamente praticado”. Aduz, ainda, no que concerne aos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração (art. 11), que “a não previsão da forma culposa constitui-se em lamentável lacuna”.

Ressalte-se, por oportuno, que a orientação mais recente do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de exigir a demonstração do dolo, *lato sensu* ou genérico, do agente para a caracterização do ato de improbidade administrativa por ofensa a princípios da administração pública.

Assim, a jurisprudência majoritária de ambas as turmas da 1ª Seção do STJ 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 causarem lesão ao erário (art. 10 da LIA).

Veja-se, a propósito, ementas de acórdãos da Corte Superior:

Administrativo e processual civil - ação civil pública - improbidade administrativa - contratação sem a realização de concurso público - art. 11 da Lei n. 8.429/1992 - Configuração do dolo genérico - prescindibilidade de dano ao erário - precedente da primeira seção.

1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico. Precedente da Primeira Seção.

2. No caso, o aresto embargado condenou os recorrentes à pena de proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos por terem mantido em vigor diversos contratos de funcionários terceirizados que prestavam serviços à instituição bancária estadual sem concurso público.

3. O voto condutor do aresto embargado considerou existente o ato de improbidade mesmo sem estar configurado o dolo genérico do

agente. Assim, deve ser afastada a penalidade aplicada aos embar-
gantes, já que não configurado o ato de improbidade.

4. Embargos de divergência providos.

(*REsp* 772.241/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, j. 25.5.2011, *DJe* 6.9.2011)

Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Atraso no recolhimento. Caixa de assistência dos servidores municipais. Contribuição do fundo de saúde. Necessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo. Jurisprudência da primeira seção do superior tribunal de justiça. Súmula 83/stj. Agravo não provido.

1. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela imprescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração 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 n. 8.429/1992, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10.

(*REsp* 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, *DJe* 27.9.10).

3. O aresto impugnado reformou a sentença e entendeu pela não consumação do ato de improbidade do art. 11, II, da Lei n. 8.429/1992 em face da ausência de dolo na conduta (fl. 1.383e). Assim, estando o acórdão recorrido em perfeita consonância com a jurisprudência deste Tribunal, incide, na espécie ora em exame, a Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(*AgRg* no *REsp* 1122474/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 16.12.2010, *DJe* 2.2.2011)

Processual civil e administrativo. Embargos de divergência. Improbidade administrativa. Tipificação. Indispensabilidade do elemento subjetivo (dolo, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da

Lei n. 8.429/1992 e culpa, pelo menos, nas hipóteses do art. 10). Precedentes de ambas as turmas da 1ª Seção. Recurso provido.

(REsp 479812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. 25.8.2010, *DJe* 27.9.2010)

Administrativo. Improbidade administrativa. Contratação de servidor sem concurso público. Violação principiológica de conhecimento palmar. Extensão do ato de improbidade administrativa aos contratados.

1. “A jurisprudência do STJ dispensa o dolo específico para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (art. 11 da Lei n. 8.429/1992), considerando bastante o dolo genérico (REsp. 654.721/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, *DJe* 1.9.2010).” (AgRg no Ag 1331116/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, *DJe* 16.3.2011).

2. É de conhecimento palmar a violação principiológica consistente na contratação ou manutenção de servidores públicos sem a realização de concurso público. Não há como alegar desconhecimento da vedação constitucional para a contratação de servidores sem concurso público, mormente quando já passados quase 24 anos de vigência da Carta Política. (Precedente: REsp 1.130.000/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, *DJe* 30.8.2010.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 149.558/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.5.2012, *DJe* 25.5.2012).

4 Conclusão

A Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada de forma harmônica com o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, nem todo ato ilegal (seja por ação ou omissão), especialmente os que se subsumem à dicção do art. 11 da Lei de Improbidade – que atentem contra os princípios da administração pública –, importará em ato de improbidade.

Portanto, lesões insignificantes, pequenos danos patrimoniais decorrentes de erro ou ignorância, desconhecimento escusável da lei, atuações sem dolo comprovado ou culpa certamente não merecerão ser enquadrados na Lei de Improbidade sob pena de flagrante injustiça ou mesmo arbítrio.

Cabe a nós, aplicadores da lei em comento, atentarmos para as peculiaridades do caso concreto, fazer a detida análise jurídica e agir com cautela, até para não desprestigiar o instituto.

Como bem salientou a eminente Min. Eliana Calmon⁵ do Superior Tribunal de Justiça:

Inviável a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que o elemento subjetivo é requisito do princípio da culpabilidade, presente no Direito Administrativo Sancionador.

Pensar de forma diversa seria o mesmo que penalizar os agentes públicos por qualquer insucesso da máquina administrativa, mesmo nos casos em que seus dirigentes atuem rigorosamente sob os ditames legais.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/1992 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

5 Voto-vista no Resp. 951.389/SC

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Ato de improbidade administrativa*, confeccionado em 01/03/2001. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=19>. Acesso em: 11 jun. 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6540/do-excessivo-carater-aberto-da-lei-de-improbidade-administrativa>>. Elaborado em jan.2005. Acesso em: 11 jun. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei n. 8.429/1992*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

TÁCITO, Caio. Improbidade administrativa como forma de corrupção. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – Papel do juiz*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2012.

Ação de improbidade administrativa em face de agentes de sociedades de economia mista federais nos 20 anos da Lei n. 8.429/1992 – incompreensão sobre a legitimidade do Ministério Público Federal e a competência da Justiça Federal

Rodrigo Telles de Souza

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Resumo: O Ministério Público Federal tem legitimidade para a ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedade de economia mista federais, detendo atribuição para investigar os fatos correspondentes. A Justiça Federal tem competência para processar e julgar a ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais. O entendimento atualmente predominante, que atribui legitimidade ao Ministério Público Estadual e competência à Justiça Estadual, no que tange ao assunto, é equivocado, devendo ser revisto, a fim de que se tenha uma mais correta aplicação da Lei n. 8.429/1992 vinte anos após o início de sua vigência.

Palavras-chave: Ação em face de improbidade administrativa. Agentes de sociedades de economia mista federais. Legitimidade. Ministério Público Federal. Jurisdição. Tribunal Federal.

Abstract: The Federal Public Prosecutor's Office has legitimacy to action in the face of administrative misconduct of agents of federal semi-public companies and can investigate the corresponding facts. Has jurisdiction to adjudicate the action of administrative misconduct in the face of agents of federal semi-public companies. The currently prevailing understanding, which gives legitimacy to the State Prosecutor's Offices and recognizes the jurisdiction of the State Courts, regarding the subject, is misleading and should be revised in order to achieve a more correct application of Law 8.429/1992 twenty years after the beginning of its term.

Keywords: Action in the face of administrative misconduct. Agents of federal semi-public companies. Legitimacy. Federal Public Prosecutor's Office. Jurisdiction. Federal Court.

Sumário: 1 Introdução. 2 Agentes de sociedades de economia mista como sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa. 3 A legitimidade do Ministério Público Federal para a ação de improbidade administrativa em face de agentes de sociedades de economia mista federais. 4 A competência da Justiça Federal para a ação de improbidade administrativa em face de agentes de sociedade de economia mista federais. 5 Conclusão.

1 Introdução

Após vinte anos de vigência da Lei n. 8.429/1992, que trata dos atos de improbidade administrativa no sistema jurídico brasileiro, algumas questões relativas ao assunto permanecem mal resolvidas. Nem a doutrina nem a jurisprudência fornecem resposta adequada ou satisfatória para tais matérias.

Um desses pontos que suscita inquietação gira em torno da ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais, especificamente no que diz respeito à legitimidade para a propositura da demanda bem como à competência para o trâmite respectivo. Os autores silenciam-se acerca do tema. Os tribunais, inclusive os de mais alto grau de jurisdição, entendem de modo equivocado que o Ministério Público Estadual é parte ativa legítima e que a Justiça Estadual é competente para processar e julgar o caso.

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para a ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedade de eco-

nomia mista federais, bem assim que a Justiça Federal detém competência para o trâmite e a análise da demanda. Pretende-se, com isso, evidenciar o erro do entendimento atualmente predominante em relação ao assunto na prática jurídica brasileira.

O trabalho divide-se em três partes. Na primeira se trata dos agentes de sociedades de economia mista como sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa. Na segunda se cuida da legitimidade do Ministério Público Federal para a ação de improbidade administrativa em face de agentes de sociedades de economia mista federais. Na terceira se versa a respeito da competência da Justiça Federal para a ação de improbidade administrativa em face de agentes de sociedades de economia mista federais.

2 Agentes de sociedades de economia mista como sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa

A Lei n. 8.429/1992 estabelece, em seu 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.

O dispositivo é redigido de forma bastante ampla, procurando abranger todos os agentes da administração pública, direta ou indireta.

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma de sociedade anônima cujo capital pertence em sua maioria ao poder público, as quais prestam serviços públicos ou exercem atividade econômica. São instrumentos de des-

centralização da atividade estatal administrativa. Essas entidades integram a administração pública indireta¹.

Os agentes de sociedades de economia mista podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa. Caso pratiquem condutas que importem em enriquecimento ilícito, em prejuízo ao erário ou em violação a princípios da administração pública, na forma dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, sujeitam-se às sanções previstas no art. 12, incisos I, II e III, do mesmo diploma normativo.

O assunto é pacífico na doutrina². Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar como passíveis de responsabilização por ato de improbidade administrativa agentes do Banco do Brasil S/A, sociedade de economia mista federal, proclamou: “Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.429/1992” (BRASIL, 2010).

As sociedades de economia mista são instituídas por lei. Quando criadas pela União, qualificam-se como sociedades de economia mista federais. Cumpre identificar a quem pertence, no âmbito do Ministério Público, a legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais.

1 O Decreto-Lei n. 19200/1967 inclui as sociedades de economia mista no âmbito da administração indireta. Essa posição é adotada pela doutrina (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 747; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 127-128; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 348-383).

2 Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 35.

3 A legitimidade do Ministério Público Federal para a ação de improbidade administrativa em face de agentes de sociedades de economia mista federais

O Ministério Público tem sua fisionomia traçada, em termos gerais, na Constituição de 1988. No entanto, o texto constitucional não delimita com precisão as áreas de atuação de cada um dos ramos da instituição. A matéria é disciplinada pela legislação infraconstitucional.

A Lei Complementar n. 75/1993, ao tratar do Ministério Público da União, estabelece, em seu art. 5º, inciso I, alínea *h*, que é função institucional desse ramo do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, entre outros, os seguintes fundamentos e princípios: “a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, *indireta* ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União”. O art. 38 do mesmo diploma normativo considera que essa atribuição é, no âmbito do Ministério Público da União, em particular, função institucional de um de seus sub-ramos, precisamente o Ministério Público Federal. A norma legal, ao se referir à administração indireta federal, abrange as sociedades de economia mista federais.

Desse modo, se cabe ao Ministério Público Federal a defesa da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade da Administração Pública federal indireta, incumbe-lhe consequentemente investigar e ajuizar ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais. Não há como entender que essa função pertence ao Ministério Público Estadual. A própria Lei n. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional

do Ministério Público, ao definir atribuições semelhantes do Ministério Público Estadual, somente se refere à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa “do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”, conforme art. 25, inciso IV, alínea *b*. Não há preceito algum que remeta às sociedades de economia mista federais.

O Supremo Tribunal Federal já resolveu conflitos de atribuição entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual em relação a investigações de atos de improbidade administrativa praticados no âmbito de sociedades de economia mista federais. Em julgados recentes, relativos à Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), a corte decidiu o conflito de atribuição com base nas normas constitucionais que tratam da competência da Justiça Federal, referindo-se notadamente ao art. 109, incisos I e IV, da Constituição de 1988 (BRASIL, 2011):

Conflito negativo de atribuições. Caracterização. Ausência de decisões do poder judiciário. Competência do *stf*. Art. 102, I, *f*, *cf.* Sociedade de economia mista. Art. 109, I e IV, *cf.* Súmula STF n. 517.

1. Trata-se de conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual a respeito dos fatos constantes de procedimento investigatório. 2. Com fundamento no art. 102, I, *f*, da Constituição da República, deve ser conhecido o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público Federal e do Estado do Rio de Janeiro diante da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar conflito entre órgãos de Ministérios Públicos diversos. 3. A presença de sociedade de economia mista em procedimento investigatório não acarreta, por si só, na presunção de violação de interesse, econômico ou jurídico, da União. 4. Para adequada definição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual impõe-se, em conformidade com o art. 109, incs. I e IV da Constituição Federal, a adequada delimitação da natureza

cível ou criminal da matéria envolvida. 5. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Essa postura é manifestamente equivocada. A delimitação das áreas de atuação do Ministério Público da União, especificamente do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, não se confunde com a definição da competência da Justiça da União, em particular da Justiça Federal e da Justiça Estadual. A fixação dos limites da competência jurisdicional tem sede essencialmente constitucional; o estabelecimento dos contornos das esferas de atribuição ministerial depende impreterivelmente da legislação infraconstitucional.

Em julgado anterior, o Supremo Tribunal Federal até procurou resolver o conflito de atribuição entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual quanto à investigação de atos de improbidade administrativa supostamente ocorridos em sociedade de economia mista federal (Companhia de Entrepostos e armazéns Gerais de São Paulo – CEAGESP), recorrendo à legislação. Todavia, baseou seu entendimento em dispositivos diversos, não aplicáveis ao caso, da Lei Complementar n. 75/1993 (BRASIL, 2009):

Agravo regimental. Ação cível originária. Conflito de atribuição. Ministério Público Federal. Ministério Público estadual. Investigação. Ato de improbidade. Agente público. Sociedade de economia mista. 1. A investigação envolve possíveis atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos no âmbito da sociedade de economia mista federal, no tocante à falta de definição de prazos em contratos de permissão de uso e à utilização de critérios subjetivos para a prorrogação de contratos. A situação descrita não se enquadra nas hipóteses de defesa do patrimônio nacional ou dos direitos constitucionais do cidadão, previstas na Lei Complementar n. 75/1993 e capazes de justificar a atuação do Ministério Público Federal. 2. Agravo regimental desprovido.

Caso tivesse havido referência aos preceitos corretos da norma legal, a conclusão teria sido diversa, no sentido do reconhecimento da atribuição do Ministério Público Federal para a investigação e da legitimidade do mesmo órgão ministerial para a ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais. Resta tratar da competência para esse tipo de demanda.

4 A competência da Justiça Federal para a ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais

O Ministério Público Federal é órgão da União. Ao figurar no polo ativo de uma relação processual, o órgão ministerial federal representa ou “presenta” a União. Assim, a Justiça Federal é competente para processar e julgar a ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais proposta pelo Ministério Público Federal pelo fato de a União integrar a lide como autora, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição de 1988.

Aliás, a questão da competência é até logicamente anterior ao problema da legitimidade. Se o Ministério Público Federal ajuíza uma ação, deve fazê-lo na Justiça Federal, por se tratar do órgão jurisdicional competente para o trâmite do feito, em razão tão somente da presença do órgão ministerial federal. Cabe à Justiça Federal, em momento posterior, verificar a legitimidade do Ministério Público Federal para atuar no caso. Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça afirma (BRASIL, 2004):

Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para

promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

Nas hipóteses de ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais, como visto, o Ministério Público Federal é parte ativa legítima. A Justiça Federal é competente, devendo ela reconhecer-se como tal e também admitir a legitimidade do órgão ministerial federal. O feito, assim, deve ter regular prosseguimento na esfera federal.

Esse não tem sido, contudo, o entendimento dominante na prática. Os tribunais, pautados principalmente na compreensão equivocada do Supremo Tribunal Federal, têm decidido que o Ministério Público Federal não tem legitimidade, e a Justiça Federal, não tem competência para processar e julgar ações de improbidade administrativa contra agentes de sociedades de economia mista federais (BRASIL, 2008):

Processual civil. Ação de improbidade administrativa. Sociedade de economia mista. Incompetência da justiça federal. Ilegitimidade do Ministério Público Federal.

1. A competência da Justiça Federal para processar e julgar ação de improbidade administrativa ajuizada em face de funcionários de sociedade de economia mista federal, a teor do Enunciado 517 do Supremo Tribunal Federal, restringe-se às hipóteses em que haja interesse da União. 2. Não se vislumbra interesse da União no provimento jurisdicional pretendido, haja vista dirigir-se o mesmo à proteção da probidade da sociedade de economia mista. Ademais, se a União, devidamente intimada para manifestar eventual interesse, ficou inerte, não há impor sua atuação. 3. Há entendimento no seio da doutrina e da jurisprudência no sentido de que será da competência da Justiça Federal a demanda proposta pelo Ministério Público Federal. Ocorre que ainda que assim se entenda, há verificar se o Ministério Público Federal é legitimado para propor a demanda, ou se seria o caso de a demanda ser proposta pelo Parquet Estadual. 4. Inexistente atuação, omissão ou interesse de qualquer das pessoas enumeradas no art. 109, I, da CF/88 e não se tratando

de demanda que objetive tutelar o patrimônio público nacional, social e cultural brasileiro, ou mesmo interesses de população indígena, nos termos dos arts. 5º e 37, inc. II, da LC n. 75/1993, falece legitimidade ativa ao Ministério Público Federal para propositura da demanda, cuja legitimação é conferida ao Ministério Público Estadual. 5. Recurso desprovido.

No âmbito do próprio Ministério Público Federal, compreende-se que a atribuição para atuar em casos de improbidade administrativa relacionados a sociedades de economia mista federais é do Ministério Público Estadual. O Enunciado n. 19 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal afirma: “O Ministério Público Federal não tem atribuição para agir em caso de dano ao patrimônio de Sociedade de Economia Mista”.

Cumprido, contudo, modificar esse entendimento. A correta aplicação das normas constitucionais e legais o exige.

5 Conclusão

O Ministério Público Federal tem legitimidade para a ação de improbidade administrativa contra agentes de sociedade de economia mista federais, detendo atribuição para investigar os fatos correspondentes, o que decorre do art. 5º, inciso I, alínea *h*, combinado com o art. 38 da Lei complementar n. 75/1993. A Justiça Federal tem competência para processar e julgar a ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra agentes de sociedades de economia mista federais, uma vez que o órgão ministerial federal integra a União. O entendimento atualmente predominante, que atribui legitimidade ao Ministério Público Estadual e competência à Justiça Estadual, no que tange ao assunto, é equivocado, devendo ser revisto, a fim de que se tenha mais correta aplicação da Lei n. 8.429/1992 vinte anos após o início de sua vigência.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Cível Originária n. 987/RJ. Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Réu: Ministério Público Federal. Rel. min. Ellen Gracie. Brasília, 4 ago. 2011. Votação unânime. *DJe* de 22 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Agravo Regimental em Ação Cível Originária n. 1233/SP. Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. min. Menezes Direito. Brasília, 15 abr. 2009. Votação unânime. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 210, p. 108.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1138523/DF. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Ricardo Sérgio de Oliveira e outros. Rel. min. Eliana Calmon. Brasília, 23 fev. 2010. Votação unânime. *DJe* de 4 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 440002/SE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Francisco Matias dos Santos. Rel. min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 18 nov. 2004. Votação unânime. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 187, p. 139.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Oitava Turma Especializada. Apelação Cível n. 222915. Apelante: Ministério Público Federal. Apelados: Décio Issao Hashiguchi e outros. Rel. Desembargador Federal Marcelo Pereira. Rio de Janeiro, 1º jul. 2008. Votação unânime. *DJU* de 7 jul. 2008, p. 737.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Direito fundamental ao governo honesto

José Rubens Plates

Procurador da República em Ji-Paraná, Rondônia.

Resumo: O presente artigo propõe que o direito ao governo honesto seja analisado como direito fundamental. Inicialmente, traça um panorama acerca dos direitos fundamentais, suas características e dimensões sob as quais são estudados. Em seguida, avança na teoria dos deveres de proteção, da qual se extrai o postulado da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Além disso, fundamenta o posicionamento de que o direito ao governo honesto, em vez de ser enquadrado meramente como um direito subjetivo, deve ser considerado direito fundamental. Prosseguindo, pontua as diversas manifestações do direito fundamental ao governo honesto no ordenamento jurídico nacional e internacional, dando especial destaque à Lei de Improbidade Administrativa. Finalmente, conclui, conceituando e justificando o enquadramento do direito ao governo honesto no rol de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito ao governo honesto. Catálogo de direitos fundamentais. Proibição da proteção deficiente. Lei de Improbidade Administrativa.

Abstract: This article proposes that the right to honest government be considered as a fundamental right. First, describes a viewpoint about fundamental rights, its characteristics and dimensions based in its studies. Then advances in the theory of protective duties, from which is extracted the postulate of the prohibition of defective protection of fundamental rights. Furthermore, justify the emplacement of the right to honest government, instead of being framed merely a subjective right, should be considered a fundamental right. Continuing, it points the various manifestations of the fundamental right to honest government in the national and international legal system, with special emphasis on the Law of Administrative Improbability. Finally, it concludes, conceptualizing and justifying the framework of the right to honest government in the list of fundamental rights.

Keywords: Right to honest government. Catalogue of fundamental rights. Prohibition of defective protection. Law of Administrative Improbability.

Sumário: 1 Direitos fundamentais. 1.1 Proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais. 2 Direito ao governo honesto como categoria dos direitos fundamentais. 3 Manifestações do direito fundamental ao governo honesto no ordenamento jurídico. 3.1 Lei de Improbidade Administrativa (vinte anos de vigência). 4 Conclusões.

[...]

É, a gente quer viver pleno direito

A gente quer é ter todo respeito

A gente quer viver uma nação

A gente quer é ser um cidadão

É, é, é, é, é, é, é, é, é¹

1 Direitos fundamentais

Um dos pilares do constitucionalismo moderno, ao lado da teoria dos princípios, é a teoria dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais são caracterizados por titularizarem todo indivíduo pela simples condição de sua humanidade, visando a proteção da liberdade e da dignidade. Recebem, também, outras denominações, tais como direitos naturais, direitos do homem, direitos humanos, direitos universais, liberdades públicas, liberdades fundamentais etc.

Pensamento comum entre os estudiosos é que não existe um conceito único para direitos fundamentais. Cada escola tenta, a seu modo e a seu tempo, atribuir conceito e significado para o termo.

1 Trecho da música “É”, de Gonzaguinha.

Para Moraes (1997, p. 39), a expressão “direitos fundamentais” assume o seguinte conceito:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Por outro lado, Vilhena (2006, p. 36) afirma:

“Direitos fundamentais” é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

Um ponto comum na quase totalidade das definições de “direitos fundamentais” é a consagração da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, conclui-se que princípios jurídicos de grande envergadura que venham a tutelar tais valores (liberdade e dignidade humana) podem se alinhar ao conceito de direitos fundamentais, reconhecidos ou não pelo ordenamento positivo.

Quanto às características principais dos direitos fundamentais, é consenso doutrinário que são universais, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, indivisíveis, interdependentes e complementares.

Além disso, não é fácil afirmar com precisão quais direitos dos indivíduos, direitos subjetivos², são classificados como fundamentais, notadamente, quando não foram definidos expressamente pelo Constituinte.

Tais direitos (não reconhecidos expressamente como fundamentais) o constitucionalista português Canotilho (2010, p. 369-370) designa por direitos materialmente fundamentais em contraposição aos direitos formalmente constitucionais (aqueles inseridos no catálogo constitucional de direitos). A respeito leciona:

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cf. Art. 16), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma “norma de *fattispecie* aberta’, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõe no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da cláusula aberta. Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Neste sentido, o âmbito normativo do art. 16 alarga-se ou abre-se a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles – os direitos liberdades e garantias.

2 Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 369-370), direito subjetivo é “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. É, portanto, o meio de satisfazer interesses humanos e deriva do direito objetivo, nascendo com ele”.

Frise-se, ainda, que os direitos fundamentais, ao lado de sua configuração subjetiva, possuem uma dimensão objetiva que, refletindo os valores fundamentais da ordem jurídica, irradia seus efeitos sobre toda ela. A respeito Sarmento (2003, p. 253-254) discorre:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nessa linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.

[...]

Fala-se, assim, de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito subjetivo.

Nessa concepção, portanto, direitos fundamentais, além de representarem posições jurídicas de vantagens dos indivíduos (exigíveis), refletem valores essenciais da ordem jurídica, gozando de destacada estatura.

Dessas características e dimensões expostas é que resultam o interesse e a importância de se catalogar determinado interesse juridicamente protegido como direito fundamental.

1.1 Proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais

Há que se dizer, ainda, que a doutrina mais moderna, fundada na ciência jurídica alemã, distingue, quanto à proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, a vedação do excesso (*Übermassverbot*) e

a proibição da proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*). Tais vertentes são, respectivamente, dimensões negativa e positiva do princípio da proporcionalidade e regulam, como dito, a exata proteção dos direitos fundamentais.

Sobre o assunto, Mendes (1999, vol. 2) sustenta:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Relacionado ao assunto, Fischer (2010, p. 48) leciona:

Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou

processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrentado à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão a prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade do subprincípio da proibição da proteção deficiente. Confira-se:

Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A) tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada.

1. Controle de constitucionalidade das leis penais. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição

do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...]³

Nesse sentido, verifica-se que o Estado brasileiro não pode proteger de forma deficiente, tacaña, os direitos tidos por fundamentais. Pelo contrário, todas as medidas legislativas, administrativas e institucionais devem ser tomadas para se garanti-los e efetivá-los.

2 Direito ao governo honesto como categoria dos direitos fundamentais

O direito ao governo honesto constitui corolário da cidadania e representa o direito de todas as pessoas que participam da comu-

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC n. 104.410 – RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 6 mar. 2012. In: *DJe* 27 mar. 2012.

nidade política a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade.

Não se trata de faculdade específica ou determinada, mas sim de um complexo de direitos e garantias que reúne todas as prerrogativas que o indivíduo tenha para poder exigir a probidade e a lisura na administração pública.

Na doutrina, Meirelles (1990, p. 674) fez menção ao direito ao governo honesto da seguinte forma:

A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios mas, sim, interesses da comunidade. *O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao Governo honesto.* Tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa lesiva do patrimônio público, assim entendidos os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico. A própria lei regulamentadora indica os sujeitos passivos da ação e aponta casos em que a ilegalidade do ato já faz presumir a lesividade ao patrimônio público, além daqueles em que a prova fica a cargo do autor popular. O processo, a intervenção do Ministério Público, os recursos e a execução da sentença acham-se estabelecidos na própria Lei n. 4.717/1965. A norma constitucional isenta o autor popular, salvo comprovada má-fé, de custas e de sucumbência. [grifo nosso]

A propósito do direito ao governo honesto, em decisão magistral, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, assim o descreveu, *ipsis verbis*:

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é dema-

siado reconhecê-lo – *traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania*⁴.
[grifo nosso]

Sobre o assunto, segue interessante trecho de decisão judicial⁵:

É certo, ainda, que os administrados têm para si o direito subjetivo a uma administração honesta, eficiente e acordada para os problemas resultantes do dinamismo da evolução sócio-cultural. Não por outro motivo o estabelecimento de uma série de princípios e disposições atinentes às atividades da administração e, por consequência, as respectivas sanções pelo não atendimento daquele direito subjetivo mencionado em favor do administrado.

Tamanha a importância do tema que até mesmo o Papa João Paulo II⁶ pronunciou-se sobre o assunto:

101. No âmbito político, deve-se assinalar que a veracidade nas relações dos governantes com os governados, a transparência na Administração Pública, a imparcialidade no serviço das instituições públicas, o respeito dos direitos dos adversários políticos, a tutela dos direitos dos acusados face a processos e condenações sumárias, o uso justo e honesto do dinheiro público, a recusa de meios equívocos ou ilícitos para conquistar, manter e aumentar a todo o custo o poder são princípios que encontram a sua raiz primária – como também a sua singular urgência – no valor transcendente da pessoa e nas exigências morais objetivas de governo dos Estados. Quando aqueles deixam de ser observados, esmorece o próprio fundamento da convivência política e toda a vida social fica progressivamente comprometida, ameaçada e voltada à sua disposição.

O direito ao governo honesto, por visar, também, à tutela da liberdade e da dignidade humana, pode ser catalogado como

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27141 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22 fev. 2008. IN: *DJe* 27 fev. 2008.

5 Decisão proferida pela MM^a. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Ana Carolina Vaz Pacheco de Castro em 5 nov. 2007. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 maio 2012.

6 Encíclica *Veritatis Splendor*. Versão em português disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_po.html>. Acesso em: 13 jun. 2012.

direito fundamental, a atrair todo o seu regime privilegiado de proteção (cláusula pétrea⁷, dimensão objetiva, eficácia irradiante, proibição da proteção deficiente etc.).

Embora não expresso nesses termos na Constituição Federal, o direito ao governo honesto tem por fundamento princípios e regras dela extraídos. Cabe lembrar, ainda, a existência da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais constante do seu art. 5º, §2º⁸.

Referido direito deriva do princípio republicano, inscrito no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, bem como da cidadania e da dignidade humana, consideradas fundamentos da República pelos incisos II e III do aludido artigo.

Além disso, encontra esteio em outras regras do mesmo texto constitucional, tais como as inscritas no art. 37º e parágrafos. Por sua vez, no art. 14, § 9º, prescreve-se que a lei complementar esta-

7 “Art. 60.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.”

8 “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

9 “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:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

belecerá outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.

A Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece no art. 73 que “A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz”.

No âmbito internacional, o Brasil, em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida (México), assinou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que foi promulgada por meio do Decreto n. 5.687/2006. Tem como finalidades precípuas: a) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e c) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

A mencionada Convenção prescreve, num considerando

Tendo presentes também os princípios de devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, equidade, responsabilidade e igualdade perante a lei, assim como a necessidade de salvaguardar a integridade e fomentar uma cultura de rechaço à corrupção;

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o País assinou, em 29 de março de 1996, a Convenção Interamericana

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

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

§ 5º - 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.”

contra a Corrupção em Caracas (Venezuela). No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002.

Verifica-se, assim, que, apesar de reconhecido pelo Direito brasileiro, o direito ao governo honesto vinha sendo tratado como direito subjetivo, ou seja, tradutor de mera faculdade do indivíduo, ou, ainda, interesse juridicamente protegido, passível de ser exigido em juízo.

No entanto, considerando o atual desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e do Direito Administrativo, é necessária a compreensão do direito ao governo honesto como direito fundamental.

Além de direito fundamental, o governo honesto é de direito de natureza difusa por pertencer à coletividade como um todo. A respeito, Martins Júnior (2006, p. 91-94) discorre, *ipsis verbis*:

20. *A natureza difusa do direito à moralidade administrativa e a sua transindividualidade.* Por dimensão estrutural, a moralidade administrativa é um valor socialmente difundido e, por isso, pertence 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.

[...]

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 da moralidade, segue a mesma natureza (indivisibilidade e indisponibilidade) e tem a mesma titularidade.

Desse modo, por possuir natureza difusa, o direito ao governo honesto tem características de direito fundamental de terceira geração/dimensão (direitos de solidariedade ou de fraternidade). Pode ser defendido em juízo tanto coletiva como individualmente.

3 Manifestações do direito fundamental ao governo honesto no ordenamento jurídico

São inúmeros os diplomas normativos e institutos jurídicos que concretizam, no direito positivo, o direito fundamental ao governo honesto.

A esse respeito, Martins Júnior descreve (2006, p. 11-12):

A efetiva proteção da observância de valores éticos e morais da Administração Pública começa, pois, por uma preservação eficaz desses valores, que deve ser alcançada por instrumentos juridicamente concebidos com essa finalidade. O ordenamento jurídico brasileiro conta, é verdade, com vários meios dispostos nos princípios e nas regras jurídicas que estruturam um arcabouço próprio para a tutela da probidade administrativa (p. ex., a repressão aos crimes contra a Administração Pública no CP e na legislação penal extravagante; a responsabilidade pela prática de infrações político-administrativas previstas na CF; a elaboração de um código ética da Administração Pública; a legislação eleitoral direcionada a coibir o abuso de poder político; a ação popular constitucional para anulação de atos lesivos à moralidade administrativa e ao patrimônio público e o consequente ressarcimento do dano; e a instituição de sanções contra os atos de improbidade administrativa), sem prejuízo de toda a legislação administrativa, sempre preocupada (licitações e contratos administrativos, procedimento administrativo, como exemplos) com a tutela da probidade administrativa.

Primeiramente, o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) dispõe, no Título XI, sobre crimes contra a Administração Pública. Partindo-se do princípio de que o Direito Penal visa tutelar os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, o legislador penal brasileiro alçou, tanto no referido Código quanto

em diversas leis especiais, o direito ao governo honesto como bem jurídico digno de especial proteção.

Em 29 de junho de 1965, foi editada a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717), que pode ser proposta para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios, bem como de suas entidades da administração indireta.

Por sua vez, em 1993, visando propiciar o melhor negócio para a Administração Pública bem como garantir a isonomia entre os particulares, foi editada a Lei n. 8.666, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Em 24 de janeiro de 1999, veio à baila a Lei n. 9.784, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Nesse diploma, destaca-se o disposto no art. 2^o¹⁰, que informa os princípios orientadores.

10 “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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

[...]

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

Recentemente, em 18 de novembro de 2011, foi editada a Lei n. 12.527, que regula o acesso à informação pública. Nela destaca-se o disposto no seu art. 3^o¹¹, que traça as diretrizes.

Assim, como corolário do direito fundamental ao governo honesto, o Estado brasileiro adotou, no seu plano jurídico, uma verdadeira cruzada contra a corrupção pública, posicionamento esse que já sustentamos em outro trabalho intitulado “Controle Concomitante dos Atos Administrativos pelo Ministério Público como Instrumento de Combate à Corrupção¹²”.

Portanto, verifica-se que o direito fundamental ao governo honesto encontra-se espreado em diversos mecanismos legais e institucionais brasileiros, corroborando a tese da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

3.1 Lei de Improbidade Administrativa (vinte anos de vigência)

Como principal instrumento de defesa da probidade e da moralidade administrativa, destaca-se no ordenamento jurídico

11 “Art. 3^o Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:
I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
V - desenvolvimento do controle social da administração pública.”

12 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11492/o-controlado-concomitante-dos-atos-administrativos-pelo-ministerio-publico-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao>>. Acesso em: 5 jun.2012.

brasileiro a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992¹³, chamada Lei de Improbidade Administrativa. Em 20 anos de vigência, tem sido o principal instrumento normativo utilizado pela sociedade brasileira, em especial pelo Ministério Público, para expurgar dos quadros públicos as chagas da corrupção.

A referida lei cataloga os atos de improbidade administrativa em três categorias, a saber: a) que importam enriquecimento ilícito; b) que causam prejuízo ao Erário; e c) que atentam contra os princípios da Administração Pública (arts. 9º a 11), também prevê as seguintes penalidades: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente (art. 12).

A respeito de sua qualidade técnica, confira-se menção de Garcia (2008, p. 31):

Na senda das medidas anticorrupção adotadas no plano internacional, inúmeros países têm redimensionado seus sistemas de combate à corrupção. *No Brasil, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, diploma singular e sem paralelo no mundo.*
[grifo nosso]

Quanto ao conteúdo da lei ora analisada, Garcia (2008, p. 174) leciona:

A Lei n. 8.429/1992 é composta de vinte e cinco artigos, podendo ser subdividida da seguinte forma: a) arts. 1º, 2º e 3º – sujeitos dos atos de improbidade; b) arts. 4º, 5º e 6º – dever jurídico de observar os princípios regentes da atividade estatal, de não causar dano

13 EMENTA: “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”.

ao patrimônio público e de não enriquecer ilícitamente; c) art. 7º – possibilidade de indisponibilidade dos bens do ímprobo e a legitimidade do Ministério Público para requerê-la em juízo; d) art. 8º – responsabilidade patrimonial dos sucessores do ímprobo; e) arts. 9º, 10 e 11 – tipologia dos atos de improbidade; f) art. 12 – sanções cominadas; g) art. 13 – obrigatoriedade de todos os agentes públicos apresentarem declaração de bens; h) arts. 14 e 15 – procedimento administrativo para apuração dos atos de improbidade; i) arts. 16 e 17 – disposições processuais relativas às medidas cautelares e à ação principal passíveis de serem ajuizadas em face do ímprobo; j) art. 18 – ente a quem reverterão os bens retirados do ímprobo ou a indenização paga por este; l) art. 19 – tipo penal em que incorrerá aquele que formular representações cujo conteúdo souber ser inverídico; m) art. 20 – momento de eficácia das sanções e possibilidade de afastamento cautelar do agente de seu cargo; n) art. 21 – irrelevância da ocorrência de dano e do fato de serem aprovadas as contas do agente pelo Tribunal de Contas para fins de aplicação da Lei n. 8.429/1992; o) art. 22 – providências a serem adotadas pelo Ministério Público; p) art. 23 – lapso prescricional para o ajuizamento de ações em face do ímprobo; q) art. 24 – vigência da lei; r) art. 25 – revogação das disposições em contrário.

A respeito de sua importância, confirmam-se colocações do Ministro Ayres Brito, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (proferidas no Seminário de Probidade Administrativa¹⁴):

A Lei de Improbidade Administrativa é uma lei revolucionária, porque ela modifica para melhor a nossa cultura. Afinal, é preciso rimar erário com sacrário, o que é o propósito dessa lei.

[...]

Nós estamos combatendo com muito mais eficácia os desvios de conduta e o enriquecimento ilícito às custas do poder público, a

14 Seminário de Probidade Administrativa, promovido pelo CNJ em comemoração aos 20 anos da Lei n. 8.429/1992. Lei de Improbidade Administrativa é revolucionária, diz Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/lei-improbidade-administrativa-revolucionaria-ayres-britto>>. Acesso em: 31 maio 2012.

partir da priorização da pauta de julgamentos de ações de combate a esse tipo de assalto ao erário, acrescentou Britto.

[...]

A Lei de Improbidade Administrativa está fazendo 20 anos, e nós devemos celebrar esses 20 anos como uma revolução no Direito brasileiro. Trata-se do mais denso e importante conteúdo do princípio da moralidade, do decoro e da lealdade. [grifo nosso]

Ainda a respeito da mencionada lei, Roberto Gurgel, Procurador-Geral da República e Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, declarou (no evento mencionado)¹⁵:

A corrupção, a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito de agente públicos ocorrem em todas as nações. O que diferencia umas das outras são as consequências e a forma de enfrentamento desses delitos.

[...]

O Ministério Público e a magistratura têm a obrigação de encarar esses problemas que vem afetando gravemente a sociedade brasileira com absoluta prioridade, buscando o aprimoramento do sistema de Justiça para alcançar maior celeridade nos julgamentos das ações penais e ações civis de improbidade administrativa

[...]

Ainda discute-se se a natureza da Lei é penal ou civil, se os agentes políticos que estão sujeitos à Lei dos Crimes de Responsabilidade também o estão à Lei de Improbidade Administrativa, e, ainda, se estes mesmos agentes políticos, que gozam de foro por prerrogativa de função para as ações penais, podem ou não ser demandados em primeiro grau.

[...]

Parece difícil negar que a indefinição em relação a esses pontos de tamanha importância acaba sendo influenciada pelo fato de a Lei cuidar de assuntos relacionados, em muitos casos, a pessoas de elevado poder econômico ou político.

15 Disponível em: <<http://www.noticias.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 1º jun. 2012.

[...]

O Brasil é um país marcado por seus paradoxos e não seria diferente no combate à corrupção. De um lado, a dificuldade de acesso a informações básicas e a pouca efetividade na punição e na recuperação de ativos, e, de outro lado, o pujante projeto de transparência pública que caminha fortemente rumo ao modelo de dados abertos.

[...]

O Ministério Público não está afastado desse esforço, criando ferramentas para agilizar a análise de dados bancários, além de um trabalho preventivo, com a divulgação na internet de recursos distribuídos pela União. Nesse sentido, *a Lei de Improbidade Administrativa é ferramenta essencial no combate à corrupção e, apesar das persistências das dúvidas na aplicação da lei e de sua subutilização em alguns estados, sua edição representa um grande avanço no combate à corrupção.* [grifo nosso]

Portanto, a Lei de Improbidade Administrativa, que já serve para vasta produção bibliográfica, constitui relevante marco na defesa do patrimônio público, bem como na efetivação do direito fundamental ao governo honesto, cuja utilização deve sempre ser preconizada e aprimorada.

4 Conclusões

Conclui-se, assim, que, apesar de reconhecido pelo Direito brasileiro, o direito ao governo honesto vinha sendo tratado como direito subjetivo, ou seja, tradutor de mera faculdade do indivíduo, ou ainda, interesse juridicamente protegido.

No entanto, considerando o atual desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos deveres de proteção, faz-se necessário que as reflexões acerca do direito ao governo honesto mereçam consideração doutrinária sob a ótica dos direitos fundamentais.

Tal direito constitui corolário da cidadania e representa o direito de todas as pessoas que participam da comunidade política

a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade. Encontra-se presente em diversos mecanismos legais e institucionais, estando irradiado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional.

No plano interno, assume papel de destaque a Lei de Improbidade Administrativa que, em vinte anos de vigência, tem sido considerada um revolucionário instrumento de defesa do patrimônio público e de concretização do direito fundamental ao governo honesto.

Assim, por visar também à proteção da liberdade e da dignidade humana e ser titularizado por todas as pessoas (natureza difusa), o direito ao governo honesto deve ser colocado no patamar dos direitos fundamentais, agasalhando todo seu regime especial de proteção (como, por exemplo, cláusula pétrea, dimensão objetiva, eficácia irradiante, proibição da proteção deficiente etc.).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC n. 104.410-RS. Relator min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 6 mar. 2012. *In: DJe* 27 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 27141 MC/DF. Relator Celso de Mello. Data do julgamento: 22 fev. 2008. *In: DJe* 27 fev. 2008.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantismo no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. *Improbidade administrativa*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito civil brasileiro 1: Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely L. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar F. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 1997.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VILHENA, Oscar; SCABIN, Flávia. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Lei de Improbidade Administrativa: estudo sobre o prazo prescricional

José Antonio Tassi

Pós-graduado em Direito do Estado; área de concentração:
administrativa.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar o prazo prescricional da Lei de Improbidade Administrativa. Pretende, por meio de argumentos doutrinários, dizer que a prescrição de cinco anos é insuficiente para a apuração dos fatos pelo Ministério Público e outros órgãos legitimados. Pretende demonstrar, ainda, que, para os crimes praticados pelos servidores públicos, inseridos no Código Penal, o prazo prescricional é muito mais elástico em relação à Lei de Improbidade Administrativa. Outro ponto a ser analisado é o das ações coletivas, que também contemplam prazo maior. Finalmente, mostra lacunas existentes nos incisos I e II do art. 23 da Lei de Improbidade e diz que há um tratamento diferenciado aos agentes políticos em detrimento dos demais servidores públicos.

Palavras-chave: Lei de Improbidade Administrativa. Prescrição. Atos de improbidade. Ministério Público. Agentes políticos. Servidores públicos.

Abstract: The present study aims to analyze the statute of limitations period of the Law of Administrative Misconduct. Using doctrinal arguments, it intends to say that the statute of limitations of 5 (five) years for the facts verification is not enough for the Public Ministry and other legitimate agencies. Moreover, it wants to show that for crimes committed by public servants, inserted in the Penal Code, the statute of limitations period is much more elastic with respect to the Law of Administrative Misconduct. Another issue to be evaluated is the one of Collective Actions, which also has a longer term. Finally, it is intends to show the existing gaps in items I and II of article 23 of the Misconduct Law, saying that there is a differential treatment to political agents to the detriment of other public servants.

Keywords: Law of Administrative. Misconduct. Prescription. Misconduct acts. Public Ministry. Political agents. Public servants.

Sumário: 1 Introdução. 2 A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. 2.1 Instituto da prescrição. 3 A prescrição e o art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa. 3.1 Aplicação da Lei de Improbidade quando aos agentes políticos. 3.2 A Lei de Improbidade e as ações coletivas. 3.3 Prescrição das ações de ressarcimento ao erário, em face da interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. 3.4 Ausência de uniformidades de prazos. 4 Possível mudança no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa foi criada com o objetivo de regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, mas vale ressaltar que o combate à corrupção já existia no Direito Penal brasileiro. O próprio Código Penal possui um capítulo específico para combater os crimes contra a Administração Pública tanto com envolvimento de funcionário público quanto de particular. Fato é que a Lei de Improbidade trouxe avanços no combate à corrupção por meio da repressão jurisdicional civil a três espécies de atos de improbidade, conforme os art. 9º, 10 e 11 da referida lei.

Com a Lei de Improbidade, o âmbito de abrangência na apuração de crimes contra a administração ficou maior, haja vista que antes as legislações existentes censuravam apenas o enriquecimento ilícito no exercício dos cargos, funções e empregos públicos. Atualmente, a tutela se dirige, também, aos atos causadores de prejuízo ao erário e atentatórios aos princípios da Administração Pública.

A Lei de Improbidade, em seu art. 23, incisos I e II, estabelece dois prazos distintos de prescrição para a ação civil de improbidade administrativa ao apresentar:

As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I) até 5 (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 (Brasil, 1992).

Diante do exposto, conclui-se que há uma discrepância entre os dois incisos ao estabelecer prazos diferenciados para a punição dos agentes públicos, o que pode permitir a existência de prazos prescricionais distintos. Além disso, verifica-se que o prazo prescricional para ambos incisos são pequenos se comparados às complexidades quando da apuração dos atos de improbidade. Isso sem contar que a cada dia mais casos de corrupção são noticiados nos meios de comunicação, aumentando cada vez mais o trabalho de investigação do Ministério Público, o que leva tempo, ocorrendo, muitas vezes, a prescrição da ação de improbidade pelo decurso do prazo.

Por fim, a finalidade do presente trabalho é demonstrar a necessidade de se alterar o prazo prescricional da Lei de Improbidade, pois já existe projeto de lei no Congresso Federal com esse propósito.

2 A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa

2.1 Instituto da prescrição

Aqueles que cometem atos de improbidade não podem ficar à mercê do Estado até o final de suas vidas. Isso gera insegurança jurídica, em oposição a um dos fundamentos do direito, que é a pacificação social¹. A seguir, não se pretende esgotar o significado

1 Paulo Nader (2004) escreve que o Direito não é o único instrumento responsável pela harmonia da vida em sociedade; a Religião, a Moral e as Regras de Trato Social

da palavra prescrição e, sim, dar uma ideia adequada ao fim que será exposto.

Segundo Farias e Rosenvald (2006, p. 556),

[...] é certo e incontroverso que não se pode admitir, em nome da estabilidade e segurança das relações sociais, que um determinado direito não seja exercitado indefinidamente, funcionando como uma espada de dâmocles, sobre aquele a quem se dirige a pretensão. [...] Nesse desenho estrutural, surge à prescrição para delimitar um lapso temporal, a fim de que sejam exercitadas as pretensões decorrentes da titularidade de determinado direito pelo seu respectivo titular.

A esse propósito, Bandeira de Mello (2010, p. 1054) escreve “prescrição, instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas”.

Nessa mesma linha, Pablo Gagliano e Rodolfo Filho (2010, p. 454) disseram que “o maior fundamento da existência do próprio direito é a garantia de pacificação social. Por isso, não é razoável, para a preservação do sentido de estabilidade social e segurança jurídica, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas [...]”.

Além disso, convém ressaltar que a prescrição e a decadência trazem consigo inegável caráter de estabilização das relações jurídicas em respeito aos princípios e garantias constitucionais. Nessa linha de entendimento, Luís Roberto Barroso (apud FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 554), grande constitucionalista contemporâneo, expõe com aguda percepção que, no Estado Democrático de Direito, “a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça”.

também condicionam a vivência do homem nela. Porém, Direito é o que possui maior pretensão de efetividade, pois não se limita a descrever os modelos de conduta social, simplesmente sugerindo, aconselhando.

Tal lição também se encontra na obra de Carvalho Filho (2010, p. 1051), que diz:

[...] o maior fundamento dos institutos concernentes aos prazos extintivos reside no princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais. A segurança jurídica consiste exatamente em oferecer às pessoas em geral a crença da imutabilidade e da permanência dos efeitos que as relações visam a produzir.

Ainda que não seja a preocupação principal deste trabalho, estabelecer, conceitualmente, a distinção entre prescrição e decadência é importante.

Para Fiúza (2006, p. 265),

Diferenciar prescrição e decadência é tarefa árdua. [...] Das várias tentativas de se definir prescrição, a que, tradicionalmente, é a mais aceita, por ser a mais lógica, atribui-se a Agnelo Amorim Filho. Haverá prescrição quando se der a perda do direito de ação pela inércia de seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo. Dessa forma, prossegue, “não é o direito em si que prescreve, mas a ação que o protege.

De acordo com Meirelles (2008, p. 740), “a prescrição é a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento ou pelo abandono da causa durante o processo. Não se confunde com decadência ou caducidade, que é o perecimento do direito pelo não exercício no prazo fixado em lei”.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 455), “prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei”.

Nessa mesma linha de raciocínio, Farias e Rosendal (2006, p. 556) escrevem: “prescrição é a perda da pretensão de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal estipulado pela lei”.

Quanto à decadência, a situação é diversa, “pois esta é a perda do próprio direito, em si mesmo, por não utilizá-lo no prazo previsto para seu exercício, evento, este, que sucede quando a única forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito de ação”.(MELLO, 2010, p. 1055)

A decadência está diretamente ligada à perda dos direitos potestativos. Para Farias e Rosenvald (2006, p. 575), “a decadência é a perda do próprio direito (potestativo) pelo seu não exercício em determinado prazo, quando a lei estabelece lapso temporal para tanto”. Simplificando, “haverá direito potestativo quando não se exigir da outra parte nenhuma prestação. Exemplos seriam o direito do mandante de revogar a procuração outorgada, o direito do cônjuge de se divorciar”. (FIÚZA, 2006, p. 266)

Por outro lado, Justen Filho (2010, p. 1237) coloca que

A eventual perda de direito em virtude de ausência tempestiva do seu exercício no relacionamento direto entre Administração e Particular não configura hipótese de prescrição. Isso acontece porque não se trata de ausência do direito de ação, mas do não exercício de direitos e poderes de direito material. Portanto, trata-se de hipótese de decadência, não de prescrição.

Quanto à prescrição na Lei de Improbidade Administrativa, esta deriva da regra constitucional inserida no artigo 37, § 5º, que diz: “a lei estabelecerá prazos de prescrição para ilícitos práticos por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Dessa maneira, visando regulamentar esse dispositivo constitucional, foi editada a Lei n. 8.429/1992. Cabe destacar que os prazos prescricionais inseridos nessa lei são ínfimos se comparados aos crimes praticados contra a Administração Pública, que se

encontram inseridos no Código Penal Brasileiro, ainda que tais institutos não se confundam em relação aos crimes praticados.

3 A prescrição e o art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa

O art. 23 da Lei n. 8.429/1992 trata da prescrição das ações civis de improbidade administrativa. Diz o referido artigo:

As ações destinadas a levar a efeito as sanções nesta lei podem ser propostas:

I) a prescrição ocorrerá 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 (BRASIL, 1992).

Diante disso, não se pode deixar de perceber que há um duplo tratamento da prescrição. No primeiro momento, a Lei prescreve um prazo de cinco anos, em seguida remete ao prazo prescricional em lei específica. A finalidade do combate constitucional à improbidade administrativa é evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão (apud MORAES, 2002, p. 320), “a punição e afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva, de que os servidores públicos não se deixem induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado”.

Mesmo antes da Constituição de 1988, o legislador já se preocupava com os atos ilícitos. De acordo com Di Pietro (2006, p. 766),

A improbidade administrativa, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate a corrupção, ao

falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública.

No entanto, foi na Constituição de 1988 que o legislador tratou especificamente da improbidade administrativa, conforme previsto no § 4º do art. 37,

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.

Dessa forma,

apesar de o referido texto constitucional não ser dotado de autoexecutoriedade, não se pode negar que a previsão expressa de atos de improbidade constituiu um grande avanço no combate à atuação desvirtuada do Administrador Público, muitas vezes, voltado à satisfação de interesses pessoais. (TOURINHO, 2002).

Por essa razão, foi sancionada a Lei de Improbidade Administrativa, com o objetivo de disciplinar as modalidades de improbidade administrativa (dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário, atentam contra os princípios da administração pública), as ações idôneas a viabilizar as sanções aplicáveis ao ímprobo, e o ressarcimento da pessoa jurídica prejudicada, seja esta de direito público ou privado (NEIVA, 2006, p. 20). Além disso, é uma lei que estabelece regras de direito material e processual em matéria de improbidade administrativa.

Dessa forma, em que pese ser uma lei civil, possui vários desdobramentos nas esferas civil, penal e administrativa, e decorre da redação constitucional (art. 37, § 4º), que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade, podendo a ação de improbidade conter vários desdobramentos.

Assim, escreve Marques (2010, p. 229) que o pedido e a respectiva sentença da ação de improbidade administrativa podem ter

conteúdo declaratório (declaração de nulidade de contrato), constitutivo (suspensão dos direitos políticos), perda da função pública (suspensão de contratar ou receber benefícios e incentivos) e condenatória (devolução ou perda do bem, indenização em favor do erário).

De forma semelhante, Costa Neto (2002, p. 338) trata o tema como “uma lei pluriofensiva, pode gerar consequências jurídicas no âmbito interno da Administração, com a responsabilidade funcional do agente” ou, ainda, “a improbidade poderá ensejar reflexos na órbita penal, bastando que haja correspondência com um dos tipos criminais desenhados pelo legislador penal”.

Vale observar que a prescrição na Lei de Improbidade não se confunde com a prescrição penal a eventuais crimes perpetrados e assim considerados autonomamente no contexto da improbidade. Os crimes praticados na Lei de Improbidade são tão ou quase mais graves que na esfera penal, e esta possui um prazo bem mais elástico que aquela na esfera civil.

Nessa esteira, escreve Wallace Martins Júnior (2002, p. 342):

Os atos de improbidade de todas as espécies guardam estreita relação com os crimes contra a administração pública, não sendo ocioso recordar que a tutela repressiva da improbidade começou na legislação penal e, atualmente, concorre com a delineada lei de improbidade, embora cada uma tenha requisitos próprios e incomunicáveis.

Daí se extrai que a Lei de Improbidade tratou atos tão graves, lesivos ao erário, com prazos exíguos em relação aos prazos penais que são bem mais elásticos e, muitas vezes, pela complexidade do caso na Lei de Improbidade, demanda muito mais tempo para a investigação e apuração do que eventuais crimes praticados no âmbito do Código Penal Brasileiro. Como exemplo, no crime de concussão

tem-se o prazo prescricional estabelecido em doze anos e o crime de corrupção passiva possui prescricional de dezesseis anos.

Para completar, recentemente houve alteração prescricional no Código Penal – Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, com alterações na contagem do prazo prescricional. “As alterações não foram extensas, mas profundas e terão importantes repercussões na sistemática da contagem dos prazos prescicionais, ampliando sobremaneira o tempo disposto ao Estado para a apuração das infrações penais”. (CABETTE, 2010). Prevaleceu só a prescrição intercorrente², em que o prazo começa a fluir da publicação da sentença, diferentemente do que ocorre na Lei de Improbidade, em que o prazo começa a fluir a partir do término do mandato do agente político.

Para exemplificar,

[...] a prescrição intercorrente leva em consideração a pena aplicada *in concreto* na sentença condenatória [...] dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorível. Assim, o prazo da prescrição começa a correr a partir da sentença condenatória, até o trânsito julgado para acusação e defesa. (BITENCOURT, 2009, p. 779).

Portanto, o próprio Código Penal, ao prever a prescrição intercorrente, reconhece, na fase apuratória, as dificuldades que podem levar a uma demora na conclusão dos feitos investigatórios.

Dessa maneira, pela complexidade de casos que demandam dedicação e tempo pela natureza mista das sanções, é injustificável um tratamento prescricional na Lei de Improbidade tão dispar em relação ao Direito Penal, em que pese haver incomunicabilidade das instâncias. Para completar, Wallace Martins Júnior (2002, p. 336) escreve: “é excessivamente curto se levar em conta a com-

2 Prescrição intercorrente é o prazo entre a sentença e o acórdão final transitado em julgado referente a recurso interposto que não poderá exceder o lapso prescricional adstrito à penal “*in concreto*”.

plexidade e a morosidade das investigações, agravada com o efeito reflexo que a possibilidade de reeleição produz, fazendo com que a descoberta de atos ímprobos seja mais retardada”. Por ser uma lei de âmbito nacional, “alguns de seus dispositivos tratam de matéria estritamente administrativa, a respeito da qual cada ente da federação tem competência privativa para legislar” (DI PIETRO, 2006, p. 775). Surgem, então, várias indagações sobre os prazos prescricionais em relação aos outros entes da Federação e também referentes a terceiros quando da prática de atos de improbidade.

Quanto à prescrição para ação de improbidade em face de terceiros,

há funda divergência na matéria em razão da omissão na Lei. [...] afigura-se inviável estender a terceiros prazos prescricionais atribuídos apenas a agentes, de modo que, inexistindo regra especial expressa, deve incidir a norma geral contida no artigo 205³ do Código Civil (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1043).

No entanto, para Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 311),

no caso de terceiro que acompanha o Prefeito na prática de improbidade e dela se beneficia, o prazo prescricional é o mesmo. Não tem razão de ser eventual tratamento diferenciado [...] Não teria sentido ensejar-lhe prazo menor, livrando-o da persecução antes do agente público a quem coadjuvou ou de cuja improbidade se aproveitou.

Como exposto, é uma lei que mostra ausência de uniformidade dos prazos prescricionais, tendo em vista que o inciso I do art. 23 estabelece cinco anos e o seu inciso II remete para a legislação específica de servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que pode permitir a existência

3 Art. 205 do Código Civil – “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

de prazos prescricionais distintos, sem falar das divergências em relação a terceiros devido à omissão da Lei.

3.1 Aplicação da Lei de Improbidade quanto aos agentes políticos

3.1.1 Interpretações doutrinárias

Quanto à aplicação da Lei de Improbidade, há posições doutrinárias dizendo que ela não se aplica aos agentes políticos, mais precisamente aos Ministros de Estados. Esses agentes políticos estariam regulados pela Lei n. 1.079/1990, que trata dos crimes de responsabilidade. No entanto, há outras posições que afirmam que a Lei de Improbidade alcança todos os servidores e agentes políticos, desde os mais humildes até o Presidente da República.

De acordo com Medina Osório (2007, p. 197),

[...] por ser uma Lei Geral de caráter nacional, alcança todos os agentes do setor público e todas as instituições públicas brasileiras, do Presidente da Nação até o mais humilde dos servidores, porque não faz ressalva. [...] A Lei de Improbidade Administrativa é um Código Geral de Conduta de todos os agentes públicos da nação, pertençam aos Municípios, aos Estados ou à União, eis nossa proposta.

Ainda nas palavras de Fábio Medina Osório (2007, p. 197-198), “mesmo que ao final prevaleça a tese da exclusão dessas figuras, ficariam todos os outros agentes públicos, que não são poucos, submersos em seu universo normativo. Daí o Caráter Geral desse Código”.

A esse respeito, Carvalho Filho (2009, p. 1019) escreve que existem três entendimentos acerca da matéria. Pelo primeiro, “entendem os que perfilham que a ação de improbidade prevista na Lei n.

8.429/1992 é independente das ações que apuram crimes comuns e crimes de responsabilidade”, estes regulados pela Lei n. 1079/1950.

Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 470),

Os crimes de responsabilidade não podem ser confundidos com os atos de improbidade disciplinados pela Lei n. 8.429/1992. Ainda que idêntico seja o fato, distintas serão as consequências que dele advirão, [...] em razão disso, torna-se possível que o Presidente da República seja responsabilizado pela prática do crime de responsabilidade e, simultaneamente, pelo ato de improbidade tipificado e sancionado pela Lei n. 8.429/1992.

Outro entendimento apontado por Carvalho Filho (2009, p. 1020) “é que estão excluídos da Lei n. 8.429/1992, todos aqueles que a Constituição atribuiu expressamente a prática de crime de responsabilidade, aplicando-se apenas a Lei n. 1079/1950”.

Sobre esse fato, Arnaldo Wald e Gilmar Mendes (1998, p. 213-215) escrevem:

Que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que também podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de atos de improbidade, constante do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, e os delitos contra a Administração praticados por funcionários públicos (Código Penal, arts. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321). [...] ressalta a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na ação civil, com sérias consequências para todo o sistema jurídico.

Por fim, há um terceiro entendimento “especificamente na Reclamação 2.138/DF, decidiu-se no sentido de que os agentes políticos não estariam sujeitos à Lei de Improbidade, embora tal posicio-

namento ainda não tenha sido confirmado na composição atual do Supremo Tribunal Federal” (GAJARDONI et al., 2010, p. 48).

Diante do exposto, verifica-se que há muitas divergências doutrinárias quanto à aplicação da Lei de Improbidade no tocante aos agentes políticos, principalmente no que se refere aos ministros de Estados. Fora isso, todos os outros, prefeitos e servidores públicos, respondem pela Lei de Improbidade.

3.2 A Lei de Improbidade e as ações coletivas

Antes de fazer uma analogia à questão do anteprojeto das ações coletivas, que traz profundas alterações em relação ao sistema atual, é preciso esclarecer que o objeto desse estudo não trata das ações coletivas, mas de um comparativo, pois esse projeto de lei irá demandar mais tempo do Ministério Público quanto à propositura de ações coletivas⁴, caso seja aprovado.

Sobre o assunto, Sérgio Cruz Arenhart (2010) escreve:

[...] esse anteprojeto das Ações Coletivas traz uma profunda alteração no regime da produção da prova, a nova ideologia do sistema de coisa julgada coletiva e de influência da ação coletiva sobre ações individuais [...] Porém, há um problema – que recebeu complicações no trato de ações coletivas: trata-se do regime da prescrição. [...] a questão se torna complicada, em particular na questão que envolve a relação entre ação coletiva e as ações individuais. Diante desse fato, conclui: A questão é da alta indagação e o caso men-

4 Conforme Odoné Serrano Júnior (2011, p. 103), “Utiliza-se a expressão ‘ação coletiva’ para a demanda de tutela coletiva a direitos individuais homogêneos que pode ser proposta por qualquer um dos legitimados previstos no art. 82 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e no art. 5º da Lei n. 7.347/1985 (Ação Civil Pública) [...] e tem por objetivo a obtenção de uma sentença condenatória Genérica à reparação de danos”. Com o fim de dar maior clareza, o referido autor cita alguns exemplos: impedir a realização de um show em lugar inadequado para proteger coletivamente o direito de sossego e ao repouso noturno de toda a vizinhança e/ou a remoção de produtos tóxicos de determinado local para proteger os moradores vizinhos.

cionado expõe apenas parcela dos graves problemas que podem ser gerados em razão da falta de tratamento adequado do problema da prescrição das ações coletivas no sistema nacional.

Diante das explicações de como ficará o Inquérito Civil⁵, será que possivelmente inventarão um novo recurso devido à complexidade no Inquérito, já que há um anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil?

Em que pese que a quarta turma do STJ⁶ entendeu que a ação civil pública destinada à proteção dos consumidores de caderneta de poupança, que se submete ao prazo prescricional de cinco anos, por analogia à ação popular, há entendimento que o prazo prescricional de cinco anos para a propositura de ação popular não se aplica à ação civil pública ou ação coletiva de consumo, prevalecendo o prazo de vinte anos.

De acordo com Marcos Tofani Baer Bahia e Amauri Artimos da Matta (2011):

Se ao particular é conferido o prazo de 20 anos para discutir os critérios de remuneração de caderneta de poupança e pleitear as respectivas diferenças, [...] razões não existem para que se impinja menor prazo prescricional à idêntica pretensão quando veiculada em sede de Ação Civil Pública, cuja finalidade é, justamente, facilitar, ante sua abrangência, a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Nessa ótica, por que aplicar o prazo prescricional da Lei de Improbidade em cinco anos quando se pratica atos de improbidade (o que em princípio é muito mais grave em relação a prescrição à proteção do consumidor, não que esta não seja impor-

5 Segundo Mazzilli (2008, p. 48), o Inquérito Civil destina-se à coleta de elementos de convicção para que, à sua vista, O Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a lei exige sua iniciativa ou sua atuação, como na propositura de ação civil pública a seu cargo.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1070896.

tante)? Não seria então coerente alterar o prazo prescricional da Lei de Improbidade?

3.3 Prescrição das ações de ressarcimento ao erário em face da interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição Federal

3.3.1 Posições Doutrinárias

Além das divergências doutrinárias em torno da Lei de Improbidade, também chamam a atenção os pontos concernentes ao prazo prescricional de ressarcimento de danos causados ao erário. A respeito desse assunto, dois princípios se chocam:

de um lado a necessidade do ressarcimento ao erário e a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e, de outro, o ataque ao princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo, fundamento principal do instituto da prescrição. (GRINOVER, 2010, p. 13).

A esse propósito, Grinover (2010, p. 13) se junta à corrente daqueles que entendem “não poder subsistir a imprescritibilidade dessas ações, pois que contraria aos princípios gerais regentes do instituto prescricional”. Dessa forma, alega a referida autora que “não é defensável se anular os princípios basilares do Estado de Direito, quais sejam, o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas”. Portanto, tal pretensão sujeita está aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional.

A esse respeito, questiona Rita Tourinho (2004, p. 274),

não estando o ressarcimento dos danos, causado ao erário por agentes públicos, sujeito ao prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei n. 8.492/1992 em razão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, seria esta consequência jurídica imprescritível?

Diante dessa questão, sustenta firmemente a negativa ao dizer: “no que se refere às ações de ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade, apesar de a Constituição Federal tê-las excluído do prazo prescricional a ser estabelecido por lei, não afirmou que estas seriam imprescritíveis”.

