

QUESTÕES PRÁTICAS SOBRE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA



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 Geral

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Robério Nunes dos Anjos Filho – Coordenador
Procurador Regional da República - 3ª Região

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República - PR/RJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Procurador do Trabalho – PRT 10ª Região/DF

José Antônio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região/RJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Ana Luisa Rivera
Promotora de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Promotora de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar aposentado

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

QUESTÕES PRÁTICAS SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Coordenadora
Samantha Chantal Dobrowolski

Brasília-DF
2011



Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185

<www.esmpu.gov.br> – <editoração@esmpu.gov.br>

Copyright 2011. Todos os direitos reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Setor de Revisão

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia

Lara Litvin Villas Bôas – Preparação de originais

Neusa Maria Neves – Revisão de provas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico e capa

Fernanda Soares

Diagramação

Alice Corbett, Juliana Carnielli e Leonardo Betti para Cha Com Nozes Propaganda

Ltda – SRES Quadra 12, Bloco J, Casa 26

70645-105 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3551-5100

E-mail: sac@chacomnozes.com.br

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: ideal@idealgrafica.com.br

Tiragem: 3.200 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

-
- Q5 Questões práticas sobre improbidade administrativa Samantha Chantal Dobrowolski
 (Coordenadora) ; Ageu Florêncio da Cunha ... [et al.] – Brasília : ESMPU, 2011.
 326 p.
 978-85-88652- 41-5
 Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-42-2
 1. Improbidade administrativa. 2. Direito ambiental. 3. Agente público
 – enriquecimento ilícito. 4. Agente político. 5. Prefeito. 6. Indisponibilidade
 de bens. I. Dobrowolski, Samantha Chantal.

CDD 341.337

Sumário

Apresentação	7
Colaboradores	12
A improbidade administrativa em razão do descumprimento do dever fundamental de prestar contas Sergei Medeiros Araújo	14
O dever de probidade administrativa ambiental e a aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 Alexandre Melz Nardes	38
A evolução patrimonial do agente público em desproporcionalidade aos seus rendimentos: uma presunção de enriquecimento ilícito – exegese do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992 Suzana Fairbanks Schnitzlein Oliveira	62
Competência federal no processo coletivo Tiago Alzugar Gutierrez	90
A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos Ageu Florêncio da Cunha	122
Ação de improbidade contra prefeito: estudo da jurisprudência superior Denise Vinci Túlio	140

Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa Ruy Nestor Bastos Mello	184
Improbidade administrativa e indisponibilidade de bens Marco Aurélio Adão	214
Considerações sobre a prescrição da ação de improbidade administrativa Reginaldo Pereira da Trindade	246
Início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa (crítica ao inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992) Tarcísio H. P. Henriques Filho	284
A atuação da CGU na fiscalização dos convênios federais firmados com prefeituras Isabela de Holanda Cavalcanti	312

Apresentação

Ao final de 2005, deu-se início ao I Curso à Distância sobre a Atuação Extrajudicial e Judicial do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) e pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF).

O curso contou com seminário presencial de abertura, seguido de três módulos não presenciais, cujos conteúdos formaram um “todo” sequencial, que resultou também no levantamento de amplo material doutrinário e jurisprudencial, atualmente disponível no acervo da ESMPU. Com ele, objetivou-se promover a atualização de Membros do MPF atuantes na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como fomentar o diálogo institucional e o intercâmbio de experiências entre Colegas do MPF, integrantes de carreiras afins e de entidades de fiscalização e controle da Administração