Desse modo, toda vez que o texto constitucional estabelece a imprescritibilidade, o faz expressamente. Assim, quando se refere a crime de racismo, estabelece que “constitui crime inafiançável e imprescritível” (art. 5º, XLII).

O art. 37, § 5º, da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimento decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos. Em momento algum afirmou que estas ações de ressarcimento seriam imprescritíveis (TOURINHO, 2004).

Nessa perspectiva, até mesmo o insigne Bandeira de Mello (2010, p. 1064), que adotava a tese da imprescritibilidade, não mais adere a essa teoria: “é certo que aderiria a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa”. Para ilustrar, traz o seguinte exemplo, “os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorrido algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica”.

Diante do exposto, a prescritebilidade preserva a isonomia entre a administração e o administrado, evitando a possibilidade perpétua do ressarcimento do dano, além de conspirar contra a segurança jurídica, o que, em tese, facilitaria a acomodação do administrador.

Por outro lado, a administração pública não pode ficar à mercê dos ilícitos praticados por agentes públicos, estes representam a coletividade, a sociedade e, em nome dessa sociedade, alguns dou-

trinadores, senão a maioria, entende ser imprescritíveis os danos causados ao erário.

Nesse sentido, “não seria incorreto afirmar que os poderes e direitos da Administração Pública são imprescritíveis, utilizando-se a expressão num senso vulgar indicativo de que o decurso do tempo não reduz nem exaure as competências administrativas” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1238).

A esse propósito, Afonso da Silva (2010, p. 673) diz:

A prescritibilidade [...] é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranha que ocorram prescrições administrativas [...]. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a administração não toma providências a sua apuração e a responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º.

No entanto, deve-se observar que nem tudo prescreverá.

Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional [...]. Deu-se assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada” (SILVA, 2010, p. 673).

Segundo Di Pietro (2006, p. 791),

a prescrição da ação de improbidade está disciplinada no art.o 23, que distingue duas hipóteses [...]. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição.

Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.

Carvalho Filho (2010, p. 105)⁷ aponta que, “de fato, não mais se concebe – a não ser em situações excepcionalíssimas de imprescritibilidade – que relações jurídicas fiquem à mercê de uma perene instabilidade, [...]”. No entanto, diz ele “que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art.37, § 5º, da Constituição Federal”. Justifica-se a sua adoção quando se pretende recompor o erário. Tal lição também se colhe na obra de Raquel de Carvalho (2009, p. 547), ao dizer

O que está em jogo, é a moralidade administrativa, a supremacia do interesse público, a dignidade mínima de o ordenamento evitar que um indivíduo responsável por um ato ilícito ainda venha a usufruir economicamente ou simplesmente livrar-se das consequências do seu comportamento indevido, com sacrifício dos interesses e necessidades de toda a sociedade.

Nas decisões dos Tribunais, prevalece a tese da imprescritibilidade quanto às ações de ressarcimento (STF, mandado de segurança n. 26.210), em relação aos demais ilícitos, a lei estabelecerá o prazo de prescrição, no caso, cinco anos.

Ademais, decorrido o prazo prescricional, previsto no art. 23, não mais se poderá ingressar com ação de improbidade com fundamento na Lei n. 8.429/1992, para levar a efeito a aplicação das sanções previstas no art. 12. Restando o ressarcimento de danos causados ao erário em decorrência do ato de improbidade administrativa, que não seria atingida pelo prazo prescricional, já exposto, pode o ressarcimento ser pleiteado pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada por meio de Ação Civil Pública repa-

7 A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado o erário.

ratória de danos. No que se observa, há divergências doutrinárias quanto ao ingresso de ação de reparação de danos ao erário pelo Ministério Público.

Dessa forma, Grinover (2005, p. 20) expõe: “[...] o decurso do prazo acarreta para o Ministério Público, em relação ao qual se extingue a legitimação extraordinária decorrente da lei”. Diz, em resumo, que sem a legitimação extraordinária, não poderia o Ministério Público propor ação de ressarcimento de danos ao erário.

Por todo o exposto, verifica-se que, na Lei de Improbidade Administrativa, mais precisamente em seu art. 23, há sérias divergências doutrinárias quanto à aplicação do prazo prescricional em relação ao ressarcimento de dano ao erário, além de que o Legislador utilizou-se de um prazo muito curto quando do tratamento prescricional em relação aos demais crimes praticados por agentes políticos e/ou servidores públicos, principalmente se comparado com os crimes tipificados contra a administração pública, inseridos no Código Penal Brasileiro. Ademais, diante dos argumentos apresentados, se faz necessário alterar o prazo prescricional da Lei de Improbidade, levando-se em conta, além das divergências na Lei quanto aos prazos prescricionais, a falta de estrutura dos órgãos responsáveis pela investigação, no caso o Ministério Público, Polícia Judiciária, entre outros.

3.4 Ausência de uniformidades de prazos

A Lei de Improbidade estabelece o prazo prescricional de cinco anos para os que exercem mandatos, cargos em comissão ou função de confiança. Para os demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, são estabelecidas em lei específica as faltas disciplinares puníveis com a demissão a bem do serviço público. Por ser a prescrição matéria de ordem pública, pode

ser alegada a qualquer grau de jurisdição de ofício ou pela parte a quem aproveita.

Para Neiva (2006, p. 20),

Antes da edição da Lei de Improbidade, as normas apresentadas cuidavam basicamente só do enriquecimento ilícito, ao passo que a Lei de Improbidade Administrativa considera este uma das espécies de atos de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade pode ensejar vários desdobramentos, podendo gerar consequências jurídicas, com a responsabilização do agente, ou pode gerar reflexos na órbita penal, sendo que estas podem coexistir.

No que se refere à edição da Lei de Improbidade ser considerada um grande avanço ao combate da improbidade administrativa, ela trouxe um prazo muito exíguo. O maior, como visto, é de cinco anos, muitas vezes insuficiente para apurar as irregularidades cometidas, principalmente em se tratando de exercício de mandato eletivo, em que a complexidade da apuração leva muito tempo, prescrevendo os atos de improbidade administrativa inseridos nos arts. 9º, 10 e 11 da referida lei. Resta, apenas, o ressarcimento integral dos danos, com a perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio ilicitamente.

Além disso, a redação é imprecisa e confusa, porque há uma dualidade de regra prescricional em matéria de improbidade administrativa:

I) o prazo é de cinco anos para ajuizar ações contra agentes políticos, contados a partir do término do mandato ou do exercício funcional;

II) o prazo prescricional para a propositura de demandas em face dos demais agentes públicos será aquele previsto em lei específica para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Assim escreve Farias e Rosenvald (2006, p. 574):

[...] não se pode deixar de perceber que o duplo tratamento da prescrição em sede “improbidade administrativa” atenta contra o princípio constitucional da isonomia, nada havendo para justificar a discrepância entre a tutela jurídica conferida para um ocupante de cargo de confiança e para outro, que é servidor regularmente concursado.

Essa falta de definição da prescrição na Lei de Improbidade causa muitas distorções

porque os agentes públicos que praticarem atos semelhantes no âmbito Federal, por exemplo, podem ser prejudicados ou beneficiados com o prazo prescricional, se considerada a legislação diversa de outro ente da Federação. Também, pode haver distorções entre agentes públicos do Estado e dos Municípios, ou apenas entre aqueles de Municípios diversos (MARQUES, 2010, p. 230).

No entanto, para Emerson Garcia e Rogério Alves (2006, p. 520-521),

Tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança) o teor do art. 23, inciso I, o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução. Tratando-se de mandato eletivo e sendo o agente reeleito, entende-se que a prescrição somente começará a fluir a partir do término do exercício do último mandato outorgado ao agente, ainda que o ilícito tenha sido praticado sob a égide de mandato anterior.

No inciso II da Lei de Improbidade, o legislador remeteu o prazo prescricional em lei específica para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público⁸. “No caso da União, o prazo é de cinco anos.” (PAZZAGLINI FILHO, 2007).

8 Conforme decidido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de cinco anos previsto no art. 23 da referida lei somente é aplicável à ação que visa à aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o poder público.

Os demais entes da Federação seguem norma específica, causando muitas distorções, porque os agentes públicos, ao praticarem atos semelhantes no âmbito federal, podem ser prejudicados ou beneficiados com o prazo prescricional, levando em consideração a legislação diversa de outro ente da Federação (MARQUES, 2010).

Outro problema a ser enfrentado pela Lei de Improbidade refere-se aos demais servidores que são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Para esses trabalhadores, não há previsão de punição de faltas disciplinares. É o caso dos servidores das sociedades de economia mista, por exemplo. No entender de Martins Junior (2002, p. 335),

Esse pessoal não se submete ao prazo prescricional do inciso II do art. 23, que é específico dos titulares de cargo ou emprego. A solução, portanto, importa a adoção do prazo quinquenal previsto no inciso I do art. 23, em virtude da semelhança de relação jurídica entre eles e os exercentes de mandatos e cargos em comissão ou funções de confiança, em que o vínculo é igualmente precário.

Nesse caminho, Carlos Henrique Rodrigues da Silva (2010, p. 308) escreve:

a doutrina e a jurisprudência pátria praticamente ignoram o problema e, mais das vezes, apenas fazem uma analogia com as situações previstas nos incisos I e II do art. 23 [...] entendendo-se, em sua quase totalidade, que o prazo prescricional deve seguir a mesma sorte do agente público envolvido.

Dessas considerações é possível deduzir que há discrepância no art. 23, incisos I e II, da Lei de Improbidade Administrativa ao dar tratamentos diferenciados para os que exercem mandato, cargo em comissão ou função de confiança em detrimento aos demais servidores públicos, podendo estes, muitas vezes, dependendo de cada ente da federação, ser muito mais responsabilizados do que aqueles. Vê-se que o legislador se preocupou mais com os que detêm mandato, cargo em comissão ou função de confiança

(inciso I), chamados de agentes políticos. Em relação aos demais servidores (inciso II), em que pese aqui haver discrepância, deixou uma lacuna quanto aos servidores públicos equiparados ou não, bem como aos terceiros e/ou particulares, por isso uma das soluções para dirimir esse conflito seria alterar o prazo prescricional, estabelecendo uniformidades de prazos no art. 23, inciso I e II, da Lei de Improbidade.

4 Possível mudança no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa

O art. 37, § 5º, da Constituição Federal fala que “[...] a lei estabelecerá os prazos prescricionais para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvado as respectivas ações de ressarcimento”. Para regulamentar esse parágrafo da Constituição Federal, foi sancionada a Lei n. 8.429/1992.

Nesse sentido, vem a seguinte indagação: O prazo prescricional⁹ de cinco anos é suficiente para que o Ministério Público tome as providências para a responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa? Não sendo suficiente, qual seria o prazo ideal?

- considerando que alguns tipos de ilícitos, devido a dificuldades nas investigações, demandam tempo (Ex: indivíduo compra bens e não deixa em seu nome, passando para o nome de um “laranja”, sogra, cunhado, irmão);

- considerando a necessidade de recorrer a outros órgãos para coletar dados nas investigações (Ex: Banco Central, Receita

⁹ Prescrição vem do Latim *praescriptio*, de *praescribere* (prescrever, escrever antes donde determinar ou prefixar). Mas a prescrição, pressupondo a existência de um direito anterior, revela-se, propriamente, a negligência ou a inércia na defesa desse direito pelo respectivo titular, dentro de que não o perca ou ele não se extinga. (SILVA, 2004, p. 1084).

Federal, Estadual e aos técnicos do próprio órgão ou de outras instituições, quando necessário), pelo simples fato de que o Promotor de Justiça e/ou Procurador da República não detêm conhecimentos técnicos, econômicos, de engenharia, de administração e contábeis para análise das contas investigadas;

- considerando que a função do Ministério Público não é só investigação para apuração da improbidade, mas que há outras atribuições a serem desempenhadas nas áreas da família, do consumidor, no âmbito penal e assim por diante;

- considerando que as investigações dependem da estrutura do Ministério Público de cada Estado e que cada região possui sua peculiaridade. Diga-se de passagem, o Ministério Público Estadual ficou com a maioria das atribuições constitucionais e, ademais, tem uma estrutura deficitária tanto na parte física quanto na estrutura humana, em comparação com a estrutura do Ministério Público Federal;

Em que pese o Ministério Público ser uno, isto é, um corpo só, esse prazo é ineficiente.

Diante do exposto,

é importante ampliar o prazo de prescrição para os crimes de improbidade administrativa porque a impunidade está diretamente relacionada à burocracia na hora de levantar provas. O maior problema da impunidade está ligado à conjuntura de um sistema moroso, agravado pelo excesso de recursos processuais permitidos pela legislação. (REIS, 2011)¹⁰.

10 “No Brasil, há um conjunto de situações em que a culpa não é de ninguém. A culpa é estrutural. Nós temos um sistema extremamente arcaico de andamentos de processos, de guarda de processos e no tratamento de informações que inviabiliza a aplicação de uma norma eficiente de apuração de irregularidades, no caso de improbidade”. Rádio Câmara. Prescrição para crime de improbidade administrativa poderá ser fixada em dez anos (REIS, 2011). Conselheiro da OAB/DF

De acordo com Souza (2011),

A fiscalização das verbas é deficiente, e o número de ações de improbidade administrativa cresce a cada ano. Um ex-gestor que desvia um recurso público prejudica a vida de milhares de pessoas. Impede que um hospital tenha boas condições de funcionamento, causa a morte de muitas pessoas que não tem o atendimento devido, impede que seja prestado um serviço de educação de qualidade, prejudica a vida de milhares de crianças.

Nesse contexto, peritos da Polícia Federal descobriram como se assaltam os cofres públicos sem deixar rastros e ao abrigo da lei, de acordo com matéria publicada na Revista Veja, intitulada “O raio X da corrupção”, por Mello (2011). A matéria diz que os órgãos encarregados de elaborar tabelas de referência para licitação estão com os preços acima do mercado, e as empresas que ganham a licitação dão um jeito de valer seu direito para receber valores de tabela cheia.

Mello (2011, p. 123-124) diz na reportagem:

Há diversas formas de fazer isso. A primeira é contar com a conivência de quem organiza a licitação. Segundo o Ministério Público Federal foi o que aconteceu na licitação para a construção da ferrovia norte-sul que corta o estado de Goiás. O trabalho foi dividido em sete lotes. Havia diversas empreiteiras interessadas em participar da concorrência, mas a Valec, a estatal que cuida da construção de ferrovias, habilitou apenas sete empresas, uma para lote. Com isso, o governo pagou 245 milhões de reais apenas pela construção de um dos sete trechos. Desse valor, concluíram os peritos da Polícia Federal, 50 milhões de reais foram superfaturados.

Esse tipo de corrupção que envolve grandes obras e empresas demora anos para ser investigada e, até o Ministério Público propor uma ação de improbidade, muitas vezes, esse prazo prescreve. Restando, apenas, a proposição de ação civil pública para

recompor os danos, levando-se em conta a doutrina majoritária ao dizer que o ressarcimento ao erário é imprescritível.

Outro motivo para alterar o prazo prescricional seria corrigir a distorção entre o inciso I e II da Lei n. 8.429/1992. O inciso I diz respeito à ausência de uniformidade dos prazos prescricionais, tendo em vista que o inciso I do art. 23 estabelece cinco anos, e o seu inciso II remete para a legislação específica de servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, o que pode permitir a existência de prazos prescricionais distintos, favorecendo a impunidade, pois muitas provas e documentos que comprovam fraudes podem ficar escondidos por longos anos¹¹.

Para ilustrar, damos um exemplo: um prefeito (agente político) que comete ato de improbidade teria o prazo de cinco anos para prescrição, enquanto um servidor público, espécie de agente público, depende de lei especificada para cada categoria da Federação. Há um prazo de incompatibilidade prescricional entre um agente político e um servidor público¹², e este seria muitas vezes mais penalizado que o outro. Segundo o Ministério Público do Estado do Paraná, nos primeiros meses de 2011, pelo menos dez ações a respeito de abusos¹³ contra o patrimônio público tiveram início no Estado (FREITAS; SALGADO; SANTA, 2011).

Para Marques (2010, p. 230),

11 Parecer do Relator Deputado Augusto Coutinho acerca do Projeto de Lei n. 7.571/2010.

12 Segundo Hely Lopes Meirelles (2004, p. 75), os agentes públicos classificam-se em: agentes políticos, agentes administrativos, agentes delegados, agentes honoríficos e agentes credenciados.

13 Abuso de poder, desvio de dinheiro, fraudes em licitações, contratações de parentes, uso de slogans de campanha em prédios e veículos públicos. Esses são exemplos de irregularidades que constam nas mais de 1,5 mil ações catalogadas pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias Justiça de Proteção ao Patrimônio Público (CAOP), do Ministério Público do Paraná, desde 1994. (FREITAS; SALGADO; SANTA, 2011).

Outro motivo para alterar o prazo prescricional seria a falta de definição no inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 causa muitas distorções, pois os agentes públicos que praticarem atos semelhantes no âmbito federal podem ser prejudicados ou beneficiados com o prazo prescricional, se considerada a legislação diversa de outro ente da Federação. Também pode haver distorções entre agentes públicos do Estado e dos Municípios, ou apenas entre aqueles de Municípios diversos.

Ainda de acordo com Marques (2010, p. 230),

O prazo de prescrição de cinco anos, contados após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança, mostra-se razoável e adequado aos desideratos do texto constitucional (art. 37, § 4º). Contudo, nem sempre é possível investigar os fatos nesse prazo, especialmente se os fatos são descobertos após alguns anos da saída do agente e há notícia de remessa de valores para o exterior, pois alguns países demoram muito tempo para cumprir a carta rogatória ou o pedido de auxílio direito, no âmbito da cooperação jurídica internacional.

No Direito Civil,

quando há ausência no prazo específico, o que, não é o caso, mas na afirmação de que o prazo deverá ser maior que o prazo geral de cinco anos, deve-se recorrer ao direito comum, que estabelece o prazo máximo de 10 anos para a prescrição de qualquer ação, real ou pessoal. (LIMA, 2007).

Em contraposição, Bandeira de Mello (2010, p. 1062) entende que não é correto o uso de analogia com o Direito Civil, visto que “as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte”. Então, como explicar o alcance do art. 37, § 5º? Explica o seguinte: “O que se deve extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade”.

Bandeira de Mello (2010, p. 1065) indaga:

[...] então, qual seria o prazo prescricional a vigorar nos casos de dano ao erário? Pensamos [...]. Cinco anos, quando não houver má fé e dez anos, no caso de má fé, sempre contados do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso.

A esse respeito, Fazzio Júnior (2007, p. 335) escreve que há entendimentos que militam no sentido da prescritibilidade das ações de ressarcimentos, e, “não estando regulamentada a parte final do art. 37, § 5º, da Carta de 1988, sobre o ressarcimento de danos incidiria a regra do art. 205 do Código Civil”, a prescrição ocorre em dez anos quando a lei não tenha fixado prazo menor.

Diante do exposto, levando-se em consideração a estrutura do Estado no que diz respeito à morosidade na fiscalização, entraves burocráticos, falta de equipamentos e servidores, acredita-se que a alteração no prazo prescricional para dez anos, em princípio, seria mais razoável, pois permitiria mais tempo aos órgãos competentes para fiscalização, ao Ministério Público para punição dos responsáveis e recomposição dos danos causados ao erário, sempre dentro do princípio do contraditório e ampla defesa.

5 Conclusão

A Lei de Improbidade Administrativa foi promulgada tendo como objetivo regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, dando efetividade à prevenção e ao enfrentamento no combate à corrupção, ampliando a abrangência na apuração de crimes contra a administração pública.

Com relação a esse tema, dissertou-se sobre o prazo prescricional da Lei de Improbidade Administrativa, afirmando que o prazo prescricional de cinco anos não é suficiente para os órgãos

competentes realizarem a investigação e a punição dos ímprobos por meio do Ministério Público.

Procurou-se mostrar que o prazo prescricional, fazendo analogia ao Código Penal, Código Civil e as ações coletivas, é muito diminuto para uma lei com tamanha complexidade e que pode desdobrar-se em três vertentes, com consequências no âmbito Civil, Penal e Administrativo por possuir um prazo prescricional de cinco anos. Além disso, há ausência de uniformidade dos prazos prescricionais entre os incisos I e II do art. 23 da Lei de Improbidade.

A esse respeito, o Projeto de Lei n. 7.571 de 2010, já aprovado no Senado Federal e que se encontra na Câmara dos Deputados, tem como objetivo estabelecer prazo prescricional único de dez anos para propositura de ações de improbidade¹⁴.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. O regime da prescrição em ações coletivas. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, abr. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=35>. Acesso em: 20 jul. 2011.

BAHIA, Tofani Baer; DA MATTA, Amauri Artimos. *O prazo prescricional das ações coletivas: poupadores e planos econômicos*. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/institucional-artigos.php?pagina=3>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

14 O Congresso Nacional decreta: Art. 1º - O art. 23 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei prescrevem em 10 (dez) anos, contados da data do ato de improbidade. Parágrafo único: Não se aplica o disposto no caput as ações destinadas a ressarcir os prejuízos causados ao erário, por serem imprescritíveis, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição Federal."

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8.429.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Prescrição penal e alteração da Lei 12.234 de 2010*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14891/prescricao-penal-e-alteracoes-da-lei-no-12-234-10>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Direito administrativo*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais*. In: SAMPAIO, José Adercio Leite et al. *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/1992*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 335-392.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FREITAS, Ismael de; SALGADO, Angel; SANTA, Amanda de. Ministério Público tem 1,5 mil ações contra improbidade. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 30 maio 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). *Temas de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). *Temas de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-41

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Fernando. O raio x da corrupção. Peritos da Polícia Federal descobriram como se assaltam os cofres públicos sem deixar rastros e ao abrigo da lei. *Veja*, edição 2220, ano 44, n. 23, p. 123-124, jun. 2011.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

REIS, Alessandro. Prescrição para crime de improbidade administrativa poderá ser fixada em dez anos. 2011. *Rádio Câmara*. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/radiocamara>. Acesso em: 30 maio 2011.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Ações coletivas: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Carlos Henrique Rodrigues da. A responsabilidade dos dirigentes de partidos políticos por atos de improbidade e a lacuna legal quanto à prescrição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2603, 17 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17205>>. Acesso em: 16 ago. 2011

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Rodrigo Telles de. Fiscalização de aplicação de verbas é deficiente. *Tribuna do Norte*, Natal, 31 maio 2011.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa*. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3124/a-prescricao-e-a-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 274, 7 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5054>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

Cultura da informação e improbidade – privacidade mitigada do agente público

Leandro Mitidieri Figueiredo

Procurador da República, especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB, ex-procurador federal, ex-chefe da Procuradoria Regional do Incra no Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo aborda a cultura da informação, sua evolução, sua adoção pelo direito pátrio, principalmente com a nova Lei de Acesso à Informação, e sua imbricação com o combate à improbidade. Apresenta as distinções entre intimidade e privacidade, as gradações desta e a tese de que a privacidade do agente público é diferenciada, a possibilitar a divulgação de sua remuneração ou subsídio. Tal é mais acentuado em sede de combate à improbidade administrativa, em que há mitigação do sigilo, não cabendo invocação do direito fundamental à privacidade em face dos órgãos de controle da Administração Pública no tocante a informações ligadas à remuneração e subsídio por meio de verbas públicas, informações ligadas ao patrimônio e rendas ou operações financeiras suspeitas.

Palavras-chave: Cultura da informação. Nova Lei de Acesso à Informação. Intimidade. Privacidade. Divulgação. Remuneração. Subsídios. Agentes públicos. Improbidade administrativa.

Abstract: This article discusses the information culture, its evolution, its adoption by the paternal right, especially with the New Law on Access to Information, and its overlap with combating administrative misconduct. Presents distinctions between intimacy and privacy, the gradations of privacy and the thesis that the privacy of the public official is differentiated to allow disclosure of their compensation or allowance. This is more pronounced in combating thirst for administrative misconduct, where there are mitigating secrecy, not fitting invocation of the fundamental right to privacy in the face of the control organs of public administration with respect to information relating to remuneration and allowances through public funds,

information relating to property and rents or suspicious financial transactions.

Keywords: Information culture. New Law on Access to Information. Intimacy. Privacy. Disclosure. Remuneration. Allowances. Public officials. Administrative misconduct.

Sumário: 1 Introdução. 2 Cultura da informação e a nova Lei de Acesso à Informação. 3 Intimidade e privacidade. 4 Privacidade diferenciada do agente público. 5 Divulgação da remuneração e subsídios dos agentes públicos. 6 Sigilo mitigado em improbidade administrativa. 7 Conclusão.

1 Introdução

É ínsito à noção de democracia, probidade e respeito aos direitos humanos o fluxo de informações, compreendendo a busca, o recebimento e a transmissão de informações e ideias. Vulnerado o livre fluxo de informações, também o serão o exercício dos direitos políticos, o combate à improbidade e a luta contra violações de direitos humanos.

De uma visão predominante do direito à informação como uma medida de governança administrativa, esse direito, também chamado de direito ao saber, ao conhecimento ou à verdade, passou a ser considerado um direito humano fundamental¹, sendo tratado em diversos documentos internacionais, em novas constituições de países em transição para a democracia e em leis e políticas, imprimindo-lhe efetividade.

Sua implementação pode variar desde uma previsão vazia de publicidade a um efetivo acesso orientado pelo princípio da máxima divulgação, que consiste na presunção de que todas as informações

1 Cf. MENDEL, 2009, p. 12.

mantidas por órgãos públicos devem ficar sujeitas à revelação, exceto se houver justificado interesse público favorável à não divulgação.

O efetivo acesso é verificado pela existência de vias e mecanismos adequados de pedido e obtenção da informação pelo interessado, de modo reativo, assim como pela disponibilização da informação de ofício, por meio de publicações e divulgações, de modo proativo.

Estas, então, as questões fulcrais na efetivação do direito de acesso às informações: definição das informações sigilosas em que há justificado interesse público favorável à não divulgação e meios de obtenção e disponibilização. É basicamente a existência e o tipo de regulamentação sobre essas questões que definirá se o sistema adotado por um país está mais ou menos afinado com a cultura da informação.

2 Cultura da informação e a nova Lei de Acesso à Informação

A cultura da informação tem como origem a experiência sueca de mais de duzentos anos, tendo realmente se desenvolvido no Direito Internacional nos últimos dez anos, generalizando-se por todas as regiões do mundo².

Nos termos da Resolução 59(1) da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 1946, durante sua primeira sessão: “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”.

A Resolução 217-A da Assembleia Geral da ONU – Declaração Universal dos Direitos Humanos –, aprovada em 1948, em seu art. 19, afirma:

2 Cf. MENDEL, 2009, p. 12.

Todos têm o direito a liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592/1992, prevê em seu art. 19:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais.

Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, promulgada por meio do Decreto n. 678/1992, em seu art. 13(1), reproduz o art. 19(2) supramencionado.

Em decisão tomada em 19 de setembro de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou

Com respeito aos fatos do caso em pauta, a Corte considera que o art. 13 da Convenção, ao garantir expressamente os direitos de “buscar” e “receber” “informações”, protege o direito de toda pessoa de solicitar acesso à informação sob o controle do Estado, com as exceções reconhecidas segundo o regime de restrições da Convenção. Consequentemente, o referido artigo abrange o direito dos indivíduos de receber as referidas informações e a obrigação positiva do Estado de fornecê-las de modo que a pessoa possa acessar a fim de conhecê-las ou receber uma resposta motivada quando,

por razão reconhecida pela Convenção, o Estado possa limitar o acesso a ela neste caso em particular. As informações devem ser fornecidas sem necessidade de se provar interesse direto ou envolvimento pessoal a fim de obtê-las, exceto nos casos em que uma restrição legítima se aplique³.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida –, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, trata da informação pública em seu art. 10, nos seguintes termos:

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas:

- a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público;
- b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões;
- c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.

O quadro legislativo pátrio já havia tutelado a cultura da informação de forma esparsa. A Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – previu o direito à informação. A Lei n. 8.159/1991 instituiu a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, assegurando a todos o acesso pleno a qualquer documento público, mas sem dis-

3 Claude Reyes and Others v. Chile, 19 set. 2006, Série C, n. 151, § 77. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.doc>. Acesso em: 19 jun. 2012.

ciplinar tal acesso. A Lei n. 9.051/1995 tratou da expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, com prazos, mas sem especificar o teor de tais documentos. O Decreto n. 2.134/1997, já revogado, criava Comissões Permanentes de Acesso. A Lei n. 9.507/1997 regulamentou o *habeas data*, regulamentando o direito de acesso à informação constante de registro ou banco de dados de caráter público. O Decreto n. 2.910/1998 dispôs sobre normas para a salvaguarda de documentos de natureza sigilosa. O Decreto n. 2.942/1999, já revogado, dispunha sobre arquivos de caráter privado. O Decreto n. 4.073/2002 criou o Sistema Nacional de Arquivos. E o Decreto n. 4.553/2002 criou o conceito de sigilo eterno, permitindo a renovação indefinida do prazo máximo de cinquenta anos para a não divulgação de determinados documentos⁴.

É sob esses auspícios que, finalmente, foi gerada a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, batizada de Lei de Acesso à Informação, advinda de debates na Controladoria-Geral da União e no Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção, tendo o acesso à informação pública como maior instrumento de exercício da cidadania e combate à corrupção.

A nova lei trata de informações públicas em geral, em especial sobre gestão, programas, projetos, metas, indicadores, despesas, contratos, licitações e prestações de contas.

No tocante à definição das informações sigilosas, excluem-se do acesso as informações assim devidamente classificadas: as pessoais e as referentes à segurança da sociedade e do Estado. Nos termos da lei e do seu regulamento, informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (art. 4º, IV) e relativa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 3º, V, Decreto n. 7.724/2012).

4 Cf. BARROS, 2004, p. 75-77.

No que se refere aos meios de obtenção e disponibilização das informações, adotou-se o sistema da Suécia, México e Estados Unidos, em que a justificativa é necessária para a negativa de fornecimento da informação e não para o requerimento de acesso a ela.

3 Intimidade e privacidade

A intimidade é a qualidade do que é íntimo, essencial, do que está muito interno, profundo, alheio ao outro.

Como praticamente todas as ideias com as quais lidamos atualmente, a de preservação da intimidade ou privacidade remonta à Antiguidade, com Aristóteles, no século IV a.C., defendendo a separação da esfera política (polis) da privada. Michel de Montaigne, no século XVI, em *Ensaíos*, falava de uma esfera privada do indivíduo inviolável pelo Poder Público. O Iluminismo é responsável pela sistematização desses direitos e garantias do indivíduo perante o Estado, com John Locke, em *Dois Tratados sobre o Governo*, sustentando a inviolabilidade da intimidade dos indivíduos, na perspectiva de serem estes os verdadeiros titulares do poder. Samuel Warren e Louis Brandeis, em *The Right to Privacy*, dão ao direito à privacidade o tratamento de novo direito fundamental de ser deixado só⁵.

Hannah Arendt (1981, p. 47-48), com base em Kant, associa o público ao social e o privado ao círculo da intimidade, identificando que o amparo da pessoa em relação à pressão social niveladora e à força do poder político passa pelo respeito à solidão (desejo de estar só), ao segredo (sigilo) e à autonomia (decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações).

Em termos jurídicos, o direito à intimidade é o direito de a pessoa possuir uma essência e elementos profundos só dela. Uma vez

5 Cf. SILVA, 2012, p. 3.

que fundamental à existência digna da pessoa, esse direito recebe proteção nos diversos ramos, sendo direito fundamental no âmbito do Direito Constitucional, direito da personalidade no Direito Civil e direito humano no Direito Internacional.

Há quem vislumbre a proteção da intimidade não só da pessoa física como também da pessoa jurídica, uma vez que possuidora de honra objetiva, não podendo ser violada na sua intimidade comercial e empresarial e na sua vida societária⁶.

Robert Alexy (2002, p. 350) formula a *Teoria das Esferas*, que identifica três esferas com decrescente intensidade de proteção: a *esfera mais interna*, absolutamente intangível, compreendendo os assuntos mais secretos de natureza extremamente reservada; a *esfera privada ampla*, compreendendo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído dos restantes; e a *esfera social*, compreendendo todas as matérias relacionadas com as notícias que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros.

A ideia de círculos concêntricos é bem explorada pela doutrina alemã, como na teoria de Heinrich Henkel, de 1957, divulgada no País por Paulo José da Costa Jr. (1995, p. 36) desde 1970, em que a esfera privada ou *círculo da vida privada em sentido amplo* encerra três círculos concêntricos (camadas dentro de camadas): o *círculo da vida privada em sentido restrito* (a camada superficial), o *círculo da intimidade* (a camada intermediária) e o *círculo do segredo* (núcleo).

Daí se extrai a distinção entre privacidade e intimidade, não obstante semanticamente as duas palavras não destoem: *privacidade* seria o gênero mais amplo e com proteção mais obtusa, por sua vez, *intimidade* seria espécie mais estrita e com proteção mais aguda.

6 Cf. Stocco, 2011, p. 86.

Vale registrar que já se pode identificar um refluxo na onda de proteção da privacidade e intimidade, o que se pode chamar de paradoxo da privacidade, em que os próprios tutelados buscam mecanismos de exibição de sua privacidade, muito em razão de a celeridade do mundo pós-moderno ter provocado uma frieza, um distanciamento entre as pessoas⁷.

4 Privacidade diferenciada do agente público

Muito já se decompôs o conceito de isonomia, de Aristóteles a Rui Barbosa, para se compreender que, além de uma perspectiva formal de “todos são iguais perante a lei”, o prisma material de igualdade importa em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Talvez uma das mais belas abordagens do tema tenha sido a de Boaventura de Sousa Santos:

temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades (PIOVESAN, 2009).

Nesse diapasão, pode-se conceber a ideia de que a proteção da privacidade varia de acordo com a posição que a pessoa ocupa na sociedade.

Humberto Nogueira Alcalá (2004, p. 161), ao abordar outros interesses em jogo, como a liberdade de informação, nota que as pessoas de relevância pública, especialmente as autoridades públicas, detentoras do poder de decidir os destinos de uma sociedade, possuem um âmbito de vida privada mais reduzido do que o das outras pessoas. É certo que não passa despercebido que essas figuras públicas sofrem essa mitigação da proteção de sua privacidade no tocante

7 Cf. SILVA, 2012, p. 7.

aos atos da vida pessoal que digam respeito ou que tenham implicações diretas com o cumprimento de obrigações públicas, o que não abarcaria aspectos da intimidade irrelevantes ao interesse público.

Emblemática nessa seara é a chamada “New York Times Rule” do Direito Americano. Nos Estados Unidos da América, desde 1960, prevalece a regra de que é lícita a divulgação de informações a respeito de pessoas públicas, se tal informação não for sabidamente falsa, exigindo-se sempre a diligência necessária para atestar sua veracidade. A regra tem como escopo a limitação da privacidade dessas pessoas públicas em benefício da liberdade de expressão e do acesso à informação. A regra se destina a pessoas públicas ocupantes de cargos públicos, mas acaba gerando reflexos em relação a pessoas que possuam notoriedade, as, hoje, chamadas de celebridades, em geral oriundas do mundo artístico.

Na doutrina italiana, a questão é tratada pelo que se chama de *zona di iluminabilità*, que importa expor o homem público a uma maior visibilidade de sua vida e de sua personalidade e à valoração crítica do público⁸.

Carmem Lúcia Antunes Rocha bem coloca a questão:

aquele que se oferece à eleição pelo povo a um cargo público não pode decidir que quer exercer um cargo público, pago com dinheiro público, para o exercício de funções públicas e manter a privacidade do mesmo modo de alguém que se mantém nos limites de uma atividade privada, em espaço particular, com recursos particulares e que não se dá à mostra nem participa de atividades ou desempenha funções que atinjam, direta ou indiretamente, o interesse público. Público o cargo, públicos os recursos com os quais se vive, pública a finalidade buscada com determinada atividade desenvolvida, é impossível que se pretenda manter o mesmo círculo limitado de privacidade que um cidadão despojado de tais deveres poderia vir a escolher (GARCIA e ALVES, 2011, p. 694).

8 Cf. GARCIA, 2011, p. 694.

Mas não é só. A ideia de privacidade diferenciada para o agente público foi expressamente adotada pelo direito pátrio com o advento da já citada Convenção da ONU contra a Corrupção – Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, que trata, no seu art. 52, das pessoas politicamente expostas ou PEP's (*politically exposed persons*), nos seguintes termos:

cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para exigir das instituições financeiras que funcionam em seu território que verifiquem a identidade dos clientes, adotem medidas razoáveis para determinar a identidade dos beneficiários finais dos fundos depositados em contas vultosas, e intensifiquem seu escrutínio de toda conta solicitada ou mantida no ou pelo nome de pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes e de seus familiares e estreitos colaboradores.

5 Divulgação da remuneração e subsídios dos agentes públicos

A nova Lei de Acesso à Informação foi clara em encampar a prática da disponibilização de informações de forma proativa, independentemente de requerimentos. Assim, é dever dos órgãos e entidades públicas a divulgação de ofício de informações de interesse coletivo ou geral (art. 8º).

Entre as informações de interesse coletivo ou geral a serem divulgadas de forma proativa, são mencionados pela lei os registros das despesas (art. 8º, § 1º, inc. III). Com efeito, entre as despesas de um ente público figuram as despesas de pessoal, envolvendo as remunerações e subsídios dos agentes públicos, que não deixam de carregar certo caráter pessoal.

Se o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas bem como às liberdades e garantias

individuais, é certo que a restrição de acesso à informação não pode ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido. Reza a Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação:

Art. 31. [...]

[...]

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Mas, mesmo fora do contexto de apuração de irregularidades, prevaleceu na regulamentação da nova lei que informações acerca de remunerações em sentido amplo dos agentes públicos constituem em informações de interesse coletivo ou geral.

Nesses termos, o Decreto n. 7.724/2012, dispondo sobre a transparência ativa, prevê a divulgação proativa em sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral, devendo ser divulgadas, em seção específica, informações sobre remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 7º, *caput*, e § 3º, VI).

De fato, como já dito, nos termos da nova lei e do seu regulamento, informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada, relativa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Agentes públicos possuem um âmbito de privacidade mais reduzido do que o das outras pessoas no que diz respeito ou tem

implicância direta com a coisa pública. Destarte, na medida em que arcadas diretamente pelo erário as remunerações e subsídios dos agentes públicos, não se concebe serem seus valores considerados informações pessoais sigilosas.

Faz-se mister ter em mente que o acesso a informações públicas e, em especial, a valores de remuneração e subsídios de agentes públicos não passou a ser possível apenas a partir do advento da Lei de Acesso à Informação. Não obstante os méritos que a lei e seu regulamento têm em fixar marcos mais precisos a respeito do que é informação sigilosa e dos meios reativos e proativos de fornecimento de informações, a Lei de Acesso à Informação é fundamentalmente exemplo do que se pode chamar de *renascentismo legislativo*, tão comum no Brasil.

Renascentismo, renascimento ou renascença foi um período da História da Europa, aproximadamente entre fins do século XIII e meados do século XVII, em que houve uma redescoberta e revalorização das referências culturais da antiguidade clássica. Renascentismo legislativo é justamente um novo tratamento de um tema pelo legislador, redescobrimo-o, revalorizando-o, pelo fato de o tratamento anterior não ter surtido os efeitos esperados, muito em razão de outro fenômeno bem brasileiro que é a *lei que não pega*.

O renascentismo legislativo, em geral, vem acompanhado de medidas políticas outras que não só a edição de uma nova lei. Exemplo patente do fenômeno foi a alteração do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n. 11.705/2008, que ficou conhecida como “Lei Seca”, que dispõe acerca da concentração de álcool no sangue do motorista, mas não inova substancialmente ao dispor sobre a conduta de dirigir embriagado. Tal conduta já era proscria há muito tempo, o que não justifica o surgimento somente agora das inúmeras blitz e testes de bafômetro.

A nova Lei de Acesso parece caminhar por via análoga pois, apesar de não trazer grandes inovações legislativas, logrou êxito, com outras medidas, em deflagrar uma onda de transparência na Administração. Tanto é assim que foram setecentos pedidos de acessos no seu primeiro dia de vigência⁹ e determinações de disponibilização de contracheques na Internet.

6 Sigilo mitigado em improbidade administrativa

Publicidade é essência do Estado Democrático de Direito, além de princípio regente da Administração Pública. No tocante ao combate à improbidade, publicidade e acesso à informação tornam-se instrumentos viabilizadores, de modo que, sem estes, resta impossibilitado aquele.

Nesse diapasão, reza a LIA:

CAPÍTULO IV

Da Declaração de Bens

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.

9 Cf. Folha de São Paulo de 17 maio 2012.

§ 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.

A exigência de que o agente público forneça informações quanto aos seus bens e rendas não adveio com a LIA, mas já constava da Lei n. 3.164/1957 – Lei Pitombo-Godói Ilha –, que, no seu art. 3º, instituiu o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não. Tal registro devia ser atualizado bianualmente e constituído em condição para posse e afastamento do cargo ou função.

O sistema da LIA, como visto anteriormente, prevê atualização anual das informações patrimoniais, versando tais informações acerca de bens móveis, imóveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações ou quaisquer outros bens e valores patrimoniais localizados no Brasil ou no exterior, do agente público e de seus dependentes.

A Lei n. 8.730/1993 dispôs no mesmo sentido, expressamente enumerando como sujeitos à obrigação o presidente da República, o vice-presidente da República, os ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional, os membros da Magistratura Federal, os membros do Ministério Público da União e todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União.

O Decreto n. 5.483/2005 regulamentou, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da LIA, instituindo também a *sindicância patrimonial*, que consiste em procedimento sigiloso e meramente investigatório, sem caráter punitivo, instaurado pela autoridade competente ou pela Controladoria-Geral da União, caso se verifiquem incompatibilidade patrimonial ou indícios de enriquecimento ilícito, a ser conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores ou empregados efetivos de órgãos ou entidades da administração federal, que culmina em arquivamento ou processo administrativo disciplinar.

Verifica-se que o art. 13 da LIA representa clara hipótese de exceção ao direito à privacidade, especificamente em se tratando de agente público, que se vê tolhido do direito ao sigilo fiscal e patrimonial, ou seja, sobre seus bens e rendas, em face do Estado, não na relação de sujeição comum entre contribuinte e Estado-Fazenda, mas na relação de sujeição especial funcional de agente público e Estado-Administração, decorrente do vínculo administrativo.

Note-se que a disponibilização das informações fiscais ao Estado-Administração, por parte do Estado-Fazenda, acabou por ser prevista, em outros termos, no art. 198, § 1º, inc. II, do Código Tributário Nacional, com a alteração decorrente da Lei Complementar n. 104/2001, que prevê a disponibilização das informações em poder do Fisco, no caso de solicitações de

autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

No que se refere ao sigilo bancário do agente público, a Lei não disciplina semelhante mitigação, prevendo expressamente que a quebra se dê por meio de ordem judicial:

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 ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a quebra do sigilo bancário somente se dá por meio de ordem judicial¹⁰. Como bem coloca José Robalinho Cavalcanti (2001, p. 92), no Brasil houve “a sacralização do sigilo e entronização, pelo Supremo Tribunal Federal, do sigilo bancário como parte do direito à privacidade”. Tal não ocorre em outros países, como nos Estados Unidos da América, país central do Sistema Financeiro Internacional, em que o sigilo bancário é visto como direito derivado do sigilo profissional e não do direito à privacidade. Nesses termos, em *United States vs. Miller*, Suprema Corte, julgado em 1976, entendeu-se que se o indivíduo disponibiliza seus dados ao estabelecimento bancário, a serem acessados por número indefinido de pessoas, sobre as quais não tem nenhum controle, não poderia opor sigilo a autoridades administrativas em relação a eles,

10 Petição 577 – Questão de Ordem, rel. min. Carlos Veloso, j. 25 mar. 1992, RTJ 148/366-379 – *leading case*; RE 215.301-CE, min. Carlos Velloso, DJ 28 maio 1999; e, mais recentemente, RE 389808, min. Marco Aurélio, DJe 10 maio 2011.

não havendo então “expectativa de privacidade” (*test of expectation* conforme definido desde *Katz vs. United States*).

No caso de quebra de sigilo telefônico, aí sim, não há dúvida: a prova deve ser obtida mediante ordem judicial em um processo penal e, por comunhão, ser utilizada no processo civil de improbidade¹¹. Aqui, no entanto, a disciplina constitucional e legal é completamente diversa.

Caso emblemático que envolveu o sigilo de agentes públicos foi o da apuração do patrimônio de juízes e servidores de vinte e dois tribunais por parte do Conselho Nacional de Justiça. No caso, foi utilizado levantamento do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), do Ministério da Fazenda, que apontou movimentações financeiras *atípicas* no valor de R\$ 855,7 milhões¹².

A controvérsia se deu em torno do caráter sigiloso ou não dos dados. A apuração foi contestada pelas associações de magistrados sob a alegação de quebra do sigilo de servidores e juízes. A Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, sustentou que essa verificação patrimonial era feita em inspeções rotineiras desde o início da atuação do Conselho Nacional de Justiça, em 2005.

Os entendimentos no Supremo Tribunal Federal também divergiram. Para alguns ministros, usar esse tipo de dado era uma forma de quebrar o sigilo bancário e fiscal de pessoas sem autorização de um juiz, um ato ilegal. Outros ministros argumentaram que o CNJ foi criado para investigar desvios de conduta e que havia lei específica autorizando o conselho e demais órgãos de fiscalização

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 1403/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27 abr. 2012.

12 Fux libera CNJ para investigar patrimônio de juízes. Revista Consultor Jurídico. 29 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-29/fux-libera-parcialmente-investigacao-cnj-patrimonio-juizes>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 9h15.

administrativa a obter esse tipo de informação para zelar pela moralidade no Judiciário¹³.

Primeiramente, a apuração foi suspensa em decisão liminar do ministro Ricardo Lewandowski. Posteriormente, a relatoria do caso foi passada ao ministro Luiz Fux, que permitiu a retomada do trabalho após pedido da Corregedora Nacional de Justiça, ministra Eliana Calmon. O ministro relator, contudo, permitiu que a investigação fosse feita com base em declarações de imposto de renda entregues aos tribunais e em folhas de pagamento, mas sem o uso das informações que constam no levantamento feito pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)¹⁴.

Em outras palavras, entendeu o ministro, em sede de cognição sumária, que o membro ou o servidor do Poder Judiciário, em face do Conselho Nacional de Justiça, não pode invocar sigilo fiscal – proteção que recai sobre informações acerca da situação econômica ou financeira e sobre a natureza e o estado dos negócios ou atividades do contribuinte prestadas à Fazenda (art. 198 do Código Tributário Nacional) –, mas apenas sigilo bancário – proteção que recai sobre as operações ativas e passivas e serviços prestados pelas instituições financeiras (art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001).

Tal construção não deixa de seguir a lógica do sistema de improbidade sobredita, prevista nos arts. 13 e 16 da LIA, a não ser pelo fato de a prestação de informações pelo COAF não se enquadrar exatamente em medida de quebra de sigilo bancário.

13 STF julga como CNJ apura patrimônio de juízes. O Globo. 25 fev. 2012. <<http://oglobo.globo.com/pais/stf-julga-como-cnj-apura-patrimonio-de-juizes-4067611#ixzz1xhGJKPtc>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 09:15:00.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 31.085, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 5 mar. 2012.

A prestação dessas informações está prevista no art. 11 da Lei n. 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro, que estabelece a sistemática geral de comunicação de operações suspeitas – e no art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001, no âmbito tributário. É vedada a inclusão de dados que permitam a identificação da origem e da natureza dos gastos, limitando-se as informações aos dados relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados. O Decreto n. 4.489/2002, regulamentando a matéria, fixou as movimentações bancárias a serem informadas em superiores a R\$ 5.000,00 mensais, em se tratando de pessoas físicas, e a R\$ 10.000,00, em se tratando de pessoas jurídicas. As instituições financeiras prestam essas informações ao Banco Central que, por sua vez, as transmite, nos termos do art. 14 da Lei de Lavagem de Dinheiro, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão de inteligência do Ministério da Fazenda, criado pela mesma lei (arts. 14 a 17).

O COAF é agente do sistema da *compliance* – termo que quer dizer conformidade, cumprimento –, ou seja, sistema encarregado de monitorar a conformidade do setor com sua regulação¹⁵, atividade comparada a de uma *torre de vigia*¹⁶.

A prestação de informações sobre operações não representa exatamente quebra de sigilo. Na LC n. 105/2001, por exemplo, tal quebra não está prevista no referido art. 5º, mas no art. 6º da mesma lei, impondo requisitos específicos: a existência prévia do processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e a indispensabilidade do exame de dados a juízo da autoridade administrativa competente.

15 LIMA, 2001, p. 53.

16 ARAS, 2011, p. 376.

Tanto isso é verdade que, na prática, o Relatório de Inteligência Financeira (RIF) se consubstancia em indícios, a ensejarem, se for o caso, nada mais do que requerimento de ordem judicial de quebra de sigilo bancário ou fiscal:

Caso em que o Ministério Público Federal solicitou a providência ao Juízo Criminal (que a deferiu) com lastro na necessidade decorrente de seu poder/dever constitucional – de investigar delitos de descaminho/contrabando e lavagem de capitais [...] tudo conforme elementos indicados por determinados bancos para a COAF, havendo indícios de vínculo das pessoas jurídicas com as duas pessoas nominadas. 2. É direito do Ministério Público Federal solicitar ao Judiciário as providências de quebras de sigilo, e é dever da Magistratura determiná-las desde que presentes os requisitos de legalidade e constitucionalidade que são aparentemente presentes no caso. 3. Inexiste constrangimento ilegal evidente na decisão que decretou a quebra do sigilo bancário e fiscal da paciente, uma vez que o *decisum* foi devidamente fundamentada na imprescindibilidade da colheita de provas para investigar fatos com contornos criminosos e possibilitar *opinio delicti* ministerial¹⁷.

A atuação do COAF já vem sendo ameaçada e a legitimidade de suas ações é tema do RE 601.314/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida no Supremo Tribunal Federal, em que se analisa a constitucionalidade da Lei Complementar n. 105/2001.

Parece ser olvidado que a comunicação de atividades suspeitas e a atuação do COAF se fundamentam na Recomendação 13 (SAR – *Suspicious Activity Report*) do GAFI – *Groupe d'Action Financière*, órgão intergovernamental de elaboração de políticas –, adotada, em um total de 40+9 Recomendações, por cerca de 180 países, e reconhecida pelo FMI e Banco Mundial como padrões internacionais a serem seguidos.

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal. HC 00283595220114030000, Desembargador Federal Johanson Di Salvo, TRF3 – Primeira Turma, 15 dez. 2011.

Que a atuação do COAF e o uso das informações que constam de seus levantamentos atinge a privacidade, em alguma medida, ninguém duvida. Entretanto, pelo menos em se tratando de agente público, titular de uma privacidade mitigada, é inconcebível que não possa haver tal controle sobre operações atípicas que realizar, mormente tendo em conta a ausência de sigilo sobre bens e rendas dessas pessoas em face do Estado.

Assim entende Vladimir Aras:

Obter declarações de renda de servidores públicos ou agentes políticos com base no art. 13 Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e solicitar relatórios de inteligência financeira (RIF) ao COAF não é o mesmo que fazer uma devassa; não é o mesmo que quebrar o sigilo bancário ou fiscal.

O cruzamento desses dados serve para identificar suspeitas aqui ou ali, que deverão ser pontualmente investigadas pela Corregedoria e, se for o caso, pelo Ministério Público e pela Polícia, aí sim com as quebras de sigilo. Os ânimos estão muito exaltados e isto obnubila os juízos racionais. Embora não formalmente listados como tais, juízes e membros do Ministério Público são “pessoas politicamente expostas” (PEPs, em inglês) e deveriam estar sujeitos a escrutínio especial em suas atividades financeiras¹⁸.

7 Conclusão

Em uma época de busca frenética por cargos, funções e empregos públicos, mormente em função da suposta remuneração, superior à encontrada na iniciativa privada, e de outras vantagens estatutárias ou previdenciárias, é preciso que se compreendam, outrossim, os ônus decorrentes da assunção desses cargos, funções e empregos que são remunerados pelo erário. A mesma compreensão deve ter,

18 Disponível em: <<http://180graus.com/geral/aras-solicitar-dados-ao-coaf-nao-e-quebra-de-sigilo-483419.html>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 9h15.

principalmente, aquele que postula ou assume cargos políticos ou, enfim, todo aquele na condição de pessoa politicamente exposta.

Diante da ponderação entre o direito fundamental à privacidade e o princípio da publicidade que rege a Administração Pública, o direito pátrio hoje mitiga o sigilo do agente público em prol da transparência no manejo de verbas públicas e do combate à improbidade.

Extrai-se do art. 13 da LIA que não cabe invocação de sigilo fiscal por parte do agente público em face dos órgãos de controle do Estado, incluídos aí o CNJ ou CNMP, havendo franco acesso destes às suas declarações de imposto de renda.

A Lei de Acesso à Informação, por sua vez, reconhecendo a prevalência do caráter público das despesas públicas, mesmo no que diz respeito ao pagamento de remunerações e subsídios, autoriza acesso e exame irrestrito das folhas de pagamento dos órgãos e entidades públicas.

Por sua vez, quanto à sistemática de comunicações de operações suspeitas e prestação de informações levantadas pelo COAF, a questão apresenta maior complexidade e controvérsia. Isso porque não há dúvida de que a atuação do COAF e o uso das informações que constam de seus levantamentos atingem a privacidade em alguma medida. No Brasil há verdadeira entronização, pelo Supremo Tribunal Federal, do sigilo bancário como parte do direito à privacidade, o que não ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América, país central do Sistema Financeiro Internacional.

De toda sorte, a prestação de informações sobre operações não representa exatamente quebra de sigilo bancário, consubstanciando-se o Relatório de Inteligência Financeira (RIF) em indícios, a ensejarem, se for o caso, requerimento de ordem judicial de quebra de sigilo bancário ou fiscal.

Ademais, a comunicação de atividades suspeitas e a atuação do COAF reproduzem no Brasil política adotada por cerca de 180 países e reconhecida pelo FMI e Banco Mundial como padrão internacional a ser seguido.

Com relação a operações financeiras de agente público, há ainda mais a ser considerado. Uma vez titular de uma privacidade mitigada, é inconcebível que não possa haver tal controle sobre operações atípicas realizadas pelo agente público, em especial pessoa politicamente exposta, tendo em conta a ausência de sigilo sobre bens e rendas dessas pessoas em face do Estado.

Operações atípicas de agentes públicos não podem ser consideradas informações pessoais sigilosas, mas sim informações públicas, a sofrerem a disciplina da cultura da informação.

Assim, o agente público não tem como invocar o direito fundamental à proteção de sua privacidade em face dos órgãos de controle da Administração Pública no tocante a informações ligadas à remuneração e subsídio por meio de verbas públicas, informações ligadas ao seu patrimônio e rendas ou operações financeiras suspeitas, tudo em razão da disciplina do combate à improbidade e da adoção pelo Brasil da cultura da informação.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Pautas Teóricas y Juriprudenciales para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada. In: Carbonell, Miguel (Compilador). *Problemas Contemporáneos de La Libertad de Expresión*. México: Editorial Porrúa, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAS, Vladimir. As controvérsias da Lei n. 9.613/1998. In: SOUZA, Arthur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

_____. Solicitar dados ao COAF não é quebra de sigilo. *180graus*. 25 dez. 2011. Disponível em: <<http://180graus.com/geral/aras-solicitar-dados-ao-coaf-nao-e-quebra-de-sigilo-483419.html>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 9h15.

ARENDT, H. *A condição humana*. São Paulo: Forense/Salamandra/Edusp, 1981.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A proteção legal do acesso a informações sobre atividades causadoras de impactos ambientais. In: *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, a.3, n. 10. Brasília: ESMPU, jan./mar. 2004.

CAVALCANTI, José Robalinho. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DI CARLI, Carla Veríssimo (Coord.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In: DI CARLI, Carla Veríssimo (Coord.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: Unesco, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>>. Acesso em: 21 jan. 2009.

SILVA, Taís Carvalho. O espetaculoso mundo do eu. *Seleções Jurídicas*. Rio de Janeiro: COAD, abr. 2012.

STOCO, Rui. *Direito das pessoas jurídicas à intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 100, v. 910, ago. 2011.

Quem tem medo do Ministério Público? A aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 a agentes políticos

Orivaldo Bernardes de Oliveira Netto

Analista processual do Ministério Público Federal, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas.

Resumo: Com o novo perfil constitucional, o Ministério Público, além de remanescer como titular da ação penal pública, equaliza sua atuação também na esfera cível, protagonizando a defesa de interesses coletivos e difusos, entre eles a tutela do patrimônio público e da moralidade, evidenciando seu papel como principal ator para promover a responsabilização por atos de improbidade administrativa de agentes públicos – abarcando também os agentes políticos – e dos particulares que tenham concorrido para o ato ou dele se beneficiado. Ao mesmo tempo em que se verifica eficácia nessa tutela, surgem, no entanto, obstáculos à atuação ministerial. Assumem relevância esses entraves, notadamente em vista de julgados que, de forma velada, afastam de sua esfera de atribuições a responsabilização por ato de improbidade de agentes políticos. A Reclamação 2138-DF, julgada pelo STF, é emblemática por considerar que tais agentes jamais praticariam ato de improbidade previsto na Lei n. 8.429/1992, e sim, condutas sob o prisma de crimes de responsabilidade com julgamento perante os respectivos foros por prerrogativa de função. O conteúdo de tal decisão revela efeitos reflexos e indiretos que serão esmiuçados no transcorrer do trabalho, demonstrando uma tendência de se retirar do âmbito da atribuição funcional do Ministério Público a responsabilização dos agentes políticos por ato de improbidade administrativa, e, concomitantemente, se observa o desprestígio da primeira instância para julgamento de tais questões com movimentos políticos buscando reinstaurar foro por prerrogativa de função para agentes políticos até mesmo para julgamento para período após o encerramento de mandato ou função.

Palavras-chave: Ministério Público. Improbidade administrativa. Lei n. 8.429/1992. Agentes políticos. Crime de responsabilidade. Foro por prerrogativa de função. Reclamação 2138-DF.

Abstract: This paper begins with a new constitutional profile of Public Ministry that usually remains the actor to initiate public criminal prosecution but now gains another function in civil law, providing class actions. This new constitutional profile includes also judicial responsibility for public and political agents that practice administrative misconduct and someone that have participation on this result or have profits. At the same time we can note efficiency in that new institutional functions, obstacles appear. There are some new judge's jurisprudences that keep off political agent responsibility providing by Public Minister for administrative misconduct. One of the most famous cases was the Claim 2138-DF, that considers political agents can practice only liability crimes but no administrative misconduct. At this decision they can be judged only by special jurisdiction at Court, and not by the common judge. This paper will reveal the effects of this decision and show there is a tendency to make difficult to punish the political agents with the severe Law 8.429/1992 by lower judges. So, this decision despises the importance of the judgment of this kind of cases by lower judges and, at the same time, reveals political interesting in Congress to reinstitute special jurisdiction for these cases even for periods that political agents finish their function at the government.

Keywords: Public Prosecution Service. Administrative misconduct. Law 8.429/1992. Political agents. Special jurisdiction. Claim 2138-DF

Sumário: 1 Introito. 2 Regime jurídico de responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa. 2.1 Natureza jurídica do ato de improbidade administrativa. 3 Posição do STF na Reclamação 2138-DF. 3.1 Exame crítico da posição do STF. 3.2 Comparativo entre condenações de agentes políticos por crimes comuns (em foros por prerrogativa de função) e por improbidade administrativa. 3.3 Desmobilização do aparato estatal ministerial na fiscalização de atos ímprobos de agentes políticos. 4 Conclusão.

1 **Introito**

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro alçou voos antes inimagináveis, graças à autonomia e independência com que foi dotado, passando a exercer papel de extrema relevância na consolidação da democracia brasileira, revelando intenso propósito de dar concretude aos objetivos de construção de uma sociedade justa e solidária, voltada à redução da marginalidade e combate de nossas mazelas. Nesse mister, cerrou punho para encampar a luta pela moralidade, princípio caro à nossa República, e esgrimir a responsabilização por atos contrários à higidez do patrimônio público, seja por meros servidores, seja por autoridades das mais altas esferas do poder – os chamados agentes políticos –, seja por particulares e empresas com eles conluiados e beneficiados pelo ilícito.

A Lei n. 8.429/1992, que comemora seus 20 anos, concorreu em grande medida para esse novo cenário. Réus que sequer cogitavam em se ver processados passaram a frequentar os foros, sendo submetidos, efetivamente, a rigorosas reprimendas, como as previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Esse novo panorama, de certa forma, incomodou. Como é inexorável a lei newtoniana da ação e reação, surgiram movimentos tendentes, de forma subliminar, a afastar o Ministério Público do palco da responsabilização de agentes políticos pela prática de improbidade administrativa. Uma das evidências reside na decisão assentada no julgamento da Reclamação 2138-DF, pelo STF, que estabelece que esses agentes somente poderiam ser responsabilizados no âmbito de crimes de responsabilidade, que ostentam natureza de infração político-administrativa, e também na esfera criminal (se houver tipicidade), nos respectivos foros por prerrogativa de função. Nos primeiros casos, são julgados por casas legislativas, e não perante o Judiciário. A imputação e a investigação

que lhe fornece os subsídios de prova não são patrocinadas pelo Ministério Público.

Caso se cristalice esse entendimento, dar-se-á um esvaziamento da Lei n. 8.429/1992, que se voltará à aplicação somente a servidores alheios às cúpulas de poder. Outros efeitos deletérios poderão ser observados, tais como o risco potencial da anulação de milhares de ações de responsabilização por atos de improbidade praticados por agentes políticos. Esse cenário enseja uma análise detida, pois traz, em si, repercussões muitas vezes eclipsadas, que demandam um ajuste de como se portará o Ministério Público diante desse novo desafio que se descortina: manter-se como protagonista no papel de defensor do interesse público e da tutela da moralidade e da probidade administrativa.

Partindo da noção de que as práticas da justiça penal são culturalmente implicadas, ou seja, poderiam tomar as mais diversas formas, mas se constituem da maneira como as conhecemos em razão de concepções culturais que as moldam, quais as implicações culturais existentes na justiça restaurativa? Nossa hipótese é a de que a justiça restaurativa apresenta concepções culturais existentes em sociedades que se representam como descrito por Roberto Kant de Lima em seu modelo do paralelepípedo, ou seja, de forma igualitária e individualista. A justificativa para essa hipótese está em que grande parte do desenvolvimento da justiça restaurativa se deu em países de origem anglo-saxã, cujas características culturais serviram de base para Kant de Lima desenvolver seu modelo do paralelepípedo. Para examinar essa hipótese, faremos uma revisão bibliográfica das ideias de David Garland sobre as relações entre cultura e punição e das ideias de Roberto Kant de Lima sobre as concepções culturais presentes em sociedades que se representam como no modelo do paralelepípedo. Para identificar as características que atravessam as diversas formas que a justiça restaurativa pode apresentar, faremos

uma revisão bibliográfica dos principais autores que falam sobre os princípios e valores restaurativos para, por fim, verificar se tais características se relacionam com aquelas vistas no modelo do paralelepípedo. Ao final, proporemos algumas reflexões sobre as implicações que as conclusões deste trabalho apresentam para a discussão sobre a justiça restaurativa e sua implementação.

2 Regime jurídico de responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa

Uma das mais eficazes ferramentas processuais disponíveis ao Ministério Público na defesa do patrimônio público é a ação de responsabilização por atos de improbidade administrativa. A Constituição da República preconiza, no art. 37, § 4º, 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 na graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Prevendo as exceções que autorizam a perda ou a suspensão dos direitos políticos, e reforçando a gravidade da sanção a ela cominada, a própria Constituição reza:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

V – improbidade administrativa.

Com o propósito de regulamentar o texto constitucional e conferindo concretude ao sistema de responsabilização dos agentes públicos (englobando, aqui, também os agentes políticos), em boa hora foi editada a Lei n. 8.429/1992, prevendo as condutas tidas por ímprobas, delineando-as conforme sua repercussão: a) no art. 9º, elencou aquelas que importam enriquecimento ilícito do agente

ou de terceiro; b) no art. 10, enumerou aquelas que causam lesão ao erário; e, c) por fim, no art. 11, estipulou aquelas que atentam contra os princípios que permeiam a Administração Pública.

Em seu art. 2º, a Lei n. 8.429/1992 estabelece o pálio de abrangência de seus dispositivos para que recaiam sobre “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” perante as entidades da administração direta ou indireta ou, ainda, em empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, bem como aquelas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício da Administração Pública, nomeando-o agente público.

E não só: estendeu às barras do seu espectro de responsabilização até mesmo aquele que, não integrando a conceituação de agente público, tenha concorrido para a prática dos atos ímprobos, ou sido favorecido, deles extraindo vantagem, direta ou indiretamente¹.

Nota-se, assim, o esforço da lei em comento de dilatar a eficácia da lei ao mais amplo cabedal de agentes que possam praticar atos acoimados de ímprobos, sejam agentes públicos ou particulares, sejam exercentes de mandato, cargo, emprego ou função, afixam ou não remuneração, tenham vínculo temporário, circunstancial ou até mesmo mais sólido e permanente com a Administração Pública.

Embora não tenha utilizado a expressão agente político, percebe-se que o conceito está contemplado na ampla definição de

1 Art. 3º da Lei n. 8.429/1992.

agente público, notadamente porque a lei faz alusão expressa àquele que exerce função, cargo, mandato, emprego, perante os entes de Administração Direta e Indireta, seja por eleição, seja por nomeação, designação, ou qualquer forma de investidura ou vínculo. Nesse sentido, o escoreito magistério de Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 377):

Agente público é gênero do qual são espécies os agentes políticos, administrativos, e honoríficos.

Todos eles, na forma do art. 37, § 4º, CF, estão sujeitos à pena de perda da função pública (cuja noção, para tal finalidade, é ampla), sem prejuízo das outras sanções definidas na lei.

A corroborar tal entendimento, gizando que, como decorrência lógica indeclinável de serem espécies de agente públicos, servidores e agentes políticos se colocam, sem distinção, sob o pálio da Lei de Improbidade, leciona Celso Spitzcovsky (2009, p. 202):

observa-se que o aspecto comum existente entre o agente político e o servidor é que ambos surgem como espécies do gênero agente público, o que possibilita a propositura contra eles de medidas judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa

É cediço que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo². A *mens legis*, por certo, não tinha nenhuma intenção de retirar os agentes políticos da esfera de abrangência da lei regulamentadora da Constituição, que previa severas punições àqueles que praticassem improbidade administrativa, e cujo escopo visava à responsabilização de todos aqueles que pudessem praticar atos lesivos ao patrimônio público ou dele se favorecessem, ainda que não redundassem em efetivo dano pecuniário.

Assolado nosso país pelo crônico problema da corrupção, vislumbra-se o empenho legislativo em se criar um arcabouço

2 Cf. MAXIMILIANO, 1957, p. 306.

jurídico para possibilitar a efetiva responsabilização daqueles que praticarem atos lesivos ao patrimônio público para que não se permita que alguém que se favoreceu, ainda que indiretamente, com a produção do ato ímprobo, deixe de ser alcançado pelas sanções que estabeleceu a Lei de Improbidade, em consonância até mesmo com a Constituição.

Em última análise, a Lei n. 8.429/1992 foi elástica para dissolver a expectativa de impunidade para que, de uma forma democrática, independentemente do grau de poder político ou econômico, todo aquele que praticar os atos ímprobos possa ser levado a julgamento, mediante observância do contraditório e da ampla defesa, ou seja, a Lei de Improbidade, em certa medida, confere a mais ampla efetividade³ à previsão constitucional de respeito aos princípios administrativos e da existência de punição, independentemente da ação penal cabível à prática de ato de improbidade administrativa, estampada no art. 37, § 4º, da CR.

No entanto, avolumando-se a atuação ministerial no manejo da ação de responsabilização por atos de improbidade administrativa, alguns dos ocupantes dos mais altos cargos na hierarquia constitucional dos Poderes da República culminaram por integrar o polo passivo de tais ações, que chegaram ao conhecimento, pela via recursal, dos Tribunais Superiores.

Instalou-se, assim, acirrada polêmica, surgindo tese de que os agentes políticos não se submeteriam ao regime sancionatório da Lei de Improbidade, pois, segundo sustentam, tais agentes,

3 Consoante o professor Canotilho, o princípio da máxima efetividade “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”. CANOTILHO, 2002, p. 227.

em regra, pelos mesmos fatos considerados ímprobos, só praticam crime de responsabilidade.

2.1 Natureza jurídica do ato de improbidade administrativa

Inicialmente, não foram poucos aqueles que, representando em juízo agentes políticos processados pela prática de ato de improbidade administrativa, sustentaram que tal ato ostentava caráter penal. Receosos do rigor das sanções estabelecidas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, e levando em conta a forte tradição brasileira de julgamento das mais altas autoridades pelos foros por prerrogativa de função – o que não se dava na Lei de Improbidade – a tese almejava, de forma transversa, redefinir a competência para julgamento de tais ações, retirando-as do trâmite em primeira instância, ou, ainda, suscitar nulidades que viessem a criar obstáculos ao desfecho judicial que redundasse na efetiva condenação.

No entanto, tal tese não prosperou. A natureza do ato de improbidade foi desassociada da infração penal pela doutrina e pela jurisprudência. Teori Albino Zavaski (1994, p. 82), ao examinar a natureza da ação de improbidade, obtempera que

não se tratando de ação penal, não se aplicam, à hipótese, as regras que estabelecem foro especial por prerrogativa de função, tais como as dos arts. 29, VIII, 102, I, *b e c*, 105, I, *a* e 108, I, a da Constituição. Independentemente do grau hierárquico do agente público que tenha praticado o ato de improbidade, a ação será proposta perante o juízo de primeira instância, como aliás ocorre quando se trata de ação popular.

Walter Claudius Rothenburg (2002, p. 465-466), procurador regional da República, atento ao rigor das sanções previstas na Lei de Improbidade, nem por isto se convence de que ostenta natureza penal, realçando a nota distintiva mais relevante quanto à sua verdadeira característica:

Num contexto capitalista, uma sanção pecuniária (indenização ou multa) pode revelar-se muito mais pesada do que outra restrição de direitos. Enfim, a improbidade administrativa da Lei n. 8.429/1992 não pode conduzir à restrição da liberdade individual, pelo que se acentua seu caráter extracriminal (que, bem entendido, não se define apenas pela impossibilidade de restrição à liberdade individual, visto que nem todo tipo criminal prevê essa pena).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, instada a se pronunciar sobre a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, o que certamente traria reflexos sobre a fixação da competência para julgamento, ante a previsão de foro por prerrogativa de função para determinados agentes acusados de prática de crime, textuou que

Não é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação de improbidade administrativa fundada na Lei n. 8.429/1992, ainda que o réu tenha privilégio de foro para as ações penais. Nos termos do art. 105, I, *a*, da Constituição da República, a competência originária deste Tribunal é para a ação penal, o que não se confunde com a ação judicial para apuração de ato de improbidade administrativa, de natureza administrativa⁴.

O ato de improbidade pode ser conceituado como uma infração ético-jurídica aos postulados administrativos, existindo por si só e, assim, pela sua distinção ontológica, não pode ser reduzido em qualquer outra categoria jurídica.

Daí se extrai que, em vista da prática de um ato ilícito, será possível, em tese, a responsabilização do agente em quatro esferas diversas: na *civil*, por ser decorrência de um princípio geral do direito; na *penal*, caso haja adequação típica; na *administrativa*, se porventura traduza infração funcional, ou *política*, reservada aos

4 Reclamação n. 780-SP, Relator para o acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 7.11.2001, *DJ*, 7 out. 2002. No mesmo sentido, precedente anterior: Reclamação n. 580-GO, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 17.10.2001, *DJ*, 18 fev. 2002.

agentes políticos com julgamento perante o Poder Legislativo (os chamados *crimes de responsabilidade*); e na esfera da *improbidade administrativa*, caso o mesmo fato revele violação ético-jurídica aos preceitos previstos nos arts. 9º a 11 da Lei n. 8.429/1992.

Nota-se, destarte, a possibilidade até mesmo de quádrupla punição para o mesmo fato, vigendo, em toda a sua extensão, a independência das instâncias, conforme obtempera Eurico Bitencourt Neto (2005, p. 108)

É patente a ampliação do espaço normativo dedicado à probidade administrativa, a partir da Constituição de 1988. Deve-se esclarecer que os atos atentatórios à probidade administrativa, como princípio constitucional – derivado da moralidade administrativa –, vale dizer, os atos que traduzam atuação desonesta e danosa à Administração Pública, podem significar, nos termos do Direito Positivo, responsabilidade civil, criminal, política ou administrativa. O mesmo ato, desde que haja previsão legal, tendo em vista a independência dos âmbitos de responsabilidade, pode culminar em sanções em cada um deles.

De fato, a própria Constituição, ao prever espécies sancionatórias para atos de improbidade administrativa, de forma eloquente, divisou que a cominação de tais punições se daria sem prejuízo da ação penal cabível (CR, art. 37, § 4º), admitindo, por óbvio, punições diversas e em esferas distintas. Em outras palavras, o mesmo ato ilícito poderia repercutir tanto na esfera da improbidade administrativa quanto, se fosse o caso, na esfera penal (e até mesmo em outras searas, como acima mencionado), tornando evidente a natureza diversa de cada regime punitivo, que poderia coexistir, conforme a especificidade do bem tutelado que se teria violado, em cada esfera de abrangência.

Entretanto, após a jurisprudência e a doutrina terem sepultado a caracterização da natureza penal do ato de improbidade admi-

nistrativa, nova discussão se travou – agora sob novo argumento de que a Lei de Improbidade era inaplicável aos agentes políticos porque, em regra, só praticavam crime de responsabilidade – vindo à lume no bojo da Reclamação 2138-DF, como passaremos a examinar.

3 Posição do STF na Reclamação 2138-DF

Quando se imaginava que a Lei de Improbidade não sofreria qualquer outro questionamento e as séries de condenações que vinha produzindo a qualquer categoria de agentes públicos – incluindo aqui os agentes políticos – continuariam em um panorama de normalidade institucional, ela sofreu novo abalo, no âmbito do julgamento da Reclamação 2138-DF pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, após a imposição de condenação a um ex-ministro de Estado, proferida pela 14ª Vara Federal do Distrito Federal, pela prática de atos de improbidade administrativa⁵, manejou-se reclamação constitucional, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a se questionar a aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 a agentes políticos, sob o argumento de que a Constituição da República previa, para tais autoridades, um sistema próprio de responsabilidades, ou seja, praticariam crime de responsabilidade, e não atos de improbidade.

Segundo essa tese, os agentes políticos se sujeitariam tão somente à esfera de responsabilização político-administrativa e estritamente diante das regras de competência previstas para tais casos: os foros por prerrogativa de função.

5 No Distrito Federal, o Ministério Público Federal ajuizou ação de responsabilização por atos de improbidade administrativa contra o ministro-chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, por uso privado de aviões da FAB e por se hospedar, com fins de veraneio, no Hotel de Trânsito de Oficiais, em Fernando de Noronha, durante os anos de 1996 e 1998.

Para melhor exame da matéria, importante trazermos à baila notícia do julgamento da Reclamação 2138-DF, que se deu em 13.6.2007 e foi veiculada pelo Informativo do STF, trazendo um panorama de como transcorreu a sessão, ao registrar que o resultado se deu com maioria, instalada ao acompanhar o teor do voto do ministro relator Nelson Jobim, que

fazendo a distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o previsto no art. 37, § 4º, e regulado pela Lei n. 8.429/1992, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, letra c, e disciplinado pela Lei n. 1.079/1950, votou pela procedência do pedido formulado na reclamação por entender que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei n. 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF (“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;”). Em síntese, o Min. Nelson Jobim proferiu voto no sentido de julgar procedente a reclamação para assentar a competência do STF e declarar extinto o processo em curso na 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que gerou a reclamação, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão.

Importa destacar que o ministro César Peluso se ombreou ao relator na defesa da tese, acompanhando-o, estabelecendo a apertada maioria de seis a cinco pela procedência da reclamação. Nota-se, todavia, que seis ministros que votaram (Jobim, Corrêa, Galvão e Gracie, pela procedência, Velloso e Pertence, pela improcedência) não mais se encontram na composição atual do Tribunal,

carecendo, assim, de novo pronunciamento sobre a matéria. De todo modo, a decisão proferida pelo STF na Reclamação 2138-DF traz inúmeras repercussões ao sistema criado para responsabilização por atos ímprobos:

a) inutiliza a Lei n. 8.429/1992 para processamento de agentes políticos, com potencial risco de anulação de milhares de ações de responsabilização por improbidade administrativa em que figurem agentes políticos nos polos passivos;

b) o julgamento de crimes de responsabilidade (dos agentes políticos) pelo Poder Legislativo pode sofrer toda sorte de influência extrajurídica, com desdobramentos políticos, que, rotineiramente, não ocorrem perante o Judiciário, constitucionalmente arquitetado para ser imparcial e observar garantias e direitos fundamentais;

c) permite que os atos reputados ímprobos de agentes políticos somente sejam objeto de persecução patrocinada pelo Ministério Público na esfera penal, por óbvio, se os mesmos atos configurarem delitos;

d) a responsabilização pelos atos ímprobos dos agentes políticos, quando possível, na esfera penal deverá observar, por previsão expressa na Constituição da República, foros por prerrogativa de função;

e) a redução dessa responsabilização, a cargo do Ministério Público, somente à esfera penal, contrasta com a estrutura organizacional da instituição, que é naturalmente afunilada e proporcional a um número menor de membros que oficiam perante Tribunais e Cortes Superiores – os foros por prerrogativa de função dos agentes políticos;

f) gerará desprestígio da primeira instância no julgamento de atos ímprobos, pois os casos concentrar-se-ão na busca da condenação de servidores estranhos às mais altas esferas do poder político;

g) ocasionará desmobilização do aparato estatal ministerial na fiscalização de atos ímprobos de agentes políticos e também dos demais agentes públicos, pois, em vista da impossibilidade de levar os agentes políticos às barras dos tribunais no polo de ação de responsabilização por improbidade administrativa, como reflexo, só restará a possibilidade de condenação de servidores estranhos às mais altas esferas do poder político;

h) dificultará a produção probatória de feitos que versam improbidade de agentes políticos. Relegando-os somente à esfera penal (quando houver tipicidade), sabe-se que os Tribunais e Cortes Superiores não ostentam estrutura para colher prova. Isso prolongará a duração dos feitos e partilhará a colheita das provas: será instaurado e processado em uma instância superior (pelo foro por prerrogativa de função), e as audiências realizadas em outra, no primeiro grau. Conforme vimos, são recorrentes os casos de dificuldade de efetivo diálogo entre os membros que oficiam em instâncias distintas, pois enfrentam realidades forenses diversas;

i) acarretará dualidade da responsabilização por atos de improbidade em razão da natureza do vínculo com a administração, podendo-se notar caminhos diversos entre a punição do agente político e a de outros agentes públicos, sendo que, no caso de práticas em concurso – o que é muito comum na realidade da vida forense –, só aqueles que não ostentam a pecha de agente político responderão a ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, gerando perplexidade;

j) impede a responsabilização civil no âmbito da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos bem como a decretação de indisponibilidade de bens;

k) criará, de forma transversa, espécie de foro por prerrogativa de função não prevista na Constituição;

l) destaca a questão procedimental – que certamente é relevante – dando ênfase ao meio de discussão das irregularidades – foro por prerrogativa de função – em detrimento da *accountability* que deve permear os atos dos agentes políticos;

3.1 Exame crítico da posição do STF

Em decorrência da gravidade das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 – e do fato de elas, potencialmente, serem aplicadas por magistrados de primeira instância – houve por bem o STF, no bojo do julgamento da Reclamação 2138-DF, simplesmente desprezar o sistema criado para punição de ato de improbidade administrativa, retirando-o do raio de aplicação aos agentes políticos⁶.

Segundo essa linha argumentativa, caso houvessem praticado ato eivado de improbidade, os agentes políticos somente poderiam ser sancionados sob o aspecto da configuração dos crimes de responsabilidade, observando-se foro de prerrogativa de função para julgamentos de tal jaez.

No entanto, verifica-se que sequer há uma lógica na estruturação do sistema punitivo dos crimes de responsabilidade, o que poderá dar margem à consagração de impunidade em prática de atos de improbidade por agentes políticos, ou, ao menos, da aplica-

6 O que, iniludivelmente, minimiza a extensão da *accountability* dos agentes políticos, reduzindo o grau de responsabilização a que deveriam ser submetidos pelos atos infracionais no exercício do poder.

ção da maioria do espectro das reprimendas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, que contempla, para restabelecimento do estado das coisas, no caso de dano ao erário, até mesmo a restituição de valores eventualmente desviados pelo agente.

Com efeito, passaremos a examinar a possibilidade de responsabilização somente por crime de responsabilidade em relação aos agentes políticos.

O presidente da República, segundo a interpretação veiculada pela maioria no âmbito a Reclamação 2138-DF, terá seus atos acoimados de ímprobos somente aquilutados no âmbito da Lei n. 1.079/1950, e o julgamento incumbiria privativamente ao Senado Federal, funcionando, neste caso, como presidente o do Supremo Tribunal Federal (CR, art. 52, I e seu parágrafo único).

Nesta situação, também se enquadrariam o vice-presidente da República, os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes de responsabilidade conexos com os praticados pelo chefe do Executivo (CR, art. 52, I).

Sujeitos ao julgamento por crime de responsabilidade perante o Senado também estariam os ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União (CR, art. 52, II).

Por simetria, os governadores e seus secretários só poderiam ser julgados pelas respectivas Assembleias Legislativas. Já o governador do DF e seus secretários, pela Câmara Legislativa. Embora a Lei n. 7.106/1983 aponte o Senado para tal mister, não foi recepcionada nesse particular⁷. Quanto às condutas, seriam aquelas defi-

7 Cf. STF, MS 24.297, Rel. Mauricio Corrêa, publicado no DJ em 14.2.2003.

nidas como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, uma vez que o mencionado diploma a ela faz remissão.

Os prefeitos e seus secretários, por sua vez, teriam seus atos enquadrados no Decreto-Lei n. 201/1967 e seriam julgados perante as Câmaras Municipais.

Por absoluta falta de previsão legal, os parlamentares federais e estaduais ficariam à margem de qualquer penalização político-administrativa por atos ímprobos, pois, para eles, não há crime de responsabilidade.

Reduzir, portanto, a responsabilização por ato eivado por improbidade praticado por agentes políticos somente ao enquadramento no tocante a eventual crime de responsabilidade poderia redundar em situação que significaria relegar somente às casas legislativas, sob o enfoque meramente político, o julgamento – que depende de vetores incertos e sujeitos às oscilações de conveniência e oportunidade de índole extrajurídica – e, em certa medida, consagraria até mesmo a impossibilidade de punição, uma vez que, para os parlamentares, não há qualquer previsão legal de crime de responsabilidade.

De certa forma, tal situação geraria uma indesejável dualidade em que uns se mostram mais tangíveis à aplicação da lei (os servidores) do que outros, os agentes políticos, pois, mesmo praticando atos de improbidade, só poderiam ser julgados, quando possível, pelo Poder Legislativo – ao alvedrio de interesses políticos variáveis – e assim se esquivariam de se submeter à responsabilização no seio da Lei n. 8.429/1992, que se mostrou, até agora, o sistema mais eficaz para reprimir atos ilícitos no curso dos mandatos⁸.

8 Lembrando que até mesmo ações penais contra agentes políticos dificilmente culminam com decretos condenatórios quando julgadas nos respectivos foros por prerrogativa de função, conforme abordado no tópico supra.

Pelo mesmo fato, em essência ímprobo, os agentes políticos dificilmente seriam punidos, em vista da conveniência do modo de julgamento político, ao passo que os outros agentes, por sua vez, submeter-se-iam ao crivo das rigorosas punições da Lei n. 8.429/1992. Notaríamos certa *seletividade* no tocante à punição por atos, em tese, de mesma espécie, divergindo, assim, a eficácia da responsabilização em função da natureza pessoal do agente.

De certa forma, a solução dada pelo STF culmina por realizar uma interpretação que pode não se ajustar à exigência de promover a observância da moralidade administrativa e de respeitar o objetivo constitucional de se atingir uma sociedade justa e democrática, pois, em larga medida, justamente os representantes do povo, que exercem o poder em seu nome, ficariam à margem da responsabilização promovida pelo Ministério Público perante o Judiciário pela prática de atos ímprobos.

Tal interpretação, ao retirar, de forma absoluta, os agentes políticos do espectro de abrangência da Lei n. 8.429/1992, elide a possibilidade de se promover uma interpretação conforme a Constituição, exigindo, ao menos, foro de prerrogativa de função para determinar a perda do cargo para agentes políticos, mas não simplesmente vedar, por completo, a aplicação da lei àqueles agentes, tendo em vista que subsistem outras sanções que sequer são contempladas no regime da Lei n. 1.079/1950 e do Decreto-Lei n. 201/1967, como a recomposição do erário e a imposição de multa civil.

Sob o argumento de que magistrado de primeira instância não poderia decretar perda de mandato a agentes políticos – o que é ponderável e deve mesmo ser examinado de uma forma conciliatória com os postulados constitucionais –, levou-se a reboque a possibilidade de imposição de outras sanções, perfeitamente compatíveis e que não restam contempladas em outro regime de responsabili-

zação que subsistiria na hipótese (de crime de responsabilidade), resultando em indenidade e ineficácia completa da estrutura que sanciona plenamente atos ímprobos de agentes políticos, inclusive com recomposição do erário e imposição de multa.

Vê-se que a interpretação levada a efeito pelo STF, que inutiliza por completo a Lei n. 8.429/1992 para aplicação perante perpetração de atos ímprobos, acaba por violar um postulado célebre: *utile per inutile non vitiatur*, pois, se considerou que apenas uma fração da lei era incompatível com o sistema – a decretação de perda de mandato por magistrado de primeira instância –, deveria preservar, ao menos, a possibilidade de aplicação de outras sanções remanescentes, seja em primeiro grau, seja observando-se, para tal mister, foro por prerrogativa de função.

Assim, com a vedação da aplicação da Lei n. 8.429/1992 a agentes políticos, criou-se uma brecha para inviabilizar a aplicação de qualquer sanção a eles prevista na mencionada lei, acarretando violação ao princípio da conformidade funcional ou da justeza, que estabelece que o intérprete da Constituição não poderá atingir um resultado que culmine por subverter ou perturbar o sistema organizatório-funcional de divisão de funções preconizado pelo legislador constituinte, uma vez que o sistema constitucional deve, necessariamente, guardar coerência. A propósito, leciona Canotilho (1998, p. 1149) que

O princípio da conformidade funcional tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição das funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

3.2 Comparativo entre o número de condenações de agentes políticos por crimes comuns (em foros por prerrogativa de função) e por improbidade administrativa

A dificuldade de se produzir condenação transitada em julgado no sistema processual brasileiro é hercúlea, dado o congestionamento dos escaninhos da primeira instância, a possibilidade de interposição de inúmeros recursos durante o trâmite processual, o abarrotamento das Cortes para julgamento dos recursos, e, ainda, a viabilidade, nada remota, de se questionar matéria afeta à interpretação de lei federal ou do arcabouço de nossa analítica Constituição, gerando uma demora considerável para que o feito chegue ao seu desfecho procedimental.

Daí se vê que, em regra, e seguindo o rumo da normalidade, uma ação judicial transcorre anos para atingir o trânsito em julgado. Com as ações de responsabilização por ato de improbidade não é diferente. Passados 19 anos da edição da Lei n. 8.429/1992, são esses os números dos processos e dos condenados por ato de improbidade com ação passada em julgado, segundo o Cadastro Nacional dos Condenados por Ato de Improbidade Administrativa, nos termos da Resolução n. 44 do CNJ, editada em 20 de novembro de 2007, alterada pela Resolução n. 50, de 25 de março de 2008⁹:

9 Segundo Relatório Anual do Conselho Nacional de Justiça em 2010: “O Cadastro Nacional de Condenados por Atos de Improbidade, criado pela Resolução n. 44 do CNJ, editada em 20 de novembro de 2007, alterada pela Resolução n. 50, de 25 de março de 2008, objetiva concentrar, em um único banco de dados, as informações sobre agentes públicos ou políticos com condenação transitada em julgado por atos de improbidade administrativa. A finalidade do cadastro é conferir maior eficácia às decisões judiciais, principalmente no que concerne ao ressarcimento de valores ao erário, ao cumprimento de multas civis e à proibição de contratar com a Administração Pública. A alimentação do sistema teve início em 28 de fevereiro de 2008, ou seja, noventa dias após a publicação da Resolução n. 44. O cadastramento obedeceu à ordem cronológica decrescente, ou seja, foram cadastradas as condenações definitivas do ano de 2008 e, posteriormente, dos anos anteriores.

- a) 1.557 processos em execução cadastrados por juízes estaduais;
- b) 236 processos em execução cadastrados por juízes federais;
- c) 3.193 condenados com trânsito em julgado por atos de improbidade administrativa (sem distinção de categoria, portanto incluindo agentes políticos, outros agentes públicos, particulares).

O número de 3.193 condenados definitivamente pode não ser tão expressivo dentro do universo do número de processados por atos de improbidade administrativa, mas é um número definitivo, após todo o trâmite processual. Denota que efetivamente a condenação está sendo executada e a sanção realmente aplicada ao ímprobo. Vale lembrar que, em tais casos, os feitos iniciaram-se em primeira instância com os agentes políticos respondendo no juízo de primeiro grau, sem qualquer distinção em relação aos outros demandados.

No entanto, quando se tem em mira número de condenações penais exaradas a agentes políticos, em foros por prerrogativa de função, os números são irrisórios. Segundo relato da Associação de Magistrados Brasileiros¹⁰:

Os magistrados responsáveis pela execução das sentenças de condenações cíveis por ato de improbidade administrativa devem alimentar o sistema sempre que houver sentença condenatória transitada em julgado.

É válido lembrar que o cadastro está disponível para consulta pública, e as buscas podem ser realizadas por parte ou processo, e caso inexistam informações, o sistema gerará certidão negativa, informando a ausência de registros naquela data.

O Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa representa importante instrumento para o controle dos atos da Administração e demonstra a atuação proativa do CNJ na busca de soluções que confirmam celeridade e eficácia às decisões do Poder Judiciário.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2011.

10 Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/amb_info_ed95.pdf> Estudo completo disponível em: < http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/estudo_corrupcao.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2011

Sobre os resultados da inaptidão dos tribunais para o processamento de feitos, no exercício de sua competência originária, por força da regra do foro por prerrogativa de função, a Associação Brasileira de Magistrados – AMB realizou estudo, divulgado em 6.7.2007, que, entre outros dados, mostra que “de 1988 até junho de 2007, não houve condenação, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de nenhum agente político julgado pela prática de crimes contra a administração pública. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), apenas cinco autoridades foram condenadas no mesmo período. Outro importante dado revelado pelo estudo é a demora para se julgar essas ações penais de competência originária do STF e do STJ. Nestes 19 anos, dos 130 processos distribuídos ao Supremo, apenas seis foram julgados, e os réus, absolvidos. Entre os demais, 46 foram remetidos à instância inferior, 13 foram atingidos pela prescrição e 52 continuam tramitando na Corte. No STJ – que recebeu 483 processos de 1989 até junho de 2007 –, o quadro não é muito diferente: há 11 absolvições, 5 condenações e 71 prescrições. Foram remetidas à instância inferior 126 ações e ao STF, dez processos. Ainda há 81 processos em tramitação (AMB Informa – 1º a 31 de julho de 2007, p. 5).

Tem-se que, 19 anos após o advento da nova ordem constitucional (entre 1988 e 2007), *nenhum* agente político havia sido condenado pelo STF no exercício de sua competência originária, que abarca foro por prerrogativa de função para julgamento de ações penais em que deputados federais, senadores, ministros de Estado, presidente da República, vice-presidente, procurador-geral da República, ministros do STF, comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente figurem como réus¹¹. E foram 130 casos submetidos ao seu crivo. Sabe-se que, atualmente, houve imposição de quatro condenações e, em uma delas, reconheceu-se a prescrição¹².

11 CR, art. 102, I, “b” e “c”.

12 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,em-11-anos-so-4-politicos-foram-condenados-pelo-stf,722554,0.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2012

Melhor sorte não socorre o STJ: das 483 ações que lhe foram distribuídas desde sua criação até 2007, por força de sua competência originária, que prevê observância de foro por prerrogativa de função para julgamento de ações penais em face de determinados agentes políticos¹³, houve apenas 5 condenações.

Observa-se, destarte, a absoluta inoperância do sistema punitivo para ilícitos penais praticados por autoridades que detêm foro por prerrogativa de função. O que não se pode dizer do arcabouço criado para responsabilizar aqueles que perpetraram atos ímprobos, independentemente da categoria em que se insiram.

Assim, a manter-se o sentido da decisão exarada na Reclamação 2138-DF de sujeição dos agentes políticos somente ao sistema afeto à observância de foro privilegiado, haveria uma indesejável dualidade de sancionamento, que divergiria exatamente em razão da categoria em que o agente estaria inserido, como passaremos a abordar.

3.3 Desmobilização do aparato estatal ministerial na fiscalização de atos ímprobos de agentes políticos

Outro efeito atingido, de forma sutil e indireta, é a desmobilização do Ministério Público para fiscalizar a prática de atos ímprobos de agentes políticos. E, tolhido o Ministério Público, certamente a maior prejudicada é a sociedade. Nesse sentido, obtempera Antonio Herman Benjamin (2007) em palestra proferida durante

13 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, 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;

celebrações da Semana do Ministério Público, na Bahia, ilustrando que, ao fim e ao cabo, a instituição, por seu papel fiscalizador, invariavelmente, é alvo de represálias dos outros órgãos:

A melhor forma de definir o Ministério Público para a população é como uma instituição solitária. Não porque lhe falta o respaldo popular, mas porque há quase uma conspiração de outras instituições no sentido de tolher o MP. Mas, quando se tenta tolher o Ministério Público, quando levamos à insignificância a atuação desta instituição, não estamos criando obstáculos aos membros do MP, mas à efetivação dos direitos dos cidadãos.

Fortalecido o Ministério Público e reforçada sua autonomia e independência, espera-se que se combata a perpetuação de um ciclo vicioso de impunidade e cristalização de iniquidades na consolidação do poder que, há muito, impera em nosso País, conforme adverte Raimundo Faoro (1973, p. 737) em sua obra magistral:

Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os valores.

No entanto, de forma velada ou não, a reprodução do sentido da decisão proferida no julgamento da Reclamação 2138-DF acarreta o afastamento do Ministério Público da investigação quanto à prática de atos ímprobos de agentes políticos, pois a imputação de crime de responsabilidade – que se reveste de natureza político-infracional – não incumbe ao *Parquet* e sequer é deduzida perante o Judiciário, como já vimos neste trabalho.

A única esfera de responsabilização que lhe incumbiria, no sentido da aludida decisão, seria a possibilidade de o ato praticado pelo agente político, tido como eivado de improbidade, configurar

crime comum, cuja ação remanesce titularizada pelo Ministério Público. De toda forma, traduzir-se-ia em uma investigação de cunho criminal e, caso se transformasse em uma ação penal, certamente a denúncia seria oferecida pelo membro ministerial que oficia perante o tribunal que detivesse competência para julgamento, ou seja, o foro por prerrogativa de função respectivo à autoridade denunciada, enquanto a prova seria colhida em primeiro grau. Esse panorama pode trazer entraves à atuação eficiente, pois, muitas vezes, se observa falta de efetivo diálogo entre os membros que oficiam em instâncias distintas, nos termos da crítica ofertada por Barclaz (2010, p. 261):

O efeito *Torre de Babel* está, justamente, na eventual impossibilidade de *fala e troca* democrática efetiva entre os membros do Ministério Público em primeiro e segundo graus que, hoje, de modo geral, como já dito, habitam ambientes acentuadamente distintos, o que se reflete não só no agir institucional como, outrossim, na dificuldade de reversão de um processo cultural equivocado que não raras vezes coloca forças de trabalho de uma mesma instituição em verdadeiro estado de *apartheid* e segregação.

Poderíamos vislumbrar, nesse cenário, uma desmobilização do aparato ministerial em primeira instância para fiscalização de atos ímprobos, pois, só lhe seria possível promover a investigação e a responsabilização em juízo dos servidores que não se encontrariam nas cúpulas do poder, estranhos aos mais altos cargos e cujas condutas não revelam, necessariamente, os danos mais contundentes ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

De mais a mais, podemos descortinar dois panoramas a revelar a desmobilização do Ministério Público para fiscalizar e promover responsabilização por atos de improbidade de agentes políticos: I) *completa*, em caso de consagração da decisão na Reclamação 2138-DF, pois, a considerar que praticam somente crimes de responsabilidade, seriam julgados pelas respectivas Casas Legislativas, segundo

critérios de conveniência e oportunidade políticos, alheios à esfera de titularidade da promoção de responsabilização pelo *Parquet*; II) *parcial*, caso se consolide a adoção de foro de prerrogativa de função também para julgamento de ação de responsabilização por atos de improbidade, estampada na Reclamação 2790-SC, do STJ, e no Projeto de Emenda Constitucional 358/2005, pois o Ministério Público que oficia perante tribunais (em segunda instância e nas cortes superiores) não detém estrutura proporcional à demanda para promover a investigação e produção probatória tampouco cultura organizacional voltada a tal finalidade.

Em ambos cenários, nota-se uma tendência de desmobilização ministerial que é diretamente proporcional ao empenho que a instituição vem demonstrando para promover a responsabilização por atos de improbidade: a eficácia em tal combate traz receios que motivam o arrefecimento de suas armas. Uma das formas de se evitar o “inimigo” é justamente colocar-se fora do alcance de sua esfera de atribuições, ou minimizar a plenitude de sua atuação funcional, transferindo-a para órgãos que não ostentam estrutura compatível com o desiderato que almejam lhe incumbir.

4 Conclusão

Nota-se, destarte, que os efeitos trazidos pela consolidação da posição do STF na Reclamação 2138-DF dificultam sobremaneira a responsabilização dos agentes políticos pelos atos violadores das condutas previstas na Lei n. 8.429/1992. Admitir que serão julgados com parcimônia pelo Poder Legislativo, por crimes de responsabilidade, a própria realidade brasileira demonstra que é um grande esforço. Considerar que, sob o enfoque penal, serão condenados com a mesma frequência que hoje se vê quando réus em ações fundadas na Lei n. 8.429/1992, também se mostra de difícil

concepção. Até porque a responsabilização dos agentes políticos pelos atos ímprobos sob a esfera penal já é possível hoje em dia e os números demonstram que os resultados – gerados nos foros por prerrogativa de função – são insuficientes e muito aquém da resposta que a sociedade espera para punição adequada a essa índole de infrações.

Por outro lado, ao se observar a posição conciliatória do STJ, trazida à baila no âmbito da Reclamação 2790-SC, que permite o manejo de ação fundada na Lei n. 8.429/1992 em face de agentes políticos, desde que observado o foro por prerrogativa de função, pode ser uma saída que mantenha a observância do arcabouço legislativo, sua essência, embora não elimine as dificuldades que poderão se efetivar, como as acima elencadas, nem garantirá a eficácia do resultado em face de seu trâmite em foro privilegiado. Também se colocam em xeque, segundo esse prisma, milhares de ações de responsabilização por improbidade administrativa em que agentes políticos são réus, e que foram aforadas em primeira instância, o que poderá trazer indenidade. Embora conciliatória, e evite inutilizar a Lei n. 8.429/1992, mais uma vez se dá pouca ênfase a *accountability* dos governantes. De todo modo, o debate se renovará, pois o STF novamente foi instado a se pronunciar sobre o sentido e alcance das normas insculpidas na Lei n. 8.429/1992, no âmbito da Adin 4295. Agora em sede de controle concentrado e com nova composição, haverá de examinar a pertinência, com efeito vinculante e *erga omnes* da aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos.

De mais a mais, seja seguindo o sentido da Reclamação 2138-DF, inviabilizando a Lei n. 8.429/1992 para agentes políticos, seja mantendo-se a utilização da lei para processamento de agentes políticos, desde que se observe o foro por prerrogativa de função, como proposto na Reclamação 2790-SC do STJ, ou, ainda, tri-

lhando a mesma vereda que hoje seguimos, com o julgamento de agentes políticos por atos ímprobos em primeira instância, o que se espera é que o Ministério Público não seja tolhido no seu novo papel institucional, que se efetive como fiscalizador do *accountability* das autoridades. Afinal, não custa indagar: quem tem medo do Ministério Público?

Referências

BARCLAZ, Márcio Soares. O Ministério Público em Segundo Grau Diante do Enigma da Esfinge (e a Constituição da República): Decifra-me ou Devoro-te! In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Palestra proferida na Semana do Ministério Público*, em 14 de dezembro de 2007, no MP do Estado da Bahia. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/noticias/2007/dez_14_instituicao.asp>. Acesso em: 25 out. 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1973, v. 2.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio: Freitas Bastos, 1957.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo. In: SAMPAIO, José Adercio Leite et al

(org.). *Improbidade administrativa, comemoração pelos 10 anos da Lei n. 8.429/1992*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SPITCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 123, p. 82, jul./set. 1994.

Paradigmas para a aplicação racional das sanções da Lei de Improbidade Administrativa

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

Procurador da República. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

Resumo: Este artigo pretende discorrer sobre o dever de racionalidade das decisões judiciais condenatórias relacionadas à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992). A Segunda Modernidade demonstrou a falibilidade do Direito quanto a possuir resposta única e certa para as questões levadas à apreciação do Poder Judiciário. Fez surgir, por outro lado, a premência de tomar a argumentação jurídica como fator de segurança, de modo a afastar subjetivismos e empirismos, em grande medida desprovidos de racionalidade. O presente estudo volta-se, portanto, para o exame do necessário estabelecimento de critérios para a fixação das sanções decorrentes da prática de atos ímprobos, com o uso de disposições contidas no Código Penal inclusive.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Racionalidade das decisões judiciais. Padrões para aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/1992.

Abstract: This article intends to study the rationality of condemnatory judicial decisions related to Administrative Improbability Law (Federal Law 8.429/1992).

The Second Modernity has shown the Law fallibility to give a unique and right answer for the questions submitted to Judicial Power. It has emerged, in the other hand, the urgency of putting the judicial argumentation as a security factor, in order to prevent subjectivisms and empiricisms, with a great lack of rationality.

Keywords: Administrative improbity. Rationality of judicial decisions. Enforcement standards for the sanctions announced in the Federal Law 8.429/1992.

Sumário: 1 Introdução. 2 Modernidade, Segunda Modernidade e o dever de racionalidade das decisões judiciais. 3 A Lei n. 8.429/1992 e as espécies de atos de improbidade administrativa. 4 O art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Critérios legais para fixação das penas relacionadas à prática de atos de improbidade administrativa. 5 Outros critérios a serem considerados para a aplicação racional das sanções decorrentes de atos ímprobos. 5.1 A potencialidade lesiva do ato de improbidade administrativa no meio social. 5.2 A aplicação da pena-base e das agravantes e atenuantes do Código Penal. 6 Conclusões.

1 Introdução

A racionalidade na aplicação das penalidades da Lei n. 8.429, de 2.6.1992, Lei de Improbidade Administrativa, é tema fundamental tanto para a efetividade no combate à corrupção quanto para quem se vê na condição de réu em uma ação de improbidade administrativa e que, portanto, espera do Poder Judiciário, ao ser reconhecida a prática do ato ímprobo, a imposição de uma sanção normativamente correta.

É por isso que, sob a perspectiva estatal, entre o dever do juiz de reprimir atos que atentem contra o patrimônio público, nos moldes alinhavados na Lei n. 8.429/1992, e a obrigação de não ser arbitrário em suas decisões condenatórias, advém a imperiosa necessidade de ser racionalizada a aplicação das penas do referido texto normativo.

A Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu um caminho a ser, inicialmente, seguido, ao ter feito previsão, desde o

começo de sua vigência, das disposições contidas em seu art. 12, no sentido de estabelecer a relação das penalidades a serem aplicadas às diversas espécies de improbidade administrativa, autorizando a sua gradação, inclusive.

No entanto, a verificação das sanções passíveis de serem impostas em decorrência do cometimento de atos ímprobos, ainda que seguida de abertura legislativa para que sejam aplicadas, no todo ou em parte, não adentra em aspecto de inarredável importância: o estabelecimento de outros critérios que ensejem ao julgador o instrumental necessário para aplicar, no caso concreto posto sob sua apreciação, a análise de todas as particularidades fáticas e jurídicas que o cercam.

Passados 20 anos, desde a edição da Lei de Improbidade Administrativa, a busca da racionalidade na aplicação das penalidades nela previstas é condição essencial para a sua própria efetividade¹, precipuamente em razão do atual estágio de evolução do Direito, inserido inarredavelmente na Segunda Modernidade e em uma sociedade plural e de risco.

Propõe-se, então, com o presente artigo, que, além dos critérios contidos na Lei n. 8.429/1992, a consideração do impacto social em razão da prática de atos ímprobos e o uso dos mesmos parâmetros usados para a aplicação da pena-base, no Código Penal (com a consideração das agravantes e atenuantes penais, inclusive), sejam também levados em conta por ocasião da imposição das penalidades da Lei de Improbidade Administrativa.

1 Considera-se efetividade a necessidade de a norma jurídica, para além de ser vigente e válida, desencadear mudança e melhoria no meio social no qual está inserida. Em outras palavras, efetividade no sentido de concretização social do comando normativo, de sua “força operativa no mundo dos fatos” (BARROSO, 2003, p. 84).

2 Modernidade, Segunda Modernidade e o dever de racionalidade das decisões judiciais

A Revolução Francesa fez nascer a Idade Contemporânea e consagrou na história o movimento iluminista e o Estado Liberal, representantes da ideia de que a razão deveria reger a sociedade e o Estado, em contraposição ao sentido de justificação do Estado no poder divino ou sobrenatural, regedor do Estado Medieval e do Estado Absolutista².

O homem viu-se, então, como um sujeito de direitos, individualmente considerados, de modo que tal individualismo imbricou-se com o pensamento do Iluminismo e com a própria transformação do Estado.

Bonavides (2011, p. 30), ao comentar o papel fundamental da Revolução Francesa para o desenvolvimento social, pontua:

As grandes mutações operadas na segunda metade deste século têm ainda muito que ver com as idéias e crenças sopradas durante o século XVIII por uma filosofia cujo momento culminante, em termos de efetividade, foi a Revolução Francesa. [...]

Houve, assim, pela vez primeira na história dos povos, a universalização do princípio político. Não foram unicamente quebrantadas as instituições feudais e as hierarquias que sacralizavam a tradição e o passado, senão que se construiu ou se intentou construir, sobre esferas ideais, para um aporfiar de libertação, menos a *polis* deste ou daquele povo, mas a de todo o gênero humano; [...]

Nasceu, então, com a vitória filosófica do Iluminismo, o conceito de Modernidade, segundo o qual o arranjo da natureza e da sociedade deve ser tido como algo artificial, realizado pelo homem e fruto de sua própria criação, de modo tal – e paradoxalmente – que a naturalidade das coisas reside em sua própria artificialidade.

2 Soares (2011) faz interessante estudo sobre a transformação do Estado, até o advento do Estado Liberal.

A construção do sujeito como portador de direitos e um novo arranjo da ordem política explicam, portanto, a transformação ocorrida na humanidade ocidental, a partir da Revolução Francesa, na linha do que menciona, inclusive, Canotilho (2003).

A Modernidade pressupôs, de fato, a subordinação do que é natural aos anseios do homem, sendo que o dito antropocentrismo refletiu-se, invariavelmente, na forma de expressão do Direito, que passou a tentar obter respostas únicas e absolutas para os mais variados aspectos da vida social, buscando, assim, um caráter de estabilidade perene.

Neste sentido, Cardoso (2010, p. 64) acresce que “na Modernidade, a ordem passa a ser vista não como algo natural, mas como algo artificial, criado pelo homem e manifestamente político e social: a comunidade e a ordem são criações humanas.”

A uniformidade de soluções decorrente da universalidade do pensamento humano é, portanto, a marca da Modernidade.

Uma série de acontecimentos (históricos, filosóficos, sociais e econômicos) ocasionou, no entanto, necessária mudança de paradigmas, influenciando decisivamente o modo como o ser humano passou a ver e vivenciar, especificamente, o Direito.

De fato, o grande desenvolvimento industrial, as consequências e os impactos gerados pela crescente intervenção humana no meio ambiente, o elevado desenvolvimento científico da Física – que oportunizou a criação da bomba atômica, a quebra dos padrões newtonianos de invariabilidade, com a descoberta da partícula-onda –, a Segunda Guerra Mundial e, finalmente, a globalização geraram a ambivalência e a incerteza no homem e na sociedade onde habita.

A Filosofia, por sua vez, seguiu tal mudança de paradigmas e, no que diz respeito especialmente à hermenêutica jurídica, do século XIX aos dias de hoje, foram de importância capital os estudos de Schleiermacher, Dilthey, Betti (no campo da hermenêutica clássica), Heidegger, Gadamer (no âmbito da filosofia hermenêutica), Apel, Habermas (defensores da hermenêutica crítica) e Ricoeur (representante da hermenêutica fenomenológica)³, apenas para fazer menção a alguns dos pensadores e linhas filosóficas dedicadas ao tema.

Estabeleceu-se, como fruto de todas essas mudanças, a assim intitulada Segunda Modernidade⁴, trazendo consigo a “sociedade de risco”⁵, incerta, insegura, ambivalente, sujeita a decisões contraditórias e conflitantes.

O Direito da primeira metade do século XX, em grande medida representado pelo Positivismo Jurídico e pela ideia de que a lei podia ser o sinônimo maior da previsibilidade, viu-se, então, em uma encruzilhada dogmática – encarando a sua própria deficiência, precisou reinventar-se. Por isso, Cardoso (2010, p. 75-76) sustenta:

[...] com o reconhecimento do risco e da ambivalência, abre-se a possibilidade tanto para um direito e uma democracia mais que tolerantes, num modelo inclusivista e fraterno, deliberativo e transparente, produtor de um direito pós-positivista moralmente correto, como forma de reduzir o risco ou mesmo de conferir maior racionalidade de decidir, para com este (risco) poder conviver; como também se abre espaço à exceção, ao reconhecimento de que, sem se possuir uma resposta adequada do direito positivo e da

3 Refugiria ao espectro de estudo do presente trabalho desenvolver mais linhas a respeito das diversas correntes filosóficas mencionadas, sendo de importância, no entanto, sua menção como forma de demonstrar a evolução do pensamento filosófico e seu impacto no Direito. Para um estudo mais aprofundado a respeito, leia-se Bleicher (2002).

4 Denominada, também, de Modernidade Reflexiva ou, ainda, Pós-Modernidade.

5 A expressão é de Beck (2003, p. 206).

tecnologia – e das dogmáticas teorias gerais do direito – ao risco, permitido estaria o arbítrio e a tomada de decisões excepcionais – entenda-se por excepcionais, decisões não submetidas ao direito.

O Direito precisou, em síntese, transformar-se para ter lugar na sociedade e no pensamento humano da Segunda Modernidade.

De um lado, então, surgiu a premência de uma legislação mais aberta e porosa, voltada à valorização dos princípios e ao prestígio da análise individualizada do caso concreto e de suas eventuais particularidades, daí a necessidade de conceder maior importância à hermenêutica jurídica.

Sucedeu, também, como natural consequência da aludida abertura legislativa (contendo, em regra, normas de caráter indeterminado), que o juiz deixou a clausura imposta pelo Positivismo Jurídico, que quase o transformou em um autômato, para aplicar a própria percepção em relação ao Direito⁶. Resultou, daí, o incremento da atuação judicial e o progressivo reconhecimento da importância das cortes constitucionais.

A partir de então, por outro lado, fez-se necessário o estabelecimento de critérios racionais para que a deliberação judicial não se resumisse ao arbítrio, ao subjetivismo e ao decisionismo⁷.

6 É por isso que Azevedo (2000, p. 136) disserta que “não mais se alimenta a ilusão iluminista do encontro da ‘clareza e segurança jurídica absolutas através de normas rigorosamente elaboradas’ assim como do estabelecimento de uma absoluta univocidade das decisões judiciais”.

7 Alexy (2011, p. 164-165) sustenta que o modelo decisionista, por meio do qual o juiz segue “única e exclusivamente, suas concepções subjetivas”, deve ser contraposto e superado pelo modelo fundamentado, o qual “distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação”, de modo tal que se deve concluir que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”.

A racionalidade das decisões dos órgãos judiciários e a correção normativa⁸ que daí advêm são, assim, de fundamental importância para conciliar o Direito com a Segunda Modernidade.

Em outras palavras, a fixação de paradigmas que impliquem o estabelecimento de padrões racionais para as razões de decidir do julgador tornou-se imperiosa, em tal contexto devendo estar inserido o aspecto relacionado à subjetividade do juiz.

Empenhando-se em explicar essa particularidade do Direito do século XXI, Silva (2011, p. 146-147) pontua:

O ponto de partida para um debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível.

O dever de racionalidade das decisões judiciais decorre, portanto, da forma como o Direito procura responder aos reclames sociais e jurídicos na atualidade, não havendo mais lugar para a transcrição da letra fria da lei nem para a prevalência de sentenças e acórdãos desprovidos de conciliação com o mundo fático e exarados sem preocupação com o estabelecimento de critérios previstos na ordem jurídico-normativa, ainda que não previstos, expressamente, na letra da lei.

Alexy (2005, p. 53-54), a propósito da premência de racionalidade das decisões judiciais, afirma:

Também algumas considerações [...] evidenciam como desejável uma clareza do que deve ser entendido por *argumentação racional*.

8 A propósito da correção normativa que deve acompanhar, necessariamente, qualquer decisão judicial, novamente leia-se Alexy (2005, p. 308-313). Para os efeitos do presente trabalho, é bastante dizer que a correção normativa tem lugar quando, entre várias possíveis soluções jurídicas para um caso concreto, é eleita aquela que é resultado de uma argumentação racional em um discurso ético.

[...] “o Direito... não se identifica com o conjunto de leis escritas”. O juiz não está, portanto, “constrangido [...] a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível”. A tarefa da aplicação do Direito pode “exigir”, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma *argumentação racional*. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então esta lacuna, segundo os critérios da *razão prática* e as “concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade”.

O presente artigo tem o escopo de fornecer alternativas (consideradas como premissas) para a racionalidade e para a correção normativa dos julgamentos relacionados à aplicação das sanções da Lei n. 8.429/1992, buscando amoldar tal instrumento legal ao Direito da Segunda Modernidade, de modo a garantir tanto a segurança jurídica que deve proporcionar uma decisão judicial quanto a certeza de que o caso posto à apreciação do Judiciário será analisado de acordo com as suas particularidades.

3 A Lei n. 8.429/1992 e as espécies de atos de improbidade administrativa⁹

A Lei de Improbidade Administrativa deu causa a notável incremento no combate à prática dos atos de corrupção, potencializado pelo fato de o direito anterior não conter o instrumental necessário para reprimir com eficiência condutas ímprobadas.

9 Os capítulos 3 e 4 do presente artigo foram inspirados em outra publicação deste autor, encontrada na edição n. 79, de julho de 2012, da revista eletrônica *Evocati* (www.evocati.com.br).

De fato, os dois principais instrumentos normativos que buscaram combater tais ilícitos foram a Lei n. 3.164, de 1.7.1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e a Lei n. 3.502, de 21.12.1958 (Lei Bilac Pinto)¹⁰, sendo ambas precedentes legislativos que vigoraram até a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e que foram por ela, expressamente, revogados.

Em razão dos ares democráticos que resultaram na Constituição da República de 1988 e, especificamente, tendo em mira o seu art. 37, *caput*¹¹, e §§ 4º e 5º¹², veio a lume a Lei de Improbidade Administrativa, contendo 25 artigos, insertos em 8 capítulos.

Tulio¹³ (2011, p. 152) comenta o advento da Lei n. 8.429/1992 da seguinte maneira:

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe referência expressa à moralidade (arts. 5º, LXXIII, e 37, *caput*). É da mesma constituição a utilização da expressão “improbidade administrativa” e a previsão de penalidades para aqueles que nela incorrerem (arts. 15, V, e 37, § 4º), o que levou à edição da Lei n. 8.429, de 1992.

10 Saliente-se que, antes, o Decreto-Lei n. 3.240, de 8.5.1941, já fizera previsão de sanções para atos de enriquecimento ilícito e lesivos ao Poder Público; no entanto, os dois instrumentos normativos mencionados foram os primeiros a serem editados na forma de lei e no curso de um processo legislativo democrático.

11 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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

12 Art. 37 [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º 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. [...]

13 A propósito de importante obra lançada pela Escola Superior do Ministério Público da União, intitulada *Questões práticas sobre improbidade administrativa*, da qual também participou Mello, logo em seguida também citado.

A Lei n. 8.429/1992, efetivamente, tornou certo que o combate à corrupção, além de ser um dever do Estado, mostra-se fundamental ao crescimento da sociedade brasileira, pois todo ato de improbidade administrativa é, a um só tempo, um desrespeito ao cidadão e à comunidade à qual ele pertence.

Por essa mesma razão, e como não poderia ser diferente, a Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu graves sanções em razão da prática de atos ímprobos, o que tornou de capital relevância o estudo do tema, fundamentalmente em benefício da racionalidade das decisões judiciais que digam respeito ao referido normativo legal.

O normativo em questão afastou, ainda, qualquer dúvida relacionada à possibilidade de ser questionado o mérito do ato administrativo¹⁴.

Por outro lado, ao se analisarem as penalidades, deve-se efetuar uma correlação entre as espécies, ou modalidades, dos atos de improbidade administrativa, constantes do Capítulo II (Dos Atos de Improbidade Administrativa) da referida lei, e subdivididas em três seções, entre os respectivos arts. 9º, 10 e 11.

Com efeito, o art. 9º e seus doze incisos cuidam dos atos de improbidade administrativa que ocasionam enriquecimento ilícito, tendo como premissa a transferência ilícita de patrimônio do Estado aos agentes públicos e/ou a particulares.

Por sua vez, o art. 10 e seus quinze incisos apresentam os atos ímprobos que causam danos ao erário, tendo como premissa a não

14 Freitas (2007) realizou relevante estudo sobre a importância da boa gestão da administração pública e premência de aprofundamento da sindicabilidade dos atos administrativos.

geração de enriquecimento ilícito, mas, de todo modo, prejuízo ao Estado.

Por fim, o art. 11 e seus sete incisos elencam as práticas ilícitas que contrariam os princípios da Administração Pública.

Em outras palavras, ainda que não ocorra enriquecimento ilícito nem dano ao erário, a conduta poderá ser considerada ímproba se houver violação aos princípios da Administração Pública.

Assim, percebe-se, desde logo, uma gradação das condutas ímprobadas previstas na Lei n. 8.429/1992, uma vez que o art. 9º prevê situações mais graves e danosas, o art. 11 possui menor potencialidade lesiva, e o art. 10 figura como intermediário entre os dois primeiros.

Por via de consequência, o art. 9º estabelece a aplicação de penalidades maiores, o art. 10, um pouco mais brandas, e o art. 11 apresenta-se como o dispositivo com previsão de penalidades ainda mais atenuadas.

Tal gradação, que diz mais respeito a um aspecto econômico-subjetivo do que propriamente moral, guarda necessários reflexos na aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

As três espécies de atos ímprobos são, de igual modo, uma violação aos preceitos morais de atuação de um gestor honesto, de modo que, aprioristicamente, não deveria haver gradação sob esse ponto de vista.

Veja-se, ainda, que, por vezes, o dano ao erário é maior que o enriquecimento ilícito, daí se extraindo a conclusão de que a Lei n. 8.429/1992 fez uma escolha, segundo a qual merece maior penalização o administrador público que teve a intenção de enri-

quecer ilicitamente do que aquele que, por ação ou omissão, gerou prejuízos ao aparelho estatal.

Feito um breve sumário a respeito da Lei n. 8.429/1992 e das modalidades de atos ímprobos, é a oportunidade de serem estudadas, em pormenores, as disposições relacionadas às penas do citado texto legal.

4 O art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Critérios legais para fixação das penas relacionadas à prática de atos de improbidade administrativa

O art. 12 da Lei n. 8.429/1992 estabelece as penalidades decorrentes das práticas de atos de improbidade administrativa arroladas nos arts. 9º, 10 e 11 e alinha as formas de gradação de tais penas, sob três aspectos.

O primeiro aspecto, como reflexo imediato do § 4º do art. 37 da Constituição da República de 1988, é o trazido pelos três incisos contidos no art. 12, cada um voltado aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa que fizeram menção às modalidades de atos ímprobos (arts. 9º, 10 e 11).

O art. 12 traz, assim, os critérios de ordem legal, a subsidiar o aplicador das penalidades previstas na Lei n. 8.429/1992.

Inicialmente, foram previstas as seguintes sanções para as três espécies de atos de improbidade administrativa antes aludidas: ressarcimento integral do dano (quando houver) e perda da função pública. Essas penalidades foram colocadas para todas as espécies de atos ímprobos.

Além disso, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio foi prevista, especificamente, para as condutas dos arts. 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992.

Em seguida, dispôs o inciso I do art. 12 – relacionado ao art. 9º –, a respeito da suspensão dos direitos políticos (de 8 a 10 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 meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos.

Por sua vez, o inciso II do art. 12 – atinente ao art. 10 – fez previsão da suspensão dos direitos políticos (de 5 a 8 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 meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

Por fim, o inciso III do art. 12 – correlacionado ao art. 11 – previu a suspensão dos direitos políticos (de 3 a 5 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 meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

Tem-se, portanto, que, para cada modalidade de ato ímprobo, houve a fixação de certos tipos de penalidades, de modo que, como já salientado, as mais leves são empregadas para o art. 11, as intermédias para o art. 10, e as mais severas para o art. 9º.

O segundo aspecto vem contido no *caput* do art. 12 (com a redação dada pela Lei n. 12.120, de 15.2.2009), autorizando que as sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 sejam aplicadas “isoladas ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

Assim, adveio permissivo legal para, no caso concreto, e levando em consideração a gravidade do ato ímprobo cometido, o Poder Judiciário entender descabida a imposição de uma ou, mesmo, de algumas das aludidas penas, o que, inclusive, já era autorizado pela jurisprudência, ainda que a questão fosse, de fato, controversa¹⁵.

O terceiro e último aspecto previsto textualmente na Lei de Improbidade Administrativa, tendente a auxiliar na aplicação normativamente correta das sanções decorrentes da prática de atos ímprobos, é aquele do art. 12, parágrafo único, que permite ao juiz levar em conta “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Diga-se, a propósito, que uma leitura apressada do aludido parágrafo único poderia levar ao entendimento de que suas respectivas disposições já estariam intuídas a partir da cabeça do dispositivo legal, que fez menção a aplicação, isolada ou cumulativa, com base na “gravidade do fato”.

A “gravidade do fato”, por sua vez, e sempre de acordo com o texto legal sob referência, poderia ser considerada tanto em razão da “extensão do dano causado” quanto em razão do “proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Ocorre, no entanto, que a “gravidade do fato” não se resume às duas hipóteses aludidas no parágrafo único do art. 12.

Efetivamente, é de ser lembrada desde logo a potencialidade lesiva, no meio social, decorrente da prática da conduta tida como ímproba, apenas para exemplificar e reforçar que o termo “gravi-

15 No sentido da não aplicação integral das penas contidas na Lei n. 8.429/1992, veja-se, por todas, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial n. 664.856/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 6.4.2006, DJ 2.5.2006, p. 253.

dade do fato” é mais abrangente do que as nuances contidas no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

Além do mais, fez-se necessário o destaque autônomo às situações previstas no citado parágrafo único, visto que não poderiam ser, de plano, aplicadas no caso de violação aos Princípios da Administração Pública (art. 11), dado que em tal caso não se discute o ganho patrimonial indevido do agente, nem a existência de dano ao Erário, o que configura outro motivo para reconhecer maior amplitude normativa à dicção do art. 12, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa.

O certo é que, nos casos de enriquecimento ilícito e de danos ao patrimônio do Estado, o juiz deverá considerar, necessariamente, o parágrafo único do art. 12 para aplicar, isolada ou cumulativamente, as penalidades decorrentes da prática dos referidos atos ímprobos.

Eis, portanto, os três aspectos previstos na Lei de Improbidade Administrativa para que o órgão julgador tenha condições de estabelecer critérios em prol da racionalidade de sua respectiva decisão condenatória¹⁶.

Sinteticamente, então, o julgador, ao ter como certa a prática de um ato ímprobo, deve aplicar as penalidades correlatas previstas no art. 12, isolada ou cumulativamente, levando em conta a gravidade do fato (art. 12, *caput*) e, quando for o caso, a extensão do dano causado e/ou o enriquecimento ilícito auferido (art. 12, parágrafo único).

Não se pode deixar de reconhecer que, em linha de princípio, intensifica-se o controle a ser exercido na imposição das san-

16 O estudo da aplicação das penas da Lei n. 8.429/1992, com a realização da gradação ora exposta e proposta por este autor, a ocorrer de modo sucessivo e em três etapas, ainda não foi realizado pela doutrina especializada.

ções previstas na Lei n. 8.429/1992 e, mais ainda, estabelecem-se padrões iniciais de racionalidade das decisões judiciais respectivas.

No entanto, o art. 12 não exaure, por si só, o rol de critérios que podem ser utilizados para que os julgamentos condenatórios em razão de atos de improbidade administrativa sejam dotados de correção normativa. É o que se procurará demonstrar em seguida.

5 Outros critérios a serem considerados para a aplicação racional das sanções decorrentes de atos ímprobos

Além dos padrões contidos, expressamente, na Lei de Improbidade Administrativa, o fato é que um sem número de outras particularidades e circunstâncias fáticas ocorrem, e sobre essas os órgãos do Poder Judiciário precisam debruçar-se e, mais ainda, a propósito delas, realizar valoração e ponderação ao aplicarem as penalidades da citada lei.

E assim deve mesmo acontecer, visto que um único artigo de lei não poderia ter a pretensão de ser exauriente a respeito, principalmente quando se atina com o grande número de figuras ilícitas pontuadas na Lei n. 8.429/1992, boa parte delas de cunho semântico aberto.

O presente artigo propõe, então, em benefício da maior racionalidade na imposição das penas relacionadas a atos ímprobos, que também sejam consideradas a potencialidade lesiva do ilícito no meio social e a forma de aplicação da pena-base (com a consideração das agravantes e atenuantes, inclusive), estabelecida no Código Penal.

Diversos outros parâmetros podem, ainda, de plano, ser lembrados, a exemplo da intensidade do dolo e do grau de relevância do cargo ocupado pelo agente público¹⁷. Contudo, não se falará deles

17 Mello (2011, p. 206-210) chega a elencar nove parâmetros, a saber: elemento volitivo, contumácia do agente, grau de importância e relevância do cargo público

neste momento porque, em grande medida, tais critérios encontram-se abarcados, e outros mais são previstos no estudo dos arts. 59 a 67 do Código Penal, a seguir realizado. Basta que se reforce, por ora, que devem, também, ser levados em consideração, ao serem aplicadas as sanções correspondentes às condutas ímprobas, mas vistos sob um contexto maior, proposto exatamente no presente artigo.

Por outro lado, poucos operadores (ou quase nenhum) do Direito dissertaram acerca da potencialidade lesiva do ato ímprobo no meio social e da análise das circunstâncias previstas para a aplicação da pena-base, além das agravantes e atenuantes do Código Penal.

Este fato, aliado à enorme subjetividade que ainda cerca a imposição das penas da Lei n. 8.429/1992, desmerecendo a própria função judicial, inclusive¹⁸, proporciona o estudo mais aprofundado dos critérios referenciados.

5.1 A potencialidade lesiva do ato de improbidade administrativa no meio social

Já houve a ocasião de mencionar a potencialidade lesiva que um ato ímprobo impõe ao meio social, ou porque denota o menoscabo de quem pratica o ilícito em relação aos seus concidadãos, ou porque demonstra a ineficácia do Estado em combater o malfeito, ou mesmo porque reforça à comunidade atingida a ideia, sempre presente, de que a impunidade é o resultado necessário e natural para quem desfalca o patrimônio público.

do agente, consecução do interesse público a despeito da prática do ato ímprobo, gravidade do dano praticado, reparação do dano, valor do patrimônio ilícito auferido, punição na esfera administrativa e eventual colaboração do agente para a cabal elucidação dos fatos.

18 Em razão, como já dito, da insegurança jurídica e da ausência de correção normativa decorrentes de julgamentos que expressam, no mais das vezes, um entendimento meramente empírico das questões analisadas pelo julgador.

O certo é que a potencialidade lesiva pode bem ser levada em conta como outro critério para a racionalidade da imposição das sanções decorrentes de atos ímprobos.

Em um sem número de ocasiões, os atos de improbidade administrativa acontecem por meio da conduta de administradores públicos que, apartando-se de velar pela conservação do patrimônio público, passam a geri-lo como se estivessem lidando com seus próprios negócios particulares, aproveitando-se, inclusive, da quase inexistente participação popular, a revelar a ausência do exercício da cidadania.

Por igual razão, Agra (2005, p. 18) assevera:

Uma condição imperiosa para a construção de uma sociedade estruturada sobre valores republicanos é a necessidade de que a atuação política dos cidadãos seja virtuosa, pautada no escopo da obtenção do bem comum ao invés de almejar a realização de interesses privados. Outra condição é que a população deve ter responsabilidade pelas escolhas tomadas pelo Estado, partindo da concepção de participação política como um poder-dever de todos. Os cidadãos têm o direito de formar seu autogoverno, decidindo que tipo de sociedade querem construir.

As “políticas” do empreguismo e do nepotismo, o direcionamento de licitações, o superfaturamento dos bens e serviços adquiridos pelos entes públicos ou, simplesmente, a má gerência da coisa pública dão conta não apenas de um manifesto desprezo pelas funções exercidas pelos administradores públicos, mas também, e principalmente, de um desdém à comunidade onde estão inseridos.

A propósito, a necessidade de existência de um efetivo sentimento republicano no trato e na administração da máquina estatal foi apontada, originalmente, por Ataliba (2007, p. 37-38), em obra que permanece atual, por meio da qual assentou:

Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia [...] e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico.

Assim, funciona ele como alicerce de toda a estrutura constitucional, pedra de toque ou chave de abóboda do sistema.

Por tudo isso, perscrutar a potencialidade lesiva causada ao meio social por um ato de improbidade administrativa é de fundamental importância para que o órgão julgador aquilate, com maior precisão e racionalidade, as penas a serem aplicadas e a sua respectiva quantidade.

Trata-se de imperativo decorrente, mais ainda, do fato de que o juiz não decide isolado (mesmo que assim se compreenda) do ambiente social em que vive.

A neutralidade judicial, por certo, não existe, porque o juiz é parte da sociedade e, de resto, julga situações concretas e seres não abstratos.

É por isso que Azevedo (2000, p. 161) sustenta:

A decisão justa só se encontra entendendo a razão das partes, quaisquer que sejam estas, buscando-se a qualificação jurídica dos fatos tendo em vista o contexto em que se inscrevem, vale dizer, mediante uma valorização global dos dados fáticos e jurídicos ensejados pela espécie, confrontando-os com os interesses sociais e prefigurando os efeitos que irá produzir na vida concreta dos homens.

Há outro aspecto a ser mencionado: a Lei n. 8.429/1992 e a ação judicial dela derivada buscam defender e resguardar não apenas o patrimônio público, mas também o interesse público primário consistente na defesa da probidade administrativa, observada em seu sentido mais amplo.

A defesa dos interesses estatais em tal seara, portanto, constitui direito difuso¹⁹ por natureza²⁰ e, assim, interessa a todos os que pertencem à mesma comunidade do gestor público²¹.

A potencialidade lesiva da prática ímproba na sociedade na qual ocorrem os ilícitos se dão é, então, um critério não apenas importante, como também necessário para a correta aplicação das penalidades da Lei n. 8.429/1992.

Importante desdobramento disso é a previsão, nas ações decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa, de pedido expresso quanto à imposição de valores a propósito do dano moral coletivo causado ao meio social dos agentes ímprobos, o que é admitido pela jurisprudência nacional, inclusive²².

Isso implica dizer que tanto é possível e lícita a consideração da potencialidade lesiva do ato de improbidade administrativa no meio social, que o juiz pode levá-la em consideração, seja ao aplicar as pena-

19 O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990) delimita o que vem a ser um direito difuso, em seu art. 81, parágrafo único, inciso I, no sentido de que são interesses ou direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

20 Não se quer dizer que o patrimônio do Estado, em si mesmo considerado, é um direito difuso, mas sim que o é o direito à probidade administrativa, corporificado desde o Texto Magno (art. 37, *caput*), por meio dos princípios que regem a Administração Pública.

21 MAZZILLI, 1999, *passim*.

22 Vejam-se, a propósito, e apenas a título meramente exemplificativo, arestos emanados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Apelação Cível 200843000052422, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, j. 26.7.2011, e-DJF1 5.8.2011, p. 29), do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Agravo de Instrumento 361042, Sexta Turma, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 17.12.2009, e-DJF3 Judicial 1 26.01.2010, p. 546), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Apelação Cível 200370020103120, Quarta Turma, Rel. Desembargador Federal Valdemar Capeletti, j. 22.4.2009, de 18.5.2009) e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Cível 437541, Primeira Turma, Rel. Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, j. 14.1.2010, DJE 28.1.2010, p. 106).

lidades contidas na Lei n. 8.429/1992, seja ao dar cabimento ao pleito de dano moral coletivo.

O ato ímprobo, enfim, não se resume à dilapidação do patrimônio nem ao eventual enriquecimento ilícito do agente público e, eventualmente, do particular.

O ato ímprobo é, antes de tudo, macula imposta ao meio social, o que deve ser levado em conta para a aplicação racional das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Decorridos 20 anos desde a edição da Lei n. 8.429/1992, é premente que advenha o entendimento de que se trata de instrumento normativo em defesa da sociedade, porque nenhum ato de corrupção passa incólume, sem carregar em seu âmagô a chaga do desprezo ao outro.

A Lei de Improbidade Administrativa não se resume a um tecnicismo jurídico, a uma formalidade legislativa. É, antes de tudo, e assim se deve considerar, o símbolo máximo do clamor social em busca da probidade na condução da *res publica*.

5.2 A aplicação da pena-base e das circunstâncias agravantes e atenuantes do Código Penal

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) elenca os atos de improbidade administrativa, na mesma forma de redação consagrada para a previsão dos tipos penais.

Com efeito, a análise dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa aponta que, depois de uma cláusula genérica contida na cabeça de tais dispositivos, um grande número de práticas ilícitas são arroladas em seguida.

A diferença fundamental entre os tipos criminais e as condutas consideradas ímprobas é que, no Direito Penal, os ilícitos não admitem analogia nem interpretação extensiva, por outro lado, na Lei n. 8.429/1992, os atos ímprobos elencados são meramente exemplificativos, ou seja, foram previstos em *numerus apertus*.

Discorrendo sobre a abertura das cláusulas que delimitam os atos ímprobos, Moraes (2002, p. 325) formula o seguinte pensamento:

Observe-se que a tipificação dos atos de improbidade administrativa, por serem de natureza civil, são descrições mais genéricas e conceituais do que as exigidas pelo Direito Penal, possibilitando uma interpretação mais construtiva por parte da doutrina e jurisprudência.

De toda forma, a similitude redacional, aliada ao fato de que, na grande maioria das vezes, um ato de improbidade administrativa também possui efeitos no âmbito penal, ocasiona uma necessidade de análise conjunta e uniforme, nas esferas cível e criminal.

O estabelecimento de decisões judiciais antagônicas em relação aos mesmos fatos, unicamente porque um órgão julgador analisou o crime, e outro, o ato ímprobo, constrange a correção normativa com que se deve pautar o Judiciário e, mais ainda, propaga as já aludidas (e combatidas) ideias do subjetivismo e do decisionismo judicial.

Por esse mesmo motivo, Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 825-826), no âmbito da análise da imposição das penas no Direito Penal, mas em lição perfeitamente aplicável ao presente estudo, sustentam:

Ao não deixar clara a função da pena, toda discussão a seu respeito reflete-se, invariavelmente, sobre os critérios para a sua determinação e quantificação, o que, também invariavelmente, se traduz numa anarquia interpretativa que não tinha sido objeto de uma sistemática análise, especialmente à luz dos princípios do direito penal constitucional. [...]

O nosso código atual [...] deixa uma considerável margem de atuação ao magistrado. [...] não se pode deixar de reconhecer ser bastante ampla a apreciação judicial, o que o obriga a fundamentar, necessariamente, a individualização que faz da pena na sentença, não sendo, em absoluto, suficiente uma menção genérica aos artigos do código penal, que não torna perfeitamente conclusiva a razão que levou o magistrado a assim decidir, no caso concreto.

É preciso, portanto, racionalizar a *ratio decidendi* quando, principalmente e com ainda mais gravidade, o juiz encontra-se diante de uma conduta que gera consequências, a um só tempo, tanto sob a ótica civil quanto sob a ótica penal.

Neste sentido, a Lei n. 8.429/1992, como já se demonstrou neste artigo, não fixou parâmetros outros, além daqueles textualmente previstos em seu art. 12.

O Código Penal, por sua vez, pormenorizou o que deve ser tomado em linha de conta pelo julgador para a fixação da pena-base (arts. 59 e 60) bem como fez constar as circunstâncias agravantes (arts. 61 a 64) e atenuantes (arts. 65 e 66), tudo a implicar a necessária modificação do *quantum* da pena. Fixou, ademais, regra no caso do concurso de agravantes e atenuantes (art. 67).

Ditas disposições criminais constituem-se, assim, em importante paradigma para a fixação das sanções da Lei n. 8.429/1992, consagrando a expressão segundo a qual, onde estão presentes as mesmas situações de fato, devem acontecer iguais razões de decidir.

De fato, o art. 59 do Código Penal faz alusão a uma série de critérios que bem podem ser usados no âmbito da fixação de sanções pelo cometimento de atos ímprobos.

Mencionam, então, os arts. 59 e 60 do Código Penal a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos, circunstâncias e consequências do crime, além

do comportamento da vítima e, enfim, a situação econômica do réu, como critérios a serem considerados pelo juiz para, no que toca ao interesse do estudo da Lei n. 8.429/1992, escolher as penas aplicáveis ao caso e a sua respectiva quantidade.

Detalhando, ainda mais, os paradigmas para a fixação da pena, o Código Penal elenca as circunstâncias agravantes e atenuantes.

São, então, circunstâncias agravantes (art. 61 do Código Penal):

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher [...];

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

No caso de concurso de pessoas (art. 62 do Código Penal), ainda são previstas agravantes a quem:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Por sua vez, são circunstâncias atenuantes (art. 65 do Código Penal):

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

É prevista, ainda, uma atenuante genérica (art. 66 do Código Penal) “[...] em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei”. Por fim, no concurso entre agravantes e atenuantes, a pena deve ser aplicada de acordo com as

circunstâncias preponderantes, quais sejam, aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67 do Código Penal).

Defende-se, no presente estudo, que a mesma construção mental realizada pelo juiz, por ocasião da análise de um ilícito sob a ótica criminal, pode ser realizada quando esse ilícito é sindicado na esfera da improbidade administrativa.

É certo que as nuances penais indicam que nem todos os critérios previstos no Código Penal poderão ser considerados para a imposição das sanções da Lei de Improbidade Administrativa²³, mas tal constatação não infirma a racionalidade que advirá em benefício das decisões judiciais – antes, apenas demonstra que o juiz precisará observar as particularidades de cada modalidade de processo (cível ou penal) para aplicar a sanção normativamente correta ao caso colocado sob sua apreciação.

Para a Lei n. 8.429/1992, o uso dos critérios contidos no Código Penal com vistas na fixação da pena é, portanto, medida em benefício da racionalidade das decisões judiciais.

Garante-se, também, a segurança jurídica gerada com o uso de critérios semelhantes nas esferas cível e penal, evitando-se a perplexidade de uma análise, pelo mérito, contraditória.

Passadas duas décadas de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, é fundamental que o Judiciário elimine, tanto quanto possível, os subjetivismos que ocasionam, unicamente, a perda de prestígio da função jurisdicional, para trilhar o caminho da racionalidade e da correção normativa.

23 Tome-se, como exemplo, a agravante relacionada à prática do crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

6 Conclusões

O presente artigo teve o objetivo de contribuir para o incremento da racionalidade e da correção normativa das decisões do Poder Judiciário, no âmbito da aplicação das penalidades contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

Apontou-se que a Lei n. 8.429/1992 não deve ser analisada em dissociação de uma visão relacionada à existência da Segunda Modernidade e da presença de relações sociais ambivalentes.

Superado ficou, então, o Positivismo Jurídico e, por conseguinte, as amarras por ele impostas, em prol de um Direito aberto à análise individualizada do caso concreto e de suas nuances.

Neste contexto, o juiz deixou de ser apenas o representante estatal a realizar uma atividade meramente silogística, para aplicar o seu próprio pensamento, ao tomar suas decisões, sem descurar do fato de que o julgador não é ideologicamente neutro.

Tornou-se premente, a partir de então, estabelecer critérios e fixar padrões, de modo a garantir a racionalidade dos posicionamentos do Judiciário e evitar práticas judiciais subjetivistas.

Neste sentido, e no âmbito específico da Lei n. 8.429/1992, um primeiro aspecto a ser considerado, na busca da aplicação racional das sanções decorrentes de atos ímprobos, é o teor do seu respectivo art. 12, o qual estabelece parâmetros para tanto.

Verificou-se, no entanto, que a correção normativa, no que toca à imposição das penas correspondentes à prática de atos de improbidade administrativa, não se resume à observância do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, dado o grande número de situações de fato e, mesmo, problemas de natureza jurídica, não abarcados pelo aludido dispositivo legal.

Por isso mesmo, a análise da potencialidade lesiva do ato ímprobo no meio social onde praticado, de um lado, e a consideração das particularidades que ensejam a aplicação da pena-base e das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no Código Penal, de outro lado, são critérios que podem ser usados para incrementar a correção normativa das decisões exaradas em razão de penalidades aplicadas no âmbito da Lei n. 8.429/1992.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O princípio da dignidade da pessoa humana, as sanções da lei de improbidade administrativa e a aplicação da regra da proporcionalidade – Uma correlação necessária. *Revista Evocati*, n. 79, jul. 2012. Disponível em http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=549. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. A construção dos direitos constitucionais. Tradução de Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior, disponível para *download* em http://works.bepress.com/cgi/sw_config.cgi?context=silvio_amorim_junior/1. *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, 1. ed., Art. 2, The Berkeley Electronic Press, 2010, p. 21-32. Disponível em: <http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art2>.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. São Paulo: Unesp, 2003.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1995.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA, Ageu Florência da. A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel et al. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SPITZCOVSKI, Celso. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

TÚLIO, Denise Vinci. Ação de improbidade contra prefeito: estudo da jurisprudência superior. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Improbidade administrativa – da aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos atos praticados por agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade

Marília Oliveira Araújo

Assessora na Procuradoria da República do Maranhão.
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

Resumo: A Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, representa um dos mais importantes instrumentos de combate à corrupção pública. O seu texto, além de prever a tipologia dos atos de improbidade e de impor rigorosas sanções ao agente ímprobo, estabeleceu um amplo espectro de incidência, sujeitando ao seu regime todos os agentes públicos e também os particulares que, de alguma forma, se relacionam com a Administração Pública. Sua aplicação, no entanto, tem sofrido algumas restrições, especialmente no que toca à incidência da Lei em relação aos agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade. A tese da inaplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos ganhou relevância após o julgamento da Reclamação 2.138/DF, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte Suprema decidiu pelo afastamento da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, por entender que a Constituição Federal não admite a concorrência entre o regime de responsabilidade previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950), todos da Constituição Federal. O presente artigo apresenta os argumentos defendidos por ambas as opções teóricas, buscando apresentar para o caso soluções jurídicas que garantam máxima efetividade ao princípio da probidade administrativa e ao princípio republicano.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Crime de Responsabilidade. Responsabilização dos agentes públicos. Agentes políticos.

Abstract: Law 8.429/1992, “Law of Administrative Improbability”, represents one of the most important tools to combat public cor-

ruption. The text of the law, in addition to providing the typology of acts of misconduct and impose strict sanctions on unrighteous agents, established a wide spectrum of incidence, subjecting to its regime all public and also private individuals who, in some way, relate to Public Administration. Its application however, has suffered some restrictions, especially with regard to the incidence of the Law in relation to the political agents who are responsible for criminal liability. The thesis of the inapplicability of the Law of Improbability to agents gained political significance after the trial of the Complaint 2.138/DF held by the Supreme Court, in which the Supreme Court decided on the seclusion of Law 8.429/1992 in relevance to political agents, understanding that the Federal Constitution admits no competition between the liability regime provided in art. 37, § 4 (regulated by Law 8.429/1992), and the rules laid down in art. 102, I, c (governed by Law 1.079/1950), all of the Federal Constitution. This paper will present the arguments used by both theoretical options, seeking to provide appropriate legal solutions that ensure maximum effectiveness of the principle of administrative probity and the republican principle.

Keywords: Administrative Improbability. Liability crime. Responsibility. Accountability of Public Officials. Political agents.

Sumário: 1 Introdução. 2 Improbidade administrativa: aspectos históricos e tratamento constitucional. 2.1 A corrupção na experiência brasileira: esboço histórico e evolução normativa do combate à improbidade administrativa. 2.2 Situando a probidade administrativa no terreno constitucional: novos paradigmas constitucionais e princípio republicano. 3 Da possibilidade de incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem por crimes de responsabilidade. 3.1 Da coexistência dos sistemas estatuídos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 e da possível ocorrência do vedado *bis in idem*. 3.1 Da coexistência dos sistemas estatuídos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 e da possível ocorrência do vedado *bis in idem*. 3.2 Da usurpação de competência dos tribunais superiores e do esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida aos agentes políticos. 3.3 Do argumento da violação ao princípio da isonomia. 3.4 Da falta de total correspondência entre os atos de improbidade qualificados pela Lei n. 8.429/1992 e os tipos previstos na Lei n. 1.079/1950 - os efeitos práticos dessa incongruência. 4 Conclusão.

1 Introdução

A corrupção constitui antigo fenômeno social que tem permeado a história política do Brasil desde os tempos da colonização, mas que mereceu destaque no cenário nacional após a Constituição Federal de 1988, que, com uma carga axiológica calcada em princípios éticos, alterou o eixo do constitucionalismo brasileiro e introduziu importantes alterações voltadas para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito preocupado com a satisfação das necessidades de seus cidadãos e com a tutela da higidez administrativa.

Assim é que a Constituição de 1988, ao consagrar um riquíssimo catálogo de direitos fundamentais, estabeleceu também o controle dos atos públicos como objetivo do Estado, prevendo, em seu art. 37, § 4º, a responsabilização de todos os agentes públicos por ato de improbidade administrativa.

Com efeito, deve-se reconhecer que a corrupção pública é ato ilícito violador dos direitos da pessoa humana, pois a má gestão dos recursos públicos compromete sobremaneira a plena execução material dos direitos prestacionais devidos pelo Estado, e que são responsáveis por garantir ao indivíduo o mínimo de dignidade e respeitabilidade, a exemplo do direito à vida, à saúde, à moradia, entre outros.

É nesse contexto de enfrentamento da corrupção pública e de controle dos atos públicos, que foi editada a Lei n. 8.429/1992, a chamada “Lei de Improbidade Administrativa”, em vigor a partir de 3 de junho de 1992, para regulamentar o dispositivo do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, especificando os atos de improbidade administrativa e cominando sanções respectivas.

É, portanto, a Lei de Improbidade Administrativa instrumento normativo fundamental para consecução dos objetivos constitucio-

nais previstos para a Administração Pública, na medida em que contribui para a existência de uma administração proba, buscando-se resguardar o patrimônio público em seu sentido amplo, tanto no aspecto material quanto moral.

Desse modo, a Lei n. 8.429/1992 impõe aos administradores e administrados estrita observância aos princípios que regem a Administração Pública, entre os quais se destacam os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Sucedem que o referido diploma, embora represente um importante avanço no combate aos atos violadores dos princípios basilares da Administração Pública, não está a salvo de severas críticas, sendo sustentada por alguns a tese da não incidência da Lei n. 8.429/1992 quando o agente político também puder ser responsabilizado pela prática de crime de responsabilidade.

A tese acima ganhou relevância quando o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar acerca do tema nos autos da Reclamação n. 2.138-6/DF (BRASIL, 2008c), deixou assentado o entendimento de que os Ministros de Estado, típicos agentes políticos, não se submetem ao regime da Lei n. 8.429/1992, mas exclusivamente ao da Lei n. 1.079/1950, sob o fundamento de que a Constituição Federal não contemplou a concorrência desses dois sistemas de responsabilidade para os agentes políticos.

Não obstante, destaca-se que parte significativa da doutrina¹ defende posição contrária, pugnando pela integral aplicação da lei aos atos praticados por agentes políticos, sustentando, em síntese, a

1 São exemplos de doutrinadores que defendem a incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos Miranda (2006), Garcia, M. (2007), Martins Junior (2009), entre outros.

autonomia das esferas de responsabilização e a violação ao princípio da isonomia.

Argumentam, ainda, que o afastamento da Lei n. 8.429/1992 dos atos ímprobos praticados por agentes políticos resultaria na criação de um sistema de imunidade em favor dessa categoria de agentes públicos, tornando atípicas, em relação a estes, as condutas ilícitas contempladas apenas pela Lei de Improbidade, e não tipificadas como crime de responsabilidade.

Ante esse controverso cenário, a presente pesquisa propõe a realização de detida análise dos fundamentos de ordem legal e constitucional que sustentam as teses formuladas, buscando, desse modo, gerir as possibilidades oferecidas pela Lei n. 8.429/1992, a fim de que seja conferida máxima efetividade ao princípio republicano e ao princípio da probidade administrativa.

Tentando superar as dificuldades singelamente apontadas, ressaltar-se-ão, por primeiro, os aspectos históricos que envolvem o problema da improbidade administrativa, perquirindo, brevemente, as razões de sua origem e manutenção até os dias atuais, realizando, ainda, sucinta análise acerca da evolução legislativa dos instrumentos de combate à corrupção pública.

Buscar-se-á, também, situar a probidade administrativa no terreno constitucional, analisando o delineamento geral que a Constituição Federal de 1988 ofereceu ao tema em questão.

Por fim, serão cotejados os argumentos apresentados pelas correntes teóricas em oposição, discutindo-se, neste ponto, a possibilidade de coexistência dos sistemas de responsabilização previstos na Lei n. 8.429/1992 e na Lei n. 1.079/1950.

2 Improbidade administrativa: aspectos históricos e tratamento constitucional

2.1 A corrupção na experiência brasileira: esboço histórico e evolução normativa do combate à improbidade administrativa

A corrupção é fenômeno social de ocorrência histórica, que remonta aos tempos do descobrimento e continua a permear o cenário nacional nos dias atuais, sendo possível sustentar que se vive no Brasil mais de quinhentos anos de corrupção (HABIB, 1994).

Tal afirmação encontra fundamento em documentos históricos e em textos literários, que apresentam a corrupção como antigo problema social brasileiro, cuja origem tem íntima relação com o processo de colonização experimentado pelo País (GARCIA; ALVES, 2008).

Para os que aqui aportaram, a colônia brasileira constituía mero apêndice da metrópole portuguesa, de onde se deveria extrair o máximo de riqueza possível e então remetê-la para o além-mar, sem manter com a terra descoberta qualquer compromisso moral ou ideológico (RONZANI, 2007).

Com efeito, a colonização do Brasil seguiu um padrão eminentemente espoliador, em que se colimava somente o que fosse potencial ou efetivamente lucrativo, não sendo cultivado, por parte dos colonizadores, qualquer pensamento ou reflexão que objetivasse o desenvolvimento de um projeto de nação.

Acerca desse particular aspecto da formação histórica do país, o professor Holanda (2006, p. 40), no clássico *Raízes do Brasil*, afirma, a respeito da realidade colonial brasileira, que “o português

vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho.”

Demais disso, adotou-se no Brasil o modelo de Estado patriarcal profusamente contaminado pelo coronelismo e clientelismo, elementos que marcaram a estrutura sociopolítica nacional e que foram determinantes para a instituição de uma “cultura de corrupção” desenvolvida na sociedade.

Para melhor compreensão do tema, transcrevem-se os seguintes ensinamentos de Barboza (2007, p. 16):

Quanto à realidade na colônia, fácil é ver que ali vigorava também uma forma de patrimonialismo, observando-se, claramente, a apropriação privada do “âmbito público” – se assim se pode dizer –; melhor: a propriedade compartilhada da colônia pelos donatários das capitâneas hereditárias. Um sistema patrimonialista não permite distinção entre o público e o privado; é um sistema de dominação em que a riqueza vai sendo distribuída como patrimônio pessoal do governante. Comumente aparece acompanhado de uma estrutura de relações clientelistas, já que a riqueza pode ser distribuída de maneira não equitativa em troca de prestações, favores ou apoio político.

Assim era no Brasil. Patrimonialismo e clientelismo se complementavam. E essa estrutura sócio-política subsistiria mesmo após a Independência e a modernização institucional ocorrida na sequência. Mais: seus elementos perdurariam, ainda, no decorrer dos séculos XIX e XX.

Destarte, é imperioso reconhecer que a forma pela qual se desdobrou a dominação portuguesa, “acentuadamente centralizadora e despojada da intenção de forjar qualquer pacto político, aderida à opção patrimonialista” (RONZANI, 2007, p. 72), deixou marcas na sociedade brasileira e criou um ambiente propício à proliferação de práticas administrativas lesivas aos interesses da coletividade.

Nesse sentido, disserta Martins Junior (2009, p. 2) acerca do processo de banalização dos desvios de conduta no habituério político nacional:

A deturpação tradicional do poder disseminou na sociedade brasileira a inconveniente, insuportável e incômoda cultura da improbidade administrativa, pela qual os maiores e mais gritantes escândalos eram vistos com passividade geral como decorrência da naturalidade das coisas, como se fossem absoluta, elementar e naturalmente lícitos aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, o malbaratamento dos recursos do erário, o vilipêndio aos princípios da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais. Causas inúmeras (algumas atávicas, implantadas na fase do colonialismo português) contribuíram para esse estado de coisas, notadamente porque o Estado brasileiro é excessivamente tutelar, demasiadamente burocrático e radical interveniente no atacado e no varejo das relações sociais.

Cumprе ressaltar, todavia, que a cultura da corrupção instituída no seio da sociedade não encontra origem exclusivamente na herança colonial deixada pelos portugueses, mas em um complexo conjunto de fatores, que, associados, faz com que o Brasil ocupe hoje o 75º lugar no *ranking* internacional da corrupção², ao lado de países como a Colômbia e o Suriname.

Martins Junior (2009, p. 5) reconhece que “a corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos brasileiros”, mas acrescenta que a tolerância da sociedade com práticas imorais, a

2 O *ranking* internacional da corrupção é um estudo divulgado anualmente pela ONG Transparência Internacional, instituição criada em 1993 por um grupo de ex-executivos do Banco Mundial e que se dedica à luta contra a corrupção e à transparência nas transações comerciais e financeiras no âmbito mundial. O *ranking* é elaborado considerando o Índice de Percepção de Corrupção, que varia entre 0 e 10 pontos, em que o escore 10 indica menor grau de corrupção. Conforme a pesquisa divulgada em novembro de 2009, o Brasil ocupa a 75ª posição, considerando um universo de 180 países, tendo o Brasil recebido a pontuação de 3,7 escores (Transparency International, 2009).

excessiva intervenção do Estado na esfera privada e os vícios que historicamente macularam o processo eleitoral brasileiro também dão causa à nefasta cultura da corrupção semeada no Brasil.

No mesmo sentido, Miranda (2007) afirma que concorrem para a manutenção da cultura de corrupção disseminada no país a aceitação como normal de algumas condutas ilícitas reiteradamente praticadas por agentes estatais, a exemplo da utilização de automóveis públicos para fins particulares, além da falta de uma política inflexível de prevenção, combate, controle e punição de tais práticas lesivas.

De outro lado, é importante destacar que a corrupção, além de ostentar causas múltiplas para sua origem e manutenção, é um fenômeno que se manifesta em diferentes setores da sociedade, incidindo não apenas no âmbito público mas também na esfera particular.

Destarte, é imperioso reconhecer que a corrupção privada figura ao lado da corrupção pública “como uma das espécies da corrupção em sentido amplo” (MIRANDA, 2007, p. 119).

Ressalta-se, por oportuno, que o presente trabalho não tem o objetivo de discutir as origens e os efeitos da corrupção disseminada no âmbito privado, razão pela qual se buscará investigar apenas as questões que envolvem a problemática da corrupção no setor público, especialmente no que se refere aos atos qualificados como de improbidade administrativa.

Embora a corrupção incida de maneira igualmente grave no setor privado, é na esfera pública que seus efeitos se exacerbam, na medida em que a Administração Pública e seus agentes devem respeito absoluto aos princípios prescritos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e aos demais princípios decorrentes do sistema, sob pena de comprometerem o funcionamento da

administração e a plena execução dos direitos prestacionais devidos pelo Estado (MIRANDA, 2007).

Acerca dos custos sociais da corrupção, Garcia e Alves (2008, p. 22) afirmam:

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e o comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.

E por acarretar efeitos tão gravosos à higidez e manutenção do Estado, a corrupção pública constitui preocupação comum entre os povos civilizados desde os tempos antigos, merecendo destaque a Lei das XII Tábuas, que impunha a pena capital aos magistrados que mercadejavam com a função, representando, desse modo, “o primeiro traço de combate à corrupção entre os romanos” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 162).

No Brasil, o instrumento normativo que pioneiramente estabeleceu sanções para os agentes públicos que chatinavam interesses particulares em razão do exercício da função pública foram as Ordenações Filipinas³, que, ao vedarem o recebimento de vantagens por parte dos Oficiais da Justiça e da Fazenda, cominavam aos infratores a pena de perda do ofício, além de obrigá-los ao paga-

3 Compilação jurídica resultante da reforma do código manuelino ocorrida em consequência do domínio castelhano no território português, e que constituiu a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, tendo, algumas de suas disposições, permanecido em vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

mento de multa correspondente a vinte vezes o valor que recebera na negociata⁴ (GARCIA; ALVES, 2008).

Retrocedendo no tempo e analisando a evolução legislativa dos instrumentos de combate à corrupção pública, vê-se que há muito o legislador pátrio tem tentado implementar uma disciplina repressiva de contenção da improbidade administrativa, o que indica um compromisso do Estado com a censura a essas práticas perniciosas (MARTINS JUNIOR, 2009).

No âmbito constitucional, apenas a Carta de 1824 (BRASIL, 1824) consagrou a irresponsabilidade absoluta do Imperador⁵, enquanto “todas as constituições republicanas previram a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade da administração” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 165).

Resta claro, portanto, que a ideia de responsabilização dos agentes públicos é intrínseca ao modelo republicano e à própria democracia.

Corroboram o entendimento acima os argumentos deduzidos por Bertoincini (2007, p. 20), a seguir transcritos:

As Constituições Republicanas, de um modo geral, sempre reservaram espaço para a defesa da probidade administrativa, prevendo-

4 Assim diz o Título LXXI do Livro V das Ordenações Filipinas, transcrito parcialmente: “Defendemos a todos os Dezembargadores e Julgadores, e a quaesquer outros Officiaes, assi da Justiça, como da nossa Fazenda, e bem assi da nossa Caza, de qualquer qualidade que sejam, e aos da Governança das Cidades, Vila e lugares, e outros quaesquer, que não recebam para si, nem para filhos seus nem pessoas, que debaixo de seu poder e governança têm, dadas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, posloque com elles, não traga requerimento de despacho algum. E quem o contrario fizer, perderá qualquer Officio, que tiver, e mais pagará e vinte por um do que receber, a metade a para quem o acusar, e a outra para a nossa Camara” (COIMBRA et al., 1998).

5 Assim dispõe o art. 99 da Constituição de 1824: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (BRASIL, 1824).

-a, expressamente, como crime de responsabilidade do Presidente da República (atentado contra a probidade da administração), capaz de gerar o *impeachment* deste, dos Ministros de Estado e do STF, pois, diversamente do que ocorreu nas monarquias absolutas, a responsabilidade do chefe do Poder Executivo é característica marcante da República e da Democracia, apesar de seu raro emprego.

No terreno infraconstitucional, merece destaque o Decreto-Lei n. 3.240/1941 (BRASIL, 1941a), que estabeleceu o sequestro e a perda dos bens dos indiciados por crimes que resultassem em prejuízo ao erário ou em locupletamento ilícito. Ressalta-se, por oportuno, que a referida técnica legislativa fora posteriormente incorporada à Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), com previsão no art. 141, § 31⁶ (MIRANDA, 2007).

Em 1957, promulgou-se a Lei n. 3.164, denominada Lei Pitombo-Godói Ilha (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 182) que, regulamentando o texto da Constituição de 1946, inaugurou um sistema civil de combate aos atos de improbidade, prevendo o sequestro e a perda de bens adquiridos ilicitamente por servidores públicos, com influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenham incorrido⁷.

A respeito da Lei n. 3.164, Martins Junior (2009, p. 183) assevera:

Embora fosse um diploma demasiadamente genérico, a grande vantagem que proporcionou a Lei Federal n. 3.164/57, nos passos do art. 141, § 31, da Constituição Federal de 1946, foi a instauração

6 Prevê o art. 141, § 3^o, da Constituição de 1946 o seguinte: “A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (BRASIL, 1946).

7 O art. 1^o da Lei n. 3.164/57 dispõe da seguinte forma: “São sujeitos a seqüestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido” (BRASIL, 1957).

da tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa (que, antes, no Decreto-Lei Federal n. 3.240/41, art. 7º, era residual), criando sistemas jurisdicionais concomitantes, concorrentes e independentes da sanção ao enriquecimento ilícito (civil e criminal), medida justificada pelos contornos peculiares do direito penal e que não correspondiam à necessidade de específico combate da falta de honestidade administrativa.

Outro importante diploma normativo voltado à repressão dos atos de improbidade foi a Lei n. 3.502/1958, alcunhada de Lei Bilac Pinto ou Lei do Enriquecimento Ilícito (MIRANDA, 2007, p. 150), que introduziu no sistema algumas novidades a respeito da perda de bens em favor do erário nas hipóteses de enriquecimento ilícito pelo agente público.

Uma das alterações introduzidas pela legislação em comento diz respeito à possibilidade de a pessoa jurídica lesada requerer, cumulativamente ao sequestro de bens, o ressarcimento integral do dano causado, conforme previsão do art. 5º, § 5º, do referido diploma⁸.

A respeito da edição da Lei n. 3.502/1958, transcreve-se os seguintes ensinamentos de Garcia e Alves (2008, p. 168-169):

Diversamente do diploma anterior, a Lei Bilac Pinto melhor sistematizou a matéria, tendo esclarecido o alcance da expressão “servidor público” para fins de identificação do sujeito ativo dos atos que importavam em enriquecimento ilícito (art. 1º), elencando, em *numerus apertus*, os casos de enriquecimento ilícito (art. 2º e 4º), havendo inúmeras semelhanças com os atos atualmente previstos no art. 9º da Lei n. 8.429/1992 e equiparado o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração e o patrimônio público (art. 4º).

8 Segundo prescrição do art. 5º, §5º da Lei n. 3.502/1958, “Na ação principal poderá ser pedido, cumulativamente, o ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela pessoa jurídica autora ou litisconsorte” (BRASIL, 1958).

Também merece destaque a edição da Lei n. 4.717/1965 (BRASIL, 1965a), conhecida como “Lei de Ação Popular”, importante instrumento normativo que conferiu a todos os cidadãos legitimidade para ingressar em juízo requerendo a anulação de atos lesivos ao patrimônio público⁹.

Cumprе ressaltar, todavia, que, embora os diplomas legais acima referidos tenham avançado no combate à improbidade administrativa, a disciplina repressiva por eles instituída mostrava-se insuficiente e ineficaz, pois não estabelecia sanções diretas ao agente ímprobo, limitando-se a impor a obrigação de ressarcir o dano causado ao erário (GARCIA; ALVES, 2008), além de restringir a tipologia dos atos de improbidade ao enriquecimento ilícito; barreiras que só foram rompidas com a edição da Lei n. 8.429/1992.

A Lei n. 8.429/1992, foco principal do presente trabalho, veio regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que, ao consagrar um riquíssimo catálogo de direitos fundamentais, estabeleceu também o controle dos atos públicos como importante objetivo do Estado, prevendo, em seu texto, a criação de um “microsistema de combate à improbidade administrativa” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 178).

Atendendo a determinação constitucional, a Lei n. 8.429/1992 incluiu na tipologia dos atos de improbidade administrativa os atos lesivos que importam unicamente em violação aos princípios

9 Art. 1º da Lei n. 4.717/1965: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos” (BRASIL, 1965).

regentes da atividade estatal, e que não ensejam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário, passando a imputá-los reprimenda autônoma, prevista no art. 12, III¹⁰, do referido diploma.

Tal inovação veio prestigiar, portanto, a tutela do patrimônio público e o caráter normativo dos princípios inseridos na Carta Magna, contribuindo sobremaneira para a consecução de uma Administração Pública proba, honesta e eficaz (GARCIA; ALVES, 2008).

Destarte, pode-se afirmar que o diploma legal em análise suplantou a vetusta normatização então existente, integrando o conceito e a extensão do princípio da probidade administrativa insculpido na Carta Maior, e instituindo a tipologia básica dos atos de improbidade administrativa, classificando-os em três espécies distintas, além de cominar as sanções respectivas (GARCIA; ALVES, 2008).

A respeito da Lei n. 8.429/1992, Bertoncini (2007, p. 24) anotou o seguinte:

A lei que veio precipuamente regulamentar a matéria no plano infraconstitucional, dando efetividade às disposições constitucionais, em especial ao art. 37, § 4º, foi a Lei n. 8.429, de 2.6.1992. Essa lei estabeleceu regras de direito material e de direito processual em matéria de improbidade administrativa. Previu, inicialmente, os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade administrativa. Desenhou o perfil dos chamados atos de improbidade administrativa, estabelecendo três espécies dessa categoria: os atos de impro-

10 “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:

[...]

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” (BRASIL, 1992).

bilidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, os atos de improbidade administrativa que importam em prejuízo ao erário e os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, fixando, ademais, as respectivas sanções. Também institui regras referentes à investigação dos atos de improbidade, bem como do processo judicial de persecução desses ilícitos, prevendo para tanto medidas cautelares e a ação principal, dentre outras disposições de natureza adjetiva e substantiva.

Ressalta-se, por oportuno, que, embora o ordenamento jurídico pátrio ostente um vasto catálogo de diplomas normativos voltados à proteção do patrimônio público e à responsabilização dos agentes infratores, permitindo, assim, a aplicação cumulativa de sanções de naturezas diversas¹¹, a Lei n. 8.429/1992 constitui atualmente “um dos mais vigorosos instrumentos de repressão à corrupção generalizada que de há muito vem minando e corroendo as instituições brasileiras” (PRADO, 2001, p. 18).

Nesse sentido, cumpre destacar a lição de Miranda (2007, p. 152):

Destarte, sem prejuízo de outros mecanismos de combate e controle dos atos atentatórios ao patrimônio público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, como a punição penal, o controle exercido pelos tribunais de contas, pelo Legislativo, pela ação popular, a Lei de Improbidade Administrativa vem a se constituir em mais um instrumento à disposição da coletividade, sendo atualmente, destaque-se sempre, um dos mais importantes mecanismos para o combate à corrupção e dilapidação da coisa pública

11 No âmbito de responsabilização política, cita-se como exemplo de penalidade decorrente de ato ilícito a cassação do mandato eletivo de candidato eleito que tenha incorrido em abuso de poder econômico (art.14, § 9º da CF/88). Na esfera penal, são múltiplos os crimes definidos no Título XI do Código Penal como “crimes contra a administração pública”, existindo, ainda, inúmeros tipos penais previstos na legislação extravagante, a exemplo da Lei n. 1.079/1950 e do Decreto-Lei n. 201/1967 (BRASIL, 1967). Em sede administrativa, a responsabilização do agente infrator ocorre com fundamento na legislação específica, tendo em vista a coexistência de regimes jurídicos diversos.

pelos agentes ímprobos e, conseqüentemente, para a concretização dos direitos fundamentais, pois, conforme observa o inesquecível Norberto Bobbio, em sempre lembrada lição, ‘o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los’.

Por fim, importa dizer que a promulgação da Lei n. 8.429/1992 coincidiu com o momento de consolidação das transformações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo movimento do neoconstitucionalismo, o que faz crer que o instrumento normativo em estudo deva ser interpretado e aplicado em conformidade com os valores maiores da Constituição Federal, garantindo-lhe, desse modo, máxima efetividade, a fim de se resguardar o patrimônio público em seu sentido amplo.

2.2 Situando a probidade administrativa no terreno constitucional: novos paradigmas constitucionais e o princípio republicano

O movimento constitucional denominado *neoconstitucionalismo* ganhou corpo no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, alicerçado sobre as bases filosóficas do pós-positivismo, apresentou como principais mudanças de paradigma o reconhecimento da força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2008).

O pós-positivismo (movimento filosófico importado para o Direito, e ainda em desenvolvimento) permitiu a reaproximação entre o Direito e a Ética, e propõe, em síntese: a) a valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, aos textos constitucionais, e b) o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade (BARROSO, 2008).

A consolidação dessa profunda mudança de perspectiva em face da Constituição se originou na Europa, durante a segunda metade do século XX, e, no Brasil, coincidiu com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, tendo como principal consequência o reposicionamento da Carta Maior ao centro do sistema jurídico, significando dizer que “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2008, p. 44).

Acerca da posição hierárquico-normativa assumida pela Constituição, o grande mestre Canotilho (1997, p. 1112) aduz o seguinte:

A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através das formas, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativa* superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); 2) as normas da constituição são *normas de normas (normae normarum)* afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); 3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

O conjunto de transformações introduzidas por essa novel concepção da ciência jurídica deu ensejo ao desenvolvimento de um extenso e profundo processo de constitucionalização do Direito brasileiro¹² bem como à ampla incorporação de normas-princípios

12 Nas palavras de Barroso (2008, p. 44), a constitucionalização do direito “não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas,

ao texto constitucional, desmistificando-se, desse modo, a ideia de que os princípios ostentariam uma dimensão puramente axiológica, sem efetividade jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.

O reconhecimento da importância e da efetividade dos princípios – que agora passam a ser dotados de eficácia imperativa – é, portanto, uma das principais características do *neoconstitucionalismo* e revela um movimento de reaproximação entre o Direito e a Ética.

A esse respeito, tratando da superação histórica do positivismo clássico e da consequente afirmação de padrões valorativos que se incorporam plenamente à ordem normativa, calha transcrever o excerto do professor Barroso (2008, p. 28):

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução do seu significado. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva da justiça.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 inovou em matéria de Administração Pública, estabelecendo a mais minuciosa disciplina já conferida ao Direito Administrativo no âmbito constitucional, consagrando em seu texto um extenso rol de princípios, que passaram a nortear toda a atividade do agente

sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

público¹³, e cujo conteúdo material e axiológico irradia-se, com força imperativa, por todo o sistema jurídico.

Entre os princípios que defluem do sistema normativo constitucional, interessa ao presente estudo a análise do princípio da probidade administrativa, que, elevado pela Magna Carta Ética¹⁴ à posição de valor fundamental da Administração Pública, desponta como parâmetro axial para a adequada missão de controle dos atos praticados pelos agentes públicos, relacionando-se diretamente com os diversos objetivos consagrados em todos os planos da ordem normativa constitucional.

No que diz respeito à entronização do princípio da probidade administrativa como valor fundamental da Administração Pública, colham-se os ensinamentos de Bertoncini (2007, p. 139):

O constituinte originário, portanto, ao frisar em diversas disposições, espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional, ou seja, nos capítulos atinentes aos direitos e deveres individuais ou coletivos, aos direitos políticos, à Administração Pública, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Ministério Público, deixou clara a opção ideológica da Constituição Cidadã: a probidade na Administração Pública, em todos os níveis. Trata-se de um ‘valor superior’, ou seja, de um daqueles ‘valores axiológicos fundamentais que o Estado pretende implementar por meio da ordem jurídica’, no dizer de André Ramos Tavares.

13 Nesse ponto, destacam-se os princípios da moralidade, legalidade, eficiência, publicidade e impessoalidade, expressamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal/1988 (BRASIL, 1988).

14 A expressão “Magna Carta Ética” foi cunhada por Anjos Neto (2003, p. 39), na obra *Princípio da Probidade Administrativa: Regime Igualitário no Julgamento dos Agentes Políticos*, e refere-se à Constituição Federal de 1988, que, segundo afirma o autor, tem como pilar fundamental de sustentação o princípio da moralidade institucional, responsável por garantir eficácia e efetividade ao sentimento ético insculpido no texto constitucional.

Destarte, é imperioso reconhecer que a adequada tutela da Administração tem íntima ligação com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, cuja concretização, em grande medida, depende de uma gestão pública orientada pela probidade, honestidade e eficiência.

A este propósito, Miranda (2007, p. 71) assevera o seguinte:

Esses fatos deixam patente uma constatação inexorável: a corrupção acarreta a diminuição na qualidade de vida da população, sendo uma doença mundial, que compromete a manutenção do Estado Democrático de Direito, configurando, portanto, um ato ilícito que viola os direitos fundamentais da pessoa humana, na medida em que acaba representando sério risco a tudo que dá respeitabilidade ao homem, como o direito à vida, à dignidade, ao trabalho, à moradia, à educação, à justiça social, à alimentação, à segurança pública etc., enfim, das prestações sociais obrigatórias por parte do Estado, como representante da sociedade.

Nessa perspectiva, o princípio da probidade administrativa ganha especial contorno, pois impõe a todos os agentes públicos (em sentido amplo) o dever de, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, agir com honestidade e com respeito aos princípios que pautam a Administração Pública, incluídos não apenas os princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, mas todos aqueles que decorrem, ainda que implicitamente, dos princípios encartados no dispositivo acima mencionado (MIRANDA, 2007).

Em tema de Direito Constitucional Administrativo, seria o princípio da probidade administrativa, portanto, o “princípio dos princípios”, pois prevê que “todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 47), projetando-se, desse

modo, como importante instrumento de concretização do direito subjetivo a uma Administração Pública proba, honesta e eficaz.

No que diz respeito ao conteúdo do princípio da probidade administrativa, Martins Junior (2009, p. 113) sustenta:

O princípio da probidade administrativa – do qual se irradiam deveres concretizadores de suas premissas fundamentais – visa a assegurar a rígida eficácia social dos princípios da Administração Pública (que não se esgotam nos quatro postulados condicionantes da sua atividade), tendo como base a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à Administração Pública e seus agentes.

Para Garcia e Alves (2008), o princípio da probidade administrativa constitui ponto de contato entre a satisfação do interesse público e a observância de todo o sistema normativo regente da atividade estatal, caracterizando-se, dessa maneira, como o caminho necessário à consecução de uma boa gestão administrativa.

Nesse sentido, cumpre destacar que um dos pontos mais sensíveis do regime de tutela da Administração Pública encontra no art. 37, § 4º, da Constituição Federal a sua mais relevante expressão.

O constituinte brasileiro, ao estatuir um regime de responsabilização para os atos atentatórios ao dever fundamental de probidade, fez decisiva opção por um tratamento severo e específico, compatível com a gravidade decorrente da frustração do objetivo de assegurar plenamente os direitos fundamentais, notadamente no que se refere às posições *jusfundamentais* prestacionais.

Nesse cenário, é possível afirmar que a ampla responsabilidade dos agentes públicos prevista nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal decorre logicamente da eficácia imperativa conferida a todo o arcabouço principiológico constitucional, espe-

cialmente no que diz respeito ao princípio da probidade administrativa e ao princípio republicano.

Com efeito, a responsabilização dos agentes públicos é característica fundamental do sistema republicano (art. 1º, *caput*, da CF/88) e tem o condão de afastar, em definitivo, a antiga ideia monárquica de que o rei não erra – *the king can do no wrong* (ANJOS NETO, 2003).

Por oferecer importante contribuição acerca do tema, destacam-se os ensinamentos de Ataliba (1998, p. 61):

É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções políticas por direito próprio; nele, não pode haver invioláveis e irresponsáveis, entre os quais exercitam poderes delegados pela soberania nacional.

Assim, deve-se concluir que, no Estado republicano, os agentes públicos não são donos, e sim gestores da “coisa pública”, não estando acima ou imunes ao Direito, razão pela qual devem ser responsabilizados pelos danos a que derem causa.

Cumprе ressaltar, todavia, que também traduz a opção republicana, consagrada na Constituição Federal, a exigência de que a investidura no poder e o acesso aos cargos públicos em geral sejam franqueados a todos os indivíduos, respeitados os princípios da isonomia e da igualdade, limitando o ingresso nos quadros da esfera pública “tão-somente as condições de capacidade estabelecidas na própria Constituição ou, de conformidade com ela, em norma” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 170).

Tal exigência consagra no sistema jurídico pátrio a característica da eletividade periódica, própria da República, e opõe, mais uma vez, o princípio republicano ao princípio monárquico, visto

que, na Monarquia, a ascensão ao trono decorre essencialmente do nascimento, assumindo caráter hereditário e vitalício (SILVA, 2008).

Importa dizer, no entanto, que, para o desenvolvimento do presente trabalho, merece destaque especial a característica do princípio republicano que impõe a ampla responsabilização dos agentes públicos e constitui fundamento último de todo o sistema de responsabilidades previsto na Constituição Federal.

Nesse sentido, passa-se, a seguir, a analisar a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes que respondem por crime de responsabilidade.

3 Da possibilidade de incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem por crimes de responsabilidade

Após situar o tema da probidade administrativa no plano do Direito Constitucional e fazer breve análise histórica dos principais aspectos da Lei de Improbidade, passa-se agora ao ponto central desse trabalho, discutir a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade.

Não obstante a Lei de Improbidade tenha instituído um amplo espectro de incidência – submetendo ao seu regramento toda sorte de agente público e também particulares que, de alguma forma, se relacionam com a Administração Pública –, para alguns o diploma legal em análise não deve ser aplicado aos agentes políticos que possam ser responsabilizados pela prática de “crime de responsabilidade”, pois estariam sujeitos a um regime próprio previsto na Constituição Federal.

A tese acima referida ganhou relevância quando o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar acerca do tema nos autos da Reclamação n. 2.138-6/DF (BRASIL, 2008c), deixou assentado o entendimento de que os agentes políticos não se submetem ao regime da Lei n. 8.429/1992, sob o fundamento de que a Constituição Federal não contemplou a concorrência desses dois regimes para os agentes políticos.

A Reclamação em apreço foi ajuizada pela Advocacia-Geral da União e insurgiu-se contra decisão de primeira instância proferida no bojo da ação n. 1999.34.00.016727-9, que julgou procedentes os pedidos formulados em Ação de Improbidade promovida pelo Ministério Público Federal, condenando o réu nas penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, e art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Ao propor a ação, o Ministério Público Federal imputou ao réu, então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) da Presidência da República, a conduta ímproba consistente na solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais, e na fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica (BRASIL, 2008c).

Apreciando a Reclamação, decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁵ que os ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei n. 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade, em ação de competência originária da Corte Suprema.

15 Votaram pela improcedência da Reclamação n. 2138/DF os ministros Carlos Velloso Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Celso de Mello (BRASIL, 2008).

Ressalta-se que, embora a decisão mencionada tenha sido proferida no bojo de um processo subjetivo, e, portanto, com aptidão para produzir efeitos apenas entre as partes litigantes, tem grande relevância o entendimento manifestado pelo Tribunal na análise da Reclamação n. 2.138-6/DF, na medida em que os julgados da Corte Suprema servem de baliza para a apreciação de casos similares pelos demais órgãos jurisdicionais.

Sendo o Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação constitucional – art. 102 da Constituição –, o guardião da Carta Magna e seu intérprete máximo, suas decisões, ainda quando não vinculantes, irradiam efeitos para os demais órgãos jurisdicionais, servindo de paradigma para o julgamento de questões semelhantes.

Em decorrência da decisão ora analisada, sucederam-se inúmeros requerimentos e recursos manejados por agentes políticos com ações em curso, pretendendo a suspensão dos respectivos processos ou mesmo buscando a declaração de incompetência.

Ocorre que, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha firmado entendimento no sentido acima aludido, a tese exposta permanece em aberto, sobretudo pela mudança de composição da Suprema Corte e pelas importantes sinalizações registradas na jurisprudência que se seguiu ao precedente em epígrafe.

Este, pois, o cenário que torna relevante a renovação das reflexões a respeito desse problema jurídico-constitucional, que guarda relação direta com o estatuto constitucional de combate à corrupção pública.

Passa-se, então, ao exame dos principais elementos que compõem a moldura dos debates travados em torno do tema, examinando-se as razões esgrimidas por ambas as opções teóricas.

3.1 Da coexistência dos sistemas estatuidos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 e da possível ocorrência do vedado *bis in idem*

Os adeptos da tese de que os agentes políticos não estão submetidos ao regime da Lei de Improbidade sustentam que os desvios funcionais praticados por essa categoria de agentes públicos estariam amplamente contemplados no Capítulo V da Lei n. 1.079/1950, que tipifica os crimes contra a probidade na Administração, não sendo possível a caracterização simultânea de tais fatos como atos de improbidade administrativa, sob pena de se praticar o vedado *bis in idem*.

Afirmam ser inviável a incidência de ambos os diplomas legais sobre o mesmo agente, pois os ilícitos definidos como ato de improbidade pela Lei n. 8.429/1992 estão também tipificados como crime de responsabilidade pela Lei n. 1.079/1950, razão pela qual defendem a aplicação exclusiva do sistema especial de responsabilização previsto nos artigos 85¹⁶ e 102, I, c¹⁷, da Constituição Federal.

16 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais (BRASIL, 1998).

17 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente

Aduzem, ainda, que tanto os ilícitos previstos na Lei de Improbidade quanto os delitos denominados “crimes de responsabilidade” ostentam natureza de infração político-administrativa, o que, segundo sustentam, reforça a tese da impossibilidade de aplicação simultânea desses dois sistemas repressivos, sob pena de haver dupla punição do agente pelo mesmo fato.

Assim argumentou o Ministro Maurício Correa nos autos da Reclamação n. 2.138-6/DF (BRASIL, 2008c):

De fato não há como afastar-se da conclusão de que as consequências legais decorrentes da condenação pela prática de atos de improbidade, especialmente no ponto em que determina a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos, a proibição de contratar com entes estatais, receber oficialmente incentivos e benefícios fiscais ou creditícios, sugerem o acentuado conteúdo penal da espécie, paralelamente à natureza civil de ação reparatória de danos supostamente causados ao erário.

Em consequência, tenho como correta a afirmação de que “sob roupagem de ‘ação civil de improbidade’, o legislador acabou por elencar, na Lei n. 8.429/1992, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns”, como enfatizado por Gilmar Mendes, citando Ives Gandra da Silva em decisão similar ora examinada, proferida na Reclamação 2186. Assim sendo, não há como negar que o servidor público ao cometer ato de improbidade administrativa com relação ao interesse público estará na verdade agindo ilicitamente. Tal infração, entretanto, não tem natureza penal simples ou comum. Seu conteúdo político-administrativo preponderante distingue-a como equiparável aos denominados crimes de responsabilidade. As hipóteses de que cogitam os artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 e as situações descritas na própria Constituição Federal, assim como os efeitos decorrentes da condenação, bem demonstram tratar-se os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade de infração com idêntica natureza.

[...] (BRASIL, 1998).

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Eros Grau ao proferir Voto-Vista (BRASIL, 2008c):

Não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Pois bem: se ambas as ações buscam soluções punitivas para os mesmos atos, não há como nem por que admitir a existência coincidente de ambas. Se for assim, o problema não estará mais em coexistirem as duas ações em instâncias diferentes, mas na própria incidência de duas leis penais sobre um mesmo fato.

Não há razão para o *bis in idem*. A punição da autoridade, cujo ato de improbidade está tipificado como crime de responsabilidade, já é prevista na lei que cuida da sua situação específica.

Também defendendo a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, o Ministro Cezar Peluso sustentou em seu voto que, por estarem os atos de improbidade também tipificados como crimes de responsabilidade, os agentes políticos estão sujeitos apenas ao regime próprio de responsabilização previsto na Lei n. 1.079/1950, aplicando-se, ao caso, o princípio da especialidade (BRASIL, 2008b).

Em direção contrária, posiciona-se Miranda (2007, p. 350) ao sustentar a existência de uma distinção ontológica entre os atos de improbidade e os denominados crimes de responsabilidade.

Para Miranda (2007), os atos de improbidade não se confundem com os crimes de responsabilidade, na medida em que aqueles constituem ilícitos de natureza civil, embora com reflexos na esfera administrativa, estes, por sua vez, ostentam caráter de infração político-administrativa ou político-constitucional.

Miranda (2007, p. 350) justifica sua posição ressaltando que, enquanto os atos de improbidade estão sujeitos a processo e jul-

gamento na esfera jurisdicional, “valendo-se de um rito próprio sem qualquer aspecto político”, os crimes de responsabilidade sujeitam-se a julgamento pelo Senado Federal, pelas Assembleias Legislativas ou pelas Câmaras de Vereadores.

Assim, sustenta o autor a possibilidade de tramitação simultânea de processos instaurados em esferas distintas, com vistas a apurar a responsabilidade civil, criminal e político-administrativa do agente pela prática de um único fato, não havendo que se falar em dupla punição (MIRANDA, 2007).

Seguindo esse entendimento, Martins Junior (2009) acentua a distinção entre os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade, aduzindo que os delitos previstos na Lei n. 1.079/1950 têm feições políticas a responsabilidade imputada pela Lei n. 8.429/1992, por outro lado, é de natureza jurídica.

Para Martins Junior (2009), os julgamentos dos crimes de responsabilidade realizados pelas casas legislativas têm caráter eminentemente político, podendo o fato imputado ser punido, ou não, a depender de um juízo de conveniência política, carente de motivação.

Por outro lado, a aplicação das sanções previstas pela Lei de Improbidade compete exclusivamente ao Poder Judiciário, mediante processo com rito próprio, e por decisão necessariamente fundamentada, passível de impugnação pelas vias próprias (MARTINS JUNIOR, 2009).

Segundo Emerson Garcia (2007), os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade apresentam noções distintas e inconfundíveis, não havendo na Constituição Federal autorização para que os agentes políticos que estejam submetidos ao regime da

Lei n. 1.079/1950 sejam afastados do âmbito de incidência da Lei n. 8.429/1992.

Transcreve-se, a seguir, o entendimento de Emerson Garcia (2007, p. 14, grifo do original):

Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em “*atos de improbidade*” e em “*crimes de responsabilidade*”, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*.

Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei n. 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei n. 8.429/1992 é a lei a que se refere o parágrafo 4º do art. 37.

Choinski (2006, p. 12) também refuta a tese de que os atos de improbidade administrativa ostentam natureza de infração político-administrativa, oferecendo importante reflexão acerca do tema:

A seguir, já para a Lei de Improbidade Administrativa, o reconhecimento do caráter político-administrativo a esta traria problemas quanto à aplicabilidade aos demais agentes públicos alcançados por ela e que não são agentes políticos. Ou seja: como dar caráter político-administrativo a uma lei somente quando ela for aplicada a agentes políticos e não dar o mesmo caráter aos agentes que não forem agentes políticos? Mais uma vez estaria se propondo dar tratamentos jurídicos diferenciados em razão de uma classe, o que representa um privilégio defeso pela Constituição.

Aduz Choinski (2006) que não é possível atribuir natureza político-administrativa aos atos qualificados como ímprobos pela Lei n. 8.429/1992 somente quando imputados a agentes políticos, sob pena de se conferir a essa espécie um tratamento diferenciado, não autorizado pela Constituição Federal.

Para o Ministério Público Federal, “[...] a responsabilização política (por crime de responsabilidade) nada tem a ver com a responsabilização judicial civil (por improbidade administrativa)” (BRASIL, 2002a, p. 13).

Conforme exposto no “Estudo de subsunção dos agentes políticos à Lei n. 8.429/1992”, publicado pela instituição, o entendimento segundo o qual os agentes políticos responderiam somente por crime de responsabilidade, ficando imunes ao regime instituído pela Lei de Improbidade, opõe-se frontalmente aos princípios democrático e republicano, criando “*odiosa discriminação em favor da impunidade (civil)*” (BRASIL, 2002a, p. 13, grifo do original).

Assevera, também, não haver, à espécie, conflito normativo a reclamar a aplicação do princípio da especialidade, pois ambas as leis são específicas em seu âmbito de atuação e destinam-se à responsabilização do agente público em esferas distintas.

Acrescenta, ainda, que a Constituição Federal não criou para os agentes políticos qualquer salvaguarda ou imunidade em relação ao regime de controle da probidade por ela instituído, mas, ao contrário, previu a ampla responsabilização dos agentes públicos em diversas esferas, deixando consignado, expressamente, que a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 se daria “sem prejuízo da ação penal cabível”, nos termos do art. 37, 4º da Constituição Federal¹⁸ (BRASIL, 2002a, p. 13).

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

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Mônica Nicida Garcia (2007) argumenta que a Constituição Federal, visando tutelar a probidade administrativa, criou diversos mecanismos de combate aos atos atentatórios ao patrimônio público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, instituindo esferas distintas de responsabilização do agente público (autônomas e independentes) que coexistem harmonicamente, e nas quais se pode incidir simultaneamente praticando assim um único ato.

Assim, sustenta Mônica Nicida Garcia (2007) ser possível que uma mesma conduta esteja tipificada como crime funcional pela legislação penal, qualificada como ilícito administrativo pela legislação estatutária ou como infração político-administrativa pela Lei n. 1.079/1950 e, ainda, definida como ato de improbidade, podendo o agente ser responsabilizado em todas essas esferas e punido com a sanção respectiva, sem que haja violação ao princípio do *non bis in idem*.

É que, para a autora, é plenamente admissível que a Constituição Federal preveja sistemas de responsabilização distintos com vistas a promover a tutela de um mesmo bem jurídico – no caso, a probidade administrativa, não havendo que se falar em aplicação seletiva, mas simultânea desses regimes (GARCIA, 2007).

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Reclamação n. 2138-6/DF (BRASIL, 2008c, grifo do original):

Eu entendo que há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica Lei n. 8.429/1992, de tipificação cerrada, mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (Lei n. 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a

Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos de Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da Lei n. 1.079/1950.

Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, – isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos.

O art. 37, parágrafo 4º da Constituição, disciplinado pela Lei n. 8.429/1992, traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. Como bem sustentou a professora Maria Sylvia Di Pietro, sua consagração na Constituição como um dos princípios norteadores da ação administrativa do Estado constitui um “reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”.

Buscou-se, com essa normatização, coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, tão corriqueiros e tão recorrentes em nossa história político-administrativa, aplicando-se aos acusados, atendido os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as inúmeras e drásticas penalidades previstas na lei – e tão somente elas. Aí reside, aliás, uma particularidade dessa nova normatização: a natureza cerrada da tipificação, com penas específicas para cada tipo de conduta desviante.

O contraste é manifesto com a outra disciplina da improbidade, quando direcionada aos fins políticos, isto é, de apuração da responsabilização política. Nesse caso, o tratamento jurídico da improbidade, tal como prevista no art. 85, V da Constituição e na Lei n.1.079/1950, assume outra roupagem, e isto se explica pelo fato de que o objetivo constitucional visado é muito mais elevado. Cuida-se aí de mais um dentre os inúmeros mecanismos de *check-and-balances* típicos das relações entre os poderes do Estado no regime presidencial de governo. Tem equivalência, no presidencialismo, aos mecanismos de apuração da responsabilidade política típicos do sistema parlamentarista – como, por exemplo, a moção de censura ou desconfiança. Aliás, a natureza do instituto

e os objetivos constitucionais por ele visados é que explicam por que nessa modalidade especial de responsabilização as penalidades são diferenciadas e podem parecer relativamente brandas, se comparadas às previstas na Lei de Improbidade. É que o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso, especialmente o chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o estado de Direito, para a estabilidade das instituições, em suma, um Presidente que por seus atos e ações perde a “*public trust*”, isto é, a confiança da Nação. Igualmente, a natureza política e os objetivos constitucionais visados é que explicam por que ao agente eventualmente condenado por crime de responsabilidade são aplicáveis apenas duas punições, e nada além dessas duas únicas punições: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de 8 anos. É que, como bem disse Alexis de Tocqueville, no seu clássico “Democracia na América”, “*o fim principal do julgamento político nos Estados Unidos, é retirar o poder das mãos do que fez mau uso dele, e de impedir que tal cidadão possa ser reinvestido de poder no futuro*”.

A controvérsia em torno da natureza dos atos de improbidade deságua no problema da competência para apreciar e julgar a ação proposta em face do agente político ímprobo, tendo em vista a prerrogativa de foro especial constitucionalmente estatuída.

A seguir, passa-se à análise das questões alusivas ao juízo natural em tema de ações de improbidade.

3.2 Da usurpação de competência dos tribunais superiores e do esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida aos agentes políticos

A principal polêmica a respeito do tema em apreço repousa na questão referente à competência para processar e julgar os agentes políticos por ato de improbidade previsto na Lei n. 8.429/1992.

Embora a Constituição Federal tenha conferido prerrogativa de foro especial para alguns agentes políticos no julgamento das

demandas penais, não há qualquer previsão dessa ordem em relação às ações de improbidade administrativa.

Nesse contexto, para aqueles que defendem a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, o julgamento desses agentes estatais por magistrados de primeira instância conduziria à subversão lógica do ordenamento, configurando verdadeira usurpação da competência constitucional dos tribunais superiores, além de resultar no esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida a essa categoria de agentes públicos, pois a Constituição prevê, para a hipótese de imputação de crimes de responsabilidade, o julgamento dessas autoridades por Tribunal específico, considerando a relevância política do cargo ocupado por esses agentes.

À luz desse entendimento, colhem-se os ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 874):

E mais se pode indagar: seria legítimo o afastamento do Presidente da República de suas funções mediante decisão do juiz de 1º grau, tal como prevê e autoriza a Lei de Improbidade?

Uma resposta positiva a essa indagação tornaria dispensável todas as normas de organização e procedimento que foram previstas para julgamento do Presidente da República, nos crimes comuns e no de responsabilidade, na Constituição Federal. E, mais! Legítima a hipótese formulada, poderia o Presidente da República ser afastado por decisão de um juiz de 1º grau que acolhesse proposta de afastamento da autoridade do cargo, com base no art. 20, parágrafo único da Lei de Improbidade.

O exame da questão, tal como posta, mostra a dificuldade, se não a impossibilidade de aplicação da referida lei às autoridades que estão submetidas a regime especial de crime de responsabilidade.

No bojo dessa discussão acerca da natureza da Lei de Improbidade e dos efeitos das sanções por ela previstas, surgem duas teses que, embora apresentem fundamentos distintos, convergem no sentido de afastar a competência do juízo de primeira instância para

julgar ações que imputem a prática de ato de improbidade a agentes políticos, atribuindo tal competência ao Tribunal correspondente.

Para alguns, o reconhecimento da premissa estabelecida da ação de improbidade que ostenta natureza político-administrativa afasta a incidência da Lei n. 8.429/1992 aos atos praticados por agentes políticos e, conseqüentemente, atrai a competência da Corte Suprema para julgar o processo crime de responsabilidade em que esses agentes figurarem como réus, nos termos do art. 102, I, c, da Constituição Federal.

Assim, para essa corrente doutrinária, não é admissível a responsabilização do agente político nos termos da Lei de Improbidade, respondendo este somente por crime de responsabilidade, em processo de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, c, da Constituição Federal¹⁹) ou do Senado Federal (art. 52, I e II, da Constituição Federal²⁰), não havendo que se falar em competência do juízo de primeira instância.

19 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

[...] (BRASIL, 1988).

20 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade

[...] (BRASIL, 1988).

Nesse sentido manifestou-se o Ministro Eros Grau ao proferir Voto-Vista (BRASIL, 2008c):

Ainda outro ponto deve aqui ser analisado. Refiro-me à invasão de competência deste Tribunal para julgar crime de responsabilidade, consumada quando a autoridade submetida à jurisdição deste Tribunal é processada por improbidade administrativa em outro foro.

Estou também convencido, na linha da maioria dos votos proferidos neste mesmo processo, de que o agente político somente responde por crime de responsabilidade, não podendo ser processado, por conta do mesmo fato, por improbidade. Pois isso mesmo o ajuizamento, em outra instância, de ação de improbidade contra ele é expressiva de agravo à competência deste Tribunal.

A invasão de competência não se perfaz – digo-o, isto sim, com muita ênfase – porque o STF não seria competente para apreciar a ação de improbidade. É que não há, no caso, ação de improbidade a ser proposta. Pois o Supremo jamais foi titular de competência como tal, visto que os agentes políticos somente respondem por crime de responsabilidade, nunca pela Lei de Improbidade.

A outra corrente, por sua vez, sustenta que, ainda que admitida a possibilidade de incidência da Lei de Improbidade contra os agentes políticos, não é possível definir as ações de improbidade como um simples mecanismo de responsabilização civil, pois esse tipo de ação ostenta inegável natureza penal, dada a gravidade das sanções previstas em seu texto, especialmente no que se refere às cominações de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública.

Assim, o reconhecimento da natureza punitiva da ação de improbidade exigiria do intérprete a conclusão de que, diante da ordem normativa vigente, são competentes para processar e julgar os agentes políticos acionados por improbidade os tribunais que detêm a competência originária para o processo crime de responsabilidade.

Ter-se-ia, portanto, o “alargamento” da competência constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores, para que essas respectivas cortes passassem, também, a apreciar as ações de improbidade interpostas contra os agentes políticos que gozam de prerrogativa de foro especial. Segundo essa orientação, a competência dos tribunais superiores, nesse caso, representa uma extensão dos poderes expressamente mencionados na Constituição e decorre da interpretação lógica e sistemática do ordenamento.

Acerca da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar as ações de improbidade propostas contra agentes políticos, colhe-se o excerto de Wald e Mendes (1998, p. 215, grifo do original):

Se, ao contrário, reconhece-se que se cuida de uma “ação civil” de fortes características penais, também não existe outra solução dentro do sistema senão aquela que considera que serão competentes, por força de compreensão, para processar e julgar a ação, os Tribunais que detêm a competência originária para o processo crime contra a autoridade situada no pólo passivo da ação de improbidade.

Poder-se-ia argumentar que essa construção talvez não fosse aceita, porquanto a regra que baliza o estatuto jurídico-constitucional brasileiro é a da inextensibilidade da competência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe observar, entretanto, que a jurisprudência da Corte indica que esse entendimento comporta temperamentos, uma vez que é o próprio Supremo Tribunal que admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte *implícita no próprio sistema constitucional*.

No mesmo sentido, posicionou-se o Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento da Reclamação n. 2.790 – SC, que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009a):

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 consequências, 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, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos.

No que diz respeito à extensão da prerrogativa de foro especial para as ações de improbidade, registre-se que a Lei n. 10.628/2002 (BRASIL, 2002b) conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, estabelecendo o foro privilegiado nas ações de improbidade – art. 84, § 2º e do Decreto-Lei n. 3.689/1941; além de reconhecer o direito de foro especial, no caso de crimes, mesmo após cessado o exercício do mandato – art. 84, § 1º, do mesmo diploma (BRASIL, 1941b).

Sucede que, no julgamento da ADIN n. 2.797/DF (BRASIL, 2006), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei n. 10.628/2002, sob o fundamento de que o legislador ordinário não poderia ter acrescentado a ação de improbidade administrativa, que não tem natureza penal, ao rol das competências originárias da Corte Suprema estabelecidas pela Constituição.

A declaração de inconstitucionalidade, entretanto, não pôs fim ao debate da matéria perante o Supremo Tribunal Federal, pois a questão foi reaberta no julgamento da questão de ordem suscitada no bojo da Petição 3.211-0 (BRASIL, 2008b), em que a Corte

Suprema entendeu ser competente para julgar ação de improbidade proposta em face dos seus membros.

Em síntese, entenderam os Ministros do Supremo Tribunal Federal que a prerrogativa de foro decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a possibilidade de juiz de primeira instância processar e julgar causa promovida contra ministro da Corte Suprema, ainda mais se a procedência da ação puder acarretar a sanção de perda do cargo (BRASIL, 2008b).

Colhe-se, a seguir, a ementa do julgado referido (BRASIL, 2008b):

Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do supremo tribunal federal. Impossibilidade. Competência da corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns.

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros.

Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais.

Em posição contrária, argumenta Miranda (2007) que inexistente no texto constitucional previsão de foro específico para julgamento de ações civis de improbidade, acrescentando que a concessão de tal prerrogativa traduz opção do Constituinte, mostrando-se defeso ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao intérprete, conferir tratamento analógico a situações não albergadas pela Constituição.

Corroboram o entendimento acima os argumentos deduzidos por Comparato (2002, p. 127), a seguir transcritos:

As disposições excepcionais, como afirma a mais longeva tradição, não comportam interpretação ampliativa ou analógica. Essa regra

hermenêutica é tanto mais rigorosa quando nos deparamos com exceções a princípios fundamentais, inscritos na Constituição.

Os privilégios de foro, como se procurou mostrar no corpo desse trabalho, representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Em consequência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem nenhuma ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se acha autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração da autoridade pública pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar este benefício excepcional.

Na mesma perspectiva, argumenta Mônica Garcia (2007, p. 285) que as regras que estabelecem foro por prerrogativa de função não podem ser interpretadas extensiva ou analogicamente, e sim de maneira restritiva, “sem qualquer possibilidade de ampliação, especialmente quando se trata da competência do Supremo Tribunal Federal”.

Defendendo a natureza extrapenal das sanções previstas na Lei de Improbidade, Emerson Garcia (2007, p. 11) também se opõe à extensão da prerrogativa de foro conferida aos agentes políticos, manifestando-se nos seguintes termos:

Há quem procure sustentar a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função nesta seara sob o argumento de que a severidade das sanções cominadas o justificaria, pois teriam “forte conteúdo penal”. Essa tese, no entanto, possui maior alicerce na emoção que propriamente na razão. Com efeito, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção, como vimos, é determinado pela opção política do legislador, não propriamente por sua severidade (*rectius*: real perspectiva de efetividade, o que em muito justifica o temor de alguns). Além disso, não se nos afigura possível igualar, porquanto vegetais, frutas e leguminosas, pois cada qual possui suas características intrínsecas. A competência, do mesmo modo, e isto é importante repetir, é determinada em conformidade com a natureza da matéria versada, o que impede a extensão do foro por prerrogativa de função, sob os auspícios de uma pseudo “força de compreensão”, às ações de natureza cível.

No que diz respeito à possibilidade de um juiz de primeiro grau decretar, inclusive liminarmente, a perda do cargo de um Presidente da República ou de um Ministro do Supremo, sustenta Carvalho (2007) que tal argumento não tem o condão de afastar a competência da primeira instância para processar e julgar a ação de improbidade proposta em face de agentes políticos.

Na visão de Carvalho (2007), a interpretação sistemática dos arts. 15²¹; 51, I²²; 86²³ e 87²⁴, todos da Constituição Federal, bem assim do disposto nos arts. 47, I²⁵ e 92, I²⁶, ambos do Código Penal, conduz ao entendimento de que, em relação aos agentes políticos, a aplicação das sanções previstas no art. 12, I, II e III²⁷, da Lei n.

21 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (BRASIL, 1988).

22 Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; [...] (BRASIL, 1988).

23 Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (BRASIL, 1988).

24 Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos (Brasil, 1988).

25 Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; [...] (BRASIL, 1940).

26 Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

[...] (BRASIL, 1940).

27 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:

8.429/1992, referentes à perda do cargo e à suspensão dos direitos políticos, não poderá ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença (CARVALHO, 2007).

Assim, por estarem os agentes políticos submetidos a um rito especial traçado pela Constituição Federal, e disciplinado pelos arts. 86, 55²⁸ e 27, § 1^o²⁹, todos da Carta Magna, não se sujeitarão ao afastamento cautelar previsto no art. 20, § 1^o, da Lei n. 8.429/1992³⁰.

I - na hipótese do art. 9^o, 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 (BRASIL, 1992).

28 Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (BRASIL, 1988).

29 Art. 27 § 1^o - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas (BRASIL, 1988).

30 Art. 20 Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou

Para Carvalho (2007), os temperamentos propostos, embora criem restrições à aplicação global da Lei n. 8.429/1992, superam o argumento suscitado pelos que defendem a imunidade dos agentes políticos em relação ao regime da Lei de Improbidade, garantindo ao juízo de primeira instância a competência para apreciar as ações de improbidade.

Na mesma perspectiva, asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2008c, grifo do original):

Levo em conta, sobretudo, que a perda da função pública, seja ela a de um cargo efetivo, seja de um mandato político, só se consuma com o trânsito em julgado da procedência da ação de improbidade. Por isso, não há a temer o argumento *ad terrorem* de que pudesse um juiz singular suspender, preventivamente, o Presidente da República ou outro dignatário de alta hierarquia, nem dar à sua sentença força para destituí-lo imediatamente do mandato e suspender-lhes os direitos políticos.

Ainda acerca da possibilidade de decretação da perda do cargo pelo juízo de primeiro grau, sustenta o Ministério Público Federal que “o cotidiano do sistema jurídico brasileiro mostra ser a preocupação referida infundada, pois sempre caberão recursos daquelas decisões e, em verdade, a primeira instância jamais decidirá o tema autonomamente” (BRASIL, 2002a, p. 7- 8).

Assim, aduz que, considerados a garantia do duplo grau de jurisdição e as inúmeras possibilidades de recurso previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a objeção à competência da primeira instância para processar ações de improbidade propostas em face de agentes políticos é facilmente refutada (BRASIL, 2002a).

Acrescenta, ainda, que o processo e julgamento dos agentes políticos pelo juízo de primeira instância, tal como ocorre com

função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (BRASIL, 1992).

os demais agentes públicos, é decorrência lógica do princípio da isonomia, que só pode ser excepcionado por disposição expressa da Constituição Federal, sob pena de se criarem discriminações arbitrárias (BRASIL, 2002a).

Desse modo, sustenta que, não tendo a Constituição Federal autorizado a extensão da prerrogativa especial de foro conferida aos agentes políticos à esfera de responsabilização por ato de improbidade, é vedado ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao intérprete, ampliar o privilégio, sob pena de se violar o princípio da isonomia.

A seguir, analisar-se-á os argumentos que envolvem a violação ao princípio da isonomia.

3.3 Do argumento da violação ao princípio da isonomia

Outro argumento erigido por aqueles que defendem a não sujeição dos agentes políticos à Lei de Improbidade diz respeito às peculiaridades das funções atribuídas a essa espécie de agente público, notadamente no que se refere à plena liberdade funcional e ao desempenho de funções com prerrogativas e responsabilidades próprias elencadas pela Constituição Federal e pela legislação específica.

Para essa corrente, o fato de a atuação desses agentes estar profundamente marcada pela tomada de decisões e pela escolha de opções eminentemente políticas pressupõe um tratamento diferenciado do que é conferido aos demais agentes públicos, estes últimos incumbidos da consecução de tarefas meramente administrativas. Tais elementos, segundo essa opção teórica, justificariam a inclusão dos agentes políticos apenas na esfera de responsabilização própria – responsabilidade político-administrativa.

Haveria, portanto, justa razão para se conferir aos agentes políticos discriminação no que tange à sistemática de controle de seus atos, pois seus deveres e responsabilidades seriam marcados pelo traço distintivo da autoridade político-governamental.

A respeito da atuação dos agentes políticos, Meirelles (2003, p. 76-77) ressaltou o seguinte:

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 de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções.

Na mesma senda, identificando as especificidades que marcam essa peculiar modalidade de agente público, o Ministro Cezar Peluzo assentou o seguinte no julgamento da Reclamação n. 2138-6/DF (BRASIL, 2008c):

Normalmente a categoria dos agentes políticos é uma categoria especial de servidores públicos que têm, na Constituição, a sede da disciplina dos cargos, das suas atribuições, do sistema de escolha, que por isso mesmo pressupõem um regime funcional específico, ligado à dignidade dessas funções estatais que implicam, de certo modo, poder de tomar decisões que constituem exercício do poder de soberania, ou que são expressões do exercício desse poder de soberania. Por isso também, tais autoridades são dotadas de autonomia funcional, de regra não estão subordinadas a nenhuma outra autoridade, não estão sujeitos a relações hierárquicas e possuem competência decisória de relevo, como os parlamentares, as pessoas investidas em funções judicantes e ministeriais etc. Todos devem ter, a meu juízo, por consequência, sistema próprio de responsabilidade funcional, compatível com a liberdade política de quem deve desfrutar na tomada de decisões, e, segundo o qual, não podem ser responsabilizados de acordo com os critérios comuns, como por exemplo, o da culpa comum ou dos erros técnicos que atuam como critérios de responsabilidade dos demais servidores públicos. E têm ainda como consectário o foro especial por prerrogativa de função,

não apenas pelo fato de submeter sua condição a órgãos mais qualificados, que representariam garantias máximas de completa imparcialidade, mas sobretudo pelas repercussões político-sociais do julgamento desses agentes políticos.

Em posição contrária, sustenta Mônica Garcia (2007, p. 35) não haver justa razão para se conferir tratamento diferenciado aos agentes políticos, excluindo-os do âmbito de incidência da Lei n. 8.429/1992, pois o fato de essa modalidade de agente público agir com independência na veiculação da vontade superior do Estado, não se sujeitando ao controle hierárquico, conduz necessariamente à conclusão de que “tem mais responsabilidades, estando, portanto, sujeito a todas as esferas de responsabilidade constitucionalmente admitidas”.

Nos dizeres da autora, “a importância do cargo exercido, a independência que lhe é inerente, a relevância e gravidade das decisões que são tomadas durante seu exercício [...]” (GARCIA, M., 2007, p. 305) não podem jamais resultar na criação de um sistema de imunidade em favor dos agentes políticos, eximindo-os de responder pelos atos ilícitos praticados.

No mesmo sentido, manifesta-se Miranda (2007), ao argumentar que a não incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos constitui inexorável violação ao princípio da isonomia, na medida em que possibilita a punição por ato de improbidade administrativa para determinada categoria de agentes públicos, isentando de responsabilização aqueles que deveriam ter maior rigor na gestão da coisa pública, pois são dotados de maior autonomia.

Para Choinski (2006), também resulta em grave violação ao princípio da isonomia o fato de que, se vitoriosa a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, os agentes públicos comuns estariam sujeitos a todas as sanções previstas pela Lei de Improbidade (ressarcimento de danos, multa civil, perda da função

pública, inabilitação para a função pública e suspensão dos direitos políticos); por sua vez, os agentes políticos se sujeitariam apenas à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos.

Desse modo, estariam os agentes públicos comuns sujeitos a um tratamento muito mais severo do que aquele conferido aos agentes políticos, em desatenção ao princípio da isonomia.

Outro ponto controverso diz respeito às condutas qualificadas como ato de improbidade pela Lei n. 8.429/1992 que não encontram correspondência com os tipos previstos na Lei n. 1.079/1950.

Analisar-se-á, em seguida, os desdobramentos dessa questão.

3.4 Da falta de total correspondência entre os atos de improbidade qualificados pela Lei n. 8.429/1992 e os tipos previstos na Lei n. 1.079/1950 - efeitos práticos dessa incongruência

Analisando detidamente os delitos previstos na Lei n. 1.079/1950 e a tipologia dos atos de improbidade estatuída pela Lei n. 8.429/1992, é possível perceber que não há perfeita correspondência entre as condutas descritas pelos dois diplomas legais.

Com efeito, a comparação entre os tipos legais previstos no art. 9º da Lei n. 1.079/1950, que definem os crimes de responsabilidade cometidos contra a probidade na Administração, e os ilícitos descritos como ato de improbidade pela Lei n. 8.429/1992 revela que as condutas descritas por um e outro sistema não são perfeitamente equivalentes, não havendo previsão, no sistema de responsabilidade político-administrativo, dos ilícitos que configuram enriquecimento ilícito e malversação de dinheiro público.

Ante esse cenário, argumentam aqueles que defendem a ampla responsabilização dos agentes públicos que o afastamento da Lei n.

8.429/1992 aos atos ímprobos por esses agentes praticados resultaria na criação de um repudiável sistema de imunidade em favor dessa espécie de agentes públicos.

Nesse sentido, assevera Miranda (2007) que a não sujeição dos agentes políticos ao regramento previsto na Lei de Improbidade Administrativa, no lugar de preservar a competência constitucionalmente outorgada aos Tribunais para o julgamento de crimes de responsabilidade, importa na criação de imunidade material em favor dos agentes políticos, tornando atípicas, em relação a estes, todas as condutas subsumíveis unicamente à Lei n. 8.429/1992, pois não são contempladas pela Lei n. 1.079/1950.

Outro ponto salientado diz respeito à situação dos agentes políticos que, embora tenham responsabilidade político-administrativa atribuída pela Constituição Federal, não foram citados como sujeitos ativos pela Lei n. 1.079/1950, diploma legal que traz a tipificação dos ilícitos político-administrativos. O que ocorre, por exemplo, com os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público que, nos termos do art. 52, II³¹, da Constituição Federal estão sujeitos à responsabilização político-administrativa.

Oferecendo resposta ao problema apresentado, o Ministro Carlos Velloso ponderou o seguinte (BRASIL, 2008c):

Posta assim a questão, é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsa-

31 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

bilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei n. 8.429/1992, aplicável a qualquer agente público, certo que “reputa-se como 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” (Lei n. 8.429/1992, art. 2º).

Assim, para o Ministro, estariam os agentes políticos imunes ao regime da Lei n. 8.429/1992 somente quanto às condutas que também estivessem tipificadas como crime de responsabilidade, podendo responder por improbidade em relação aos ilícitos que lá não estejam previstos (BRASIL, 2008c).

Do mesmo modo, em relação aos agentes políticos cuja responsabilidade político-administrativa não esteja regulada pela Lei n. 8.429/1992 nem por outra lei específica, não há que se falar em imunidade absoluta, devendo responder por improbidade, nos termos da legislação especial (BRASIL, 2008c).

São esses, portanto, os principais argumentos sustentados por ambas as teses, devendo-se considerar que a aplicação, ou não, da Lei de Improbidade aos agentes políticos deve garantir máxima efetividade aos princípios constitucionais, especialmente àqueles relacionados à disciplina da Administração Pública.

4 Conclusão

Com base na análise da corrupção como realidade de ocorrência histórica no Brasil, verifica-se a preocupação permanente do legislador pátrio em combater esse terrível mal social, criando mecanismos variados de controle da corrupção pública, a fim de

promover a tutela da higidez administrativa, protegendo o patrimônio público em seus aspectos material e moral.

Destaca-se que, embora o combate à corrupção pública tenha encontrado assento em todas as constituições republicanas brasileiras, foi a Constituição Federal de 1988 que, inspirada no *neoconstitucionalismo*, instituiu o mais consistente e amplo regime de responsabilização dos agentes públicos, permitindo a apuração simultânea da responsabilidade dos agentes estatais em diferentes esferas.

Com efeito, o movimento do *neoconstitucionalismo* marcou a reaproximação entre o Direito e a Ética e instituiu uma nova ordem jurídica, preocupada, em tema de Administração Pública, com a defesa da probidade e com o controle dos atos públicos.

Nesse contexto, o legislador constituinte fez introduzir no texto da Constituição de 1988 o art. 37, § 4º, que impõe a todos os agentes públicos o dever ético de agir com probidade e moralidade na administração da *res pública*, devotando fiel obediência aos princípios que regem a Administração.

O preceptivo constitucional mencionado encontra regulamentação na Lei n. 8.429/1992, que definiu a tipologia dos atos de improbidade e estabeleceu sanções próprias para cada violação, criando um rigoroso sistema de combate à corrupção administrativa.

O rigor das disposições contidas na Lei de Improbidade, sobretudo das graves sanções por ela impostas, concretiza a opção constitucional pela valorização e efetividade dos princípios nela elencados, em especial daqueles que regem a atuação administrativa.

Também revela a preocupação do legislador com o combate à corrupção e com a tutela da probidade o amplo espectro de incidência da Lei n. 8.429/1992, que, nos termos do art. 2º, sujeita ao seu regime 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 da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e de território.

Assim, segundo a dicção legal, estariam submetidos à Lei n. 8.429/1992 todos os agentes públicos que mantivessem vínculo, de qualquer natureza, com a Administração Pública, além daqueles que, embora não fossem agentes públicos, induzissem ou concorressem para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficiassem, direta ou indiretamente.

Embora seja inegável que os agentes políticos estejam inseridos no amplo conceito de agentes públicos, discute-se, na esfera doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 a esses agentes estatais.

Segundo sustentam aqueles que defendem a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, os desvios funcionais praticados por essa categoria de agentes públicos estão amplamente contemplados na Lei n. 1.079/1950, não sendo possível a caracterização simultânea de tais fatos como atos de improbidade administrativa, sob pena de se praticar o vedado *bis in idem*.

Para essa corrente, a Constituição Federal não admite a concorrência entre os regimes de responsabilidade previstos na Lei n. 8.429/1992 e na Lei n. 1.079/1950, razão pela qual estão os agentes políticos sujeitos apenas ao regime de responsabilização próprio – sistema de responsabilidade político-administrativa.

Aduzem, ainda, que o julgamento dos agentes políticos por magistrados de primeiro grau, como determina a Lei n. 8.429/1992, além de resultar em usurpação da competência dos

tribunais superiores, acarreta, também, o esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida a essa categoria de agentes públicos, pois a Constituição prevê o julgamento dessas autoridades por Tribunal específico, quando lhes for imputada a prática de crime de responsabilidade.

Defendendo posição contrária, parte expressiva da doutrina sustenta que os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade ostentam natureza distinta, capaz de ensejar a responsabilização simultânea do agente político em esferas autônomas e independentes, sem que haja violação ao princípio do *non bis in idem*.

Argumentam que a não sujeição dos agentes políticos ao regime da Lei n. 8.429/1992 implica na criação de um sistema de imunidade não autorizado pela Constituição Federal, além de tornar atípicas, em relação a esses, as condutas ilícitas contempladas apenas pela Lei de Improbidade e não tipificadas como crime de responsabilidade.

Aduzem, ainda, que não há que se falar em esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida aos agentes políticos quando lhe for imputada a prática de crime de responsabilidade, sob o fundamento de que a Constituição Federal restringiu essa prerrogativa às demandas de natureza penal, mostrando-se vedado ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao intérprete, estender ou alargar esse privilégio constitucionalmente outorgado.

A tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos ganhou força após o Supremo Tribunal Federal decidir, no julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, que os ministros de Estado, típicos agentes políticos, não se sujeitam ao regime estatuído pela Lei de Improbidade Administrativa, mas apenas ao sistema de responsabilidade político-administrativo previsto no art. 102, I, *c* da Constituição Federal e disciplinado pela Lei n. 1.079/1950.

Após apresentar os argumentos defendidos por ambas as opções teóricas, e considerando que a tutela da probidade encontra estatura constitucional, tem-se que a solução jurídica dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, não foi a mais adequada.

Mesmo respeitando a autoridade dos julgamentos preferidos pela Corte Suprema, deve-se reconhecer que a decisão do Tribunal, além de contrariar o fundamento de todo o sistema de responsabilidades previsto na Constituição Federal, também mitiga a eficácia normativa do princípio da probidade administrativa e do princípio republicano.

Como visto, a ampla responsabilização dos agentes públicos decorre logicamente da eficácia imperativa conferida a todo o arcabouço principiológico constitucional, especialmente no que diz respeito aos princípios acima referidos.

Assim, entende-se que a atividade do intérprete, com vista a encontrar a solução jurídica mais equilibrada para a controvérsia aqui discutida, deve ser guiada por esses princípios, que são regentes da atuação administrativa, e que expressam valores éticos consagrados no ordenamento jurídico.

Esse, no entanto, não foi o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n. 2138/DF, pois a Corte Suprema, ao excluir os agentes políticos do âmbito de incidência da Lei n. 8.429/1992, criou um sistema de imunidade não previsto na Constituição Federal e consagrou a irresponsabilidade desses agentes por ato de improbidade administrativa, contrariando o conteúdo dos princípios mencionados.

Demais, a decisão do Tribunal no julgamento em análise ignora também as disposições constitucionais expressas, na medida

em que desconsidera que a própria Constituição Federal, em seu art. 52, parágrafo único, autoriza a aplicação de outras sanções, além daquelas cominadas para o crime de responsabilidade.

De fato, a Constituição Federal não limitou a responsabilização dos agentes políticos ao âmbito político-administrativo, mas, ao contrário, impôs a todos os seus agentes a responsabilidade pela prática de seus atos e a necessidade de sua apuração em todas as esferas, de forma simultânea e independente.

Assim, por entender que não há fundamento ético-normativo para afastar a aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem também por crime de responsabilidade, e, considerando que a matéria não está definitivamente decidida, pois a questão aqui posta é também objeto de outros processos que tramitam perante a Corte Suprema, a serem apreciados por um colegiado com composição bastante diferente daquela que julgou a mencionada Reclamação, espera-se que um novo entendimento seja formado naquele Tribunal, a fim de que se garanta a ampla responsabilização dos agentes políticos, conferindo-se máxima efetividade aos princípios constitucionais aqui aludidos.

Referências

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Princípio da probidade administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARBOZA, Márcia Nool. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. 2007. Disponível em: <<http://ccr5>>.

pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei n. 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição da Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 4 out. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 mar. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del0201.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a seqüestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1941a. Disponível

em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/Del3240.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941b. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 abr. 1950. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1079consol.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei n. 3.164, de 1º de junho de 1957. Prove quanto ao disposto no §31, segunda parte, do art. 141 da Constituição Federal de 1946 e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 jun. 1957. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=172778>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8.429.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei. n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 dez. 2002b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=172778>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei. n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 dez. 1958. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=172778>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Ministério Público Federal. *A subsunção dos agentes políticos à Lei n. 8.429/1992*. 2002a. Disponível em: <<http://ccr5.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/publicacoes-diversas/estudo-subsuncaoLei8.429.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Ag. n. 1066846. Relator: Ministro Geraldo Og Fernandes. Brasília, DF, 2 de outubro de 2008. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 2 out. 2008a. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Rcl n. 2790/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 2 de dezembro de 2009a. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp 981570/AC. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 5 de novembro de 2009. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 nov. 2009b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp n. 1112062/RJ, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de outubro de

2009. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 07 out. 2009c. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Pet n. 3211 QO/DF. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 13 de março de 2008. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 jun. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl n. 2138-6/DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 13 de junho de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 abr. 2008c. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 out. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Rosimayre Gonçalves. A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 19, n. 4, abr. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20755/acao_improbidade_administrativa_agentes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 fev. 2010.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. *Lei de Improbidade Administrativa e os crimes de responsabilidade*, abr. 2006. Disponível em: <http://www.patrimoniopublico.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudios/Artigo_LIA_crime_de_respon.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2010.

COIMBRA, Arménio Alves Fernandes et al. *Ordenações filipinas online*. 1998. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1218.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Competência do juízo de 1º grau. In: Sampaio, José Adércio Leite et al. (Orgs.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/1992*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119-130.

GARCIA, Emerson. O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25260>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Monica Nicida. *Responsabilidade do agente político*. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Temas Fundamentais de Direito, 5).

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, improbidade administrativa e poder público no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 8, n. 10, p. 57-89, jan./

jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25260>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Transparency international*. Disponível em: <<http://www.transparency.org.br>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Brasília*, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998. Disponível em: <www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-17.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2010.

Duas décadas de Lei n. 8.429/1992 e o retrocesso legislativo

Bruno Pirrony Silva

Assessor jurídico do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, atualmente. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2008) e especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (2010).

Resumo: A interpretação das leis nunca foi considerada uma tarefa fácil pelos operadores do Direito. No caso da aplicação das sanções descritas no art. 12 da Lei Federal n. 8.429/1992, não fora diferente. A nova redação incluiu a possibilidade de aplicação parcial das reprimendas correspondentes aos atos de improbidade, podendo agora ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Entretanto, compulsando-se os textos legais e os estudos jurídicos pertinentes, inclusive os da hermenêutica, obteve-se, ao final, a conclusão no sentido de que a referida emenda legislativa trazida pela Lei n. 12.120/2009 não passou de mais um novo equívoco legislativo ofensivo à expressa vontade originária da norma.

Palavras-chave: Moralidade administrativa. Improbidade. Alteração legislativa.

Abstract: The interpretation of the laws has never been considered an easy task by jurists. In the case of applying the sanctions described in Article 12 of Federal Law 8.429/1992, was not different. The new wording included the possibility of partial implementation of reprimands corresponding to the acts of improbity, which can now be applied individually or cumulatively. However, looking over to legal texts and the relevant legal studies, including hermeneutics, was obtained at the end, the conclusion that such legislative amendment brought by the Legislative Law 12.120/2009 was nothing more than another new legislative mistake that is offensive to the expressed original will of the norm.

Keywords: Administrative morality. Improbability. Legislative change.

Sumário: 1 Introdução. 2 Questão de princípios. 3 Natureza de direito fundamental. 4 A história da mudança legislativa. 5 O espírito da LIA: a vontade popular. 6 Sanções concorrentes. 7 Considerações finais

1 Introdução

O presente artigo objetiva a reflexão de aspectos controvertidos da Lei n. 8.429/1992, intitulada Lei de Improbidade Administrativa (LIA), especialmente no tocante à alteração trazida pela Lei n. 12.120, de 15 de dezembro de 2009.

Dessa maneira, este estudo não tem a pretensão de constituir um trabalho totalmente conclusivo, mesmo porque a precitada alteração legislativa é ainda considerada recente, competindo aos tribunais considerá-la válida ou não.

No entanto, pretende-se, desde logo, expor o equívoco do legislador ao introduzir na aludida norma a expressa autorização para que o magistrado, ao seu arbítrio, realize a dosimetria cumulativa ou não das sanções previstas no artigo 12 da LIA. Isso porque, ao sentir do autor e depois de um estudo mais acurado dos textos legais, da doutrina especializada e de alguns julgados pátrios, percebe-se a flagrante contrariedade entre a nova redação e a vontade popular expressada no texto original, porquanto os preceitos protegidos pela Lei de Improbidade não podem ou mesmo devem ser mensurados de tal forma.

Para tanto, delimita-se o problema da mudança legislativa com a exposição interpretativa da lei e de seu caráter fundamental, oferecendo-se também alguns elementos de análise, ainda que sucinta, porém, de efetiva compreensão.

1 Questão de princípios

A problemática sobre a relação entre a norma jurídica e a norma moral vem de longa data. O saudoso mestre Miguel Reale (1998, p. 42) explicou tal relação em sua famosa teoria do mínimo ético: “a teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver [...]”.

Assim sendo, o direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas.

Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 26), também tratando do assunto e mencionando a teoria rousseuniana¹, aponta na moral uma estreita relação com o direito natural: “A moral, pois, nada mais é que a direção da ação humana para o seu fim, de acordo com a razão. O homem, por conseguinte, tende para o bem ou para o mal e deve agir de acordo com a ordem que o leva a atingi-lo”.

Igualmente, já adentrando no âmbito administrativo, tem-se também os ensinamentos de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1993, p.157):

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria *moral* não é nenhum problema especial para a teoria *legal*. As concepções na base natural são análogas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.

1 Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os *fundamentos da desigualdade entre os homens*: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. São Paulo: Martins Fontes, 2005, *passim*.

A conclusão disso é que, no campo jurídico, tudo pode ser moral, mas sendo esta somente uma concepção do ideal e não da realidade. Entretanto, o que pode ser verdadeiramente afirmado é que o Direito não será necessariamente imoral quando não estiver atrelado à moral, pois poderá ainda ser indiferente às regras morais e não contrário a elas.

Não obstante o exposto, torna-se necessário conceituar então o que vem a ser a principiologia da moralidade voltada especialmente para a Administração Pública.

Conforme Hely Lopes Meirelles (1992, pp. 83-84) acentua em sua obra, a moral administrativa nada mais é do que a imposição da retidão na condução da coisa pública, *in verbis*:

[...] Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, [...]. Assim, não terá que decidir somente o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. [...] A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao agente público para sua conduta externa; *a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.* (sublinhou-se)

Outrossim, enquanto Odete Medauar (1993, p. 90) grifa que “o princípio da moralidade administrativa é de difícil ou até impossível expressão verbal, na forma escrita ou oral”, Alexandre de Moraes (2002, p. 312) empresta-lhe o seu conceito para aclarar o tema:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Seguindo esta trilha, ao explanar ainda acerca dos princípios norteadores da Administração Pública, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, Mauro Roberto Gomes de Mattos (2006, pp. 86-87) traz sua valorosa colaboração:

Moralidade – O princípio da moralidade possui o condão de conduzir o administrador à prática de atos éticos, probos, honestos. O dinheiro público deverá ser tratado como se fosse do próprio agente público, sem sangrias ou excessos de gastos.

A moralidade como gestora dos atos públicos traça caminhos sérios e honestos, requisitos necessários para a tomada do ato público.

Não são tolerados, por esse princípio, a corrupção ou os atos que sejam praticados contra os princípios da economicidade.

A atual Constituição fala em moralidade administrativa, que tal como probidade diz respeito ao desempenho do homem público com honestidade, retidão, honra e ética.

Por outro lado, falando ainda sobre os princípios basilares da Administração, o referido autor (2006, pp. 85) revela-nos a importância deles na seara da probidade administrativa: “Como núcleo de todo o sistema legal, a Constituição possui princípios da Administração como fontes do ordenamento jurídico positivo, que funcionam como imperativos dos atos públicos”.

Por seu turno, em sua obra, Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 25) também veio a definir a probidade da seguinte maneira:

O termo probidade é um substantivo feminino, cuja qualidade de probo seria adjetivo de honradez e integridade. Tanto a probidade quanto a moralidade, apesar de termos substantivados, mas totalmente diversos, integram a ciência do (*deve ser*) no sentido de como deve ser o comportamento do administrador público e seus subordinados.

Da definição acima se extrai o seu significado oposto, conforme De Plácido e Silva (1980, pp. 789-799) ensina:

Improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.

Nesse mesmo diapasão, Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 51) lecionou com bastante propriedade que

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandado ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé.

Corroborando com a referida citação, em sua conclusão, Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 24) sintetiza o seu entendimento sobre a definição dos atos de improbidade administrativa da maneira seguinte: “Entendemos por ato de improbidade a má qualidade, imoralidade, malícia, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”.

Resume-se, então, que a improbidade administrativa nada mais é do que a falta de honestidade do agente público no tratamento da *res publica*.

Perfilhando idêntica compreensão, Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p. 110), em obra específica sobre o assunto, ressaltou a ética e a honestidade, afirmando o valor da probidade administrativa:

[...] do qual irradiam deveres concretizadores de suas premissas fundamentais visa a assegurar a rígida eficácia social dos princípios da Administração Pública (que não se esgotam nos quatro postulados condicionantes da sua atividade), tendo como base a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à Administração Pública e seus agentes.

Nessa esteira, é certo que, desrespeitando o administrador público, qualquer dos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública estará, com tal atitude, praticando o chamado ato de improbidade administrativa, segundo escreve Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 59):

De acordo com o princípio da moralidade administrativa, que difere da moral comum por ser jurídica (pois prevista no art. 37 da CF), a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos.

Assim, não basta a vinculação a lei: necessário também adstrir-se a conduta administrativa à moralidade e a persecução do interesse coletivo.

Vê-se, portanto, que a probidade administrativa deve ser vista em um amplo conceito de moral, como a qualidade do administrador público ou de quem lhe fizer as vezes, pois todos devem pautar seus comportamentos sempre de maneira limpa e dignamente, obedecendo aos princípios regentes do Estado brasileiro.

2 Natureza de direito fundamental

O próprio *nomen iuris* da Lei de Improbidade revela que o bem por ela protegido é por excelência a moralidade administrativa, sendo, sobretudo, um patrimônio intangível e considerado fundamental, mesmo não estando incluído no rol de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Além disso, sabemos que os direitos fundamentais não são somente aqueles previstos no art. 5º e em seus incisos da Constituição Republicana. Para chegar-se a essa conclusão, basta a leitura do § 2º desse mesmo dispositivo.

Portanto, encontramos no texto constitucional vários outros direitos de cunho fundamental tanto de forma expressa como

implícitos em outras passagens da Carta Magna. Chancelando este entendimento, ao mencionar que o art. 5º não estampa um rol taxativo, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, p. 91) asseguram:

Ao apontarmos as características acima, constatamos que os direitos fundamentais não são só aqueles enumerados pelo Título II da nossa Constituição, mas todos os que contenham as características apontadas, integrando, ou não, a parte reservada aos direitos fundamentais no texto constitucional.

Aqui, impende destacar que a proteção do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as dimensões possíveis, é incontestavelmente um direito inserto naquela categoria, razão pela qual não deve sofrer abusos por parte do Poder Público, isto é, dos seus agentes públicos, como condição básica da referida digna sobrevivência dos cidadãos.

Porém, isso apenas poderá ser possível com a observância, pelos agentes administradores da coisa pública, dos princípios informadores de toda a atividade estatal, insculpidos no *caput* do art. 37 da CF.

Em face disso, não é errado alegar que a probidade administrativa está voltada para a tutela da dignidade humana, conclui-se pelo caráter de direito fundamental da norma em tela. Mencionada correlação é bem lançada por José Afonso da Silva (1994, p. 571), o qual argumenta que probidade “é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (Art. 37, § 4º)”.

Nesse passo, torna-se digna de referência a oportuna menção da doutrina:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico pela chamada corrupção administrativa que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração

Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios. (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 39-40).

Com essas razões, entende-se que a probidade, assim como a moralidade administrativa, é direito de caráter fundamental, porque todo o cidadão tem direito a uma Administração limpa cuidando do patrimônio público.

Nessa balada, anota Paulo Bonavides (2003, p. 627):

Averiguar a existência de valores no ordenamento constitucional ou proclamar a Constituição um sistema e ordem de valores não constitui problema; o problema é estabelecer a hierarquia desses valores, compatibilizá-los na dimensão objetiva, aplicá-los a situações concretas, ao caso jurídico, fazê-los, enfim, exequíveis em toda a sua plenitude, resolvendo ao mesmo tempo as dificuldades teóricas contidas no binômio jurídico: valor e norma.

Sendo assim, partindo-se da premissa de que a probidade administrativa recebeu o *status* de direito fundamental, passa-se ao estudo mais aprofundado, a fim de melhor perquirir o tema proposto.

3 A história da mudança legislativa

Há mais de três anos, no dia 16 de dezembro de 2009, entrou em vigor a Lei Federal n. 12.120, que alterou dois dispositivos específicos da Lei n. 8.429/1992, conhecida por Lei de Improbidade Administrativa.

A principal alteração da novel legislação, objeto especial do presente estudo, mudou a redação do *caput* do art. 12 da Lei, sob a argu-

mentação de consagrar o entendimento acerca da aplicação das sanções que estava sendo dado por parte da jurisprudência e doutrina.

Com a devida vênia, não se revela ser essa a vontade motivadora do surgimento do diploma legal original. Para melhor ilustrar, vejam-se os exatos termos da aludida alteração.

Redação anterior:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, *está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações*: [grifo nosso]

Redação atual:

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*: [grifo nosso]

Note-se que a mudança acrescentou a expressa previsão de aplicação “isolada ou cumulativa” das sanções previstas nos três incisos do art. 12 da LIA, para cada uma das modalidades de ato ímprobo e “de acordo com a gravidade do fato”.

Todavia, a melhor análise somente é realizada pela interpretação do espírito que guiou o legislador na época de criação da Lei de Improbidade Administrativa, isto é, a vontade da nação brasileira no período histórico de seu nascimento.

De fato, é cediço o entendimento de que a *ratio essendi* (fundamento de existência) de uma lei deve sempre prevalecer, qualquer que seja a interpretação que lhe esteja sendo emprestada.

Essa alegação existe porque, se algum dia uma lei perder a sua fonte de existência, caindo em desuso, a letra da norma morrerá e eventualmente esta deverá ser retirada do ordenamento.

A LIA nasceu para reprimir a corrupção, fenômeno social antigo, que teve seus primórdios talvez no Império Babilônico, em 624 AC², e é bastante conhecido pelo povo brasileiro, porque constantemente estampa os jornais e aparece em noticiários da televisão, causando grande repercussão social.

No caso vertente, a razão de surgimento da Lei persistia e ainda persiste em existir. Vale relembra, para tanto, o maior “escândalo” político, para não usar de outro nome, dos últimos tempos, que ficou conhecido por “Mensalão” e está em julgamento no STF.

Assim sendo, novamente aqui, tem-se que o Texto Constitucional de 1988, em seu art. 37, *caput*, foi indubitavelmente cristalino em determinar os princípios de direito que deveriam ser observados pela Administração Pública e seus agentes no exercício de suas funções, inserindo nesse rol o princípio da moralidade administrativa.

Pouco adiante, no § 4º do citado artigo, a Constituição tratou de afirmar que as condutas que venham a violar os preceitos basilares da Administração Pública não ficarão sem a reprimenda adequada, *in verbis*:

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:

[...]

2 Cf. GARCIA, 2008, p. 3.

§ 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.

E assim a história nos remete ao início da década de 1990, quando o Brasil voltava à democracia depois de décadas de um regime militar ditatorial e estava em meio a um cenário de corrupção generalizada no poder público que nos assolava, tendo este momento da história, em consequência, resultado no *impeachment* do presidente Fernando Collor.

Em meio a isso, para combater as mazelas que afligiam o país, visando combater e dar um basta aos maus tratos à coisa pública e à falta de moralidade, punindo com rigor os administradores públicos, surgiu o Projeto de Lei n. 1.446/1991, o qual se tornou a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, denominada “Lei de Improbidade Administrativa”.

Não é sem razão, aliás, que o aludido diploma legal vem ressaltando a aplicação das sanções logo em sua ementa, a saber: “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”.

Contudo, muito embora alguns magistrados tenham aplicado com certa parcimônia a Lei de Improbidade desde a sua vigência, a mais recente alteração introduzida pelo legislador em seu texto acabou ferindo de morte a vontade do povo expressada com sua promulgação. Isso porque se trata de uma verdadeira impropriedade, um retrocesso legislativo, que enfraqueceu o combate aos atos de improbidade e tornou a lei, de certo modo, impotente, não se coadunando com a razão de existir da norma, pois certamente passar-se-á a exigir uma atenuação exacerbada das penas aplicadas

aos agentes públicos e demais beneficiários das empreitadas passíveis de punição (crime e castigo).

Ao deixar ao arbítrio do juiz a conveniência na aplicação das sanções cominadas aos atos ímprobos, o legislador atual permitiu situações absurdamente contrárias, repita-se, ao “espírito inicial da lei”, como, por exemplo, permitiu-se expressamente que os julgadores deixem de aplicar a suspensão dos direitos políticos de um agente público que esteja envolvido em desvios de grande quantia de verba pública destinada a programas sociais. Não apenas isso. Permitiu-se algo muito pior: a geração de um sentimento de impunidade geral perante a sociedade.

Tamanho fora o erro da inovação legislativa, que a gravidade do fato, agora invocada para explicar tal mudança, sempre foi critério de fixação da extensão das reprimendas (parágrafo único, art. 12, da LIA), só que dentro de cada inciso (cada espécie de ato), uma vez que cada um deles prevê objetivamente um tempo mínimo e máximo para suas espécies de pena.

Oportuna, nesse sentido, a citação do magistério especializado:

A razão de ser da sanção não reside no prejuízo a ser causado ao infrator, e sim na necessidade de dissipação da intranquilidade gerada, com a conseqüente restauração da soberania do direito, principal alicerce da segurança que deve reinar nas relações sociais. (GARCIA, 2008, p. 409).

Pode-se assim afirmar, sem embargo, que a cominação cumulada de todas as reprimendas previstas em cada um dos incisos do art. 12 mencionado nunca ofendeu o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, muito pelo contrário, a gradação das condutas (enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação dos princípios administrativos) é o maior e melhor exemplo de que não existe qualquer exagero nas sanções.

4 O espírito da LIA: a vontade popular

Sintetizando em dezessete artigos e um preâmbulo os ideais liberais da primeira fase da Revolução Francesa, nasceu a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu art. 6º já consagrava que

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou através de seus representantes. Ela deve ser a mesma para todos, seja aos que protege, seja aos que pune. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção, além de suas virtudes e seus talentos. [grifo nosso].

Nesse diapasão, pode-se afirmar então que a Lei de Improbidade Administrativa, sendo infraconstitucional, foi concebida para dar efetividade ao art. 37, § 4º, da CF, residindo aqui o seu fundamento maior de existência.

É certo, destarte, que a prática de atos de improbidade administrativa acarreta o estabelecimento da punição em que incidirá o ímprobo.

Por isso, não é desarrazoado afirmar que a vontade popular, exteriorizada por meio do texto inicial da LIA, não é compatível com o advento de Lei n. 12.120/2009.

A título de exemplo e para corroborar com tal argumento, temos a chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), que cobra uma reputação ilibada dos pretendentes a cargos políticos no Brasil, uma das espécies de agente público, como condição sem a qual é vedada a postulação do sufrágio popular.

No exemplo citado, a intenção da norma foi a preocupação em proteger a probidade e a moralidade no exercício da função pública pelos mandatários da população. As vozes das ruas foram

finalmente ouvidas, pois o povo mostrava-se inconformado e desgastado com tamanhos episódios de corrupção na casta política, tais como os mensalões, o dinheiro viajando na “bagagem da impunidade”, entre tantos outros tão ou até mais lamentáveis acontecimentos, sobretudo, em meio a uma desabalada busca pela almejada honestidade administrativa.

A sociedade brasileira então exerceu o direito constitucional de apresentar projetos de lei, por meio da iniciativa popular, com mais de 1,3 milhões de assinaturas do eleitorado, resultado de uma campanha cívica que mobilizou as mais variadas entidades por todo o país, entre elas destacando-se os trabalhos do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), da CNBB e da OAB.

Não obstante, não é difícil dizer que a motivação desencadeadora da aclamada Lei da Ficha Limpa é a mesma que fundou o nascimento da Lei de Improbidade em 1992.

Assim, neste ano de 2012, muitas pessoas vivenciarão a validade da Lei da Ficha Limpa, que tem como finalidade moralizar os poderes legislativo e executivo e, segundo o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral decidiu, irá começar a valer nas eleições de outubro. Na oportunidade, o presidente do Tribunal, o Ministro Ricardo Lewandowski, com muito louvor sustentou: “Esta lei homenageia um princípio que representa a própria base do princípio republicano, que é a moralidade no âmbito administrativo”³, novamente citando a moralidade administrativa como pilastra do nosso Estado.

Nesse contexto, emerge a imprescindibilidade da interpretação legal. A interpretação é da essência da própria norma, que, não

3 Notícia “Lei da Ficha Limpa vale para este ano, decide TSE”. Disponível no endereço eletrônico: <<http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/10828>> Acesso em: 28 ago. 2010.

raras vezes, enseja diversos sentidos, pois todos os operadores do Direito fazem as suas compreensões da norma. Assim, a hermenêutica é uma ciência presente, mesmo quando não se nota.

Variados são os métodos pensados, defendidos e usados para a interpretação das leis, principalmente pelos seus principais intérpretes, os juízes. São estes alguns dos tipos de interpretação: literal ou gramática; lógico-sistemático; teleológica etc.

Após analisá-los, Miguel Reale (1998, p. 293) deduziu o seguinte:

- a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consciência axiológica (valorativa) do Direito;
- b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada;
- c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.

E concluiu ainda o autor (1998, p. 294) que, ao interpretar a lei, o intérprete pode oferecer-lhe:

[...] *uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador*, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão a luz de novas valorações emergentes no processo histórico. [grifo nosso].

Disso, ressalta-se o caráter criador da própria hermenêutica jurídica, onde o julgador confere à norma o significado que melhor revele os valores do Direito e, por lógico, da moral, porém nunca se afastando da intenção do legislador (interpretação teleológica), da substância da lei.

E é inegável que, ou movidos por interesses desconhecidos ou ainda desviados da sua precípua função sancionatória, intérpretes da LIA dão a ela, às vezes, significados que não condizem com a sua essência, ou seja, surgem interpretações imorais, imoralidade

esta que acaba por gerar consequências não desejadas pelo legislador originário.

Destarte, a hermenêutica jurídica é inseparável da moral, que deve guiar os órgãos jurisdicionais na busca pela interpretação da lei, a fim de que dela extraia sua real razão de existir, interpretando-a sistematicamente com a Constituição Federal de 1988.

5 Sanções concorrentes

A letra da Lei de Improbidade Administrativa é bastante clara. Não há, assim, espaço para dúvidas de que o efetivo combate à improbidade administrativa está intimamente atrelado à aplicação das penas cominadas pela norma jurídica.

Com isso, correto é dizer que, quanto menor for a esfera jurídica do ímprobo atingida pela condenação, maiores serão as chances de que outros atos venham a ser perpetrados contra a Administração.

Sempre tratou o art. 12, em seu *caput* original, de uma autorização quantitativa e não qualitativa aos órgãos judiciais, porque o trato da *res publica* em geral, como alhures ressaltada, não comporta valoração.

Portanto, a melhor interpretação que o texto em questão apresenta, segundo a abalizada doutrina⁴, é a seguinte:

Regulamentando o preceito constitucional, estabelece o art. 12 da Lei n. 8.429/1992, em cada um de seus três incisos, as sanções que serão aplicadas às diferentes formas de improbidade, elenco este que se encontra previsto de *forma aglutinada*, separado por vírgulas e cuja última sanção cominada foi unida pela conjuntiva 'e'. [grifo nosso]

4 Cf. GARCIA, 2008, p. 385.

Prosseguindo, os mesmos doutrinadores explicam e reafirmam⁵:

Em razão de tal técnica legislativa, inclinamo-nos, como regra geral, pela imperativa cumulatividade das sanções, restando ao órgão jurisdicional a discricionariedade de delimitar aquelas cuja previsão foi posta em termos relativos, quais sejam: a) suspensão dos direitos políticos – 8 (oito) a 10 (dez) anos, inc. I/ 5 (cinco) a 8 (oito) anos, inc. II/ 3 (três) a 5 (cinco) anos, inc. III; e b) multa civil – até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial, inc. I/ até 2 (duas) vezes o valor do dano, inc. II/ até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, inc. III. [grifo nosso].

Não bastasse isso, pela interpretação gramatical do texto da LIA, a redação do diploma não traz a conjunção alternativa “ou” na cominação das sanções, por isso nunca caberia ao judiciário deixar de impor as penas estabelecidas nos incisos da Lei de maneira concorrente, conforme expressa previsão do § 4º do art. 37 da Carta Magna. De se observar, neste ponto, que não existe espaço para a discricionariedade na hermenêutica do dispositivo.

Ressalta-se, por lógico, ser desnecessário explicar que a observação do parágrafo único do aludido art. 12 diz respeito a algumas circunstâncias bem peculiares, conforme exemplifica Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 263):

Releva notar, no entanto, que as sanções de ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público e perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, conforme da própria redação dos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, somente serão passíveis de aplicação em estando presentes os pressupostos fáticos que as legitimam, quais sejam, o dano ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito.

5 Cf. GARCIA, 2008, p. 385

Igual raciocínio serve para anotar que não se deve impor a perda da função pública ao terceiro beneficiado por ato não possuidor de vínculo jurídico com a Administração Pública e assim por diante.

Tais conclusões decorrem da necessidade de efetivação do sistema repressivo (mecanismos de garantia do direito), que assim exterioriza a vontade dos cidadãos brasileiros, impedindo-se, ademais, que os ímprobos criem novas relações com o poder público durante determinado lapso temporal.

Daí a causa do inegável caráter preventivo das sanções previstas na Lei de Improbidade, uma vez que, quanto maiores forem os danos do agente, maior será o desestímulo à observância da lei e moral administrativa.

É nesse mesmo viés que a doutrina⁶ preleciona:

Repita-se, uma vez mais, que é absolutamente inútil a cominação de severas sanções se os mecanismos de controle e de execução são ineficazes. O temor que reduzirá o ímpeto do agente para a prática do ilícito surge a partir da constatação de que uma sanção será inevitavelmente aplicada. Ao revés, não obstante a cominação legal, havendo certeza de que a sanção não se efetivará, o temor se transmuda em estímulo, em muito enfraquecendo os freios inibitórios do agente.

Além do aspecto preventivo, a sensação de efetividade das sanções terá como sucedâneo a lenta e paulatina diminuição dos próprios custos com os mecanismos de controle, pois, na medida em que se difunde a repulsa à ilicitude, em menor número serão aqueles que se aventurarão à sua prática.

E mais. A interpretação conforme a Constituição visa equilibrar os poderes do Estado, tutelar os direitos fundamentais expressados na proibidade administrativa e obstar o livre arbítrio

6 Cf. GARCIA, 2008, p. 19.

do julgador quando do apenamento, tendo em vista que a norma constitucional delineou as reprimendas, fazendo-o, mais uma vez, de maneira aditiva, em vez de alternativa.

O Superior Tribunal de Justiça, confirmando a cumulatividade das sanções, certa vez manifestou-se da seguinte maneira:

Ementa: ação civil pública- recurso especial - inversão do ônus de provar o alegado na inicial - julgamento *ultra e extra petita* - inexistência- recurso improvido.

- A convicção do juiz resulta do exame feito, sobre o conjunto probatório, sem indagar a quem competiria o *onus probandi*, como determina o art. 332 do CPC.

- *Não há julgamento ultra ou extra petita, o juiz acrescenta à condenação do responsável pelo ato de improbidade as penas cominadas pelo Art. 12. inciso III, da Lei n. 8.429/1992*⁷. [grifo nosso]

Por sua vez, a Corte Suprema já decidiu de forma semelhante:

Ementa: agravos regimentais no recurso extraordinário. Improbidade administrativa. Multa civil. Artigo 12, III, da Lei n. 8.429/1992. *As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Agravos regimentais a que se nega provimento*⁸. [grifo nosso]

Dessa feita, malgrado o posicionamento adotado atualmente na lei, porque deixou a critério dos magistrados a aplicação do anseio do legislador originário, possibilitando um verdadeiro retrocesso que permite, muitas vezes, que o rigor da lei seja maquiado, sob argumentações fictícias de que não há indícios suficientes de desonestidade ou má-fé, por exemplo.

7 REsp n. 324.282 - MT (2001/0064720-2). 1ª Turma. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 5 fev. 2002. DJ de 1 abr. 2002.

8 RE 598588 AgR, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 15 dez. 2009, DJe - 035 Divulgação: 25 fev. 2010. Publicação: 26 fev. 2010.

Realmente, isso somente desestimula a propositura das ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, vale dizer, ofende a legislação na medida em que colide com o espírito que motivou sua criação.

Se assim fosse a verdade, a razão jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, os preceitos protegidos pela norma, que são os princípios administrativos incrustados na Constituição, deixaria de existir.

Em lição lapidar, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 748) averbou a importância de se protegerem os princípios:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. [destacou-se]

Pelo exposto, resta evidente que os valores fundamentais protegidos pelo nosso sistema jurídico, embora sejam proposições normativas básicas e gerais, orientam e condicionam a efetiva aplicação do Direito.

Reforça esse argumento a decisão do Tribunal da Cidadania, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, inclusive posterior à alteração questionada, na qual afastou a aplicação do princípio da insignificância, reconhecendo-se o ato de improbidade administrativa. Transcreve-se parcialmente:

Ementa: Processual civil. Ação civil pública. Princípio da moralidade administrativa. Improbidade administrativa. Mera irregularidade administrativa. Princípio da insignificância. Distinção entre juízo de improbidade da conduta e juízo de dosimetria da sanção.

[...]

8. Como o seu próprio *nomen iuris* indica, a Lei n. 8.429/1992 tem na *moralidade administrativa* o bem jurídico protegido por excelência, valor abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente.

9. A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9º e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos.

10. A insatisfação dos eminentes julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o resultado do *juízo de dosimetria da sanção*, efetuado pela sentença, levou-os, em momento inoportuno (isto é, após eles mesmos reconhecerem implicitamente a improbidade), a invalidar ou tornar sem efeito o próprio *juízo de improbidade da conduta*, um equívoco nos planos técnico, lógico e jurídico.

11. A Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, já se pronunciou no sentido de que “deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral.” (REsp 769317/AL, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27/3/2006). Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil.

[...]º [grifo nosso]

Ora, se a insignificância não pode ser aplicada como parâmetro para os atos de improbidade, por via de consequência, as sanções cominadas na lei também não podem deixar de ser aplicadas em conjunto, porque essa era a vontade primordial do legislador.

9 REsp n. 892.818 - RS (2006/0219182-6). 2ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. Data do julgamento: 11 de novembro de 2008. DJ de 10 fev. 2010.

A essa altura, mister repisar que a facultatividade ao intérprete da lei acerca de quais sanções devem ser aplicadas, com base no princípio de proporcionalidade, colide frontalmente com os mandamentos constitucionais do § 4º, art. 37, embutido no dispositivo pelo constituinte originário.

É, igualmente, nítida a proporcionalidade emprestada aos diversos tipos de atos ímprobos e suas sanções correspondentes previstas no art. 12, como se observa do inciso I, aplicável aos atos tipificados no art. 9º; do inciso II, aplicável aos atos tipificados no art. 10; e do inciso III, aplicável no art. 11.

Mais uma vez, valendo-se da melhor interpretação do dispositivo constitucional (CF/88, art. 37, § 4º), bem como da lei que o regulamenta (Lei n. 8.429/1992), evidente é que a escolha das sanções pelo intérprete da lei é eivada de inconstitucionalidade.

Nesse particular, por se encaixar com a precitada tese, colhe-se o seguinte pronunciamento doutrinário:

Ainda como consequência do parágrafo único do art. 12, cujo destinatário é o juiz, não está a permitir que, na fixação das penas nele referida, possa optar, discricionariamente, pela aplicação de uma ou outra sanção, excluindo, por exemplo, a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos. A única discricionariedade ali permitida ao magistrado é quantitativa, não qualitativa (ALVARENGA, 2001, p. 90).

Dessume-se, enfim, como pretendeu o legislador constituinte e infraconstitucional originários, que qualquer atentado contra a probidade administrativa deve ser penalizado com a sanção integral, que no caso concreto nada impedirá de ser aplicada em sua fração mínima e possível. Porém, todas as modalidades devem ser incluídas concomitantemente na condenação, o que não deixa de respeitar a proporcionalidade.

Ademais, diante das razões consideradas, não há como se justificar a alteração legislativa quanto às sanções dos atos de improbidade administrativa, em verdade por sua característica fundamental e essencial.

6 Conclusões

A moral é condição *sine qua non* os direitos fundamentais na sociedade não prevaleceriam, devendo assim acompanhar a conduta de todos e ainda mais a dos agentes públicos que tratam da gestão da coisa pública e que têm o dever de zelar pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

A mitigação pela alteração introduzida pela Lei n. 12.120/2009 não passou de um ledor engano do legislador.

Com efeito, nunca se quis a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para eleger quais as sanções correspondentes para a prática de cada ato ímprobo, mas tão somente para quantificá-las, prescrição esta de ordem constitucional.

Para revelar a impossibilidade de se admitir a atual exegese ao art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, no estudo da probidade administrativa como direito fundamental assim como do princípio da moralidade, conclui-se pela inconstitucionalidade da flexibilização na aplicação das sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

Tal alteração normativa é equivocada e, inclusive, pode ser considerada ela própria como ímproba, porque o sistema repressivo de punição aos atos de improbidade administrativa – na Constituição e na Lei – nunca poderia ser interpretado contrariamente ao espírito do legislador originário.

A probidade administrativa, para o nosso ordenamento jurídico, ostenta caráter fundamental, o que lhe assegura a aplicabilidade imediata por sua lei regulamentadora, qual seja, a LIA.

No mesmo viés, as sanções já anteriormente previstas no texto constitucional são cumulativas, uma vez que não se lhe extraiu – e nem o poderia, sob pena de eivar-se de inconstitucionalidade – a conjunção aditiva “e”, inserta no dispositivo pelo legislador constituinte originário.

Diante de tudo quanto foi exposto, configura um absurdo pensar em facultar ao intérprete da lei – o juiz – a liberalidade de quais reprimendas deve ele aplicar, com fulcro em critérios eminentemente subjetivos.

Ademais, o sistema jurídico brasileiro adotou uma série de princípios norteadores da atividade administrativa, os quais devem ser aplicados a todos que, direta ou indiretamente, os violem, sendo devidamente responsabilizados civil, administrativa e penalmente, se for a hipótese.

Os princípios previstos no texto constitucional levados a efeito, devem ser observados pelos agentes públicos em sua atuação administrativa, pois não se pode aceitar a prática de atos atentatórios à moralidade. A Lei de Improbidade Administrativa veio como corolário dos preceitos trazidos na Constituição, instituindo regras que definem os atos de improbidade, prevendo-lhes as sanções respectivas ao grau da ofensa.

Portanto, resta agora somente exigir o cumprimento do dispositivo legal original, pleiteando, inclusive, a inconstitucionalidade da alteração legislativa em comento, a fim de que as condutas dos administradores ímprobos sejam, de forma efetiva, combatidas para a concretização do interesse público maior.

Referências

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro*. Artigo publicado na obra *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm> Acesso em: 19 jun. 2010.

BRASIL. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8.429.htm> Acesso em: 20 jun. 2010.

BRASIL. *Lei n. 12.120, de 15 de dezembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12120.htm#art1> Acesso em: 20 jun. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

D'ANGELO, Suzi; D'ANGELO, Élcio. *O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público: atualizado de acordo com a lei n. 10.618, de 24 de dezembro de 2002*. Campinas: LZN Editora, 2003.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa: teoria, jurisprudência e prática*. 2. ed. rev. e amp. Campinas: Agá Juris, 1999.

FONSECA, Claudia De Oliveira. *O princípio da moralidade na administração pública e a improbidade administrativa*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 53, 31/05/2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2900>. Acesso em: 2 set. 2010.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson. *A improbidade administrativa e sua sistematização*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto649.htm>> Acesso em: 18 dez. 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/1992*. 3. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo, Campinas: Malheiros Editores, 1992.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 1º set. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Assistencialismo eleitoral e improbidade administrativa

José Guilherme Ferraz da Costa

Procurador da República no Rio de Janeiro. Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo: Este artigo versa o problema da utilização das políticas públicas assistenciais por gestores com objetivo principal de ganho político-eleitoral, notadamente a distribuição gratuita de bens e valores, que pode assumir notório impacto em resultados eleitorais. Parte de breve análise do regime sancionatório da improbidade administrativa, especialmente por violação a princípios, e da moldura jurídica adequada aos programas públicos assistenciais, diagnostica suas distorções mais comuns com previsão na legislação eleitoral e, ao mesmo tempo, demonstra seu enquadramento como improbidade administrativa. Destaca-se o papel que cabe ao Ministério Público nesse contexto, acompanhando referidos programas e buscando corrigir suas distorções, por meio de variados instrumentos jurídicos.

Palavras-chave: Programas assistenciais. Infrações eleitorais. Improbidade administrativa. Ministério Público.

Abstract: This paper discusses the problem of using public policies by managers with the main purpose of political gain-election, notably the free distribution of goods and assets, which may take noticeable impact on election results. It starts from a brief analysis of administrative misconduct penalties, especially for violating principles and the appropriate legal framework for public assistance programs, in order to diagnose its most common distortions which are predicted in electoral legislation and, at the same time, demonstrate its framework as administrative misconduct. It points out and highlights the actions of public prosecution in this context, monitoring these programs and seeking to correct its distortions, through various legal instruments.

Keywords: Welfare programs. Electoral offenses. Administrative misconduct. Public Prosecution.

Sumário: 1 Introdução. 2 Improbidade Administrativa por violação aos princípios da administração pública. 3 Assistência social como política pública de inclusão inserida no sistema de seguridade social. 4 Conduta vedada aos agentes públicos prevista no art. 73, VII, da Lei n. 9.504/1997. 5 Caracterização do assistencialismo eleitoreiro entre os atos de improbidade administrativa. 6 Conclusão.

1 Introdução

Os vinte anos de vigência da Lei n. 8.429/1992 permitiram a paulatina consolidação de abordagens teóricas sistemáticas de tratamentos para as mais diversas patologias da gestão pública, diagnosticadas como passíveis de subsunção naquele instrumento legal. Isto principalmente a partir de iniciativas pioneiras de membros do Ministério Público brasileiro, instituição que vem inegavelmente contribuindo, assim, para melhoria qualitativa da aludida gestão.

Entretanto, uma das referidas patologias de feição mais sofisticada, a despeito de sua notável gravidade e impacto na saúde moral e financeira dos entes públicos bem como na própria legitimação dos mandatos populares, ao nosso ver, ainda se mostra das mais carentes de sistematização teórica e enfrentamento direto na praxe ministerial, qual seja, o assistencialismo eleitoreiro, disfarçado de política de seguridade social.

Com efeito, ao estipular regras estáveis para a realização de eleições periódicas por meio da Lei n. 9.504/1997, o legislador pátrio procurou reforçar os mecanismos de controle na conduta de administradores públicos em contexto eleitoral, prevendo punições

de caráter cível-eleitoral mais rigorosas para condutas de desvio de finalidade na administração pública em benefício de interesses político-partidários. Essa iniciativa relacionou-se à introdução do instituto da reeleição para cargos do Executivo no ordenamento pátrio, evidente fator de agravamento do risco de desequilíbrio de oportunidades entre candidatos pela utilização indevida da chamada “máquina administrativa”.

Entre os expedientes que a Lei n. 9.504/1997 pretendeu coibir, destaca-se a utilização indevida de programas públicos de distribuição gratuita de bens e serviços com a finalidade precípua de conferir vantagem eleitoral a gestores candidatos à reeleição ou mesmo a seus aliados políticos. Isso porque se trata de prática com evidente e significativo impacto na legitimidade dos pleitos eleitorais, especialmente se considerarmos os milhares de pequenos municípios encravados em todo o país, o elevado *déficit* educacional e a acentuada vulnerabilidade econômica de enorme parcela de nosso eleitorado.

Sabe-se que referidos programas, na maioria das vezes criados sob o rótulo de assistência social, política de seguridade social amparada no comando do art. 203 da Carta Magna e regulamentada pela Lei n. 8.742/1993, acabam se prestando a toda sorte de manipulações nas mãos de gestores pouco comprometidos com o interesse público em geral e muito menos com os objetivos de uma verdadeira política de inclusão social.

Nesse panorama, inseriu-se, no art. 73, inciso VI, da referida lei eleitoral, uma previsão específica de conduta vedada aos agentes públicos em contexto eleitoral, consistente no uso promocional da distribuição de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público em favor de candidato, partido político ou coligação.

Posteriormente, a Lei n. 11.300/2006, visando coibir de modo mais eficaz os abusos até então cometidos, enrijeceu a disciplina legal dessa matéria ao simplesmente proibir a criação de novos programas dessa natureza em anos eleitorais, nos termos do novel §10, introduzido no mesmo art. 73, com algumas exceções estritamente previstas ali. Mais recentemente, a Lei n. 12.034/2009 completou tal dispositivo, cominando expressamente a sanção de perda de mandato para tal hipótese bem como proibindo a execução de tais programas, em ano eleitoral, por entidades privadas ligadas a candidatos.

Com efeito, a mesma lei explicitou que as condutas nela apontadas como proibidas a agentes públicos em campanha eleitoral também caracterizariam improbidade administrativa, punível nos termos da Lei n. 8.429/1992, por implicarem violação a princípios da administração pública, nos termos do seu art. 11.

Como dito, este último diploma legal representou sensível avanço no fomento à boa gestão pública, embora sua aplicação ainda se encontre em fase de maturação jurisprudencial, principalmente no que se refere à novidade nela contida quanto ao conceito ampliado de improbidade por violação a princípios regentes da Administração Pública, mesmo se ausente a constatação de lesividade ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito do agente.

A aplicação recente das citadas vedações pela Justiça Eleitoral tem lançado luzes sobre as distorções verificadas nas políticas de assistência social adotadas principalmente por estados e municípios, levando-nos a refletir acerca de suas repercussões na esfera da improbidade administrativa, uma vez que configuram formas de desvio de finalidade de atos administrativos em gritante violação

aos princípios constitucionais vetores da Administração Pública e a diversas outras normas contidas no ordenamento jurídico pátrio.

Neste artigo, discorreremos acerca dos modos nos quais se apresentam as ditas distorções em programas de assistência social, notadamente com intuito eleitoreiro, e seu enquadramento como atos de improbidade administrativa. Nosso objetivo será fundamentar o cabimento de medidas punitivas, na esfera cível, em face dos pertinentes responsáveis, bem como da suspensão ou adequação de tais programas ao modelo legal e constitucional previsto para as políticas públicas assistenciais.

Investigaremos os conceitos constitucionais de improbidade administrativa e assistência social bem como seus desdobramentos contidos nas Leis n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), aprofundando o exame do regramento da conduta vedada a agentes públicos em campanha eleitoral prevista no art. 73, inciso VI, da Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições – LE), quanto aos aludidos programas.

Indicaremos então as principais distorções verificadas na prática, em relação aos programas públicos ditos de assistência social, abrangidos pelo aludido dispositivo da legislação eleitoral, analisando sua caracterização entre os atos de improbidade administrativa, ao menos a daqueles que violam princípios da Administração Pública.

Ressalte-se que a abordagem interdisciplinar ora proposta para o fenômeno em estudo tem implicações no âmbito do Direito Administrativo, Eleitoral e da Seguridade Social, servindo para apontar vias de atuação concreta para o Ministério Público no controle do que chamamos improbidade administrativa eleitoreira, um

dos desafios que, entendemos, deva ser priorizado numa terceira década de vigência da LIA.

2 Improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública

O conceito de improbidade administrativa foi acolhido pelo art. 37, §4º, da Constituição Federal, segundo o qual 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 prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Foi reforçado ainda pelo art. 15, V, da mesma Carta Magna, onde consta remissão à pena de suspensão dos direitos políticos aplicável ao agente público ímprobo.

A pesquisa semântica do vocábulo *improbidade*, com origem na palavra latina *improbitas*, revela conteúdo contraposto ao de probidade, equivalendo esta a honestidade, retidão e integridade de caráter. Daí a associação do vocábulo improbidade, no senso mais comum, à figura do administrador desonesto (*improbus administrator*), que se aproveita da coisa pública em benefício próprio ou alheio, e à gerência deliberadamente temerária.

Registra-se a existência de uma corrente doutrinária que considera a probidade administrativa gênero, da qual faz parte a moralidade administrativa, bem como de outra corrente, segundo a qual a moralidade administrativa seria o gênero do qual a probidade seria uma espécie, indicada como moralidade qualificada, a exigir, portanto, traços de desonestidade para sua caracterização (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 6-8).

Parece-nos francamente prevalente, na doutrina e jurisprudência pátrias, a segunda orientação, conforme a qual determinados atos administrativos, embora eivados de ilegalidade, não neces-

sariamente contêm a nota de desonestidade ou deslealdade apta a caracterizar a improbidade administrativa. Dessa forma, propugna-se por uma aplicação mais prudente e equilibrada das sanções por improbidade administrativa, especialmente em se tratando das hipóteses de violação aos princípios da Administração Pública, sem dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

Deve-se agregar a essa conceituação, ainda, que os atos de improbidade podem ser aqueles que, além de ilegais, mostrem-se fruto de desonestidade ou ainda de inequívoca atuação temerária do agente público. Desse modo, embora as punições da LIA não alcancem o administrador que se equivoca na gestão pública, dentro de uma razoável margem de erro profissional, podem atingir comportamentos culposos, como, aliás, prevê expressamente o *caput* do art. 10 da mesma lei (Osório, 2007, p. 247-253).

A LIA regulamentou o referido dispositivo constitucional, descrevendo diversas condutas caracterizadoras de improbidade administrativa com as correspondentes sanções que abrangem perda de bens, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três a dez anos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, também pelo prazo de três a dez anos (art. 12).

A doutrina majoritária reconhece a natureza cível das sanções cabíveis, embora evidente a possibilidade de que as aludidas condutas também caracterizem crimes a serem objeto, cumulativamente, de persecução penal. A jurisprudência pátria, capitaneada pelos nossos tribunais superiores, até recentemente, endossava essa concepção, afastando a incidência do foro especial por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, justamente

em face da natureza cível das sanções cuja aplicação nelas se requer (SANTOS, 2007, p. 7-9).

Por ocasião do julgamento da Reclamação n. 2138-6/DF, entretanto, o Plenário do STF reconheceu às condutas ditas ímprobas a natureza de crimes de responsabilidade, no caso dos agentes políticos sujeitos ao regime peculiar de punição por infrações político-administrativas delineado na própria Carta Magna, afastando-se quanto a eles o sistema punitivo da LIA¹.

A LIA classifica os atos de improbidade ali descritos em três categorias (arts. 9º, 10 e 11) – os atos que importam enriquecimento ilícito, os atos que importam dano ao erário e os atos violadores de princípios da administração pública –, graduando sanções de maior ou menor gravidade de modo decrescente entre tais categorias (art. 12).

Em todos eles, o legislador utilizou formulação genérica no *caput* e exemplificativa nos respectivos incisos, de modo que a ausência de subsunção a um dos aludidos incisos não afasta a caracterização do ato de improbidade, caso seja possível seu enquadramento no *caput* genérico de cada um dos dispositivos. (SANTOS, 2007, p. 50-51)

Entre as referidas categorias adotadas pela LIA, a que tem gerado maior polêmica doutrinária, interessando-nos mais especi-

1 Em se tratando de decisão adotada por escassa maioria e, em face da recentes mudanças na composição daquele colegiado, espera-se uma revisão daquele posicionamento, altamente discutível tendo em vista que representou, na prática, uma forma de imunização dos principais responsáveis pelas condutas que aquela lei visou punir. De qualquer forma, o STJ já alinhou sua jurisprudência no mesmo sentido (vide Reclamação n. 2790/SC), valendo ressaltar que, a despeito da restrição jurisprudencial, no caso de condutas que não encontrem tipificação na lei específica referente às infrações político-administrativas, a LIA ainda seria aplicável aos agentes políticos.

ficamente neste artigo, é aquela caracterizada pela violação a princípios da Administração Pública.

Constata-se, nesse ponto, que, enquanto o art. 4º da LIA reporta-se ao dever geral dos gestores públicos em observar os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, o *caput* do art. 11 indica como contrárias aos aludidos postulados a ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Esses deveres são decorrência clara da conjugação dos princípios da moralidade e impessoalidade, sem prejuízo de extrairmos destes, e ainda do próprio princípio da legalidade, outros subprincípios, como os da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade civil do Estado, conforme pensamento de Celso Antônio Bandeira de Melo. (SANTOS, 2007, p. 92).

Lembre-se que, embora apenas tenha sido explicitado pela Emenda Constitucional n. 19/1998, após o advento da LIA, não vislumbramos impedimentos a que se enquadrem violações ao princípio da eficiência administrativa como atos de improbidade administrativa, uma vez que tal princípio também decorre dos demais, notadamente da moralidade administrativa (GARCIA, 2008, p. 49 e 54-56; OSÓRIO, 2007, p. 142-181).

Com efeito, no caso dos atos a que se reporta o art. 11 da LIA, há maior flexibilidade na identificação do que seria caracterizado como improbidade administrativa, exigindo-se, portanto, maior prudência em se tratando da delimitação da fronteira entre o que seria um ato meramente ilegal (por vezes adotado de boa-fé pelo administrador, de acordo com certas interpretações da lei ou das circunstâncias de fato) e o que seria exatamente um ato de improbidade administrativa.

A doutrina especializada alerta para o risco de excessos na aplicação do art. 11 da LIA, sendo que, como solução para tal problema, na mesma linha que já destacamos anteriormente, deve-se invocar o conteúdo constitucional da própria noção de improbidade, buscando-se a nota de desonestidade ou deslealdade funcional ínsita ao comportamento do agente ímprobo.

Dessa forma, afasta-se o risco de punição desproporcional a certos equívocos no exercício da administração pública, podendo-se aplicar o mesmo raciocínio em casos em que não se vislumbra sequer risco de dano ao erário ou mesmo a insignificância da lesão frente ao princípio da proporcionalidade². Nesse sentido orientou-se a jurisprudência pátria, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 6-8).

Discute-se, ainda, acerca da possibilidade de identificação de atos de improbidade sob a forma culposa, uma vez que, em casos tais, não há uma vontade previamente orientada a certa finalidade, mas apenas a negligência, imprudência ou imperícia.

Para a doutrina prevalente, seria admissível a forma culposa para os atos de improbidade administrativa apenas nos casos do art. 10, ou seja, quando verificado dano ao erário, mas não nos demais, registrando-se posição minoritária defendida por Maria Sylvia Zanela di Pietro nesse particular, admitindo modalidade culposa para as três categorias de improbidade administrativa (SANTOS, 2007, p. 92-93).

2 Para Carlos Frederico Brito dos Santos (2007, p. 101), no caso de violação aos princípios da administração pública, o problema reside no tocante ao da legalidade. Segundo aquele autor, deve-se exigir, nesse caso, a ocorrência de perigo de dano ao erário bem como que a aplicação das sanções previstas na LIA não viole o princípio da proporcionalidade. Esclarece ele ainda que, no caso de violação aos demais princípios indicados na LIA, seria dispensável a caracterização do aludido risco de dano ao erário.

Em que pese encontrarmos precedentes, na jurisprudência do STJ, que proclamam a desnecessidade de prova de elemento subjetivo dolo ou culpa no tocante à caracterização dos atos de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (Resp 880.662/MG, Resp 826.678/GO e Resp 717.375/PR), é fato que decisões posteriores se alinharam no mesmo sentido da aludida orientação doutrinária (vide como exemplo o Resp 875163/RS). Chegou-se, mais recentemente, a se proclamar praticamente a impossibilidade de caracterização de ato meramente culposo de improbidade, mesmo no caso do art. 10 (REsp 1.199.582/SP).

Destacamos, entretanto, que não se deve esquecer que, por vezes, embora não revele um comportamento preordenado a atingir o resultado ilícito, o agente praticamente aceita que este se produza, incidindo na categoria do dolo eventual, bastante decantada pela teoria geral do crime, que também nos parece servir, no particular, à análise do ato de improbidade administrativa.

Enfim, doutrina e jurisprudência pátrias majoritariamente tendiam a cancelar a gradação das sanções cominadas pela LIA ao agente ímprobo (SANTOS, 2007, 142-150), justamente conforme o elemento subjetivo e a gravidade das consequências para a administração pública, admitindo-se, assim, que não necessariamente seja o agente punido com todas elas. Na esteira desse raciocínio, foi introduzida alteração no art. 12, *caput*, da LIA, pela Lei n. 12.120/2009, explicitando essa possibilidade de gradação de sanções.

Em relação às condutas previstas no art. 11, um aparente equívoco redacional contempla a ressalva de “ressarcimento integral do dano, se houver”, pois em caso de dano econômico ao erário, pela técnica residual adotada pelo legislador na LIA, sabe-se que seriam cabíveis as punições do art. 12, inciso II, e não do inciso III do mesmo dispositivo.

Partindo-se, outrossim, do raciocínio clássico segundo o qual na lei não há palavras inúteis, pode-se extrair dessa ressalva legal a possibilidade de indenização de um possível dano moral, subjacente às condutas violadoras aos princípios da administração pública (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 22).

3 Assistência social como política pública de inclusão inserida no sistema de seguridade social

O constituinte de 1988 seguiu as mais modernas tendências internacionais ao estruturar um sistema de seguridade social em três subsistemas com características e funções próprias, as quais se integram e favorecem a universalidade da proteção social para o conjunto da população brasileira, conforme a maior ou menor necessidade de cada indivíduo. Tal sistema restou conceituado como sendo o “conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 204 da CF/88).

Desse conjunto, sobressai-se o subsistema de previdência social, que segue o modelo tradicional de seguro social contributivo por natureza, ao lado da assistência social gratuita voltada aos excluídos do mercado de trabalho que, por algum motivo superior, não poderiam ser chamados a contribuir para sua manutenção. Por sua vez, no subsistema de saúde, impera a máxima universalidade do atendimento, permitindo-se acesso gratuito aos cuidados médicos por qualquer cidadão, na medida de suas necessidades.

Esses subsistemas da seguridade social se articulam e se integram para amparar o segurado em situação de vulnerabilidade e, ao mesmo tempo, para permitir que ele possa (re)ingressar no mercado de trabalho, tornando-se economicamente independente e capaz de contribuir para manutenção do sistema como um todo.

Dessas breves considerações, emerge que o conceito constitucional de assistência social está vinculado à atenção aos segmentos mais fragilizados da população, com enfoque principal na proteção à família, à infância, à adolescência e à velhice, no amparo às crianças e aos adolescentes carentes, na promoção da integração ao mercado de trabalho, na habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e na promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203 da CF/88).

Tal conceito foi mais bem explicitado no art. 1º da LOAS, editada com base na competência legislativa privativa da União (art. 22, inciso XXIII), segundo a qual a assistência social é definida como direito do cidadão e dever do Estado e como “Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Aliás, as doutrinas nacional e internacional especializadas reforçam essa conceituação, devendo-se considerar que a estruturação do sistema de seguridade social brasileiro reflete uma notável confluência de estudos internacionais acerca da atuação estatal no domínio da previdência e assistência sociais bem como no atendimento à saúde pública³.

3 Nesse sentido, vale conferir o conceito de assistência social segundo Ilídio das Neves (1996, p. 281), numa das mais completas obras sobre seguridade social em língua portuguesa, para quem “o direito à assistência ou solidariedade social [...] visa a garantia de rendimentos mínimos de subsistência, conforme exigências básicas de dignidade humana, ou seja, rendimentos de natureza estritamente social [...] o direito à assistência ou solidariedade social é definido mediante a aplicação do princípio da selectividade, no sentido de que a protecção social se destina a grupos específicos da sociedade ou a certas pessoas pertencentes a esses grupos, que se encontram ‘à margem’ de um certo rendimento estipulado”. Feijó Coimbra (1993, p. 66) também assevera que a concessão de prestações assistenciais tem como limite natural o da carência de recursos verificada no interessado, como ocorre no caso das prestações em moeda deferidas ao deficientes físicos e aos idosos que não dispõem de outra fonte de recursos com os quais possam atender suas necessidades. Citando

Dessa explanação, extrai-se a conclusão peremptória de que não há que se falar em assistência social para categorias abastadas ou mesmo de renda média. As medidas que beneficiem tais segmentos podem até ser consideradas relevantes para o interesse público, mas jamais sob a denominação de assistência social no sentido técnico-jurídico do termo.

Daí concluirmos pela absoluta impropriedade de leis estaduais, distritais e municipais que eventualmente contemplem “ajudas” a título de assistência social para quem não se enquadre no conceito de pessoa carente, que abrange apenas indivíduos sem meios para prover minimamente sua sobrevivência e, portanto, em situação de acentuada vulnerabilidade. Ademais, a assistência social deve focar-se em proporcionar prestações para garantia da sobrevivência do indivíduo, excluídas outras formas de amparo público não relacionadas ao mínimo vital.

Registre-se que, no Brasil, certa corrente doutrinária tributarista tem propugnado incisivamente por uma interpretação mais elástica desse conceito de assistência social, com o objetivo de ampliar o alcance de benefícios fiscais de imunidade concedidos pela Constituição de 1988 a instituições de assistência social e entidades beneficentes de assistência social, conforme art. 154, inciso VI, *c*, e art. 195, § 7º, daquela Carta Magna. A inadequação dessa visão ampliativa mostra-se evidente, contudo, quando invocado o conteúdo preciso do conceito jurídico de assistência social como subsistema de seguridade social, conforme acima destacado⁴.

Por outro lado, mesmo os programas de assistência social voltados genuinamente a pessoas carentes são frequentemente descri-

Paul Durand, o mesmo autor aduz que “para prestações custeadas pela sociedade inteira só se pode encontrar justificativa na concessão delas aos realmente carentes”.

4 Para uma visão aprofundada da matéria, confira-se o nosso “Seguridade Social e Incentivos Fiscais” (2007).

tos como problemáticos do ponto de vista da garantia de lisura e eficiência, isso em face da grandiosidade do desafio de resgate de excluídos em países que sofrem crônica estagnação econômica bem como da frequente imbricação de tais programas com interesses populistas e eleitoreiros (ILO, 2007, p. 66)⁵.

Os mesmos estudos demonstram, entretanto, que é perfeitamente possível serem estabelecidas alternativas técnicas para estruturação desses programas, de modo a prevenir ou minimizar tais distorções e lhes conferir maior eficiência, seja por meio da cuidadosa construção dos requisitos de elegibilidade à concessão de benefícios, seja por meio do incremento dos mecanismos de controle estatal e social sobre sua implementação.

Nessa linha de raciocínio, a LOAS preconiza que a assistência social deve se integrar a políticas setoriais de enfrentamento da pobreza e universalização de direitos sociais, afastadas discriminações de qualquer natureza e garantida a divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão. Reforça ainda a diretriz de participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis dos sistema de assistência social (art. 2º, parágrafo único; art. 4º, II, IV e V; e art. 5º, II).

De acordo com a LOAS, tanto os benefícios quanto os serviços assistenciais não podem consistir em iniciativas isoladas e aleatórias, mas devem se inserir em verdadeiros programas que contemplem ações integradas e complementares, perseguindo objetivos, dentro

5 Nesse sentido, o relatório da Organização Internacional do Trabalho intitulado *Social Security: A new consensus*, embora aponte a relevância dos programas de transferência de renda, alerta para o fato de que “*social assistance is often subject to considerable administrative discretion, opening the way to favouritism, clientelism and discrimination*”. (2001, p. 66)

de parâmetros de tempo e de área de abrangência, de modo a qualificar, incentivar e melhorar resultados em termos de inclusão social (arts. 23 e 24, *caput*).

Por sua vez, confirmando esse raciocínio, a Lei n. 12.101/2009, visando regulamentar benefícios fiscais concedidos a entidades assistenciais privadas, delineou, em seu art. 18, as ações assistenciais como sendo implementadas “de forma gratuita, continuada e planejada, para os usuários e a quem deles necessitar, sem qualquer discriminação, observada a Lei 8.742/93”. Mais recentemente, a concepção do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) foi inserida no texto da própria LOAS (art. 6º) pela Lei n. 12.435/2011.

Com efeito, com base em todos esses princípios e regras, infere-se a exigência normativa de uma estruturação lógica, coerente e sistemática de medidas assistenciais que favoreçam a reintegração social, bem como a exigência de tratamento igualitário da clientela, tudo sob amplo controle social. Infere-se ainda que, na esteira das previsões constitucionais, passa-se a reconhecer, no ordenamento jurídico brasileiro, o efetivo direito subjetivo público a prestações de assistência social, que não se resumem a meras benesses discricionárias do Poder Público, na medida de suas sobras orçamentárias. Portanto, apenas são legítimas do ponto de vista constitucional as medidas de assistência social implantadas pela União, estados, Distrito Federal e municípios a partir de leis federais e locais, quando observados todos esses princípios e diretrizes, os quais, obviamente, implicam a gestão metódica, planejada e profissionalizada das políticas públicas assistenciais.

Agrega-se a essas diretrizes todo o arcabouço pertinente ao controle das despesas públicas em geral, notadamente a Lei n. 4.320/1964 e a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), atraindo, inclusive, normas específicas para essa modalidade

de despesa, como é o caso do art. 26 dessa última, segundo o qual a destinação de recursos para referidos programas deve ser “autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento”.

Salta aos olhos, portanto, que todas as diretrizes acima explicitadas repudiam supostos programas de distribuição eventual e aleatória de benesses a pessoas tidas como carentes (e, com maior razão, para não carentes) mediante critérios subjetivos do administrador e sem os adequados mecanismos de controle.

4 Conduta vedada aos agentes públicos prevista no art. 73, VI, da Lei n. 9.504/1997

A Lei das Eleições (LE), desde a sua redação original, previu, em seu art. 73, inciso VI, como modalidade de conduta vedada a agentes públicos em campanha eleitoral “fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público”.

Registre-se que tal conduta pode abranger a distribuição gratuita de bens e serviços ligados a diversas políticas públicas de caráter social, como, por exemplo, merenda escolar, livros didáticos, material de construção, etc (CONEGLIAN, 2006, p. 335; CANDIDO, 2008, p. 572). Contudo, parece-nos que a mais comum e ampla possibilidade de sua ocorrência relaciona-se aos programas de assistência social propriamente ditos, que, por natureza, comportam amplamente tal distribuição como instrumento de ação.

Segundo a doutrina eleitoralista prevalente, trata-se de conduta punível quando ocorrida a qualquer tempo, e não somente no período eleitoral (compreendido entre julho e outubro), embora mencionada ali a figura do candidato e da coligação,

oficialmente existentes apenas no aludido período, uma vez que não há delimitação temporal no texto do respectivo inciso legal, ao contrário do que ocorre nos incisos V e VI do mesmo dispositivo (BARRETO, 2006, p. 52 e 75).

Observe-se que tal espécie de conduta já era antes enquadrável no conceito genérico de abuso de poder político de conteúdo econômico, extraído do art. 14 da Constituição Federal e do art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, podendo gerar também as sanções de inelegibilidade e perda de mandato.

Contudo, a previsão específica na LE importou mais eficácia na punição daquela, uma vez que, além de maior clareza e precisão da formulação legal, houve ainda a cominação de multa e possibilidade de cassação de mandato em Ação de Investigação Eleitoral ajuizada antes da proclamação dos eleitos, mesmo quando julgada após a diplomação destes. Registre-se que, no caso do abuso, isso exigiria o subsequente ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo, conforme previa o art. 22, XV, da Lei Complementar n. 64/1990, revogado pela Lei Complementar n. 135/2010.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência especializadas debatem se o requisito de potencialidade para afetar concretamente os resultados eleitorais, normalmente associado ao conceito de abuso de poder econômico construído pela jurisprudência pátria, seria exigível ou não para caracterização das condutas vedadas no art. 73 da LE, prevalecendo até recentemente o entendimento que afasta tal requisito no último caso.

Essa visão havia facilitado a punição desse tipo de ilícito na esfera eleitoral, todavia detectamos um indicativo de modifica-

ção nesse posicionamento, em sentido oposto, em alguns julgados oriundos do Tribunal Superior Eleitoral⁶.

Vale ressaltar que, com o advento da recente Lei Complementar n. 135/2010, que alterou vários dispositivos da Lei Complementar n. 64/1990, o legislador introduziu o novo conceito de “gravidade” da conduta abusiva, afastando agora o de “potencialidade” para fins de caracterização do ilícito eleitoral em referência. Certamente tal mudança poderá motivar nova abordagem jurisprudencial na aferição das aludidas condutas vedadas a agentes públicos.

Como hipóteses mais evidentes da discutida conduta vedada, podemos imaginar situações em que o gestor associa ostensivamente o programa público de distribuição de benesses públicas a determinada campanha eleitoral, seja promovendo atos de divulgação de candidaturas no recinto onde ocorre a distribuição, seja instruindo servidores públicos a abordar beneficiários, lembrando-lhes acerca de certas candidaturas, ou mesmo com políticos candidatos distribuindo diretamente tais benesses, mediante discursos de auto-promoção (CONEGLIAN, 2006, p. 335; CASTRO, 2008, p. 359-360).

Pensamos que, em casos tais, não há a menor dúvida acerca da caracterização da conduta vedada, colhendo-se da jurisprudência pátria diversos exemplos em que houve aplicação das aludidas penalidades, inclusive com cassação de mandatos⁷. Lembre-se que, em hipóteses extremas, de verdadeiro condicionamento da con-

6 Vide, como exemplo, a decisão proferida no RO n. 1516/SP.

7 Da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral divulgada em <www.tse.gov.br>, (acesso em: 17 ago. 2012), serve de exemplo eloquente o seguinte precedente: “[...] 4. O comprovado uso de programa habitacional do poder público, por agente público, em período eleitoral, com distribuição gratuita de lotes com claro intuito de beneficiar candidato que está apoiando, com pedido expresso de voto, configura abusivo desvio de finalidade do mencionado projeto social, caracterizando conduta vedada pelo inciso III do art. 73 da Lei no 9.504/97. [...]” (Ac. de 29 jun. 2006 no REspe n. 25.890/2006, rel. min. José Delgado.)

cessão do benefício à promessa de voto, tem-se a caracterização da captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41-A da mesma lei e ainda do crime tipificado no art. 299 do Código Eleitoral como corrupção eleitoral, sem prejuízo de se caracterizar subsidiariamente o tipo de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal.

O exame da casuística enfrentada diuturnamente pela Justiça Eleitoral revela, entretanto, hipóteses mais sutis de utilização promocional desses programas públicos para o fim de obter vantagem eleitoral, associando-os à imagem de políticos em campanha⁸.

Sabe-se que, no contexto de enormes desigualdades sociais existentes em nosso país, é presumível o impacto de benesses públicas proporcionadas por qualquer ente governamental a pessoas tidas como carentes. Com efeito, automaticamente, há uma tendência psicológica à adesão de tais segmentos à proposta política do governante responsável pelo programa assistencial, mesmo que não empregados meios explícitos de propaganda eleitoral.

8 Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, extraído da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral divulgada em <www.tse.gov.br> (acesso em: 22 ago. 2012) “Eleições 2002. [...] Conduta vedada aos agentes públicos. Uso de programas sociais, em proveito de candidato, na propaganda eleitoral. Recurso provido para cassar o diploma de governador. Aplicação de multa. [...] É vedado aos agentes públicos fazer ou permitir o uso promocional de programas sociais custeados pelo poder público.” NE: “[...] O que se vê do processo é uma série de iniciativas do primeiro recorrido, por meio de decretos e de mensagens legislativas, inclusive estabelecendo regime de urgência, à produção legislativa de benefícios sociais. Vejam, V. Exas., que, perdendo o recorrido as eleições no primeiro turno, alguns atos foram praticados durante o processo do segundo turno. Foram estímulos à agricultura, vales-alimentação para policiais, incentivos fiscais, redução do ICMS para combustíveis, remissão de débitos dos mutuários de contratos de aquisição da casa própria, que estão suficientemente documentados nos autos. Não se questiona a legalidade desses atos, diante do processo legislativo do estado. [...] Não se trata de interromper o programa social, que pode, perfeitamente, continuar o seu curso. O que é vedado é valer-se dele para fins eleitorais, em proveito de candidato ou partido, como inquestionavelmente está posto na propaganda eleitoral do recorrido. [...]” (Ac. N. 21.320, de 3 ago. 2004, rel. min. Humberto Gomes de Barros, red. Designado Min. Luiz Carlos Madeira.)

É claro que, enquanto se trate de política pública assistencial adequadamente estruturada, nada há que se objetar à eventual vantagem eleitoral decorrente da aprovação do eleitorado no tocante a tais medidas. Todavia, em certos casos, o que ocorre, na verdade, é a implementação de ação governamental aleatória e sujeita a elevado nível de discricionariedade do administrador público, visando transmitir a imagem de um favor prestado por este ao cidadão e possibilitando toda sorte de manipulações em benefício de interesses eleitoreiros. Nesses casos, afasta-se completamente o elemento de coerência e sistematicidade da política para se centrar o foco exclusivamente na possibilidade de distribuição gratuita de benesses.

De fato, percebemos que tem chamado atenção da própria classe política o acentuado desnível de oportunidades em campanhas políticas, quando um dos candidatos tem em seu favor a possibilidade de utilização desses programas com acentuada margem de discricionariedade.

Daí verificarmos situações em que tais programas são implementados sem que haja sequer alguma previsão legal autorizando distribuição de bens ou serviços gratuitos a título de assistência social, sob alegação, por exemplo, de que a miséria não poderia esperar trâmites formais para ser combatida (!).

Em outros casos, adotam-se leis que autorizam genericamente tal distribuição sem que sejam indicados quaisquer critérios para seleção de beneficiários ou sem que sejam integrados a quaisquer programas sistemáticos de assistência social, visando à inclusão duradoura de indivíduos marginalizados. Nesses casos, identifica-se claramente o objetivo principal de se legitimar formalmente a entrega de tais benesses a eleitores, com o intuito de angariar simpatia e, conseqüentemente, vantagem eleitoral. Assim, ignoram-se

completamente as diretrizes constitucionais e legais para estruturação de políticas de assistência social, as quais não contemplam a pura e simples distribuição de benesses, mas sim um conjunto de medidas estatais coordenadas e sistemáticas para resgate igualitário da cidadania.

Basta que se imagine o que se pode esperar de um “programa” em que o gestor público simplesmente distribui quantias eventuais a cidadãos carentes (ou não tão carentes) que ele ache merecedores, conforme seu critério subjetivo, sem qualquer preocupação em verificar a causa dessa necessidade e como solucioná-la, ou pelo menos mitigá-la, de modo duradouro e igualitário para todos que se encontrem em idêntica situação. Em tais hipóteses, o intuito eleitoreiro acaba sendo revelado pela forma distorcida como se estrutura tal ação, a ponto de garantir máxima discricionariedade ao gestor para concessão de benefícios, normalmente nas proximidades ou em pleno período eleitoral.

Não será nenhuma surpresa verificar, em casos tais, por exemplo, uma notável e injustificável elevação de gastos às vésperas ou no próprio período da campanha eleitoral, dado que não deixa dúvida acerca da busca pelo efeito promocional em favor de certo(s) candidato(s).

Diante desse quadro, a Lei n. 11.300/2006 introduziu o § 10 no art. 73 da LE, estabelecendo a proibição, no ano em que se realizar eleição, da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, ressalvados casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, hipóteses em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

Desse novel dispositivo, extrai-se uma proibição geral de criação de programas assistenciais em anos eleitorais, ressalvadas hipóteses emergenciais, como, por exemplo, a calamidade pública e o estado de emergência. Outrossim, mesmo no caso dos programas já em execução orçamentária no ano anterior ao ano eleitoral ou dos contemplados naquelas excepcionais condições de urgência, permanece ainda a possibilidade de se demonstrar o seu uso promocional, nos termos do inciso VI do mesmo dispositivo legal.

Com efeito, embora entendamos possível, em tese, a implementação de tais programas em bases legítimas, mesmo em anos eleitorais, desde que respeitados estritamente os princípios e regras próprios do sistema de assistência social, como explicado anteriormente, diante dos abusos verificados na realidade prática, a opção do legislador foi a de proibir radicalmente esse tipo de iniciativa em tais circunstâncias.

Assim, como a vivência da própria classe política demonstrou que tais programas poderiam ser criados por lei justamente nos anos eleitorais com notório impacto ao eleitorado, introduziu-se a dita proibição legal com base na presunção de que, em casos tais, há elevado risco de que prevaleça o intuito eleitoral sobre a perspectiva de interesse público ínsita ao conceito de assistência social.

Considerando-se a topologia do dispositivo em questão, aventou-se, à primeira vista, que se trataria de norma sem sanção eleitoral específica, como multa ou cassação de registro e diploma, mas passível de fundamentar tão somente ordem judicial para cessação de programas irregulares.

Pensamos, entretanto, que, a partir do objetivo maior da alteração legislativa e da própria conformação da conduta sob exame, o simples desrespeito à aludida proibição fazia presumir o uso promocional do programa, atraindo-se a incidência do inciso VI do

mesmo art. 73 e possibilitando-se a aplicação das sanções de multa e cassação de registro ou diploma, sem prejuízo da decretação de inelegibilidade, se configurada potencialidade para afetar concretamente o resultado eleitoral.

Mais recentemente, a Lei n. 12.034/2008 pôs fim a qualquer dúvida nesse particular, ao remodelar o § 5º do mesmo dispositivo legal, seguindo exatamente a orientação acima defendida, ao estabelecer taxativamente que: “Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do *caput* e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma”.

Por outro lado, mesmo no caso de programas existentes no ano eleitoral, que já se encontravam em execução orçamentária desde o exercício anterior ou criados nas exceções emergenciais legalmente previstas, à constatação das distorções estruturais destacadas acima, quais sejam, o elevado grau de discricionariedade para o gestor público, inobservância dos parâmetros indicados na LOAS e notável e notório impacto dos programas sobre a vontade de parcela frágil e numerosa do eleitorado, deve-se, *a priori*, reputá-los como preordenados a conferir efeito promocional em favor de certo(s) candidato(s). Afinal, sabe-se que, na verdade, políticos que distribuem benesses públicas sem observância do regramento pertinente à assistência social, normalmente visam mesmo captar simpatia de potenciais eleitores no futuro.

Nesse particular, a recente Lei n. 12.034/2009 introduziu ainda um novel § 11 no citado art. 73 da LE, prevendo que, “nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o §10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida”. Com efeito, pelo que extraímos desse dispositivo, tal proibição visou alcançar a gestão de programas sociais

que tenham interfaces com organizações não governamentais ligadas a candidatos, as quais poderiam ser utilizadas para facilitar o uso promocional desses programas em campanhas políticas.

De qualquer forma, mesmo que se entenda não caracterizada a conduta vedada do art. 73, VI, da LE, em casos tais, restará ainda cabível a punição do mesmo fato com base na LIA, sem prejuízo de eventual enquadramento na esfera penal e de outras medidas de caráter cível para correção da ação estatal, conforme explicaremos a seguir.

5 Caracterização do assistencialismo eleitoreiro dentre os atos de improbidade administrativa

O § 7º do art. 73 da LE estabelece expressamente que as condutas enumeradas no *caput* daquele dispositivo configuram também os atos de improbidade administrativa a que se refere o art. 11, inciso I, da LIA, sujeitando-se às disposições deste último diploma legal, em especial às cominações do seu art. 12, inciso III. Trata-se de exemplo de tipos sancionadores que se incorporam à LIA por meio de legislação setorial (OSÓRIO, 2007, p. 222-223).

Não há dúvidas de que todas as condutas ali descritas como puníveis na seara eleitoral devem ser examinadas também à luz da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que envolvem o uso da máquina administrativa com desvio de finalidade em contexto eleitoral, constituindo portanto um acréscimo ao rol exemplificativo contido nos incisos do art. 11 da LIA.

Portanto, considerado o intuito eleitoreiro identificado nessas condutas, pensamos restar caracterizada a improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública, conforme art. 11 da LIA, quando não configurada conduta mais grave que se enquadre nas previsões dos arts. 9º e 10 da mesma

lei. Imagine-se, por exemplo, hipótese em que, para viabilizar o uso promocional do programa assistencial, o agente ainda pratique atos que importem despesas absolutamente irregulares ou seu enriquecimento ilícito.

Logo, parece-nos que tal raciocínio afasta as preocupações manifestadas por alguns estudiosos do tema (GARCIA, 2008, p. 279; BARRETO, 2000, p. 141-143), no sentido de que a previsão do aludido dispositivo limitaria o reconhecimento da improbidade decorrente das condutas vedadas, previstas no art. 73 da LE, apenas ao art. 11 da LIA, excluindo-se a caracterização do disposto nos arts. 9º e 10 desta última. Ao que nos parece, o texto legal indica que, no mínimo, ditas condutas violam princípios da Administração Pública, sem prejuízo de ensejarem também enriquecimento ilícito e dano ao erário, hipótese em que poderiam ter enquadramento mais preciso nos citados arts. 9º e 10.

Assim, as hipóteses de uso promocional mais explícito de programas de assistência social, mencionadas pela doutrina especializada e já destacadas acima, com a associação direta e explícita à campanha de candidato por meio de instrumentos de propaganda não ensejam maiores discussões quanto ao seu enquadramento no *caput* e inciso I do aludido dispositivo, por violação simultânea a praticamente todos os princípios ali contemplados.

Em casos tais, mesmo em se tratando de programa legalmente estruturado, de acordo com os cânones do sistema de assistência social, sem que seja detectada qualquer distorção em termos de critérios ou forma de distribuição dos benefícios (ou seja, mesmo quando contemple exatamente quem de direito, de modo igualitário, planejado e integrado a outras políticas públicas), restará caracterizado o ato de improbidade pela vantagem eleitoral explícita buscada às custas do erário em detrimento de outros candidatos e

da coletividade, que vê a atuação governamental contaminada por elemento de pessoalidade do administrador.

Também não deve haver dúvidas para se enquadrarem, no aludido dispositivo, situações em que o gestor associa sutilmente o programa à sua pessoa, subsistindo, no fundo, a intenção de obter vantagem eleitoral às custas da ação governamental. Como sustentado acima, o intuito eleitoral pode restar evidenciado pelas características distorcidas do programa, notadamente quando implantado no ano ou no período eleitoral, bem como, por exemplo, quando se detecta elevação de gastos associada àquele período.

O advento da proibição de criação desses programas em ano eleitoral, nos termos do novel § 10 do art. 73 da LE, indica, como sustentado acima, a presunção legal de que, em caso de violação dessa proibição, restaria configurado uso promocional do programa assistencial, nos termos do art. 73, VI, da mesma lei, caracterizando-se também ato de improbidade administrativa.

Mesmo que não se concorde com tal raciocínio, no mínimo se pode vislumbrar, como móvel desse tipo de conduta, a busca pela satisfação de interesses pessoais ligados a autopromoção, ao prestígio individual, ao exercício do poder, além de outros benefícios privados que possam ser decorrentes da “boa imagem” conquistada às custas do erário, quando não interesses mais óbvios como benefícios financeiros indiretos ao premiar “discricionariamente” aliados e parentes com as prestações assistenciais.

Ponderamos que, mesmo em casos de inadequada estruturação normativa dos programas assistenciais, se o gestor agia de boa-fé, no intuito de atender ao interesse público subjacente ao sistema de assistência social, seria perfeitamente viável para ele demonstrar esse elemento subjetivo. Afinal, se assim ocorreu, certamente houve algum critério não discriminatório para atendimento, observando-

-se minimamente os requisitos de controle administrativo sobre os atos de concessão. Caso contrário, não vemos como se afastar a nota de má-fé do gestor na execução do programa.

Com efeito, ainda que se entenda não caracterizada a utilização de tais programas para fins explicitamente eleitorais, nos termos do art. 73, VI, da LE, sua inadequada estruturação, permitindo ampla manipulação discricionária de prestações, ao largo dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, já configuraria improbidade administrativa, no mínimo por violação desses princípios, se não caracterizada outra forma de improbidade prevista nos arts. 9º e 10 da LIA.

Espera-se que tais programas, para funcionarem legitimamente, sejam instituídos em lei, a qual indique os objetivos estratégicos da política de assistência social e a estes relacione todas as medidas a serem empregadas, mesmo a distribuição de benefícios eventuais (prestações pecuniárias ou *in natura*). Nesse sentido, deverão ser previstos requisitos mínimos visando ao atendimento igualitário de beneficiários, inclusive estabelecendo-se prioridades para concessão, sem prejuízo de sua adequada regulamentação por atos infralegais, tudo em conformidade com as diretrizes da LOAS.

Outrossim, na execução dessas leis, devem ser estritamente observados requisitos de transparência e mecanismos de controle, notadamente a possibilidade de participação popular na pertinente fiscalização, sem prejuízo do atendimento aos requisitos de execução desse tipo de despesa pública, quais sejam, a previsão orçamentária específica e a pertinente documentação de todas as fases de execução dos gastos.

Note-se que, do tipo de conduta ora analisado, emerge inequivocamente, o elemento subjetivo *dolo* direto, voltado à execução de programa conforme diretrizes subjetivas do administrador, não

sendo plausível que este venha a negar ter consciência do desvirtuamento do programa, ainda que tenha ele remotas ou frágeis bases legais. Reputamos pouco verossímil uma situação de implantação culposa desse tipo de programa em desvio de finalidade.

De fato, nas hipóteses acima mencionadas, não parece crível que o administrador não perceba as distorções evidentes do programa em face dos princípios constitucionais da Administração Pública, não se podendo confundir tal conduta com a mera falta de habilidade administrativa ou desinformação crônica do gestor sobre a legislação de regência. Aliás, se ele fechava os olhos diante dos vícios da ação governamental, no mínimo teve conduta extremamente temerária, indicadora de dolo eventual.

Enfim, na esteira da corrente doutrinária e jurisprudencial predominante, corroborada pela nova redação do art. 12, *caput*, da LIA, devem ser graduadas as penalidades ali previstas, tendo em vista a amplitude do programa e a maior ou menor discrepância de critérios de atribuição de benefícios, além, obviamente, da eventual associação explícita a campanhas, da quantidade de possíveis eleitores atingidos, ou mesmo da intensidade do dolo do agente.

6 Conclusões

Observa-se que entes públicos, por vezes, têm executado programas de distribuição gratuita de bens a particulares, carentes ou não, sob o rótulo de assistência social, sem observância de todo o conjunto de princípios e regras que regem o subsistema constitucional de assistência social.

Normalmente, tais iniciativas revelam interesses eleitoreiros de conquistar a parcela mais vulnerável do eleitorado às custas de

benefícios pontuais que em nada contribuem enquanto motor de reintegração social, igualitária e permanente, de tal segmento.

Nesse contexto, além das punições cabíveis na esfera eleitoral, é imprescindível que tais fatos sejam devidamente analisados sob a ótica da improbidade administrativa, ensejando tratamento adequado por meio das ações judiciais próprias.

Constata-se que a inobservância do arcabouço normativo acima descrito para a assistência social legítima, além de possivelmente se enquadrar como conduta vedada pelo art. 73, V, da LE, ensejando representações eleitorais, caracterizará também a prática de improbidade administrativa, exigindo o ajuizamento da pertinente ação cível pelos legitimados, notadamente o Ministério Público, nos termos do art. 17 da LIA.

Caberá ainda, no caso, a cumulação de pedidos típicos de ações civis públicas para se obter a suspensão ou correção de programas executados em desacordo com tais diretrizes, tudo com base no art. 129, III, da CF/88; no art. 5º, I, da Lei n. 7.347/1985 da Lei da Ação Civil Pública (LACP); e no art. 31 da LOAS, que amparam a legitimidade do Ministério Público para mover a aludida ação, visando defender interesses difusos e coletivos relacionados à proteção do patrimônio público e social, mediante a correta implementação do subsistema de assistência social.

Ademais, a jurisprudência e a doutrina pátrias há tempos restaram praticamente uniformes em admitir tal legitimidade para defesa do patrimônio público, embora não listado esse caso expressamente nos incisos do art. 1º da LACP (Súmula 329 do Col. STJ), valendo refletir que a implantação assistemática de assistencialismo público implica nítida violação ao princípio da eficiência, com o desperdício de recursos em face de objetivos maiores da seguridade social.

Lembre-se ainda a viabilidade e a conveniência da utilização dos instrumentos da recomendação, nos termos do art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.265/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) – e do art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), bem como do termo de ajustamento de conduta previsto no § 6º do art. 5º da LACP, objetivando-se uma solução consensual para a questão, pautada na iniciativa do órgão ministerial, sem prejuízo das punições cabíveis.

Vale salientar que a menção contida na parte final do §10 do art. 73 da LE não traduz nenhuma novidade entre as atribuições do Ministério Público, uma vez que cabe à instituição, por imperativo do art. 129, II, da própria Constituição, seja na esfera federal, seja na esfera estadual, acompanhar a implementação de serviços de relevância pública, verificando sua regularidade a qualquer tempo, de ofício ou com base em qualquer notícia de irregularidades.

Referido dispositivo apenas explicitou o cabimento dessa atuação especificamente com relação aos programas de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social, assim como a própria LOAS já o admitia, ao prever a atribuição do Ministério Público para velar pela execução de suas políticas.

Outrossim, parece-nos que tal acompanhamento se insere nas atribuições dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, respectivamente no tocante aos programas assistenciais federais e estaduais, bem como nas do Ministério Público Eleitoral (projeção do primeiro, nos termos do art. 72 da LOMPU), no que se refere a eventuais consequências a serem deflagradas perante a Justiça Eleitoral.

Tendo em vista a conjugação desses instrumentos punitivos e corretivos, espera-se que se atinja a meta de fomentar concomitantemente a legitimidade do processo eleitoral, a eficácia das políti-

cas públicas assistenciais e a observância dos princípios vetores da gestão responsável pelo patrimônio público.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Prefácio de José dos Santos Carvalho Filho. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARRETO, Lauro. *Condutas vedadas aos agentes públicos pela “Lei das Eleições” & suas implicações processuais: art. 73 e seguintes da Lei n. 9.504/1997*. Doutrina, jurisprudência e resoluções do TSE. Bauru: Edipro, 2006.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro: comentários à resolução n. 22.610 do TSE, de 25.10.2007. Perda de cargo eletivo e justificção de desfiliação partidária*. Bauru: Edipro, 2008.

CARNEIRO, Renato César. *Eleições 2006: as novas regras do jogo*. João Pessoa: Universitária, 2006.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de direito eleitoral: direito material. Lei 11.300/06 e a polêmica aplicação pelo TSE nas eleições de 2006. Medidas jurídicas do eleitor, dos candidatos e dos partidos políticos. Tomo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COIMBRA, Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1993.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada: lei 9.504/97 com as alterações das leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03 e 11.300/99*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: Teoria da inelegibilidade*. Direito processual eleitoral. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

COSTA, José Guilherme Ferraz da. *Seguridade social e incentivos fiscais*. Curitiba: Juruá, 2007.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Social security: a new consensus*. Geneva: ILO, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/protection/secsoc/>> Acesso em: 27 fev. 2007

JARDIM, Torquato. *Introdução ao direito eleitoral positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social. In: Balera, Wagner. (Coord.). *Curso de direito previdenciário*. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. 5. ed. São Paulo: LTR, 1996. p.13-32.

MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2001.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 6. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança sócia: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Portugal: Coimbra Editora, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. n. 56. p. 320. abr/jun. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. Noções gerais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 4. ed. rev. e atual. até a EC n. 46/2005. Niterói: Impetus, 2005.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SANTOS, Carlos Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei n. 8.429/1992*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense 2007.

Prescrição da ação de improbidade contra militar

Sérgio Monteiro Medeiros

Procurador Regional da República (Procuradoria Regional da República da 3ª Região) e mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

Resumo: Analisa a prescrição da ação de improbidade administrativa em face do militar. Procura, ante a vaguidade da Lei de Improbidade, formular um entendimento doutrinário com base na legislação específica aplicável aos militares e da jurisprudência. Observa que as alterações introduzidas pela EC n. 18/1998 não afetaram a condição dos militares como servidores públicos em sentido amplo (agentes públicos), sujeitos à norma do art. 37, § 4º, da Carta de 1988. Pondera que o prazo de cinco anos pode ser enunciado como regra geral de prescrição para as ações de improbidade. Defende que o estabelecido no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992 aplica-se às ações que tenham os militares temporários no polo passivo, com prescrição no prazo de cinco anos contados da desocupação do cargo. Doutra banda, reconhece que ao militar titular de cargo efetivo aplica-se a regra do inciso II do mesmo dispositivo legal. Afirma que os militares submetem-se à jurisdição comum nas ações de improbidade administrativa; à competência da Justiça Federal, se o réu for militar das Forças Armadas; e da Justiça Estadual, se for policial ou bombeiro militar. Conclui que o militar, seja ele praça, graduado ou oficial, pode ser condenado à perda do cargo em ação de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Militar. Servidor público. Prescrição.

Abstract: This article analyzes the prescription of administrative misconduct action against military. In face of Improbability Law vagueness, it tries to formulate a doctrinal understanding from the specific legislation applicable to military and from jurisprudence. It remarks that the changes introduced by Constitutional Amendment 18/1998 did not affect the condition of the military as public servants in a broad sense, subjected to the rule of art. 37, § 4º from the Constitution of

1988. It considers that a period of five years can be stated as a general prescription rule for the misconduct actions. It supports that what is written on art. 23, I, of Law 8.429/1992 applies to the actions against temporary military that prescribe within five years from the office's vacancy. On the other hand, this article recognizes that the rule of item II of the mentioned law applies to military that holds effective position. It affirms that military submit to common jurisdiction in the case of administrative misconduct actions. It is Federal Court's jurisdiction if the defendant is military from Armed Forces and Justice State's jurisdiction if the defendant is a police officer or a military firefighter. It concludes that the military, whether recruit, graduated or officer, may be sentenced to lose the military position in the case of administrative misconduct action.

Keywords: Administrative misconduct. Military. Public servant. Prescription.

Sumário: 1 Introdução. 2 Militar como “servidor público” pós EC n. 18/1998. 2.1 Alterações introduzidas pela EC n. 18/1998. 2.2 Forças Armadas como parte da Administração Pública. 2.3 Militar é agente público. 3 Prescrição quanto ao ato de improbidade do militar. 3.1 Natureza jurídica do cargo militar. 3.2 Regra geral de prescrição da ação de improbidade. 3.3 Regra geral aplicável ao militar ímprobo. 3.4 Militar ímprobo autor de crime. 4 Competência jurisdicional. 5 Conclusões.

1 Introdução

Como sabem todos que com ela trabalham, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), ou melhor, o seu legislador, pecou pela vaguidade ao regular a prescrição, matéria da maior relevância à viabilização da aplicação das sanções aos autores de atos ímprobos, pois daí pode decorrer, diretamente, a impunidade.

Prescrita a ação, impossível a responsabilização do agente ímprobo, salvo no concernente ao ressarcimento do dano ao erário, o que é de veras pouco, a par de não ser sanção.

O assunto em testilha, lembre-se, foi tratado num único dispositivo da LIA, que, por sua vez, desdobra-se em meros dois incisos: art. 23, incisos I e II.

Desse desmazelo do legislador, ou de sua falta de técnica na elaboração da norma, decorre a necessidade de um maior empenho por parte dos operadores do Direito – doutrinadores, juízes, membros do Ministério Público e advogados – envolvidos com a aplicação dessa Lei.

Não é trabalho fácil, reconheça-se, mas a disposição da doutrina e da jurisprudência, em especial – não raro acatando as teses doutrinárias originalmente esgrimidas a partir do esforço exegético encetado sobre os textos –, tem servido de norte ao preenchimento das lacunas legais.

No presente artigo, sem, obviamente, ambicionar o esgotamento da pauta, propomo-nos a reanalisar alguns aspectos concernentes à hipótese específica de prescrição em improbidade administrativa.

2 Militar como “servidor público” pós EC n. 18/1998

2.1 Alterações introduzidas pela EC n. 18/1998

O primeiro e mais perturbador questionamento que se pode fazer é se a Lei de Improbidade Administrativa aplica-se aos militares.

A indagação, que pode assim, de chofre, afigurar-se esdrúxula, parece, contudo, pertinente em razão da forma peculiar como os militares foram tratados na Constituição Federal (CF). Os arts. 37 e seguintes, que tratam da Administração Pública e, principalmente, os arts. 39 a 41, que cuidam dos servidores públicos, não os mencionam expressamente. A constatação interessa na medida em que é o § 4º do art. 37 que prevê a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

As disposições acerca dos integrantes das polícias militares e corpos de bombeiros militares, em vez de virem inseridas na seção II (“Dos Servidores Públicos”), vêm em seção própria, a III (“Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”), no art. 42 da Carta de Direitos.

Pior: o art. 142¹ da Constituição da República, que dispõe sobre as Forças Armadas, parece alhear esse corpo de servidores públicos² da incidência do art. 37, o que excluiria por completo a possibilidade de aplicação das sanções dispostas na LIA, haja vista que dimana ela, diretamente, do precitado § 4º, do art. 37 da CF. Vejamos o dispositivo constitucional referido, destacando-se o liame restritivo contido no inciso VIII:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

-
- 1 Inserto no Título V - Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas —, Capítulo II - Das Forças Armadas. Aliás, que título curioso este da Constituição Cidadã, que traz, entre as instituições democráticas, justamente duas óbvias exceções aos períodos de regularidade democrática: estado de sítio e estado de emergência.
 - 2 “Servidor público” aqui usado em sentido amplo, equivalendo ou como sinônimo do gênero “agente público”.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV;

Essas observações ganharam relevo maior com o advento das modificações introduzidas pela EC n. 18/1998 aos arts. 42 e 142 da CF, que destacamos:

a) do *caput* do art. 42 foram excluídos os militares das Forças Armadas, até então ali tratados como “servidores militares federais”, e os “servidores militares” dos Estados, Distrito Federal e Territórios passaram a ser chamados de “membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares”;

b) ao art. 142 foi acrescentado o § 3º, onde se lê que “os membros das Forças Armadas são denominados militares”.

O que se percebe, portanto, com a alteração promovida pela multicitada EC n. 18/1998, é um esforço – e grande –, para dizer, aparentemente, o seguinte: “*militar não é servidor público*”. Mas é o quê então? Continuou a ser servidor público, como é evidente e se afirma com esteio na doutrina e por imposição lógica dos diversos mandamentos constitucionais. Mudar o “rótulo” não foi eficaz, pois na essência o [servidor] militar continuou a ter e exercer as mesmíssimas atribuições constitucionais. No máximo, pode-se admitir o delineamento de uma nova categoria de agentes públicos: os militares.

Neste sentido, encontrando-se o art. 42 inserido no capítulo que trata da Administração Pública, daí se infere, de modo quase

intuitivo, decorrendo da arrumação mesmo que o legislador estabeleceu para o texto constitucional, que os militares e bombeiros estaduais compõem uma específica categoria de servidores públicos. Isso fica mais cristalino fitando-se o § 9^o do art. 144, que se refere a “servidores policiais”, para gizir que suas remunerações serão fixadas na forma de subsídios. A menção às polícias militares e corpos de bombeiros militares foi insculpida no inciso V, *caput*, do art. 144, assim atestando que os policiais e bombeiros militares estaduais integram o rol dos “servidores policiais”, isto é, são servidores públicos.

Portanto, do quanto expendido, se dúvida remanesce é acerca da condição dos militares das Forças Armadas, especialmente porque, conforme já referido, banida do texto constitucional, por obra e graça da EC n. 18/1998, a feliz expressão “servidores militares federais” e as previsões atinentes às suas funções institucionais e regime jurídico constam, de maneira autônoma, “apartada” da Administração Pública, do título VII da CF/1998.

2.2 Forças Armadas como parte da Administração Pública

Como cediço, o Estado surge como uma necessidade e evolução do agrupamento humano em sociedade, a fim de prover ao homem a subsistência (alimentos e segurança) e para lhe garantir o direito de propriedade.

O nacionalismo propulsor do renascimento do Estado, sob veste absolutista, já se fazia sentir na baixa idade média, nos séculos XIV e XV. O poder foi então centralizado nas mãos dos reis, concentradores e outorgantes de toda a autoridade pública, incluindo-se a edição de leis gerais e uniformes sobre um dado território.

3 Inserido pela EC n. 18/1998.

O aparelho de poder do Estado é reforçado e crescentemente institucionalizado, como explica Foucault (2003, p. 43), devendo-se atentar, em seu texto, para a importância das forças armadas para essa concepção de Estado:

[...] as justiças [...] seguiram sua concentração progressiva. Duplo movimento que conduziu ao resultado “clássico”, quando no século XIV o feudalismo teve que enfrentar as grandes revoltas camponesas e urbanas, ele procurou apoio em um poder, em um exército, em um sistema fiscal centralizados, e, ao mesmo tempo, apareceram, com o Parlamento, os procuradores do rei, as diligências judiciárias, a legislação contra os mendigos, vagabundos ociosos e, dentro em pouco, os primeiros rudimentos de polícia, uma justiça centralizada: o embrião de um aparelho de Estado judiciário que cobria, reduplicava e controlava as justiças feudais com o seu sistema fiscal, mas que lhes permitia funcionar. [...] Foi sobre este pano de fundo de guerra social, de extração fiscal e de concentração das forças armadas que se estabeleceu o aparelho judiciário [...].

Portanto, o papel das Forças Armadas está intimamente relacionado aos primórdios da formação do Estado, caracterizando-se como uma prestação de serviços de segurança interna e externa. Até hoje é isso que ecoa a Constituição Brasileira, ao proclamar, na cabeça do art. 142, que elas “destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. São instituições, pois, como aponta o mesmo cânon, e pelas razões precitadas, instituições estatais.

Primeiramente, averbe-se que, tal como os autores a seguir citados, entendemos Administração Pública de maneira alargada, albergando assim toda a plêiade de órgãos e instituições realizadoras das funções estatais. Nessa linha conceitual, portanto, enquadradas estão as Forças Armadas enquanto prestadoras de serviços essenciais de segurança pública externa e, eventualmente, interna. Pois bem, vejamos a lição da abalizada doutrina: “Pelo que, Administração

é a atividade que a máquina do Estado desenvolve, mediante o desempenho de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata do interesse público.” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 34); “Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.” (MEIRELLES, 2010, pp. 65-66).

Ante o exposto, máxime com as escoras fornecidas pela doutrina, temos que restou demonstrado que as Forças Armadas estão inseridas na Administração Pública.

2.3 Militar é agente público

Patente que, após a demonstração de estarem as Forças Armadas compreendidas no conceito amplo de Administração Pública, despicientos seriam maiores esforços para concluir que seus membros são servidores públicos. Com efeito, sendo os militares das Forças Armadas integrantes de instituições estatais, são, por conseguinte, agentes públicos e, por isso, sujeitos à previsão do art. 37, § 4º, da CF. Mas avancemos para, de novo com apoio na doutrina, confirmarmos se esses militares, em face das modificações introduzidas pela EC n. 18/1998, continuam sendo “servidores públicos” (ou agentes públicos, conforme se prefira).

De modo mais geral, a definição de agente público, por Celso Antônio, contextualiza bem o militar:

Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. (MELLO, 2010, pp. 244-245)

Descendo ao nível do particular, detendo-se sobre a especificidade do regime jurídico do militar pós EC n. 19 /1998, com inegável acerto e objetividade, dilucida o constitucionalista José Afonso:

Ontologicamente, porém, nada mudou porque os militares são, sim, servidores públicos em sentido amplo como eram considerados na regra constitucional reformada. São agentes públicos como qualquer outro prestador de serviço ao Estado. A diferença é que agora se pode separar as duas categorias, em lugar de servidores civis e servidores militares, embora assim sejam, em agentes públicos administrativos e agentes públicos militares. (SILVA, 2011, p. 73)

Maria Sylvia, administrativista, chega à mesma conclusão ao esmiuçar a mudança:

Perante a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 18/1998, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos:

1. agentes políticos;
2. servidores públicos;
3. militares;
4. particulares em colaboração com o Poder Público.

Cabe aqui uma referência aos militares. Até a Emenda Constitucional n. 18/1998, eles eram tratados como “servidores militares”. A partir dessa Emenda, excluiu-se, em relação a eles, a denominação de servidores, o que significa ter de incluir, na classificação apresentada, mais uma nova categoria de agente público, ou seja, a dos militares. Essa inclusão em nova categoria é feita em atenção ao tratamento dispensado pela referida Emenda Constitucional. Porém, conceitualmente, não há distinção entre os servidores civis e os militares, a não ser pelo regime jurídico, parcialmente diverso. Uma e outra categoria abrangem pessoas físicas vinculadas ao Estado por vínculo de natureza estatutária. (DI PIETRO, 2010, p. 511)

O art. 3º da Lei n. 6.880/1980, neste ponto, não foi modificado e confirma: “Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares”.

Dessarte, reitere-se, os militares das Forças Armadas são, continuam a sê-lo, mesmo ante as modificações introduzidas pela EC n. 18/1998, agentes públicos, pelo que incide quanto a eles o art. 37, § 4º, da CF, ou seja, estão eles sujeitos às sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

A lição de Celso Antônio é oportuna para fechar esse ciclo da discussão:

A noção de agente público é prestante também por abranger todos os sujeitos apontados nas Leis 4.898, de 9.12.65, e 8.429, de 2.6.92, as quais cuidam de sanções aplicáveis aos praticantes de atos de “abuso de autoridade” ou atos de “improbidade administrativa”, respectivamente. Esta última – a de n. 8.429 –, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, “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”. (MELLO, 2010, p. 247)

3 Prescrição quanto ao ato de improbidade do militar

3.1 Natureza jurídica do cargo militar

O Estatuto dos Militares (EM) – Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – é a lei federal que trata do regime jurídico dos militares das Forças Armadas. Foi recepcionada pelo art. 61, § 1º, II, *f*, da Carta de Direitos, *in verbis*:

Art. 61. [...]

§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Insta esclarecer, tendo em conta as disposições do art. 23 da LIA, a natureza dos cargos dos militares e, para tanto, confira-se o que se acha plasmado no EM:

Art. 20. Cargo militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo.

§ 1º. O cargo militar, a que se refere este artigo, é o que se encontra especificado nos Quadros de Efetivo ou Tabelas de Lotação das Forças Armadas ou previsto, caracterizado ou definido como tal em outras disposições legais.

§ 2º. As obrigações inerentes ao cargo militar devem ser compatíveis com o correspondente grau hierárquico e definidas em legislação ou regulamentação específicas.

Art. 21. Os cargos militares são providos com pessoal que satisfaça aos requisitos de grau hierárquico e de qualificação exigidos para o seu desempenho.

Parágrafo único. O provimento de cargo militar far-se-á por ato de nomeação ou determinação expressa da autoridade competente.

[...]

Art. 23. Função militar é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar.

[...]

Art. 25. O militar ocupante de cargo provido em caráter efetivo ou interino, de acordo com o parágrafo único do artigo 21, faz jus aos direitos correspondentes ao cargo, conforme previsto em dispositivo legal.

Outrossim, como em seu art. 23, II, a LIA refere-se a cargo efetivo, convém trazer uma breve explicação doutrinária a respeito:

Os cargos de provimento efetivo são os predispostos a receberem ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos. A aludida fixidez é uma característica do cargo (uma vocação deste), não de quem nele venha a ser provido. (MELLO, 2010, p. 306)

É importante que se atente para isso tanto em razão do que estabelece a Lei de Improbidade quanto pelo fato de que o Estatuto dos Militares informa (cf. art. 25, supratranscrito) que os cargos militares são de provimento efetivo ou interino. Estes, em clara contraposição aos efetivos, são os de provimento temporário, sem a fixidez que caracteriza aqueles.

Sem que se pretenda apresentar relação exaustiva, pode-se apontar que interinos (temporários) são tantos aqueles recrutados para prestar o serviço militar obrigatório quanto os oficiais da reserva incorporados por prazo certo, como os oriundos de Centro/Núcleo de Preparação de Oficiais da Reserva (CPOR/NPOR) e os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários convocados⁴.

Resta examinar a prescrição das ações de improbidade que tenham, potencialmente, militar como réu.

3.2 Regra geral de prescrição da ação de improbidade

Respeitando as possíveis opiniões em contrário, cremos ser possível afirmar que o legislador da Lei de Improbidade Administrativa

4 “Art. 18. Os MFDV convocados na forma do art. 9º e seu § 1º, após selecionados, serão incorporados nas Organizações designadas pelos Ministérios Militares, na situação de aspirantes-a-oficial ou guardas-marinha, da reserva de 2ª classe ou não remunerada.” (Lei n. 5.292, de 8 de junho de 1967).

não foi muito feliz na redação do art. 23, que regula, precisamente, a prescrição nas ações de improbidade.

Acertou, porém, foi técnico, ao dizer que o que prescreve é o direito de ação, e não o ato de improbidade administrativa, que não desaparece, apenas deixa, pelo decurso do tempo, de ser punível. Ainda que na prática os resultados equivalham-se.

Excepciona-se, apenas, da incidência da prescrição a ação de ressarcimento do dano ao erário oriundo do ilícito, *ex vi* do art. 37, § 5º, da Lei Fundamental, mas nesse caso não se trata de punir o autor ímprobo, e sim de reverter as consequências do ato no resguardo do patrimônio público. Ressarcimento não é pena.

O direito de propriedade do Estado é imprescritível, não se sujeita a usucapião, à prescrição aquisitiva da propriedade. Desse modo, a disposição constitucional em comento – imprescritibilidade da ação ressarcitória – harmoniza-se, perfeitamente, com esse importante princípio agasalhado na mesma Constituição. É situação bem diferente da que se sucede com as receitas oriundas dos tributos instituídos pelo Estado, pois essas não são do Estado originariamente, que apenas impõe uma cobrança sobre uma atividade econômica, renda ou patrimônio, apropriando-se desses valores para se financiar. Por isso, o crédito tributário tem prazo decadencial para a sua constituição e, uma vez constituído, incide o prazo prescricional para a ação executiva de cobrança do pagamento, prazos esses de cinco anos cada um, preleve-se.

Na Lei da Ação Popular (LAP) não é diferente. O art. 21 da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, registra: “A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”. E a jurisprudência, por analogia, vem estendendo essa previsão à ação civil pública, como bem o demonstra o julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa colaciona-se:

[...]

2. É iterativo o entendimento desta Corte no sentido de que é aplicável à ação civil pública, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.

3. Se o objetivo da ação civil pública era tão somente a anulação da venda, não há que se falar em imprescritibilidade da ação, pois isso somente ocorre nas ações de ressarcimento ao erário, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, o que não é o caso presente. Agravo regimental improvido⁵.

A seu turno, da Lei de Improbidade, art. 23, incisos I e II, pode-se deduzir, como regra geral, que as ações de improbidade administrativa prescrevem em cinco anos:

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.

De início, quando pretendeu ser direto, ou seja, no inciso I, o legislador adotou a prescrição quinquenal.

Por outro lado, quando reclama a complementação da norma por meio da integração de uma outra – hipótese do inciso II –, pode-se chegar aos mesmos cinco anos. Na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto do Servidor Público Civil da União), por exemplo, a prescrição da ação administrativa, para as infrações puníveis com demissão, flui em cinco anos (art. 142, inciso II),

5 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1185347/RS. Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, 17 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, 25 abr. de 2012. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco.

contados da data em que o fato tornou-se conhecido (art. 142, § 1º).

Em linha de conclusão, é lícito asserir, diante do prazo prescricional estatuído para as ações populares, ações civis públicas (interpretação jurisprudencial, tomando por analogia o art. 21 da LAP) e ações de improbidade administrativa, nos casos atrás expendidos, que, em regra, as ações de improbidade administrativa prescrevem em cinco anos.

3.3 Regra geral aplicável ao militar ímprobo

A Lei n. 6.880/1980, ao contrário do que faz a Lei n. 8.112/1990, não regula a prescrição das infrações administrativas, e tampouco podem fazê-lo os regulamentos disciplinares. A tanto não chega a outorga do art. 47⁶ do EM, pois prescrição é matéria submetida à reserva legal, nos termos do art. 37, § 5⁹⁷, da Constituição Federal, ou seja, os regulamentos disciplinares, que não são lei em sentido formal, não podem, autonomamente, criar prazos prescricionais. Podem apenas repetir prazos prescricionais adrede estabelecidos em lei. A discussão tem relevância, reforce-se, em razão do disposto no art. 23, II, da LIA.

Desse modo, ante a omissão do EM, cabe reconhecer que a regra geral ao norte proposta, isto é, o prazo prescricional quinquenal das ações de improbidade administrativa, pelas razões esmiuçadas no item precedente, deve aplicar-se, também, às ações contra o militar ímprobo, inclusive acolhendo-se, por empréstimo, a dis-

6 “Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares [...]”.

7 “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.”

posição do art. 142, II, da Lei n. 8.112/1990. O marco temporal inicial haverá de ser, tal como previsto no art. 142, § 1º, da mesma lei, a data do conhecimento do fato.

Isso, entretanto, vale apenas para o militar titular de cargo de provimento efetivo, nos termos do art. 23, II, da LIA. Quanto ao militar ocupante de cargo de provimento interino – nomenclatura adotada pela Lei n. 6.880/1980, consoante atrás explicitado –, ou seja, no concernente aos temporários, deve incidir o disposto no inciso I do art. 23 da LIA, só se iniciando a contagem do prazo prescricional de cinco anos quando do encerramento do vínculo, entenda-se, com a desocupação do cargo interino.

Embora a Lei de Improbidade esteja longe de ser clara, reforce-se, a situação dos militares ocupantes de cargo interino tem mais a ver com aquelas situações descritas no inciso I do art. 23 da LIA, do que com as do inciso II. Necessário optar, devendo o exegeta, ante a lacunosidade da Lei, nortear-se por um critério de razoabilidade, de afinidade da norma prevista em abstrato com a situação concreta. O que falta ao rol do inciso I da LIA é justamente o caráter de fixidez observado no inciso II. A proposição atende, assim, cremos, ao sentido teleológico da norma.

Portanto, ao militar ocupante de cargo interino, por interpretação extensiva, deve-se aplicar o inciso I do art. 23 da LIA. Em outro momento, comentando esse mesmo dispositivo, já tivemos a oportunidade de afirmar:

Assim, entendemos que o dispositivo merece interpretação extensiva, para abranger os exercentes de funções públicas de caráter transitório e, regra geral, sem remuneração, tais como as de jurado, mesário (eleições) e conciliadores de Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001). (MEDEIROS, 2003, p. 248)

Se o militar, todavia, for titular de cargo efetivo, mas praticar o ato de improbidade administrativa no exercício de cargo em comissão, prevalece a regra do inciso II do art. 23, atinente ao vínculo estável. É o que tem entendido o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em relação aos servidores civis, como atesta o aresto cuja ementa é abaixo transcrita, não havendo razão plausível para que o mesmo raciocínio não valha para os militares. Confira-se:

Processual civil. Administrativo. Improbidade. Prescrição. Lei n. 8.429/1992, art. 23, I e II. Cargo efetivo. Cargo em comissão ou função comissionada. Exercício concomitante ou não. Prevalência do vínculo efetivo, em detrimento do temporário, para contagem do prazo prescricional. Recurso especial provido.

1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo *a quo* no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado.

3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina.

4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo – como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego –, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias – como as comissionadas – desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo.

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração Pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.

6. Recurso especial provido, para reformar o acórdão do Tribunal de origem em que se julgaram os embargos infringentes (fl. 617) e restabelecer o acórdão que decidiu as apelações (fl. 497)⁸.

Cuidamos da regra geral, das hipóteses que demandam, quase exclusivamente, a aplicação inteligente das disposições da Lei de Improbidade. Vejamos, agora, hipótese mais excepcional, aquela em que o ilícito administrativo está tipificado também como crime.

3.4 Militar ímprobo autor de crime

Quando o ilícito, a par de ato de improbidade administrativa, configura crime, a prescrição da ação de improbidade administrativa será aquela aplicável à ação penal. Essa é a regra no caso do servidor público civil, na forma do art. 23, II, da LIA c/c o art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990¹⁰.

Esse é o entendimento que tem prosperado no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...]

8 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1060529/MG. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, 8 set. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 18 set. 2009. Decisão: A Segunda Turma, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

9 Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

[...]

§ 2º. Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.”

10 Estatuto do Servidor Público Civil da União.

1. Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de militares em razão da prática de peculato.
2. Como os recorrentes são servidores públicos efetivos, no que se relaciona à prescrição, incide o art. 23, inc. II, da Lei n. 8.429/1992.
3. A seu turno, a Lei n. 8.112/1990, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também crimes – o que ocorre na hipótese. No Código Penal – CP, a prescrição vem regulada no art. 109.
4. A prescrição da sanção administrativa para o ilícito de mesma natureza se regula pelo prazo prescricional previsto na Lei Penal (art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990)¹¹.

Vê-se que a norma, relativamente ao servidor público civil, é de meridiana clareza, em se considerando a integração da LIA pela Lei n. 8.112/1990. Por sua vez, quanto ao servidor público militar, a exegese está a carecer de maior elaboração, ainda que para se conclua em igual sentido. Aliás, o próprio acórdão acima mencionado perfilha esta posição, a denotar o acerto do raciocínio que se vai encetar.

É que a responsabilização “administrativa” desse servidor, quando a conduta caracteriza transgressão disciplinar e crime, decorre da aplicação de normas elencadas no Estatuto dos Militares – Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980 –, Regulamentos Disciplinares Militares e do próprio Código Penal Militar¹² (Decreto-Lei n 1.001, de 21 de outubro de 1969).

11 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1234317/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, 22 mar. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 31 mar. 2011. Decisão: A Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de José Nero Cândido Vieira; conheceu em parte do recurso de Marcos Henrique da Silva Serra e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.

12 Lei n. 6.880/1980, art. 46. O Código Penal Militar relaciona e classifica os crimes militares, em tempo de paz e em tempo de guerra, e dispõe sobre a aplicação aos militares das penas correspondentes aos crimes por eles cometidos.

De maneira singular, apartando-se bastante do que se dá em relação ao servidor público civil, para o qual, no campo da responsabilidade, vige a perfeita independência das esferas administrativa e penal, o Estatuto dos Militares, em seu art. 42, § 2º, estabelece que “No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime”.

E não se trata de confusão hermenêutica. Foi exatamente isso o que pretendeu estabelecer o legislador, uma vez que o gizado no parágrafo em comento acha-se em perfeito equilíbrio com a disposição contida no *caput* do mesmo artigo: “A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas”¹³. Crime, contravenção “ou” transgressão militar, ressalte-se. A conjunção alternativa não foi mal empregada, mas expressa, isto sim, exatamente o que quis normatizar o legislador, a teor do § 2º, do art. 42 do EM, acima transcrito.

O fato pode ser crime, claro, a par de transgressão disciplinar (infração administrativa), mas nessa hipótese prepondera, para fins de punição, a sanção penal. Entenda-se, o tratamento jurídico-sanctionatório da infração ocorre tão somente na seara penal. E, apesar dessa “absorção” da sanção administrativa pela penal, o Estatuto dos Militares realça o princípio da responsabilidade integral pelos ilícitos praticados, como comprova a dicção do art. 41: “Cabe ao militar a responsabilidade integral pelas decisões que tomar, pelas ordens que emitir e pelos atos que praticar”.

13 Lei n. 6.880/1980, art. 43. A inobservância dos deveres especificados nas leis e regulamentos, ou a falta de exação no cumprimento dos mesmos, acarreta para o militar responsabilidade funcional, pecuniária, disciplinar ou penal, consoante a legislação específica.

Volvendo à Lei de Improbidade Administrativa, observe-se que o termo “faltas disciplinares”, utilizado no art. 23, 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”), não difere muito daquele encontrado na legislação militar, qual seja, “transgressão disciplinar”, ou da forma adotada pela Lei n. 8.112/1990 (art. 142, § 2º): “infração disciplinar”. Transgressão é o mesmo que violação, infração (INSTITUTO ANTÔNIO HOAISS, 2001).

A falta, a transgressão disciplinar, corresponde ao descumprimento de um dever funcional. Neste sentido, sobressaem os deveres impostos aos militares pelo seu Estatuto, relativos à probidade e ao cumprimento das obrigações em geral. Confira-se:

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

[...]

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

[...]

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens;

Para melhor compreender, imagine-se um ato de improbidade administrativa consistente em desvio de verbas públicas perpetrado por um oficial das Forças Armadas. Tem-se a transgressão disciplinar – violação ao art. 31, III, do Estatuto do Militar –, mas, como essa conduta configura também o crime de peculato, consoante a lei militar, subsiste apenas a aplicação da pena imposta ao crime, sem a devida responsabilização administrativa, diversamente do que se dá, comumente, em relação ao servidor público civil. Configurando crime e transgressão disciplinar, o apenamento da conduta do militar fica adstrito ao campo do Direito Penal.

No caso, a lei específica a que se refere o cânone, pelas razões explanadas – lacuna do EM e absorção da sanção administrativa pela penal – , é o Código Penal Militar (CPM), instrumento sancionatório da infração administrativa nas hipóteses em que se dá a confusão entre crime e transgressão disciplinar.

Tomemos o crime de peculato como hipótese de trabalho. Esse delito está previsto no art. 303, *caput*, do Código Penal Militar (CPM). Não é que a conduta não tipifique falta disciplinar, haja vista a inelutável afronta ao dever de probidade elencado no art. 31, III, do Estatuto dos Militares; é que, como demonstrado, ele responde apenas na seara criminal.

Desse modo, deve incidir sobre os fatos por ele perpetrados, para fins de aparelhamento da competente ação de improbidade administrativa, a prescrição prevista para o crime, em abstrato – art. 303, *caput*, c/c o art. 125, II, ambos do CPM –, que é de vinte anos, haja vista que a pena máxima, prevista no art. 303, *caput*, do CPM, é superior a doze anos.

São crimes que importam a perda do cargo –“demissão”¹⁴ – militar, *ex vi* do Código Penal Militar, assim se amoldando o sustentado ao norte ao preceito do inciso II do art. 23 da LIA, c/c o art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, por analogia. Confirmam-se os dispositivos do CPM:

Art. 99. A perda de posto e patente resulta da condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, e importa a perda das condecorações.

Art. 100. Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o militar condenado, qualquer que seja a pena, nos crimes de traição,

14 O Estatuto dos Militares (art. 115 e ss.) não trata a demissão como pena administrativa, mas sim como um mero desligamento das Forças Armadas.

espionagem ou cobardia, ou em qualquer dos definidos nos arts. 161, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 304, 311 e 312.

Art. 102. A condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das forças armadas.

Se, contudo, o crime cometido pelo militar for crime comum – e não crime militar¹⁵ – como, por exemplo, o narcotráfico, o prazo prescricional aplicável não será o do art. 125 do Código Penal Militar, mas sim o do art. 109 do Código Penal. Sob esse prisma, não há diferença em relação ao tratamento dado ao servidor público civil.

4 Competência jurisdicional

Finalmente, necessárias algumas breves considerações sobre a Justiça competente para processar e julgar as ações de improbidade movidas em desfavor de militares.

Acerca da competência da Justiça Militar, a Carta da República traçou o seguinte:

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Art. 125. [...]

[...]

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

15 O que se considera “crime militar”, tratou o Decreto-Lei n. 1.001, de 21.10.1969, de definir, em seu art. 9º.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

[...]

Art. 142. [...]

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998)

Fora das situações encimadas¹⁶, os militares submetem-se à jurisdição comum, donde se conclui que as ações de improbidade administrativa, por falta de específica atribuição constitucional¹⁷, são de competência da Justiça Federal se o réu for militar das Forças Armadas, e da Justiça Estadual se ele for policial ou bombeiro militar.

Roborando a tese, traz-se acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em conflito de competência:

Conflito negativo de competência. Ação Civil de Improbidade Administrativa proposta pelo MP contra servidores militares. Agressões físicas e morais contra menor infrator no exercício da função policial. Emenda n. 45/2005. Acréscimo de jurisdição cível à Justiça Militar. Ações contra atos disciplinares militares.

16 Especificadamente: julgamento de crimes militares, de ações contra atos disciplinares de militares estaduais, e declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato.

17 As ações de improbidade não visam à punição de um ato infracional meramente disciplinar (infração administrativa), mas sim, consoante geral conhecimento, ao sancionamento de um ato de improbidade administrativa, isto é, aquele assim definido na LIA.

Interpretação. Desnecessidade de fracionamento da competência. Interpretação do art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88.

Precedentes do supremo. Competência da justiça comum do estado.

1. Conflito negativo suscitado para definir a competência - Justiça Estadual Comum ou Militar - para julgamento de agravo de instrumento tirado de ação civil por improbidade administrativa proposta contra policiais militares pela prática de agressões físicas e morais a menor infrator no âmbito de suas funções, na qual o Ministério Público autor requer, dentre outras sanções, a perda da função pública.

[...]

3.3. Discute-se, portanto, a competência para o recurso, e não a competência para a causa. Nesses termos, como o agravo ataca decisão proferida por juiz estadual, somente o respectivo Tribunal de Justiça poderá examiná-lo, ainda que seja para anular essa decisão, encaminhando os autos para a Justiça competente. Precedentes.

4. Neste caso, excepcionalmente, dada a importância da matéria e o fato de coincidirem a competência para o recurso e a competência para a causa, passa-se ao exame das duas outras questões: especificamente, os limites da jurisdição cível da Justiça Militar e a necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

5. Limites da jurisdição cível da Justiça Militar: 5.1. O texto original da atual Constituição, mantendo a tradição inaugurada na Carta de 1946, não modificou a jurisdição exclusivamente penal da Justiça Militar dos Estados, que teve mantida a competência apenas para “processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei”.

5.2. A Emenda Constitucional n. 45/2004, intitulada “Reforma do Judiciário”, promoveu significativa alteração nesse panorama. A Justiça Militar Estadual, que até então somente detinha jurisdição criminal, passou a ser competente também para julgar ações civis propostas contra atos disciplinares militares.

5.3. Esse acréscimo na jurisdição militar deve ser examinado com extrema cautela por duas razões: (a) trata-se de Justiça Especializada, o que veda a interpretação tendente a elastecer a regra de competência para abarcar situações outras que não as expressamente tratadas no texto constitucional, sob pena de invadir-se a juris-

dição comum, de feição residual; e (b) não é da tradição de nossa Justiça Militar estadual o processamento de feitos de natureza civil. Cuidando-se de novidade e exceção, introduzida pela “Reforma do Judiciário”, deve ser interpretada restritivamente.

5.4. Partindo dessas premissas de hermenêutica, a nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual abrange, tão-somente, as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares, vale dizer, ações propostas para examinar a validade de determinado ato disciplinar ou as consequências desses atos.

5.5. Nesse contexto, as ações judiciais a que alude a nova redação do § 4º do art. 125 da CF/88 serão sempre propostas contra a Administração Militar para examinar a validade ou as consequências de atos disciplinares que tenham sido aplicados a militares dos respectivos quadros.

5.6. No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou consequência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados. Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de “indisciplina” e não ato disciplinar.

6. Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade: 6.1. Em face do que dispõe o art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente (de Justiça ou Militar, conforme o caso) a tarefa de “decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”, resta saber se há, ou não, necessidade de fracionar-se o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.

6.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação dos praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar, conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar. Precedentes do Tribunal Pleno do STF e de suas duas Turmas.

6.3. Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, verbis: “O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo”.

6.4. Se a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve incidir quando a perda da patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.

6.5. Não há dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, sem afronta ao que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88.

7. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado¹⁸.

Obtempere-se, o item 6 do julgado acima insere uma inquietante discussão acerca da competência da Justiça comum para aplicar a perda do cargo de oficial, em face do que dispõe o art. 125, § 4º, e, completamos nós, o art. 142, VI, ambos da Carta de Direitos.

Esses cânones reservam a declaração de indignidade ou incompatibilidade ao oficialato à Justiça Militar. Ocorre que se trata de um específico desdobramento da responsabilização disciplinar, de índole administrativa.

Declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, com a conseqüente perda do posto ou da patente, são sanções de caráter administrativo, tanto assim que estão devidamente regradas no Estatuto dos Militares. Estabelecer, quanto a elas, a

18 Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 100.682/MG. Relator Ministro Castro Meira, Brasília, 10 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico de 18 jun. 2009. Decisão: A Primeira Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

cláusula de reserva de jurisdição é dizer que na seara administrativa não podem essas sanções ser impostas, sendo imprescindível o concurso da jurisdição, a submissão da decisão ao Judiciário. Mas daí não decorre a exclusão da jurisdição comum para a decretação da perda do cargo em outros casos.

Entre as outras hipóteses, máxime diante de sua sede constitucional, tem-se a ação de improbidade administrativa, que dimana do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, onde expressamente elencada a pena de perda da função pública, sem qualquer exceção.

Divergir desse entendimento conduziria a alguns paradoxos:

a) a jurisdição criminal comum não poderia aplicar a perda do cargo do militar, ainda quando condenado, exemplificando-se, a uma pena por tráfico ilícito de entorpecentes;

b) a jurisdição comum extrapenal, em sede de ação de improbidade, poderia apenar o militar com a suspensão dos direitos políticos, mas não com a perda do cargo, permitindo que alguém privado de seus direitos políticos continuasse “apto” a exercer uma função pública, em absoluto contraste com o requisito exigido pelo art. 5º, II, da Lei n. 8.112/1990, e com o princípio da razoabilidade.

Forte nessas razões, defende-se a possibilidade de condenação à pena de perda do cargo militar em sede de ação de improbidade administrativa, seja o réu praça, graduado ou oficial.

5 Conclusões

A Lei de Improbidade Administrativa dedica apenas o art. 23, *caput* e dois incisos, para tratar da prescrição, sendo por isso imprescindível a construção exegética com vistas a uma aplicação que consulte tanto o interesse público quanto as garantias fundamentais.

Não obstante as alterações introduzidas pela EC n. 18/1998, os militares, como integrantes das Forças Armadas, órgãos de Estado, perfeitamente abrangidos pelo conceito de Administração Pública em acepção ampla, são servidores públicos (agentes públicos). Sujeitam-se, pois, às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, *ex vi* do art. 37, § 4º, da Carta de 1988.

É possível, por analogia ao que dispõe a Lei da Ação Popular e consideração do que resulta dos incisos I e II do art. 23 da LIA, concluir que o prazo de cinco anos pode ser enunciado como regra geral de prescrição para as ações de improbidade.

O cargo do militar das Forças Armadas, pela especialidade de seu regime jurídico, pode ser de provimento efetivo ou temporário.

Ante a ausência do caráter de fixidez, por interpretação extensiva ao estabelecido no art. 23, I, da LIA, considera-se que o prazo prescricional das ações que tenham os temporários no polo passivo é de cinco anos, contados da desocupação do cargo.

Por outro lado, quanto ao militar titular de cargo efetivo, na forma do inciso II do dispositivo legal supracitado, o prazo prescricional será o quinquenal, por analogia ao art. 142, § 1º, da Lei n. 8.112/1990, e como corolário da regra geral a que acima nos reportamos, face à ausência de previsão especial no Estatuto dos Militares.

Todavia, se o ato do militar ímprobo configurar, ao mesmo tempo, ilícito penal, também por analogia à previsão plasmada no § 2º do cânone acima referido, o prazo prescricional será aquele estipulado na lei penal de regência.

Ausente específica previsão constitucional, os militares submetem-se à jurisdição comum nas ações de improbidade administrativa; à Competência da Justiça Federal se o réu for

militar das Forças Armadas; e da Justiça Estadual se for policial ou bombeiro militar.

O militar, seja ele praça, graduado ou oficial, pode ser condenado à perda do cargo em ação de improbidade administrativa, pois a restrição imposta pela CF, de que a perda do cargo do oficial só será decretada por tribunal militar, é norma dirigida à instância administrativa, e não à judicial nas suas searas criminal e cível (improbidade).

Referências

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo – Teoria do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 10v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução e organização de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 1 CD-ROM.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: Comentários e Anotações Jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

O elemento subjetivo dolo como requisito para configuração do ato de improbidade administrativa

Maria Amélia Lourenço Barbosa

Servidora do Ministério Público da União, com atuação na assessoria jurídica de Ofício da Tutela Coletiva

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar a imprescindibilidade do elemento subjetivo dolo para enquadramento de condutas com base na Lei n. 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa, mediante estudo doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Elemento subjetivo. Dolo.

Abstract: The main objective of this paper is to demonstrate the indispensability of the subjective element of criminal intent to adjust conducts based on the Law n. 8.249/1992, the Law of Administrative Improbability, by doctrinal and jurisprudential studies about this subject.

Keywords: Administrative misconduct. Subjective element. Criminal intent.

Sumário: Introdução. 2 Probidade e moralidade administrativa. 3 Tipos de improbidade administrativa. 4 Proporcionalidade/razoabilidade na tipificação dos atos de improbidade administrativa. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Lei n. 8.429/1992 representa um importante instrumento no combate à corrupção. Veio para regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que prevê severas punições em razão da prática dos atos administrativos considerados ímprobos.

A referida norma, Lei de Improbidade Administrativa (LIA), tratou os atos de improbidade administrativa em diferentes seções, classificando-os em três espécies distintas, a saber: a) atos que importam enriquecimento ilícito; b) atos que causam prejuízo ao erário; c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Todavia, deixou o legislador infraconstitucional de mencionar qualquer elemento subjetivo como requisito para configuração dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e atentam contra os princípios da Administração Pública (arts. 9º e 11). Já no art. 10, que trata dos atos causadores de prejuízo ao erário, fez-se menção expressa aos elementos subjetivos dolo ou culpa.

Essa suposta falha legislativa, a princípio, gerou algumas dúvidas na exegese da mencionada norma, com importantes implicações na área prática, tendo causado dissensão no entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

O presente artigo pretende realizar um levantamento da posição doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de se analisar precisamente os elementos subjetivos no caso concreto, defendendo-se a imprescindibilidade do dolo para configuração do ato ímprobo.

O tema proposto mostra-se relevante diante da possibilidade de colaborar com a aplicação justa, razoável e proporcional da aludida norma, sobretudo em razão da gravidade das sanções trazidas em seu bojo, as quais implicam perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

2 Probidade e moralidade administrativa

Segundo o dicionário Aurélio (FERREIRA, 1985, p. 384), *probo* é um adjetivo que se traduz em “de caráter íntegro; honrado”. Na contramão, encontra-se o *ímprobo*, ou seja, o desonroso, o desonesto, e, por que não dizer, aquele que age fraudulentamente. Partindo-se para a análise da etimologia do termo *improbitate*, do latim, improbidade significa desonestidade.

Dada essa definição, inicia-se a abordagem acerca do tema.

De início, convém ressaltar que nem a Lei n. 8.429/1992 e tampouco a Constituição Federal/88 trazem em seu bojo a definição de improbidade, tornando-se imperiosa a apreciação do princípio da moralidade em face da relação com aquele instituto.

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 107), explanando sobre o princípio da moralidade administrativa, afirma:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Portanto, compete ao agente público agir conforme o princípio constitucional da moralidade, o que importa dizer que seus atos administrativos devem se pautar pela honestidade e lealdade, de acordo com princípios éticos, sob pena de afrontar as regras morais “juridicizadas” pela sociedade, ou seja, o próprio Direito.

A partir daí, e considerando-se a probidade como parte do princípio da moralidade administrativa, torna-se possível concluir que os atos atentatórios à probidade agridem igualmente a moralidade administrativa.

Nesse contexto, confira-se o comentário de José Afonso da Silva (2006, p. 669), citando Marcello Caetano:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, parágrafo quarto). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.

Sendo assim, partindo-se de tais conceitos, é possível considerar a improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público. Este, inclusive, é o entendimento de grande parte da doutrina, a exemplo de Aristides Junqueira Alvarenga, ex-procurador-geral da República, citado por Mauro Roberto Gomes de Matos (2009, p. 275).

Com efeito, no momento em que pratica ato de improbidade administrativa, o agente público viola a moralidade, distanciando-se dos padrões éticos e morais construídos pela sociedade e acolhidos pelo ordenamento jurídico.

3 Tipos de improbidade administrativa

Antes de explorar o assunto em tela, convém tomar como referência os conceitos de dolo e culpa do Direito Penal, aplicando-os,

por analogia, na subsunção das condutas dos agentes públicos, à Lei de Improbidade Administrativa.

Segundo o art. 18 do Código Penal, diz-se o crime doloso se o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo e culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Tecida essa abordagem, passa-se à análise dos tipos de improbidade administrativa.

Conforme dito anteriormente, a Lei n. 8.429/1992 dividiu os atos de improbidade administrativa em três espécies, a saber: aqueles que geram enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os violadores dos princípios da Administração Pública.

Pois bem. Em relação à primeira espécie, o *caput* do art. 9º da LIA dispõe: “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 [...]”.

Como se vê, no *caput* do art. 9º, deixou o legislador de mencionar qualquer elemento subjetivo para configuração do ato de improbidade administrativa. No entanto, diante da análise das hipóteses previstas nos incisos daquele dispositivo, as quais, ressalte-se, são um rol exemplificativo, é possível afastar a modalidade culposa, pois não seria crível admitir a possibilidade de o agente público obter vantagem indevida, pecuniária ou não, para si ou para outrem, valendo-se do cargo por imperícia, negligência ou imprudência.

Nessa linha de raciocínio, confira-se entendimento de José Armando da Costa (2002, p. 98):

O elemento subjetivo dessa figura delitual genérica é o dolo do agente público, ou, pelo menos, a sua voluntariedade. Não vemos chance para que tal infração disciplinar comporte a modalidade culposa, pois não é credível, nem verossímil, que possa alguém ser corrupto ou desonesto por negligência, imperícia ou imprudência.

De seu turno, na mesma direção segue entendimento de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazio Júnior, apontado por Isabela Giglio Figueiredo (2010, p. 81):

Ponto que merece atenção diz respeito ao elemento subjetivo necessário à caracterização das condutas elencadas naqueles dispositivos. Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata.

Já no art. 10 da LIA, que versa sobre os atos de improbidade administrativa causadores de lesão ao erário, o legislador infraconstitucional fez menção à ação ou omissão, *dolosa* ou *culposa*, ensejadora de perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º, independente da obtenção de vantagem indevida pelo agente.

É nesse dispositivo que reside a controvérsia acerca do assunto em face à referência expressa à modalidade culposa, pois em relação aos arts. 9º e 11, a doutrina e a jurisprudência caminham para o entendimento de que os atos de improbidade neles previstos somente podem ser praticados com dolo, afastando-se a culpa. Nessa linha, confira-se aresto do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. [...] Fatos registrados nas instâncias de origem que

não comprovam o elemento subjetivo (dolo). Afastamento das condenações.

[...]

6. Esta Corte Superior, recentemente, fixou entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: REsp 1130198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15.12.2010; EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27.9.2010; REsp 1149427/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9.9.2010; EREsp 875.163/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30.6.2010; REsp 414.697/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16.9.2010. [...]

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1193160/RS, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17.2.2011, DJe 24.2.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 6 set. 2011) [Grifo nosso].

De seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 783), tratando do tema, pondera que teria ocorrido uma falha na elaboração do dispositivo (art. 10), senão vejamos:

Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma idéia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento.

Por outro lado, com esteio na LIA, há autores que admitem a penalização do agente, tendo por parâmetro a responsabilidade subjetiva baseada na culpa grave ou gravíssima. Nesse sentido,

segue citação extraída da obra “Mandado de Segurança”, de Hely Lopes Meirelles (2003, pp. 210-211), atualizada por Arnaldo Wald e o Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso, ou, pelo menos, de culpa gravíssima.

Acerca da aplicabilidade da gradação da culpa, o civilista Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 562) demonstra sua visão crítica, *verbis*:

Enquanto se preocupar com a diversificação das noções de dolo e culpa (o primeiro como infração consciente do dever preexistente ou a infração da norma com a consciência do resultado, a segunda como violação desse dever sem a consciência de causar dano), não poderá a doutrina aclarar devidamente a teoria do ato ilícito. Por outro lado alguns escritores têm cogitado de distinguir na culpa uma gradação, que estrema a chamada culpa grave, equiparável ao dolo, da culpa leve que seria a violação de um dever em situação na qual se apresentaria o bom pai de família, e ainda a culpa levíssima, em que se apresentaria a atuação do homem diligentíssimo, padrão de cuidado e probidade.

Com a devida vênia ao posicionamento que defende a possibilidade de enquadrar a conduta praticada com culpa grave em ato de improbidade administrativa, mediante a possibilidade de dosar a culpa – o que na prática se revela uma tarefa difícil, especialmente para Magistratura e Ministério Público –, convém ressaltar que há outros meios de recompor o erário diante da responsabilidade objetiva, inclusive por meio de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), quando o ilícito for praticado em detrimento dos cofres públicos, porém, não se mostre evidente a má-fé, o dolo, a desonestidade,

ou, ainda, quando prescrita a ação civil pública por ato de improbidade, pois as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, a teor do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

De outra banda, além dessa possibilidade de se recompor o erário fora da ação de improbidade, os agentes ocupantes de cargo, emprego ou função estão sujeitos às punições disciplinares previstas nas legislações de regência, podendo, inclusive, sofrer a perda da função pública após instauração do devido processo administrativo disciplinar, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Sendo assim, para se utilizar da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, revela-se imprescindível avaliar, com critério, o elemento subjetivo, a real intenção do agente – o que Celso Antônio Bandeira de Mello chama móvel –, para aferir se houve ou não improbidade, desonestidade por parte do agente público. Confirmam-se as explanações daquele eminente publicista sobre o assunto:

Ora, a noção de “moralidade” não é determinável, em todos os casos, com rigor absoluto, indiscutível. Conseqüentemente, caberá à autoridade proceder a uma ‘valoração’ do motivo, isto é, competir-lhe-á ajuizar (segundo um critério em que interfere, inevitavelmente, certo teor de subjetividade) se uma dada conduta deve ou não ser catalogada como respondendo à hipótese legal de imoralidade. (*omissis*)

Não se deve confundir motivo, situação objetiva, real, empírica, com móvel, isto é, intenção, propósito do agente que praticou o ato. Motivo é realidade objetiva e externa ao agente. É um antecedente, exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato. Móvel é representação subjetiva, psicológica, interna do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção). (MELLO, 2006, p. 371).

Com efeito, para configuração do ato de improbidade administrativa com base no art. 10, torna-se imperioso aferir o nexo causal entre a consciência da ilicitude da ação ou omissão do agente

público com o dano efetivamente causado ao erário, e isso, fatalmente, se traduz na análise da vontade, da intenção do agente, não sendo razoável admitir a punição severa com as penas previstas na Lei n. 8.429/1992 apenas diante de uma conduta descuidada, desastrada ou inábil por ausência de técnica.

Ademais, quando se relembra que improbidade é considerada por boa parte da doutrina como imoralidade especialmente qualificada pela desonestidade do agente público, não se coaduna a subsunção da conduta à LIA com lastro na atuação imprudente, negligente ou imperita.

Inclusive, há autores que defendem a inconstitucionalidade da expressão culposa do art. 10 da LIA, a exemplo do ex-Procurador-Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, cujo posicionamento foi o seguinte:

Estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conduta inarredável é a de que a expressão culposa, inserta no *caput* do art. 10 da lei em foco, é inconstitucional. (Apud MATTOS, 2009, p. 278).

No que tange ao art. 11 da referida lei, que versa sobre os atos ímprobos atentatórios contra os princípios da Administração Pública, nota-se ser dispositivo cujo *caput* é demasiado aberto, lacunoso, levando-se, a princípio, ao entendimento de que qualquer conduta ilegal poderia ser enquadrada na LIA, a despeito da análise do elemento subjetivo.

Todavia, o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário é que o dolo, a má-fé, é essencial para configuração do ato de improbidade baseado no supracitado art. 11; haja vista, inclusive, o teor das hipóteses não exaustivas indicadas nos seus incisos.

Nesse sentido, confira-se entendimento do advogado e professor Márcio Cammarosano (2006, p. 110):

A propósito, cabe advertir que ao legislador não é dado alargar o conceito como melhor lhe aprouver, como se nada o limitasse, nem restringi-lo tanto a ponto de amesquinhar o preceito constitucional.

Mas o que verificamos, procedendo ao exame da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, é que ela, na sua letra, vai longe demais, prescrevendo constituir também ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão, mesmo culposa, que enseje perda patrimonial de entidades referidas no ser art. 1º (art. 10), exigindo mesmo do intérprete e aplicador muita prudência para que não considere também, em face do disposto no art. 11, *caput*, ato de improbidade qualquer comportamento ou ato ofensivo à lei, decorrente de mero erro de fato ou de direito. Para nós só se pode falar em improbidade em face de imoralidade especialmente qualificada pelo atuar de forma desonesta, corrupta, dolosamente, portanto.

Especificamente em relação ao art. 11, o Exmo. Procurador da República José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 277) comunga de correlato entendimento, conforme demonstrado a seguir:

O elemento subjetivo de tipo punitivo não se presume. Não há, pois presunção de condutas dolosas no artigo 11. Houve efetivamente apenas tipificação de condutas dolosas, não havendo espaço para interpretação extensiva. O dolo é o elemento subjetivo da ação ou omissão funcional ilícita no artigo 11, como observa Marinho Pazaglini Filho, em obra própria. Não se admite inclusive conduta ímproba praticada com culpa grave.

4 Proporcionalidade / razoabilidade na tipificação dos atos de improbidade administrativa

Segundo ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles (2007, p. 93), o princípio da razoabilidade “objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”.

Ato contínuo, acrescenta esse saudoso publicista:

[...] parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque “cada norma tem uma razão de ser” (MEIRELLES, 2007, p. 93).

Com efeito, convém à Administração Pública, e obviamente a seus agentes, aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no exercício de suas competências administrativas, a fim de atingir o interesse público, contanto que não ultrapassem a vontade maior da lei.

Por conseguinte, na interpretação da LIA, cabe ao hermenauta utilizar-se de tais princípios para tipificação dos atos ímprobos. Nessa linha, confirmam-se excertos extraídos do artigo intitulado “As exigências de razoabilidade/proporcionalidade inerentes ao devido processo legal substantivo e a improbidade administrativa”, de autoria do já citado membro do *Parquet*, José Roberto Pimenta Oliveira:

Relativamente à definição dos “atos de improbidade administrativa”, observa Márcio Cammarosano: “Também entendemos, como Marcelo Figueiredo e José Afonso da Silva que improbidade é imoralidade administrativa especialmente qualificada, que a relação é entre conteúdo e *continenti*, de sorte que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha também como caracterizada aquela.

A Constituição não define os comportamentos qualificáveis como improbidade administrativa. É certo, todavia, que implicando sanções das mais severas, a definição dos comportamentos que mereçam referida qualificação cabe à lei, observados os parâmetros semânticos que se deve extrair do próprio sistema constitucional.

Probo, do latim *probus*, é aquele cujo procedimento caracteriza-se pela retidão de caráter, pela honestidade. Em sentido amplo designa também aquele que se comporta de maneira justa, criteriosa no cumprimento de seus deveres. É o homem íntegro, honrado. [...]

Para nós só se pode falar em improbidade em face de imoralidade especialmente qualificada pelo atuar de forma desonesta, corrupta, dolosamente, portanto.” [...]

Como se trata de inobservância de valores juridicizados no sistema, é evidente que os atos de improbidade administrativa pressupõem ilegalidade da conduta (em sentido amplo) especialmente qualificada. Assim, nem toda ilegalidade resulta em improbidade, porquanto faz-se necessário analisar, em profundidade, o móvel do sujeito ativo da conduta, para identificar a lesão aos valores protegidos pelo princípio da moralidade administrativa. [...]

De fato, se a culpa, em suas modalidades tradicionais (negligência, imprudência e imperícia) na prática da conduta, for caracterizada involuntária (vontade não teleologicamente orientada para um certo resultado, no caso, ofensa a valores juridicizados pela moralidade administrativa), não há que ser apenada, com base no art. 37, § 4º. Nestas hipóteses de ilegalidade, por ação ou omissão culposa, existe a ampla previsão genérica de responsabilização civil, administrativa e penal, quando cabíveis. [...]

Acerca dos tipos sancionatórios, alerta Fábio Medina Osório que ‘admite-se tipificação de condutas através de cláusulas gerais, mas necessária uma razoável descrição do comportamento proibido, não sendo tolerável previsão tão ampla que signifique, na prática, inexistência de previsão normativa.’ Esta crítica, ao nosso parecer, dirige-se sobretudo aos tipos do art. 11, demasiadamente genéricos, a ponto de em tese englobar qualquer irregularidade no seio da função administrativa. *Somente a avaliação dos elementos objetivos e subjetivos do caso, à luz da razoabilidade, permite aquilatar a presença daquele plus axiológico sancionado pelo comando constitucional.* (Apud SAMPAIO, 2002, p. 324-328, grifo nosso).

Na mesma linha de raciocínio, segue entendimento da publicista Maria Sylvia Zanella di Pietro, citado na obra “Direito Constitucional” de Alexandre de Moraes (2007, p. 305-306), *verbis*:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. *A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.* Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é prodiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. *Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade.* [Grifo nosso]

Analisando-se tal contexto, nota-se a compatibilidade, a conveniência, e mais, a necessidade da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aferição das condutas dos agentes públicos, a fim de enquadrá-las ou não nas tipificações da LIA, visto que a intenção do legislador foi, certamente, punir o agente público desonesto e não o inábil ou desastrado.

5 Conclusão

Considerando-se entendimento defendido por abalizada doutrina no sentido de que improbidade é a imoralidade especialmente qualificada pela desonestidade do agente público, cabe ao intérprete e aplicador da LIA analisar, criteriosamente, os aspectos objetivos e subjetivos no caso concreto, para enquadrar como ímprobos apenas as condutas praticadas com dolo, ou seja, quando houver elementos que evidenciem o nexos causal entre a intenção do agente e o

resultado que importe em enriquecimento ilícito, cause prejuízo ao erário ou atente contra os princípios da Administração Pública.

Essa é a posição defendida neste artigo, não obstante o entendimento jurisprudencial ainda dominante no egrégio Superior Tribunal de Justiça seja o de admitir o enquadramento de condutas na Lei de Improbidade Administrativa com base no elemento subjetivo *culpa*, especialmente em relação ao art. 10.

Defende-se, ainda, a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade não só na dosimetria das severas penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, mas também na subsunção das condutas àquele diploma legal.

Por fim, pretende-se deixar claro que a lei em foco, apesar das possíveis falhas nela contidas, é um importante instrumento moralizador criado em nosso país, que deve ser bem manejado a fim de punir o agente público desonesto, corrupto, mal intencionado, bem como aqueles que, de alguma forma, induzem, concorrem para o ato ímprobo ou dele se beneficiam.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal de 5 out. 1988*. Brasília, DF. Fonte disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. *Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dez. 1940*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>.

_____. *Lei n. 7.347 de 24 jul. 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, his-

tórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>.

_____. *Lei n. 8.429 de 2 jun. 1992*. 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. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COPOLA, Gina. Improbidade administrativa – O elemento subjetivo do dolo – as modalidades de ato de improbidade administrativa previstas no art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 32, t.1, p. 169-179, 2006.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro. *Improbidade e o elemento subjetivo do agente público*. In: De jure – revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 13, jul. dez. 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade administrativa – Dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/1992*. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- _____. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores. Atualizada por Arnaldo Wald e o Ministro Gilmar Mendes, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.1.
- SAMPAIO, José Adércio Leite et al. *Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei n. 8.429/1992*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009.

Lei de Improbidade Administrativa como elemento instrumental da sindicabilidade dos atos praticados por agentes políticos

Yeline Carvalho Cordeiro

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

William Paiva Marques Júnior

Graduado em Direito. Especialista em Direito Processual Penal pela ESMEC/UFC. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará.

Resumo: O presente artigo aborda a controvérsia existente acerca da possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos quando o fato ilícito praticado também configurar crime de responsabilidade. Analisa a probidade administrativa, que deve ser entendida como princípio autônomo em relação ao princípio da moralidade, e sua intrínseca relação com os demais princípios orientadores do Direito Administrativo. Demonstra os aspectos diferenciadores entre os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade, apontando a diversidade de natureza jurídica dos institutos. Analisa também o posicionamento adotado pela doutrina e pela jurisprudência a respeito do assunto, com destaque para a discussão acerca da eventual existência de *bis in idem* caso haja a aplicação em conjunto dos citados institutos. Conclui que os agentes políticos podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa, de acordo com a Lei n. 8.429/1992, independentemente da responsabilização pela prática de crimes de responsabilidade, efetivando os princípios da probidade e da isonomia.

Palavras-chave: Probidade administrativa. Agentes políticos. Atos de improbidade. Crimes de responsabilidade. Natureza jurídica diversa.

Abstract: This paper addresses the controversy related to the enforcement of Administrative Misconduct Law to political agents when the practiced illicit fact is characterized, at the same time, as a liability crime. It also analyzes the administrative probity, which must be understood as autonomous principle in relation to the principle of morality, and its intrinsic relationship with the other guiding principles of administrative law. It demonstrates different aspects between misconduct acts and responsibility crimes, focusing the legal nature diversity of institutes. It discourses the emplacement adopted by doctrine and jurisprudence related to the subject, focusing the discussion about the possible existence of bis in idem when there is an application to both institutes. In conclusion, political actors can be liable for misconduct administrative acts, based on Law 8.429/1992, independent if they are liable for responsibility crimes, in order to effect the constitutional principles of probity and isonomy.

Keywords: Administrative probity. Political actors. Misconduct acts. Liability crimes. Legal nature diversity.

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da probidade administrativa. 3 O ato de improbidade administrativa e o crime de responsabilidade: diversidade de natureza jurídica dos institutos. 3.1 A natureza jurídica do ato de improbidade. 3.2 A natureza jurídica do crime de responsabilidade. 4 Possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos. 4.1 Delimitação conceitual dos agentes políticos. 4.2 Análise doutrinária. 4.3 Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em sede de Lei de Improbidade Administrativa como elemento instrumental da sindicabilidade dos atos praticados por agentes políticos. 5 Conclusão.

1 Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a probidade administrativa, como dever funcional de boa administração, passou a ser tutelada de forma expressa no ordenamento jurídico, tendo respaldo no art. 37, § 4º, da Carta Maior, que dispõe acerca do regime sancionatório aplicável aos agentes públicos no caso de prática de atos caracterizadores de improbidade administrativa.

Na evolução jurídico-constitucional brasileira, foi editada a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) com o escopo de proporcionar uma maior efetividade na tutela da probidade no âmbito da Administração, tendo em vista que seus agentes, no exercício de atividades de titularidade originária do Estado, podem perpetrar atos que ocasionem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios norteadores da Administração Pública.

A despeito de a Lei de Improbidade Administrativa encontrar-se em vigor há décadas, ainda persistem inúmeras controvérsias a respeito de sua correta aplicação, ocasionando um grande número de demandas nas quais são questionados alguns dos conceitos básicos dispostos na lei, de acordo com notícia publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça¹.

Um dos mencionados pontos controvertidos versa a respeito da possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, independentemente da aplicação das leis referentes aos crimes de responsabilidade, quando determinado ato ímprobo configurar, simultaneamente, crime de responsabilidade, por meio de uma análise do alcance do art. 37, § 4º, da Constituição, e do art. 2º da Lei de Improbidade, que trata do conceito de agentes públicos.

As decisões adotadas pelos tribunais superiores revelam a inexistência de posicionamento definitivo sobre o assunto e, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado em relação à controvérsia em epígrafe, não proferiu decisão com efeitos vinculantes, o que ocasiona uma indefinição quanto ao real alcance subjetivo da Lei de Improbidade Administrativa.

1 Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103422#>. Acesso em: 9 maio 2012.

Com efeito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a referida controvérsia tem como marco o julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, no ano de 2007, a partir da qual foi adotado o entendimento de que o ordenamento constitucional pátrio comporta duas espécies de responsabilização político-administrativas, quais sejam: a) a decorrente de ato de improbidade e b) a decorrente de crime de responsabilidade, de forma que a existência de dois regimes de sanção a ilícitos de natureza político-administrativa não podem ser aplicados em conjunto aos agentes políticos, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Por sua vez, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diversos julgamentos foram proferidos acerca do assunto, devendo ser destacado o julgamento da Reclamação 2.790-SC, no ano de 2009, no qual se manifestou o entendimento de que há compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/1992, sendo possível, portanto, a aplicação da referida lei aos agentes políticos, com a exceção da prática de ato de improbidade por parte do Presidente da República, cujo julgamento ocorre em regime especial no Senado.

A ausência de uma posição pacífica, tanto na doutrina como na jurisprudência, demonstra a necessidade de um estudo aprofundado do tema em comento, com o intuito de apresentar as possíveis soluções para a controvérsia existente.

2 O princípio da probidade administrativa

O princípio da probidade encontra-se tutelado no art. 37, § 4º, da Carta Magna, que versa a respeito do ilícito de improbidade administrativa e de seu regime sancionatório.

O princípio da probidade administrativa deve ser enquadrado como um dos pressupostos que conferem validade aos atos emanados da Administração Pública. No plano infraconstitucional encontra-se positivado no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/1993² como norteador das licitações públicas. Por seu turno, o art. 2º, inc. IV, da Lei n. 9.784/1999 concatena o princípio da moralidade administrativa à probidade ao estatuir que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

A probidade administrativa significa o dever de boa administração por parte do agente público, impondo a prática de atos em conformidade com os princípios norteadores da atividade administrativa e tendo como objetivo o alcance do interesse coletivo. Nesse sentido, ensinam Garcia e Alves (2010, pp. 58-60), *in verbis*:

[...] a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa [...]. Evidenciada a harmonia entre os fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade [...].

Qualificando a probidade administrativa como direito fundamental, Freitas (2009, pp. 89 e 127) assevera:

O direito fundamental à boa administração pública (entendido como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena res-

2 “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa[...]”.

ponsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas) acarreta o dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais [...].

Como visto, a tal direito corresponde o dever de observância à risca, nas relações administrativas internas e externas, do primado dos princípios e direitos fundamentais, no rumo de fazer as relações administrativas em sintonia com os objetivos maiores da Constituição (art. 3º), notadamente a promoção verdadeira e encarnada do “bem de todos” e da dignidade [...].

Embora possua estreita relação com o princípio da moralidade, a probidade deve ser vislumbrada como princípio autônomo, expressamente disciplinado no texto constitucional, constituindo diretriz a ser observada na prática dos atos administrativos por parte dos agentes públicos e não apenas decorrência lógica do preceito da moralidade, segundo defendem alguns doutrinadores, tais como Silva (2005, p. 563), que afirma: “a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.

Assim, o princípio em análise é gênero do qual são espécies os demais mandamentos orientadores da atividade estatal, tais como a moralidade, não tendo seu conteúdo restringido por esse último.

A observância do preceito em comento é decorrente da forma republicana de governo adotada pelo Brasil, que implica a proteção da *res publica*, ou seja, da coisa pública, da qual o agente público não pode livremente dispor, e também o regime de responsabilidade diferenciado dos agentes públicos, tendo em vista que estes devem atuar em consonância com o interesse geral da sociedade.

Nesse sentido, Oliveira (2009, pp. 159-160) afirma:

Em razão do princípio republicano, todo e qualquer agente público está posto em situação de subserviência, de submissão, de reverência aos interesses públicos enunciados na própria Constituição ou

perfilhados pela obra legislativa complementar, através do regime de representação que estrutura o poder político [...]. Deriva do princípio republicano a imposição de responsabilidade dos agentes públicos. Em rigor técnico, todos os sistemas de controle e responsabilização que incidem sobre a atuação do Estado e de seus agentes asseguram, reiteram, reforçam e densificam o princípio republicano, demonstrando sua alocação nos alicerces do sistema constitucional. Aqui incluído o sistema da improbidade administrativa.

Impende destacar que o princípio da probidade administrativa exige uma conformação da conduta dos agentes públicos não só ao preceito da moralidade mas também aos demais princípios norteadores da atividade administrativa, em consonância com o que afirma Martins Júnior (2009, p. 114), *in verbis*:

[...] A atual dimensão constitucional do prestígio da probidade administrativa não se limita, no aspecto repressivo, ao sancionamento do enriquecimento ilícito ou da lesão ao erário. Sendo um conceito muito mais amplo e que abrange toda e qualquer violação aos princípios que ordenam a Administração Pública [...].

Na mesma linha, Garcia e Alves (2010, p. 60) asseveram impor essa conformação de conduta a observância do chamado “princípio da juridicidade”, que seria o gênero de todas as regras e princípios referentes à atividade administrativa estatal.

Por seu turno, vaticina Moraes (2004, p. 30) acerca do princípio da juridicidade como parâmetro de controle da atividade administrativa:

Como consequência das modificações conceituais da noção de Direito – do direito ‘por regras’ ao ‘direito por princípios’, ocorre a substituição da ideia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública.

Desse modo, para que os atos administrativos estejam em conformidade com a probidade administrativa, devem observar também, além das regras pertinentes ao caso, todos os princípios

norteadores dessa função estatal, expressos ou implícitos no texto da Carta Maior.

Tanto é assim, que a Lei n. 8.429/1992, em seu art. 11, *caput*, dispõe configurarem atos de improbidade administrativa os praticados em desconformidade com os princípios da Administração Pública, senão vejamos:

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 não observância do dever de probidade configura ato de improbidade administrativa, que se submete ao regime sancionatório previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e disciplinado pela Lei n. 8.429/1992.

3 O ato de improbidade administrativa e o crime de responsabilidade: diversidade de natureza jurídica dos institutos

Com o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, independentemente da responsabilização política, revela-se necessário um estudo quanto à natureza jurídica do ato de improbidade, diferenciando-a da natureza do crime de responsabilidade.

3.1 A natureza jurídica do ato de improbidade

Com a edição da Lei n. 8.429/1992, surgiu cizânia doutrinária a respeito da natureza jurídica dos atos de improbidade e de suas respectivas sanções. Tendo em vista a delimitação da natureza jurídica em comento, faz-se necessário, inicialmente, analisar os dispositivos referentes ao assunto.

O art. 37, § 4º, da Constituição, versa acerca do regime sancionatório dos atos de improbidade, elencando as sanções aplicáveis em caso de configuração dos referidos atos, quais sejam, “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 mandamento constitucional, ao dispor que as sanções pela prática de ato de improbidade são aplicáveis independentemente da ação penal cabível, faz clara distinção entre a esfera sancionatória da improbidade e a criminal. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2003, p. 2.648) atesta:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “sem prejuízo da ação penal cabível”. Portanto, o agente público, por exemplo, que, utilizando-se do seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público, responderá, nos termos do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial.

O dispositivo em comento é norma regulamentada pela Lei n. 8.429/1992, que ampliou o rol de sanções disciplinadas na Carta Maior, estabelecendo uma gradação, de acordo com o grau de lesividade do ato praticado.

O art. 12 da Lei de Improbidade, em seus incisos, dispõe sobre as mencionadas sanções, que são constituídas, basicamente, por: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, nos casos dos arts. 9º e 10; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos, por período variável; pagamento de multa civil, de valor variável; 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, por período também variável de acordo com o ato praticado.

Analisando as sanções cominadas, é perceptível seu caráter patrimonial, ainda que mediato, ou político, no caso da sanção de suspensão dos direitos políticos, indicando, em uma primeira análise, a natureza extrapenal das sanções cominadas aos atos de improbidade.

Do mesmo modo, o art. 12, *caput*, da lei em análise afirma a independência das instâncias penal, civil e administrativa no que diz respeito ao regime sancionatório dos atos de improbidade, *in verbis*:

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: [...]

Destarte, o ato ímprobo pode configurar simultaneamente um ilícito penal, civil e administrativo, e, caso isso ocorra, eles serão apurados e sancionados cada qual na instância competente, não sendo razoável afirmar a natureza penal do ato de improbidade.

Na mesma linha, Garcia e Alves (2010, p. 527) acrescentam que, apesar de a lei em análise utilizar alguns vocábulos que remetem ao Direito Penal, tais como “pena”, (art. 12, parágrafo único) ou “inquérito policial” (art. 22), certo é que isso “não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica”.

Ademais, além de a Lei n. 8.429/1992, em seu art. 18, referir-se à “ação civil”, o art. 17 menciona que a ação “será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada”, o que

não se coaduna com o procedimento das ações penais, quando praticados crimes em face da Administração Pública, na medida em que o legitimado para propor as referidas ações é unicamente o Ministério Público, não se incluindo a pessoa jurídica ao qual o agente esteja vinculado.

É importante mencionar, ainda, que, para que determinado ato caracterize infração penal, é indispensável que seja cominada alguma espécie de pena privativa de liberdade, em conformidade com o art. 1º do Decreto-Lei n. 3.914/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal), senão vejamos:

Art. 1º: Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Por fim, é cediço que os atos de improbidade elencados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 constituem um rol meramente exemplificativo da conduta descrita no *caput* dos citados dispositivos. Assim, mesmo que determinado ato não encontre expressa previsão na lei em análise, pode configurar um ato ímprobo, caso seja enquadrado em alguma das hipóteses descritas no *caput* dos referidos artigos.

Tal característica não se coaduna com o princípio da legalidade, um dos princípios norteadores do Direito Penal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição e no art. 1º, do Código Penal, do qual decorre o princípio da taxatividade. De acordo com esses mandamentos, a norma incriminadora deve dispor de forma clara e expressa acerca da conduta delituosa, o que não ocorre no âmbito da Lei de Improbidade, pois os preceitos legais que tipificam os atos de improbidade administrativa encerram regras abertas e indeter-

minadas. Em tais casos resta aos operadores do Direito não só aferir elementos subjetivos mas também aplicar o princípio da proporcionalidade quando da interpretação das aludidas normas. Ressalte-se a orientação de Grau (2008, p. 203) consoante a qual a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa.

No que se refere à natureza administrativa do ato ímprobo, Di Pietro (2010, p. 824) aduz:

Não se pode enquadrar a improbidade administrativa como ilícito puramente administrativo, ainda que possa ter também essa natureza, quando praticado por servidor público [...]. Reforça a ideia de natureza civil e política das medidas sancionatórias o fato de poderem ser aplicadas a particulares, que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar.

Assim, o ato de improbidade somente terá natureza administrativa, sendo apurado e sancionado concomitantemente nessa esfera, quando praticado por servidor público.

Impende destacar que a atribuição de natureza civil à ação de improbidade afasta a possibilidade de concessão de foro por prerrogativa de função aos agentes públicos que gozem dessa garantia em causas criminais, na medida em que quem possui competência para processar e julgar a demanda em face do agente ímprobo é o juízo de primeiro grau.

Acerca do assunto, deve-se ainda ter em vista que a redação do art. 84, § 2º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 10.628/2002, que estabelecia foro por prerrogativa de cargo ao funcionário ou autoridade em razão do exercício de função pública, nos casos de ações de improbidade, teve a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2797-DF, em virtude de ser reservada à Constituição a possibili-

dade de criação de foros por prerrogativa de função, não podendo lei ordinária versar a respeito de tal matéria.

No citado julgamento, foi reconhecida a natureza civil da ação de improbidade administrativa pela Suprema Corte, senão vejamos:

[...] 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies³.

Por todo o exposto, restou evidenciada a natureza civil dos atos de improbidade administrativa consubstanciados na Lei n. 8.429/1992 bem como de suas respectivas sanções, não sendo razoável sustentar que possuem natureza penal.

3.2 Da natureza jurídica do crime de responsabilidade

O crime de responsabilidade é ilícito de natureza político-administrativa, praticado por agentes públicos no exercício de suas funções, que possui como finalidade precípua a tutela da legitimidade para o exercício do cargo público.

De acordo com a doutrina, a expressão “crime de responsabilidade” pode ser compreendida em dois sentidos, quais sejam, o próprio ou impróprio. Crime de responsabilidade próprio é aquele que designa um delito de natureza criminal, a exemplo do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967. De outra ponta, o crime de responsabilidade impróprio refere-se à infração político-administrativa. Nesse sentido, Jesus (2001, p. 14) afirma, *in verbis*:

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.797-DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 15 set. 2005, *DJ* de 19 dez. 2006.

Crime de responsabilidade, em sentido amplo, pode ser conceituado como um fato violador do dever de cargo ou função, apenado com uma sanção criminal ou de natureza política. Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, e o impróprio, que corresponde ao ilícito político-administrativo ('crime que não é crime').

Na mesma linha, está o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere especificamente ao Decreto-Lei n. 201/1967, senão vejamos:

Ementa: Recurso de “habeas-corpus”. Crimes praticados por Prefeito: art. 1º, I e II, do Decreto-lei n. 201/1967. Crime de responsabilidade. Crimes comuns ou funcionais. Competência do Tribunal de Justiça (art. 29, X, da Constituição, com a redação da E.C. n. 1/1992). 1. O art. 1º do Decreto-lei n. 201/1967 tipifica crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como “crimes de responsabilidade”, e são julgados pelo Poder Judiciário. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 70.671-1-PI. 2. O art. 4º do mesmo Decreto-lei refere-se ao que denomina expressamente de “infrações político-administrativas”, também chamadas de “crimes de responsabilidade” ou “crimes políticos”, e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: nada mais é do que o “impeachment”. 3. O art. 29, X, da Constituição (redação da E.C. n. 1/1992) determina o “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”; ao assim dizer, esta se referindo, apenas, aos crimes comuns e derroga, em parte, o art. 2º do Decreto-lei n. 201/1967, que atribuía esta competência ao juiz singular. 4. Recurso em “habeas-corpus” não provido⁴.

Por fim, é relevante destacar que, mesmo se tratando de infração político-administrativa, a caracterização desse ilícito deve observar a necessidade de expressa tipificação em lei, tal como ocorre na seara penal, “não afetando o caráter político da responsabilização, mas impondo condições de legalidade material e proces-

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 73210, rel. min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, j. em 31 out. 1995, DJ 1 dez. 1995 p. 325.

sual para o válido afastamento do agente público do cargo”, como observa Oliveira (2009, p. 116).

4 Possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos

O tema abordado no presente trabalho tem como marco o julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da Reclamação n. 2.138-DF, que trata de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal em face de Ministro de Estado, em virtude da prática de ato ímprobo, consubstanciado na “solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais [...] e também pela fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica”. A citada reclamação possui e seguinte ementa, *in verbis*:

Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes políticos. I. Preliminares. Questões de ordem. [...] II. Mérito. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição⁵ [...].

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, rel. min. Nelson Jobim, rel. p/ Acórdão: min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 13 jun. 2007, DJ de 18 abr. 2008, p. 94.

No referido caso, foi adotado o entendimento, não acolhido de forma pacífica pela doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que o ordenamento constitucional pátrio comporta duas espécies de responsabilidade político-administrativas, quais sejam, a decorrente de ato de improbidade, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição, e a decorrente de crime de responsabilidade, consubstanciada no art. 102, I, c, da Carta Constitucional, de forma que a existência de dois regimes de sanção a ilícitos de natureza político-administrativa impede sua aplicação em conjunto aos agentes políticos, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

De acordo com o que foi decidido, portanto, os atos de improbidade administrativa, disciplinados na Lei n. 8.429/1992, configuram verdadeiros crimes de responsabilidade, sendo absorvidos pelas infrações tipificadas na Lei n. 1.079/1950.

No mencionado julgamento, também foi afirmada a necessidade de uma compreensão constitucionalmente adequada da natureza dos agentes políticos, na medida em que sua autonomia funcional ocasiona um regime especial de responsabilidade, não podendo estar sujeitos aos procedimentos próprios de apuração de responsabilidade dos demais agentes públicos. Assim, tais agentes não poderiam ser submetidos à Lei de Improbidade, devendo haver uma redução teleológica da norma constante no art. 2º da Lei n. 8.429/1992. Entender em sentido contrário significaria desprezar o sistema de responsabilização especial instituído pelo constituinte, afastando-se do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Outro argumento utilizado foi o de que a hipótese de “crime contra a probidade da administração”, prevista no art. 85, V, da Constituição, regulamentado pelo art. 9º da Lei n. 1.079/1950, envolve condutas amplas, sendo mais rigoroso que a Lei de

Improbidade na descrição das possíveis infrações cometidas pelos agentes políticos.

Afirmou-se, ainda, que as leis definidoras de crimes de responsabilidade disciplinam ilícitos político-administrativos, que podem ocasionar as mesmas consequências previstas na Lei n. 8.429/1992, sem prejuízo da sanção pela prática de crime comum, de modo que a solução para evitar o *bis in idem* seria a utilização do critério da especialidade. Assim, sendo a Lei de Improbidade dirigida genericamente a todo agente público e por serem as normas dos crimes de responsabilidade orientadas para a punição dos agentes políticos, a lei específica exclui a lei geral na disciplina do regime sancionatório dos agentes políticos.

Por fim, foi mencionada a impossibilidade de determinados agentes políticos serem julgados em primeiro grau de jurisdição, o que ocorreria no caso de aplicação do procedimento disciplinado na Lei de Improbidade. Desse modo, seria impositivo o reconhecimento do foro por prerrogativa de função a tais agentes, em decorrência do caráter predominantemente punitivo da mencionada lei, que teria a mesma natureza dos crimes de responsabilidade.

Tendo em vista as divergências existentes no tocante ao assunto, será realizada uma análise doutrinária da questão controvertida. Ao final, serão analisados os argumentos contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal, apresentados em decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça.

4.1 Delimitação conceitual dos agentes políticos

Qualificam-se como agentes políticos aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São esses agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e

criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para o Estado atingir os seus fins em quaisquer dos Três Poderes (inclusive magistrados, membros do Ministério Público e Tribunais de Contas).

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Em algumas hipóteses, sua investidura se dá por meio de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções como corolário dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às normas comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles normalmente são aplicáveis as normas constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais), seus auxiliares (Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores da República, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

A respeito dos agentes políticos que exercem funções de assessoria imediata do Chefe do Poder Executivo, estatui Caetano (2004, p. 673) que a característica da situação jurídica deles é a *amovibilidade*: a todo o tempo e sem dependência de quaisquer formalidades processuais podem ser transferidos de cargo ou dispensados do exercício de suas funções.

Para Oliveira (2004, p. 11) são agentes políticos porque detêm o Poder do Estado e dele são titulares, isto é, possuem a possibilidade jurídica de ingressar na esfera jurídica dos outros, impondo-lhes deveres ou criando direitos.

4.2 Análise doutrinária

Inicialmente, é relevante mencionar que no art. 37, § 4º, da Carta Maior, o legislador constituinte originário consagrou a independência das esferas sancionatórias dos atos de improbidade ao afirmar que as sanções decorrentes de sua prática serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Em consonância com o citado mandamento constitucional, o art. 12 da Lei n. 8.429/1992 dispõe que o responsável pelo ato ímprobo está sujeito às cominações nele expressas, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica.

Por sua vez, o art. 52, parágrafo único, da Constituição, que versa acerca das penas cabíveis em caso de prática de crimes de responsabilidade, também assenta que as sanções nele cominadas são aplicadas “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

De acordo com os mencionados dispositivos, as esferas sancionatórias dos atos de improbidade e dos crimes de responsabilidade são autônomas, em virtude da natureza jurídica diversa dos institutos, não se podendo afirmar que os atos de improbidade administrativa configuram crimes de responsabilidade, sendo absorvidos por esses últimos. Com relação ao assunto, Martins Júnior (2009, p. 310-311 e 315) assegura:

A regra inserida no art. 12, *caput*, inspirada no art. 37, § 4º, *in fine*, da Constituição, é a independência das instâncias da improbidade administrativa. Há uma diferenciada tutela civil da probidade administrativa, que se irradia sobre suas sanções, com uma pluralidade de diplomas legais repressores da improbidade administrativa sob a ótica da diversidade da relevância jurídica atribuída ao fato (crime, ilícito administrativo, infração político-administrativa, etc.), com sanções próprias, sem receio de *bis in idem*, no âmbito administrativo, civil, eleitoral e penal [...]. Ora, está bem clara a

ressalva do parágrafo único do art. 52 da Carta Magna, fulminando vigorosamente qualquer tentativa de instituição de privatividade da instância político-administrativa (crime de responsabilidade) para o sancionamento dos agentes políticos, pois, as sanções ali previstas são aplicadas privativamente para os fins da instância político-administrativa “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” [...].

Portanto, a natureza de infração civil dos atos de improbidade não se confunde com o caráter político-administrativo dos crimes de responsabilidade, de modo que não há impedimento para sua aplicação em conjunto aos agentes políticos.

Por outro lado, o art. 37, § 4º, da Constituição, ao elencar as sanções cabíveis em caso de perpetração de atos de improbidade, não faz qualquer restrição quanto a sua abrangência subjetiva, apenas afirma que os atos ímprobos são passíveis de punição, na forma e na gradação prevista em lei.

Do mesmo modo, o art. 2º da Lei n. 8.429/1992, ao tratar do conceito de sujeito ativo dos atos de improbidade, não traz qualquer limitação. O conceito de agente público disposto na lei em comento é o mais amplo possível, englobando a categoria dos agentes políticos.

Desse modo, percebe-se que tanto a Constituição quanto a Lei n. 8.429/1992 não excluíram os agentes políticos de seu âmbito de incidência, na medida em que não foi estabelecida cláusula de exceção expressa, conforme aduz Martins Júnior (2009, p. 312-313):

[...] 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 feito nos arts. 14, § 9º, 15, V, 37, § 4º e 85 da Constituição Federal, sem qualquer exceção – que, aliás, pecaria por falta de razoabilidade na adoção da discriminação em face do

pilar da responsabilidade ampla que predica o regime republicano-constitucional na melhor tradição do direito brasileiro [...].

Tal entendimento coaduna-se com o princípio da força normativa da Constituição, inspirado originalmente por obra do autor Konrad Hesse, segundo o qual, na aplicação da Carta Maior, deve-se dar preferência as soluções concretizadoras de suas normas, que as tornem mais eficazes e permanentes. Consoante aduz Hesse (1991, p. 22):

[...] a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma.

No mesmo jaez da força normativa dos preceitos jurídico-constitucionais, preleciona Canotilho (1993, p. 229), *in verbis*:

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve ser dada prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘actualização’ normativa, garantindo, no mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

A afirmação de que aos agentes políticos é inaplicável a Lei de Improbidade em razão de sua independência funcional, que ocasionaria um regime especial de responsabilidade, significa violação ao princípio da isonomia no regime sancionatório dos agentes públicos, constituindo uma espécie de “tratamento privilegiado”, concedido apenas a certa parcela de sujeitos, como bem observa Oliveira (2009, p. 426), que acrescenta:

[...] também é privilégio promover a retirada de certos agentes públicos, do campo da incidência de sanções, sob a alegação do perfil normativo singular das atribuições funcionais desempenhadas pelos mesmos. A relevância político institucional do cargo deverá ser considerada na exata medida da conformação constitucional e

política de cada esfera de responsabilidade – e, logo, no interior do espaço normativo ocupado por cada qual – e não como fator de desigualação jurídica ofensiva ao valor fundamental da isonomia.

Para Sen (2011, p. 328), a exigência de ver as pessoas como iguais (em alguma perspectiva) se refere à exigência normativa de imparcialidade e às reivindicações de objetividade associadas.

O exercício de relevantes funções pelos agentes políticos não pode representar tratamento privilegiado em face dos demais agentes públicos, e sim uma atribuição de maior responsabilidade pela prática de seus atos. Como bem assentou o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, “nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário [...]”⁶.

O Ministro Joaquim Barbosa também ressaltou que a adoção da tese de inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos consolida uma situação de anomalia, perceptível em uma análise comparativa entre as sanções aplicáveis a um mesmo servidor ocupante de cargo efetivo, posteriormente cumulado com função ministerial, *in verbis*:

[...] É que, à luz da Constituição Federal e da Lei n. 8.429/1992, todo e qualquer servidor, efetivo ou comissionado, que cometa um ato de improbidade tal como descrito na lei, estará sujeito a ver sua conduta enquadrada numa das drásticas sanções previstas na Lei n. 8.429/1992. Porém, se esse mesmo hipotético servidor, sem se exonerar do cargo efetivo, vier a assumir posto ministerial e praticar a mesma conduta, a ele não se aplicarão as severas sanções da lei de improbidade, mas sim as duas únicas sanções que a responsabilidade política é suscetível de engendrar: o afastamento do cargo público

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, p. 17.

(político) e a inabilitação por 8 anos para o exercício de qualquer função pública [...]”⁷.

Por outro lado, também é questionável a diversidade de tratamento conferida aos agentes políticos, especificamente no que se refere ao julgamento pela prática de crimes de responsabilidade, que pode ser realizado por órgão político ou jurisdicional, a depender do agente que praticou a infração, como explicam Garcia e Alves (2010, p. 537):

Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que enseja a realização de um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal. Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que redundam num julgamento totalmente jurídico (com necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal. Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o expõe a pena de prisão. E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada [...].

Impende mencionar que a afirmação de que os crimes de responsabilidade abrangem os atos de improbidade, em razão de o art. 85, V, da Carta Magna dispor que os atos praticados contra a “probidade da Administração” configuram crimes de responsabilidade, sendo, desse modo, mais amplo que a Lei n. 8.429/1992 na descrição de infrações, não representa o melhor entendimento.

Embora a Lei n. 1.079/1950, em seu art. 9º, e o Decreto-Lei n. 201/1967, em seus arts. 1º e 4º, tipifiquem alguns atos que encontram correspondência na Lei n. 8.429/1992, é cediço que os crimes de responsabilidade somente são aqueles expressamente tipificados nas leis regulamentadoras de tais ilícitos. Os atos de improbidade, por sua vez, são aqueles que se enquadram no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, independentemente de estarem expressamente

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, p. 17.

elencados no rol de condutas disciplinadas em seus incisos, ou seja, basta que ocasionem enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação dos princípios administrativos, para que restem caracterizados.

Portanto, isso demonstra que determinado ato caracterizador de improbidade administrativa, por não estar tipificado nas leis regulamentadoras dos crimes de responsabilidade, pode não ser sancionado em razão da falta de expressa previsão legal, caso seja adotado o posicionamento de que a Lei n. 8.429/1992 não é aplicável aos agentes políticos.

É importante destacar que Ministro Eros Grau, em seu voto no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, esclareceu a existência de três entendimentos acerca da possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, que são: de não aplicação; de aplicação somente nos casos em que a conduta não se encontre tipificada como crime de responsabilidade; de aplicação concomitante da Lei de Improbidade e das leis regulamentadoras de crimes de responsabilidade, sendo adepto do entendimento intermediário, ou seja, de aplicação da LIA aos agentes políticos somente quando a conduta ímproba não configurar crime de responsabilidade.

No mesmo sentido, admitindo a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, no caso de o ato ímprobo não encontrar correspondência nas leis tipificadoras de crimes de responsabilidade, o Ministro Carlos Velloso, em seu voto, aduziu:

Posta assim a questão, é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá

o agente político na forma da lei própria, a Lei n. 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público [...]»⁸.

Entretanto, o referido posicionamento pode ocasionar uma situação anômala, claramente violadora do princípio da isonomia no regime sancionatório dos agentes políticos, em consonância com o que foi dito anteriormente, tendo em vista que apenas determinados agentes políticos estariam sujeitos às sanções mais severas da Lei n. 8.429/1992.

Outra questão relevante diz respeito às consequências jurídicas parcialmente diversas que decorrem da Lei de Improbidade e das leis que disciplinam os crimes de responsabilidade.

No primeiro caso, as sanções constituem-se basicamente de perda da função pública; suspensão dos direitos políticos pelo período de até 10 anos; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, no caso de enriquecimento ilícito ou dano ao erário; ressarcimento integral do dano, quando houver; pagamento de multa civil, de valor variável; 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, no prazo de até 10 anos, de acordo com o ato perpetrado.

Por outro lado, no que se refere aos crimes de responsabilidade, as sanções decorrentes de sua prática implicam, em regra, a perda do cargo público e a inabilitação temporária para o exercício de função pública.

Portanto, as sanções cominadas pela prática de atos de improbidade são bem mais amplas que as relativas aos crimes de responsabilidade. O entendimento consubstanciado na Reclamação

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, p. 13.

n. 2.138-DF ocasiona a aplicação, aos agentes políticos, de sanções que, embora parcialmente coincidentes, são mais restritas que as aplicáveis caso houvesse a incidência da Lei n. 8.429/1992. Nesse sentido, Oliveira (2009, p. 423) assevera:

Na aludida comparação das consequências normativas, o que ganha vulto é a maior gravidade das sanções de improbidade (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos até 10 anos) em face das sanções do *impeachment* (perda do cargo público e inabilitação para função pública de 8 anos). Muito mais que aproximá-las, este dado normativo as aparta. Porque traz indicação de que os respectivos ilícitos ganharam compostura constitucional nitidamente diversa: o ato de improbidade, para irromper, carrega em si uma nota sobressalente de gravíssima censura ético-jurídica, ao passo que diversa é a condição para que a ilegalidade atinja o patamar de crime de responsabilidade, que deve ostentar grau inaceitável de censura política.

Como as consequências jurídicas são parcialmente diversas, não há falar em utilização do critério da especialidade, que resultaria na aplicação apenas das leis regulamentadoras dos crimes de responsabilidade aos agentes políticos.

Caso o ato ímprobo configure simultaneamente crime de responsabilidade, deve ser sancionado tanto na esfera civil quanto na político-administrativa. Contudo, as sanções coincidentes, que são a perda da função e a inabilitação para o exercício de função pública por determinado período, somente poderão ser aplicadas em uma das instâncias competentes para a apuração dos ilícitos.

Por fim, merece destaque outro trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, proferido no julgamento em análise, *in verbis*:

[...] a ação de improbidade administrativa tem natureza civil, segundo o art. 37, § 4º, da CF/88, e conforme já afirmado por esta Corte na ADI n. 2.797-DF, rel. min. Sepúlveda Pertence. Não me parece, portanto, que seja possível equiparar as condutas e as san-

ções descritas na Lei n. 8.429/1992 a crimes de responsabilidade, sujeitos a critérios e condições diversos do pretendido pela Lei de Improbidade. A meu sentir, a pretensa equiparação das condutas e sanções previstas na Lei de Improbidade a crimes de responsabilidade esvazia por completo o evidente caráter moralizador da Lei n. 8.429/1992, restringindo seu alcance e aplicação [...]º.

Por todo o exposto, resta claro que a Lei n. 8.429/1992 e as leis que disciplinam os crimes de responsabilidade são institutos diferentes, com finalidades diversas, não se revelando legítima a restrição do alcance subjetivo da Lei de Improbidade Administrativa levada a efeito pelo entendimento que prevaleceu, por escassa maioria, no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF.

4.3 Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em sede de Lei de Improbidade Administrativa como elemento instrumental da sindicabilidade dos atos praticados por agentes políticos

Para Moreira Neto (2006, p. 282), a sindicabilidade é a possibilidade jurídica de submeter-se qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito a algum tipo de controle. Assim, no campo do Direito Público, o princípio da sindicabilidade assume natureza instrumental.

Anteriormente ao julgamento da Reclamação n. 2.790-SC, ocorrido em 2 de dezembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça adotava entendimento semelhante ao consubstanciado na Reclamação n. 2.138-DF, ou seja, de que os atos caracterizadores de improbidade administrativa somente poderiam ser imputados aos agentes políticos por intermédio da propositura de ação por crime de responsabilidade, em virtude de a responsabilidade dos

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. R.cl. N. 2.138-DF, p. 13.

agentes políticos obedecer a padrões diversos da responsabilidade dos demais agentes públicos¹⁰.

Entretanto, a Corte Superior alterou seu posicionamento, que passou a ter como marco o julgamento da Reclamação n. 2.790-SC, já tendo proferido diversas decisões adotando entendimento oposto ao consubstanciado na Reclamação n. 2.138-DF. A citada reclamação possui a seguinte ementa:

Constitucional. Competência. Ação de improbidade contra governador de estado. Duplo regime sancionatório dos agentes políticos: legitimidade. Foro por prerrogativa de função: reconhecimento. Usurpação de competência do STJ. Procedência parcial da reclamação. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza [...]¹¹.

No referido julgamento, afirmou-se que diversas disposições normativas são utilizadas para interpretar o regime sancionatório disposto no art. 37, § 4º, da Constituição, especialmente a Lei n. 1.079/1950, havendo verdadeira inversão da hierarquia das normas, que deve ter como parâmetro a Carta Maior.

De acordo com o art. 37, § 4º, não pode haver qualquer restrição infraconstitucional quanto a sua abrangência subjetiva, como ressaltou o Ministro Teori Albino Zavascki, relator da citada reclamação, *in verbis*:

10 Nesse sentido, podem ser mencionados o REsp. n. 456.649/MG, j. em 5 set. 2006 e o REsp. n. 769.811/SP, j. em 19 jun. 2008.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n. 2790-SC, rel. min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. em 2 dez. 2009, DJ de 4 mar. 2010.

Olhada a questão sob o ângulo exclusivamente constitucional e separados os elementos de argumentação segundo a sua natureza própria, é difícil justificar a tese de que todos os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade (nos termos da Lei n. 1.079/1950 ou do Decreto-lei n. 201/1967) estão imunes, mesmo parcialmente, às sanções do art. 37, § 4º, da Constituição. É que, segundo essa norma constitucional, qualquer ato de improbidade está sujeito às sanções nela estabelecidas, inclusive à da perda do cargo e à da suspensão de direitos políticos. Ao legislador ordinário, a quem o dispositivo delegou competência apenas para normatizar a “forma e gradação” dessas sanções, não é dado limitar o alcance do mandamento constitucional. Somente a própria Constituição poderia fazê-lo e, salvo em relação a atos de improbidade do Presidente da República adiante referidos, não se pode identificar no texto constitucional qualquer limitação dessa natureza [p. 6].

Destarte, para a Corte Superior, somente não haveria concorrência entre regimes sancionatórios no caso do Presidente da República, em virtude do disposto nos art. 85, V, da Constituição, que considera crime de responsabilidade os atos por ele praticados contra a “probidade da Administração”, o que ensejaria seu processo e julgamento, em regime especial, pelo Senado, de acordo com o art. 86 do mesmo diploma.

Desse modo, embora seja facultado ao legislador ordinário dispor acerca da tipificação de condutas caracterizadoras de crimes de responsabilidade, além daquelas indicadas no texto constitucional, tal faculdade não permite restrições injustificadas ao mandamento expresso no art. 37, § 4º, da Carta Maior, ao qual deve ser dada a máxima eficácia.

Por fim, conforme destacado pelo relator, o único problema existente na aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos seria de natureza processual, concernente à necessidade de compatibilização entre as normas sobre prerrogativa de foro com o processo destinado à aplicação das sanções por improbidade admi-

nistrativa, especificamente as que importam a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, em virtude de tais sanções podem alcançar “agentes políticos da mais alta expressão”.

Na mesma linha de entendimento seguido pela Reclamação n. 2.790-SC, pode ser mencionada a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Administrativo. Improbidade administrativa. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão não configurada. Magistrado. Não inclusão no rol dos arts. 39 e 39-A, da Lei n. 1.079/50, alterada pela Lei n. 10.028/00. Lei de Improbidade Administrativa. Lei n. 8.429/1992. Aplicabilidade aos agentes políticos. Precedente da Corte Especial: Rcl 2.790/SC. Recurso especial provido.

[...] Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os Agentes Políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF.

3. A decisão proferida na RCL 2.138/DF, em que se baseou o Tribunal *a quo* para fundamentar a sua decisão, não possui efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*, uma vez que esse julgado somente produziu efeitos perante as partes que integraram aquela relação processual¹².

No mesmo sentido, a Corte Superior também já decidiu:

Administrativo. Improbidade administrativa. Aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos Prefeitos Municipais.

1. O posicionamento pacífico desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a Lei de Improbidade Administrativa aplica-se a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores. Precedentes.

2. “Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1205562/RS, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 14 fev. 2012, DJ de 17 fev. 2012.

regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza”. (Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 2.12.2009, DJe 4.3.2010). Agravo regimental improvido¹³.

Pelo exposto, percebe-se que o entendimento a respeito da impossibilidade de restrição da eficácia subjetiva do art. 37, § 4º, da Constituição é corroborado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a necessidade de efetivação do princípio da probidade administrativa, consagrado pela Carta Maior e pela Lei n. 8.429/1992.

5 Conclusão

Hodiernamente, os princípios norteadores do Direito Administrativo devem ser compreendidos à luz do princípio da probidade administrativa, consagrado expressamente no art. 37, § 4º, da Constituição Federal (trata do regime sancionatório aplicável aos sujeitos ativos de atos ímprobos), no art. 3º da Lei n. 8.666/1993 (licitações e contratos administrativos) e no art. 2º da Lei n. 9.784/1999 (processo administrativo federal).

A probidade administrativa, como princípio autônomo, materializa o dever de boa administração, que deve ser observado por todos os agentes públicos, impondo a prática de atos em conformidade com os demais princípios administrativos e tendo como finalidade o alcance do interesse público.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1189265/MS, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 3 fev. 2011, DJ de 14 fev. 2011.

Regulamentando o referido mandamento constitucional, a Lei n. 8.429/1992 foi elaborada com a finalidade de proporcionar uma maior efetividade na tutela da probidade no âmbito da Administração Pública, elencando, de modo exemplificativo, os atos caracterizadores de improbidade, que podem ocasionar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou atentar contra os princípios administrativos.

De acordo com a Lei de Improbidade, o conceito de sujeitos ativos dos atos ímprobos é bastante amplo, estando incluídos nessa categoria os agentes políticos, espécies de agentes públicos, que são representados por todos aqueles que possuem vínculo de natureza política com o Estado, atuando com independência funcional e tendo a Constituição como fonte imediata de suas atribuições, responsabilidades e prerrogativas.

Como os demais agentes públicos, os agentes políticos estão sujeitos à responsabilização pela prática de atos de improbidade, que podem ser sancionados em diferentes esferas, quais sejam, a penal, a civil e a administrativa, em conformidade com o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição e no art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

Além das mencionadas esferas sancionatórias, determinados agentes políticos também estão submetidos a um regime especial de responsabilização, em decorrência dos relevantes cargos exercidos, que incide quando configurados os crimes de responsabilidade.

Trata-se de regime sancionatório de natureza político-administrativa, aplicável quando praticadas infrações devidamente tipificadas nas leis regulamentadoras dos crimes de responsabilidade, que não se confundem com o ilícito de improbidade, de natureza civil.

A despeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, não há falar

em *bis in idem* na aplicação em conjunto da Lei de Improbidade e das leis regulamentadoras de crimes de responsabilidade aos agentes políticos, quando forem praticados atos que configurem, ao mesmo tempo, improbidade administrativa e crime de responsabilidade.

A independência das esferas sancionatórias dos atos de improbidade impõe a aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, pois em cada instância há a tutela de bem jurídico diverso.

Por sua vez, o princípio da força normativa da Constituição, que tem por objetivo tornar as normas constitucionais mais efetivas, impõe, do mesmo modo, a aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, tendo em vista que o art. 37, § 4º, da Carta Magna, não faz qualquer restrição quanto a sua abrangência subjetiva. No mesmo sentido, a Lei n. 8.429/1992, que regulamenta o referido mandamento constitucional, também não faz qualquer limitação ao conceito de sujeito ativo de atos de improbidade.

Por outro lado, o exercício de relevantes funções pelos agentes políticos não pode representar tratamento privilegiado em face dos demais agentes públicos, e sim uma atribuição de maior responsabilidade pelos atos praticados. Entender em sentido contrário significaria violar o princípio da isonomia no regime sancionatório dos agentes públicos, pois os agentes políticos estariam sujeitos a sanções menos severas que aquelas aplicáveis aos demais agentes, quando praticassem atos caracterizadores de improbidade administrativa.

O princípio da isonomia também restaria violado caso fosse admitida a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos apenas se o ato ímprobo perpetrado não encontrasse correspondência nas leis tipificadoras de crimes de responsabilidade. Isso ocorre porque, nesse caso, apenas determinados

agentes políticos estariam sujeitos às sanções mais severas da referida norma.

Embora a incidência simultânea da Lei n. 8.429/1992 e de lei regulamentadora de crime de responsabilidade possa ocasionar a aplicação de sanções parcialmente coincidentes, quais sejam, a perda da função e a inabilitação para o exercício de função pública por determinado período, as sanções decorrentes de atos ímprobos são bem mais amplas, não sendo justificável a sua não aplicação por caracterizar *bis in idem*, que somente haveria se todas as sanções dispostas nas leis em análise fossem idênticas.

Por todo o exposto, a melhor interpretação, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é a de que não são permitidas restrições injustificadas ao mandamento expresso no art. 37, § 4º, da Constituição, ao qual deve ser dada a máxima eficácia, com a finalidade de promover a observância do princípio constitucional da probidade administrativa.

A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos plasma o Estado Democrático de Direito comprometido com a justiça, no qual a lei não seja modulada de acordo com a relevância dos cargos ocupados por certas categorias de cidadãos, como corolário da equidade, e não da perpetuação de impunes arbitrariedades.

Referências

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004, v. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JESUS, Damásio de. Ação penal sem crime. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 13, n. 11, 2001.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

Contratações sustentáveis, livre concorrência e improbidade administrativa

Gonçalo Farias de Oliveira Junior

Analista Processual do MPF (Procuradoria da República no Paraná). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor.

Resumo: Este artigo analisa, sob o prisma constitucional e do imperativo da responsabilidade socioambiental na Administração Pública, os critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade nas contratações públicas previstos no Decreto n. 7.746/2012, os quais, a teor da previsão constante do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, têm por finalidade a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Perquire, ainda, se a implementação/não implementação de tais requisitos demanda motivação por parte da autoridade administrativa e se a ausência desse ato torna o procedimento licitatório passível de invalidação, configurando, inclusive, improbidade administrativa por violação a princípios da Administração Pública. Ao final, investiga-se a existência de colisão de direitos fundamentais, decorrente da aplicação dos apontados referenciais ambientais, frente ao sentido normativo dos princípios da livre concorrência e do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Licitação. Critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade nas contratações públicas. Promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Art. 3º da Lei n. 8.666/1993. Decreto n. 7.746/2012. Improbidade administrativa. Violação a princípios da Administração Pública. Colisão de direitos fundamentais. Princípio da livre concorrência. Princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.

Abstract: In this paper the standards, practice and guidelines of sustainability on the public hiring, laid on the 7746 Act /2012, are analysed from the constitucional perspective and under the necessity of a socioenvironmental liability of the Public Administration. They, according to the Public Tender Act under the Law n. 8666/1993,

Section 3, are intended to promote the sustainable nacional development. Furthermore, it is explored if the implementation or not of those standards requires administration's exposure of reasons and, if the absence of this act turns the public tender to invalid and causes legal consequences of administrative misconduct for violation of the administrative's principles. Finally, it investigates the occurrence of fundamental rights' collision, due to the use of those environmental's standards, according to the principles of free competition and ecologically balanced environment as a fundamental right.

Keywords: Constitutional. Administrative. Public tender. Standards, practice and guidelines of sustainability on the public hirings. Sustainable nacional development's promotion. Law n. 8666/1993, Section 3. Act n. 7746/2012. Administrative misconduct for violation of the administrative's principles. Fundamental rights' collision. Principle of the free competition. Principle of the ecologically balanced environment as a fundamental right.

Sumário: 1 Consideração preambular. 2 Balizamento normativo das aquisições/contratações sustentáveis na Administração Pública Federal. 3 Responsabilidade socioambiental na Administração Pública e improbidade administrativa. 4 Critérios, práticas e diretrizes de aquisições/contratações seletivas. 5 Sustentabilidade nas aquisições/contratações públicas e colisão de direitos fundamentais. 6 Conclusões.

1 Consideração preambular

Ao rastrear a sustentabilidade na área administrativa, é possível constatar que, em 1999, o Ministério do Meio Ambiente lançou o Programa A3P – Agenda Ambiental na Administração Pública, iniciativa que teve por finalidade estimular a incorporação de referenciais de gestão ambiental na atividade administrativa,

por meio da adoção de ações que promovam o uso racional dos recursos naturais e dos bens públicos, manejo adequado e diminuição do volume de resíduos gerados, licitações sustentáveis ou 'com-

pras verdes’ – contratos públicos adaptados ao consumo sustentável – e educação ambiental.

A partir dessa época, o Poder Executivo procurou incentivar, mais e mais, a responsabilidade socioambiental na prática administrativa. Assim, publicou-se a Portaria n. 61, de 15 de maio de 2008, ato normativo que estabelece práticas de sustentabilidade a serem observadas pelo Ministério do Meio Ambiente e suas entidades vinculadas quando das compras públicas e indica em seu art. 2º, entre outras, a adoção das seguintes práticas sustentáveis:

- VI - a utilização do papel reciclado, no formato A4, 75 g/m²;
- VII - o desenvolvimento e implantação de projetos de ilhas de impressão;
- VIII - a aquisição, e utilização de impressoras duplex, respeitando-se o tempo de vida útil para aquelas que compõem o estoque de equipamentos deste Ministério e entidades vinculadas;
- IX - a impressão frente e verso de documentos, incluindo as correspondências oficiais;
- X - a impressão dupla por folha [...].

Por sua vez, a Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), estabelece em seu art. 3º que

A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns [...].[Grifo nosso].

Prevê, também, no *caput* e inciso XIII do art. 5º: “São diretrizes da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...] XIII - o estímulo e o apoio à manutenção e à promoção: [...] b) de padrões sustentáveis de produção e consumo”.

A ideia central tem sido fazer com que os gestores públicos desenvolvam rotinas capazes de minimizar os impactos ambientais

provocados pelas atividades exercidas no âmbito dos órgãos e entidades integrantes da Administração (TAVARES, 2009). Essa moderna preocupação do governo brasileiro está em linha com as políticas de desenvolvimento sustentável de países ricos. Ações do gênero estão bem difundidas, por exemplo, na União Europeia, onde existe o chamado *Manual de Contratos Públicos Sustentáveis*. Nele são apresentadas regras de como organizar um contrato público e selecionar fornecedores de maneira a preservar ao máximo o meio ambiente. O manual dá alguns exemplos de cláusulas a serem incluídas no contrato de prestação de serviço, como assegurar que os produtos de limpeza sejam usados nas quantidades apropriadas. Basta atentar, nesse sentido, para os gastos de consumo do Governo Federal, que somente no ano de 2010 contratou com a iniciativa privada cerca de R\$ 70 bilhões, soma correspondente a algo em torno de 16% do Produto Interno Bruto (PIB). De acordo com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão,

As compras públicas sustentáveis feitas no primeiro trimestre de 2012 já representam 83% das aquisições realizadas em 2011 nas chamadas “licitações sustentáveis”. Na comparação desse período com o ano de 2010, verifica-se um crescimento de 61% nas aquisições do governo federal. Até março de 2012, o valor dessas compras está em cerca de R\$ 12 milhões de reais.

Observa-se, dessa forma, que o Governo tenta incorporar uma *cultura de sustentabilidade* na máquina administrativa (OLIVEIRA, 2010)¹. Exemplos frisantes são as compras de equipamentos de alta eficiência energética; a utilização de materiais recicláveis, duráveis e que possam ser aperfeiçoados; a exigência de madeira certificada; a preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas com maior vida útil e/ou menor custo de manutenção;

1 Informação disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17687/licitacao-verde-sustentabilidade-ambiental-na-aquisicao-de-bens-e-servicos-pela-administracao-publica#ixzz20jsRzP00>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

práticas adequadas de descarte de resíduos, partes e componentes de produtos; apresentação da metodologia de execução que contemple o planejamento ambiental. Isso tudo, como se tem por certo, leva

à economia de recursos naturais e à redução de gastos institucionais por meio do uso racional dos bens públicos [...], da promoção da sensibilização, capacitação e qualidade de vida no ambiente de trabalho. A sustentabilidade no âmbito governamental tem sido cada vez mais um diferencial da nova gestão pública, onde os administradores passam a ser os principais agentes de mudança².

Podem ser mencionados na esfera do Executivo, entre outros, os projetos: *TCU ecologicamente correto*, *Senado verde* e *Licitação de computador verde*, que retratam a tendência dos órgãos públicos de colocar em prática o desenvolvimento sustentável.

Cabe enfatizar, à guisa de conclusão, que essa mentalidade inovadora acaba por atingir direta e positivamente os agentes econômicos, dado que serão levados a aprimorar a qualidade e a eficiência dos bens e serviços ofertados no mercado de acordo com padrões sustentáveis de produção e consumo, confluindo, portanto, para um contexto de institucionalização da *economia verde*.

2 Balizamento normativo das aquisições/ contratações sustentáveis na Administração Pública Federal

Transcorridos quase onze anos desde o lançamento do já mencionado Programa A3P – Agenda Ambiental na Administração Pública –, sobreveio a Instrução Normativa n. 1, de 19 de janeiro de 2010, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão,

2 Informação disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>

que dispõe sobre os *critérios de sustentabilidade na aquisição de bens e contratação de serviços e obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e outras providências*. Destaca-se dessa IN n. 1/2010 – primeiro ato normativo destinado à execução de aquisições/contratações sustentáveis no âmbito da Administração Federal – o disposto no art. 2º, onde consta que para o cumprimento do que está ali previsto “[...] o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.” [Grifo nosso]. Conclusão lógica: o escopo do dispositivo é assegurar a igualdade de condições a todos os licitantes, quer dizer, a *livre concorrência*.

Na sequência, foi adotada a Medida Provisória n. 495, de 19 de julho de 2010, que, entre outras providências, alterou a Lei n. 8.666/1993. A referida MP – posteriormente transformada na Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010 – estabeleceu no art. 1º que alguns dispositivos do Estatuto das Licitações e Contratos da Administração Pública, entre eles o art. 3º, *caput*, passariam a vigorar com as alterações que determina, *verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O preceito ali alocado modifica substancialmente o quadro jurídico da licitação, já que autoriza a realização de aquisições/contratações *ambientalmente sustentáveis*, apesar da existência, conforme, com propriedade, assinala Valente (2011, p. 10) – mesmo antes da aprovação da Lei n. 12.349/2010 pelo Congresso –, de

um marco jurídico implícito para fundamentação de licitações sustentáveis. Esse marco decorreria de interpretação sistemática da Constituição Federal, especialmente de seus arts. 23, VI, 170, VI, e 225 em combinação com o art. 37, XXI.

Pode-se dizer que, basicamente, o que o legislador fez por meio da Lei n. 12.349/2010 foi – afora prever certa margem de preferência para produtos manufaturados e serviços produzidos no País como forma de fortalecer o mercado interno, *propiciando o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda* – agregar às finalidades da licitação (*rectius*, da aquisição/contratação pública) a indução ao *crescimento econômico sustentável*.

De se observar, de outra banda, que o Decreto n. 7.746/2012 contempla a preferência por materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local como uma diretriz de sustentabilidade (art. 4º, II).

Cabe deixar assentado no concernente às preferências outorgadas aos produtos e serviços nacionais que isto já se encontrava na Exposição de Motivos Interministerial n. 104/MP/MF/MEC/MCT, de 18 de junho de 2010, por meio da qual se submeteu ao então chefe do Poder Executivo a apreciação da proposta de edição de medida provisória alterando a Lei n. 8.666, conforme evidenciado nos trechos transcritos a seguir:

[...] 2. Com referência às modificações propostas na Lei n. 8.666/1993, é importante ressaltar que a mesma contempla diretrizes singulares para balizar os processos de licitação e contratação de bens e serviços no âmbito da Administração Pública. A norma consubstancia, portanto, dispositivos que visam conferir, sobretudo, lisura e economicidade às aquisições governamentais. Os procedimentos assim delineados são embasados em parâmetros de eficiência, eficácia e competitividade, em estrita consonância aos princípios fundamentais que regem a ação do setor público. 3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao

papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país. 4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. [...] 6. [...] É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (I) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (II) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (III) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (IV) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Releva destacar nesse passo que, em sua proposição originária, a Medida Provisória n. 495 fazia alusão a *desenvolvimento econômico nacional*, e não a *desenvolvimento econômico nacional sustentável*, tendo o legislador agregado este último vocábulo ao texto final da Lei n. 12.349/2010 durante a tramitação daquela MP. Tal fato, por demais expressivo, desloca radicalmente o eixo do problema, na medida em que, nos moldes do que consta no novel art. 3º, cabeça, da Lei n. 8.666/1993, o crescimento do país fica atrelado a um modelo de integração harmoniosa entre a economia, a sociedade e o meio ambiente, aliando, por via de consequência, a aspiração do desenvolvimento nacional a imperativos de sustentabilidade.

A propósito, opina-se, no atinente à inclusão do termo *sustentável* ao corpo da supra comentada redação conferida ao art. 3º da Lei n. 8.666/1993, que

o parágrafo 6º da Exposição de Motivos, ao referir-se à ordem econômica nacional, não faz menção ao inciso VI do art. 170 da Constituição Federal, que trata da defesa do meio ambiente. Isso se explica porque a alteração pretendida pela Medida Provisória n. 495, de 2010, restringia-se à introdução, no texto do art. 3º da Lei n. 8.666, de 1993, da expressão [...] e a promoção do desenvolvimento nacional.

Como quer que seja, o fato importante é este: ao mesmo tempo em que privilegiou setores da economia reputados estratégicos, o legislador inseriu a sustentabilidade no centro das *políticas públicas*.

Consoante Marçal Justen Filho (2011), a Lei n. 12.349/2010 operou “relevantes modificações na concepção da contratação administrativa vigente no Brasil”. Adverte, no entanto, com expertise:

A alteração introduzida pela Lei 12.349 incorreu em equívoco conceitual. Confundiu as finalidades da licitação e as finalidades da contratação administrativa, que são duas questões muito distintas.

É evidente que a Lei pretende determinar que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável seja uma finalidade buscada por meio da contratação administrativa.

A licitação é o instrumento para produzir uma contratação administrativa vantajosa, com observância do princípio da isonomia. Já a contratação administrativa destinava-se, em princípio, a obter os bens e serviços necessários à satisfação das necessidades administrativas. Antes da alteração da Lei 12.349, essa era a finalidade essencial da contratação administrativa.

A reforma promovida pela Lei 12.349 envolveu uma ampliação das finalidades da contratação administrativa. Mas isso se traduziu numa alteração redacional inadequada, eis que se determinou que a licitação – ou seja, o processo de seleção do particular a ser contratado pela Administração Pública – passaria a ser orientado à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Realmente. A toda evidência, o objeto da disposição normativa é a *aquisição/contratação administrativa* – e não a *licitação* –, porquanto esta constitui o meio para se alcançar o fim a que aquela se destina, qual

seja, a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*, observadas a principiologia e as demais prescrições normativas aplicáveis.

Recentemente, seguiu-se o Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012, baixado pela Presidente Dilma Roussef, que regulamenta o art. 3º da Lei n. 8.666/1993 para estabelecer *critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal*, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP). Esse decreto presidencial, além de consolidar e ampliar o Programa de Contratações Sustentáveis do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, criado pela já comentada Instrução Normativa n. 1/2010, qualifica-se como principal instrumento legislativo destinado a pôr em execução a sustentabilidade no campo das aquisições/contratações do governo federal, não constituindo óbice a sua aplicabilidade em outras esferas (estadual, municipal e distrital) da Administração Pública. Aliás, sua eventual regulamentação no âmbito do *Parquet* poderá mostrar-se necessária e conveniente, já que, além de implicar adesão formal da Instituição à política de gestão ambiental, propiciará uniformidade de aplicação das regras estabelecidas, evitando divergências de interpretação. Um bom começo, nesse sentido, foi a edição da Recomendação n. 6/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a instituição, no âmbito dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, de Comissões Institucionais de Gestão Ambiental voltadas ao estudo, sugestão e acompanhamento de medidas internas orientadas à adoção de rotinas administrativas ecologicamente sustentáveis e à conscientização institucional para a preservação ambiental, bem como da recente Portaria PGR/MPF n. 747/2012 que, ao instituir o calendário de contratações de bens, serviços e obras no âmbito do Ministério Público Federal, estipu-

lou que elas deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Note-se, outrossim, a publicação da Lei n. 4.770, de 22 de fevereiro de 2012, que dispõe sobre os critérios de *sustentabilidade ambiental na aquisição de bens e na contratação de obras e serviços pelo Distrito Federal*, e do Decreto n. 7.767, de 27 de junho de 2012, que estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Cabe concluir registrando que, conforme noticiado, o governo federal pretende lançar mão de um amplo processo de qualificação, capacitação e definição de procedimentos direcionados para essa nova realidade, o que confirma a existência de uma *política ambiental* para o setor público.

Eis, em apertado escorço, o panorama histórico da disciplina normativa da sustentabilidade nas aquisições de bens e contratações de serviços e obras pela Administração Pública Federal.

3 Responsabilidade socioambiental na Administração Pública e improbidade administrativa

É cediço que o atual modelo econômico tem-se mostrado incompatível com um crescimento em bases *sustentáveis*. Tal situação, entretanto, exige rápida e firme mudança de posturas e a assunção de responsabilidades no sentido de se criar, manter e estimular processos de sustentabilidade em toda a cadeia de produção e consumo em prol de uma *vida saudável*.

Consoante verberou o Ministro Ayres Britto, em pronunciamento durante a *Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável*, a Rio+20,

É preciso trabalhar com providências em concreto que impliquem a prevenção e a restauração de danos, a fim de fazer do meio ambiente um bem jurídico desfrutado pelas atuais gerações e desfrutável pelas gerações futuras³.

E rematou com não menos singular precisão: “Sustentabilidade é isso, esse conjunto de providências que implicam restauração, prevenção e acautelamento”.

Não se pode desconhecer que o mesmo sucede no tocante às atividades operacionais da Administração Pública, em relação às quais esforços se fazem necessários para maximizar o uso dos recursos renováveis. Nesse sentido, tem sido salientado que o *emprego de referenciais ambientais* constitui “um processo de melhoramento contínuo que consiste em adequar os efeitos ambientais das condutas do poder público à política de prevenção de impactos negativos ao meio ambiente”⁴. Em outras palavras, a *conservação racional dos recursos naturais e a proteção contra a degradação ambiental devem contar fortemente com a participação do poder público*.

A participação das instituições públicas no processo de RSA [responsabilidade socioambiental] é necessária e o Estado é o principal interlocutor junto à sociedade, possuindo uma ampla responsabilidade e papel indutor fundamental para tornar as iniciativas atuais, e também as futuras, mais transparentes, incitando a inserção de critérios de

3 Informação disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStf>>. Destaque_pt_br&idConteudo=212504>. Acesso em: 16 jun. 2012.

4 Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P. Disponível em: <<http://www.cge.se.gov.br/index.php/component/article/g-estatistico-textos-e-apresentacoes/69-a3p?tmpl=component&format=pdf>>.

sustentabilidade em suas atividades e integrando as ações sociais e ambientais com o interesse público. [Grifo nosso]⁵

Pois muito bem. Proclama a Constituição Federal:

Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, *incumbe ao Poder Público:*
[...]

V - *controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;*

VI - *promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.*
[Grifo nosso]

Analisando o conteúdo do parágrafo 1º desse art. 225, a Professora Cristiane Derani comenta, com a clareza própria dos seus escritos, que o destinatário das tarefas enumeradas nos incisos do dispositivo é o poder público. *Litteris:*

Poder Público é fruto do Estado de Direito, aquele Estado constitucionalmente organizado, respeitador de uma determinada ordem jurídica, que garante um mínimo de previsibilidade aos seus atos. É o *modus operandi* deste Estado, uma vez que não há nem pode haver Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal evidentemente é uno, conforme sintetiza o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Embora o poder do Estado seja único, seu exercício se dilui na atividade administrativa, de acordo com competências constitucionalmente estabelecidas visando a impedir abuso próprio da concentração do poder. Assim, as atividades legislativa, judiciária, executiva são manifestações de um único poder, o Poder Público.

5 Informação disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>.

Em suma, quando o artigo 225 da Constituição se refere ao dever do Poder Público, está determinando o dever do Estado para a efetivação dos preceitos enunciados nos incisos deste artigo, a qual terá lugar no âmbito de cada poder estatal, segundo competência previamente definida no ordenamento jurídico.

[...]

Uma vez instituído este Estado de Direito, pela própria característica que o edifica, não é possível tê-lo apenas como um avatar de direitos individuais. Se por um lado sua estrutura foi desenvolvida para garantir o poder de uma classe num determinado momento histórico, seu movimento adquire hoje uma dinâmica própria de comunicação com todos os interesses que permeiam a sociedade, e, somente no cumprimento deste papel, garante-se como Instituição, mantendo-se válido e legítimo.

Neste sentido, deve-se compreender o imposto ao Poder Público no parágrafo primeiro do artigo 225, como um dever para com a coletividade, cabendo, pois, a esta, a atuação necessária para reivindicar a completa realização das normas ali impostas (1997, p. 263-265).

Como é claro a todas as luzes, a questão sobre o dever ditado pela *Lex Legum* de defender e preservar o meio ambiente exsurge como algo mais do que desejável. Melhor dizendo, exige o engajamento de todos os indivíduos e instâncias de poder, expressão da corresponsabilidade pelo bem-estar das populações humanas, afinal, conforme proclamam a *Declaração de Estocolmo de 1972* (princípios 1 e 2) e a *Declaração do Rio/1992* (princípio 1), essas – populações humanas – *constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.*

É exegese sedimentada na jurisprudência da Suprema Corte:

Meio ambiente – direito à preservação de sua integridade (cf, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – necessidade de impedir que

a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais [...]

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as

exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações [...]. (ADI n. 3540 MC/DF – Relator Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno – DJ de 3 fev. 2006).

De outra parte, afigura-se útil recordar que a Constituição estatui em seu art. 3º, II, que um *dos objetivos* da República Federativa brasileira consiste na *garantia do desenvolvimento nacional*. Por sua vez, o § 1º do art. 174 do Texto Maior prescreve que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do *desenvolvimento nacional equilibrado*.

Releva compreender nessa quadra que a disponibilidade dos recursos naturais é *conditio sine qua non* não apenas para o desenvolvimento econômico e social do país, mas, igualmente, para a realização dos direitos fundamentais, em cujo núcleo se encontra a dignidade humana (art. 1º, *caput*, III, CF), norma absoluta.

Como é lógico supor, o conjunto de direitos – e garantias que os protegem – catalogado no Estatuto Político depende, em maior ou menor escala, do desenvolvimento alavancado na incolumidade do meio ambiente. Daí a importância da efetivação de referenciais de sustentabilidade inclusive no que se refere às aquisições/contratações realizadas pelos entes políticos.

Deveras, como bem anota-se:

O longo curso da história nos faz reconhecer que o debate sobre equidade social, crescimento econômico e desenvolvimento sustentável mal começou. Durante muitos séculos, o problema de se era necessário estabelecer uma conexão entre assuntos tão distintos sequer foi colocado. Foi preciso chegar à industrialização crescente,

ao crescimento desordenado da população mundial, à carência na produção de alimentos e à utilização exaustiva de recursos naturais para que a humanidade passasse a se inquietar com os “limites de crescimento do planeta” (The Limits Of Growth, 1972). Nessa perspectiva, o estabelecimento de condições sustentáveis de estabilidade tanto sobre o prisma ecológico quanto socioeconômico, passou a ser o ideal buscado por todos (COSTA, 2010, p. 3).

É indene de dúvidas, nessa ordem de ideias, que as novas regras que dispõem sobre aquisições/contratações seletivas devem ser prestigiadas. Conforme acordado por Chefes de Estado e Governo durante a *Rio+20*, é preciso trabalhar em conjunto em busca de um de um futuro próspero e seguro para o planeta, criando uma reforma da estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável em níveis locais, nacionais, regionais e global, e oferecendo

uma orientação política coesiva e centrada nos governos para o desenvolvimento sustentável e identificar ações específicas de modo a cumprir a agenda de desenvolvimento sustentável *através da promoção de uma tomada de decisões integrada em todos os níveis*⁶.

Tem-se, pois, nessa contextura, que a responsabilidade socioambiental constitui uma imposição inarredável aos agentes incumbidos do trato da coisa pública. Disso decorre que não apenas a decisão de *implementação* mas, sobretudo, a de *não implementação* de referenciais de sustentabilidade deverá estar estribada – consoante a inteligência do art. 2º da Lei n. 9.784/1999, que *regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal* – em fundamentação objetiva e concreta, sob pena de transbordar os limites da discricionariedade e, *ipso facto*, dar causa à contundente invalidação do ato. Aqui, a lição, novamente, do mestre Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem o dever de enunciação dos motivos do ato *administrativo*

6 Informação disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoQueQueremos_rascunho_zero.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2012.

há de ser [tido] como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta sim senhora de tais interesses (2006, p. 374).

Mais: nos casos em que evidenciada a *viabilidade* e bem assim a *inviabilidade*, de adoção de parâmetros de sustentabilidade nos processos de aquisição/contratação de serviços ou bens, decisão porventura contrária proferida pela autoridade administrativa poderá caracterizar *improbidade administrativa* por violação aos princípios constitucionais que regem a administração pública – *legalidade, eficiência, impessoalidade e continuidade das políticas públicas* (arts. 37, *caput*, 165 e 166, §§ 1º e 2º) (ROTHENBURG, 2008, p. 59) – e aos deveres de *honestidade e imparcialidade* (art. 11, *caput* e I, Lei n. 8.429/1992), desde que presente na conduta do agente público o elemento subjetivo doloso e a ocorrência de *dano ao erário ou enriquecimento ilícito*.

A despeito dos comportamentos ímprobos que atentam contra os *princípios da Administração Pública*, vale ressaltar que a configuração do tipo desenhado no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa reclama – na conformidade do entendimento firmado no STJ – a presença daqueles requisitos essenciais:

Administrativo. Improbidade administrativa. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Elemento subjetivo doloso ausente. Não ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito reconhecidos na instância de origem. Contratação por inexigibilidade. Licitação impossível. Indisponibilidade de bens e imposição de multa incabíveis. Recursos providos.

– O Superior Tribunal de Justiça já assentou definitivamente que *é imprescindível o elemento subjetivo para se configurar o ato de improbidade administrativa, associado à ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito*. Os tipos descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 somente existem na forma dolosa; não havendo a devida comprovação desse elemento da conduta, tem-se como não realizado o tipo infracional

do art. 11, I e II, da Lei n. 8.429/1992, máxime se não verificado dano ao Erário.

- A manutenção da indisponibilidade de bens mostra-se ilegal e descabida, *quando não há lesão ao patrimônio público ou indícios de enriquecimento ilícito*. Inteligência do art. 7º. da Lei n. 8.429/1992.

- O procedimento licitatório tem o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa aos interesses da administração pública, assegurando, sempre que possível, a isonomia entre os licitantes. O certame licitatório seria de impossível realização pela peculiar hipótese dos autos de que não há (ou não havia, à época) nenhum jornal de grande circulação no Estado que fosse editado nos dias aprazados.

- A ausência de dolo, de lesão ao patrimônio público, de indícios de enriquecimento ilícito e de ilegalidade da contratação afasta a condenação de multa e de proibição de contratação com o poder público.

Recursos conhecidos e providos.

STJ, REsp n. 1223496/PB – RECURSO ESPECIAL n. 2010/0215983-5, Segunda Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 13 jun. 2012, grifo nosso).

Como se pode facilmente notar, ao fim e ao cabo, as questões postas à reflexão são importantíssimas.

4 Critérios, práticas e diretrizes de aquisições/contratações seletivas

De se reportar neste tópico, por necessário, alguns aspectos do Decreto n. 7.746/2012 (arts. 1º a 8º), diploma que, como de início se anotou, regulamenta o art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Em relação *aos critérios e práticas de sustentabilidade*, extrai-se do texto regulamentar o que segue: a) a sua execução constitui uma faculdade conferida ao administrador público, o que não o desobriga, porém, de motivar o ato que acolhe ou recolhe a aplicabilidade de tais exigências; b) obrigatoriedade de definição objetiva no instrumento convocatório e preservação do caráter competitivo; c)

veiculação no edital como especificação técnica ou como obrigação e possibilidade de fixação de outras formas de veiculação.

O Decreto arrola, de seu turno, as seguintes *diretrizes de sustentabilidade*, cujo rol, inserto no art. 4º, I a VII, não é taxativo (*numerus clausus*): a) menor impacto sobre recursos naturais; b) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; c) maior eficiência na utilização de recursos naturais; d) maior geração de empregos; e) preferência para mão de obra local; f) maior vida útil; g) menor custo de manutenção; h) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; i) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Outros aspectos da regulamentação que merecem atenção são estes: a) aquisição de bens constituídos, entre outros critérios de sustentabilidade, por material reciclado, atóxico ou biodegradável; b) elaboração das especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia, nos termos do art. 12 da Lei n. 8.666/1993, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental; c) possibilidade de inclusão de cláusula obrigando o contratado a adotar práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e de critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens; d) comprovação das exigências definidas no edital por meio de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio; e) realização de diligências, por parte do contratante, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, com a finalidade de verificação acerca da adequação do bem ou serviço às exigências do edital, uma vez inexistente a certificação; f) direito ao contraditório, por acaso constatado que o

bem ou serviço contratado não se adequa às exigências previstas no instrumento convocatório, hipótese em que o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor.

É necessário destacar que o regramento sob análise explicita o comando introjetado no art. 3º da Lei n. 8.666/1993, na parte que prescreve que a *licitação* destina-se a garantir a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. As demais finalidades a serem perquiridas na licitação, segundo a dicção do dispositivo, são: *observância dos princípios regentes da Administração Pública e dos que são correlatos ao procedimento, seleção da proposta mais vantajosa para a entidade contratante e vinculação ao edital*. Trata-se, dessarte, de preceitos que, complementando a regência da referida matéria, veiculam os fundamentos conformadores da norma geral.

Ato normativo *subalterno* – uma vez que não revestido de autonomia jurídica, mas expedido no exercício de competência regulamentar do chefe do Poder Executivo, consoante a previsão do art. 84, *caput*, IV e VI, *a*, da Constituição –, o Decreto n. 7.746/2012 circunscreve exigências, mediante critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade que define; estabelece deveres e direitos aos ofertantes e contratados; e, por fim, prevê preferências a bens e serviços produzidos no país. É dizer, dá os contornos por intermédio dos quais a Administração Pública possa promover a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, olhos postos no *passivo ambiental*.

Porque veicula *regulamentos*, o assim denominado *decreto regulamentar* tem por finalidade precípua operacionalizar, de maneira uniforme, as disposições da lei; é falar, propiciar a fiel execução das leis – no caso, a Lei Federal n. 8.666/1993. Na feliz e apropositada síntese de Marcelo Novelino:

Por ser um ato administrativo produzido pelo Chefe do Poder Executivo, vincula toda a Administração Pública, em razão do princípio hierárquico. Por isso, o decreto regulamentar obriga diretamente aos agentes públicos, mas não aos administrados que ficam apenas submetidos às formalidades estabelecidas por ele. Para o particular, a obrigação decorre da lei; o modo de cumprir a obrigação, do regulamento (2012, p. 869).

Importante compreender que, malgrado a indigitada estatura, o Decreto n. 7.746/2012 é o instrumento legislativo apto a disciplinar as aquisições/contratações seletivas efetivadas pelo poder público, devendo o aplicador levar em conta, na sua interpretação, os postulados constitucionais e as prescrições legais que orientam a licitação, a Administração Pública, o meio ambiente e a ordem econômica.

5 Sustentabilidade nas aquisições/contratações públicas e colisão de direitos fundamentais

O manejo de *critérios, práticas e diretrizes seletivas* nas aquisições/contratações de bens, serviços e obras públicas se apresenta, por um lado, como condição de organização racional e eficiente, e por outro, como mecanismo de proteção do sistema ambiental.

Em que pese tímida – sobretudo porque somente há pouco foi objeto de normatização, conforme visto –, a implementação desses instrumentos normativos tende a disseminar-se e a consolidar-se irreversivelmente, pois, pensando bem, conforme acentuou a Secretária de Estado norte americana Hillary Clinton em sua fala na *Rio+20*, “O único desenvolvimento viável é o desenvolvimento sustentável”⁷.

As disposições da Lei n. 12.349/2010 e do Decreto n. 7.746/2012 obrigam administradores públicos e agentes econômicos a inserir o

7 Informação disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/rio20/noticia/2012/06/e-um-tempo-para-sermos-pragmaticos-mas-otimistas-diz-hillary.html>>. Acesso em: 22 jun. 2012

tema *ecologia* nas relações negociais firmadas pelo poder público. Dessa maneira, pode-se afirmar que doravante a *licitação* – procedimento de conteúdo formal, predefinido em conformidade com a lei – passará a ser entendida como o instrumento de seleção da proposta “que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados” (MELLO, 2006, p. 494), sob o prisma da conservação do meio ambiente.

Um ponto, entretanto, ganha relevo à luz do vigente ordenamento jurídico: a tensão entre os preceitos regulamentares que fixam critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade (arts. 2º a 8º do Decreto n. 7.746/2012) e o vetor *principiológico da igualdade*, de hierarquia constitucional (art. 5º, *caput*, CF).

Entre as normas aplicáveis à licitação, sobressai no texto da Constituição (art. 37, XXI) e na legislação infraconstitucional (art. 3º, LL), aquela que prescreve a obrigatoriedade de *disputa isonômica*.

Nas vezes em que convocado para se posicionar acerca da aplicabilidade desse princípio reitor, o STF tem decidido com base no seguinte entendimento, já pacificado na Corte:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 16 e 19 da Lei n. 260, do estado de Rondônia. Serviço público. Transporte coletivo de passageiros. Possibilidade de conversão automática de linhas municipais de transporte coletivo em permissão intermunicipal. Discriminação arbitrária entre licitantes. Licitação. Isonomia, princípio da igualdade. Afronta ao disposto nos artigos 5º, *caput*, 175 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil.

[...]

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela

Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

[...] (ADI n. 2716/RO – rel. Min. Eros Grau – Tribunal Pleno – Dje 041, 6 mar. 2008).

Outra baliza deve-se deixar firmada: sob a ótica da eficácia dos preceitos constitucionais, a norma legal consubstanciada na promoção do *desenvolvimento nacional sustentável* – finalidade, repita-se, a ser alcançada através das contratações firmadas pelo poder público (art. 3º da LL) – funciona como elemento de integração de um valor fundamental com assento na Constituição, qual seja, o meio ambiente concebido em sua dupla dimensão, enquanto direito subjetivo e enquanto dever do Poder Público e da sociedade de tutelá-lo para a presente e as futuras gerações.

Ocorre que o balizamento dispensado no Decreto n. 7.746/2012 às aquisições/contratações seletivas sugere a existência de conflito entre o *princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana* (art. 225) e o *princípio da livre concorrência* (art. 170, IV), que consistiria colisão de direitos fundamentais.

Admitindo-se essa premissa como verdadeira, cumpre averbar que, em se sopesando mediante juízo de ponderação os interesses em jogo na busca de uma *solução ótima*, conforme anota Varela de Matos (1998, p. 18), conclui-se que a preferência deve ser dada ao postulado que consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana. Por outras palavras, avaliando-se a importância e a necessidade de cada valor em disputa,

tem-se que o direito ao meio ambiente sadio deve ser priorizado, de modo a impor limites ao direito à liberdade de concorrência.

Acerca do processo de escolha de direitos fundamentais em colisão – a impor-se que um deles ceda lugar a outro em benefício da aplicabilidade de uma só norma jurídica –, colhe-se da doutrina constitucional as observações transcritas a seguir:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no mesmo grau possível de direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados. (MENDES, 2007, p. 275).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que se verifica – uma vez exercitado um juízo de ponderação – a prevalência do *princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana* em detrimento do *princípio da livre concorrência*, prevalência que decorre do maior peso abstrato e grau de interferência sobre este último.

De mais a mais, é incontestável – considerada a *essencialidade* do meio ambiente ecologicamente equilibrado à sobrevivência do homem – que o significado do princípio que garante referido bem jurídico aparece como fator de otimização do valor fundamental *vida*. Dessa concepção defluiu, na palavra sempre segura de Luiz Regis Prado (1992, p.33), que, quando o texto constitucional protege o meio ambiente, o faz *para o adequado desenvolvimento das pessoas*.

A referência no texto constitucional à livre concorrência como princípio informativo da ordem econômica – essência da economia de mercado – significa adesão à isonômica competição, traduzida no direito à igualdade nos embates concorrenciais, aí incluídos os certames licitatórios (OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 107).

Compreendido sob esse prisma, o princípio da livre *concorrência* rechaça toda e qualquer prática empresarial que privilegie agentes econômicos em prejuízo de outros, salvante, conforme a lúcida advertência de Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, p. 175), na hipótese de interesse público. Aqui se adentra no problema de saber se a aplicação das exigências ambientais nas aquisições/contratações públicas disciplinadas no Decreto n. 7.746/2012 configura restrição ao caráter competitivo da licitação. Tais prescrições regulamentares, conforme antecipado, radicam na redação do novo art. 3º da Lei n. 8.666/2010, de onde se extrai – corrigida a imperfeição técnica do dispositivo – que as aquisições/contratações públicas destinam-se à garantia da promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. Asseguram, assim, o crescimento do País, condicionando-o, na vereda da doutrina de Ignacy Sachs, à sustentabilidade em sua dimensão social, econômica e ecológica (MONTIBELLER FILHO, 1993, p. 133).

Exatamente como se dá com os demais direitos individuais, a livre concorrência não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder a interesses da coletividade, no caso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico de grandeza macrossocial. De se realçar nesse tocante que em data recente a Segunda Turma do STJ reforçou o entendimento de que os atos da *Administração tendentes a proteger o ambiente, tal como a restrição da atividade econômica*, “[...] devem ser plenamente aceitos, dada a previsão do art. 170, VI, da CF” (REsp 1.183.279-PA, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16 ago. 2012).

Assim concebido o problema, cai por terra – ao menos em parte – o argumento de que a adoção das restrições ambientais sob análise

deve se dar paulatinamente, de forma que os agentes do mercado possam se adaptar a essas novas exigências antes delas vigorarem plenamente. Caso contrário, estar-se-ia criando uma reserva de mercado para as poucas empresas que cumprirem de antemão essas exigências, implicando violação ao princípio constitucional da livre concorrência, maiores custos e reduzidas ofertas de produtos. (TCU – Decisão monocrática proferida no Processo TC-003.405/2010-9 – rel. Min. Benjamin Zymler – 24 fev. 2010).

Observe-se que o *decisum* cautelar em comento, referendado pelo Plenário do Tribunal, foi proferido antes da edição da Lei n.12.349/2010. Consoante divulgação:

O relator comunicou ao Plenário haver determinado à Secretaria de Estado de Esporte, Turismo e Lazer do Acre, por medida cautelar, que se abstinhasse de utilizar recursos de origem federal, transferidos mediante convênio, para a aquisição dos bens de que trata o item 8 do Pregão Presencial para Registro de Preços n. 235/2009 ('Estação de Trabalho Padrão – Processador'). Entre as possíveis irregularidades suscitadas na representação formulada ao TCU, e que justificaram a adoção do provimento cautelar, destacava-se a exigência editalícia de comprovação, por parte do licitante, de que o equipamento estaria em conformidade com a 'norma EPEAT, na categoria GOLD', o que, em síntese, demonstraria que o equipamento atendia a normas internacionais de proteção ambiental. Destacou-se, ainda, que: em seu despacho, considerou o relator 'louvável a preocupação dos gestores em contratar empresas que adotem em seus processos produtivos práticas responsáveis ambientalmente'

Conquanto factível tal cenário conjecturado pela Corte de Contas – maiormente no que diz respeito à incapacidade de oferta do mercado dentro de padrões de sustentabilidade –, convém sopesar que a introdução de exigências ambientais nos negócios contratuais do Poder Público constitui uma indeclinável necessidade

à preservação do meio ambiente e ao bem estar social. Por consequência, cabe aos agentes econômicos reorientar os processos de produção, de modo a possibilitar a exploração ecoeficiente dos recursos naturais em proveito da qualidade de vida.

De acordo com Peixoto (2012), entende-se, com acerto, que

[...] o aumento do preço dos contratos administrativos – além de inevitável – não contrariará o interesse público, antes, o preservará. O conceito pleno de “proposta mais vantajosa” não é e nem equivale à noção singela de ‘menor preço’. Mais vantajosa é a proposta que atende adequada e satisfatoriamente a demanda pública. Ou seja, somente depois de avaliar se o bem ou serviço ofertados atendem ao interesse da coletividade, é que, como critério secundário, será escolhido o menor preço. Fazendo uso do antigo jargão popular: ‘não se faz a omelete sem quebrar os ovos’; não há como modificar as regras de contratação pública sem o infalível aumento de custos. Outrossim, o governo não pode deixar de fazê-lo, sob pena de, pela omissão, retardar ou mesmo colocar em risco a sustentabilidade das licitações e a preservação do meio ambiente⁸.

Ante o raciocínio exposto, cumpre agregar – em reforço à tese sobre a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica – que a Constituição Federal faculta, para o cumprimento de tal desiderato, *tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação* (art. 170, *caput* e VI).

6 Conclusões

De acordo com as considerações tecidas, a convicção a que se chega em breve suma é que o emprego – orientado ao *desenvolvimento sustentável*, princípio do Direito Ambiental – de critérios, práticas e diretrizes seletivas de sustentabilidade nas

8 Informação disponível em: <<http://portaldelicitacao.com.br/component/content/article/30-newsflash/104-a-sustentabilidade-nas-licitacoes.html>>

aquisições/contratações de bens, serviços e obras realizadas pelo Poder Público não afronta a Lei Fundamental da República, isto é, a estipulação de prerrogativas de seletividade no bojo das relações contratuais da Administração Pública não viola nenhuma regra ou primado constitucional; ao revés, harmoniza-se com o *Estado de Direito Ambiental* que emerge desse interativo plexo de normas. Por outro lado, não obstante a aplicação de referenciais de gestão ambiental possa por vezes redundar em sacrifício da isonomia de competitividade nas disputas licitatórias, a extrema necessidade de preservação do meio ambiente justifica a limitação do mencionado princípio básico da licitação.

Aceita-se, outrossim – frente à sistemática regulamentar do Decreto n. 7.746/2012 –, a existência de conflito entre os *princípios da livre concorrência e do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*, com primazia deste sobre aquele, admitindo-se que todos têm direito a uma vida ecologicamente saudável e que a efetivação não só deste como dos demais direitos arrolados na Lei Magna depende de um modelo de desenvolvimento pautado no equilíbrio ambiental, desafio inadiável que impõe, de sua vez, a articulação e o envolvimento de todas as instâncias de poder.

De outro vértice, a *exigibilidade* – e sobretudo a *não exigibilidade* – imotivada de tais referenciais ambientais enseja a revogação/anulação do respectivo ato. Em outros termos, uma vez preenchidos os pressupostos fáticos e jurídicos autorizadores da utilização de parâmetros seletivos nas aquisições/contratações governamentais, a decisão consistente na sua *não implementação* pode tipificar ato ilícito ensejador de responsabilização do agente público, pois afora constituir um regime de proteção especial, tais fatores de sustentabilidade encerram uma finalidade pública, representada pela compatibilização das formas de produção com a preservação da integridade do meio ambiente. Dessa forma, e levando em

consideração que no desempenho das atividades administrativas o gestor público encontra-se vinculado aos fins e interesses constitucionalmente estabelecidos, é que a *não incorporação* – e, bem assim, a *incorporação* – dos referidos critérios de sustentabilidade pode configurar *improbidade administrativa*, já que esta abarca não apenas atos de desonestidade, mas, de maneira equivalente, comportamentos revestidos de ilegalidade.

Referências

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição e ao código tributário nacional*, artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE. *Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P*. Disponível em: <<http://www.cge.se.gov.br/index.php/component/content/article/9-estatico-textos-e-apresentacoes/69-a3p?tmpl=component&format=pdf>>.

COSTA, Lígia Maura. *Desenvolvimento sustentável e a OMC – relatório final*. 2010. Disponível em: <<http://gvpesquisa.fgv.br/publicacoes/gvp/desenvolvimento-sustentavel-e-omc>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desenvolvimento nacional sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349/10*. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=50&artigo=528&l=pt>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

MATOS, Varela. *Conflito de direitos fundamentais em direito constitucional e conflitos de direitos em direito civil*. Porto Alegre: Almeida e Leitão, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48, de 10/08/2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *Textos de economia. Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável: conceitos e princípios*. Florianópolis: UFSC, v. 4. a. 1., 1993.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem econômica e direito penal antitruste*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

TAVARES, Rodrigo. Sustentabilidade passa a ser requisito em processo licitatório. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-02/sustentabilidade_passa_requisito_licitacoes>. Acesso em: 16 jul. 2012.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco_legal_valente.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jun. 2012.

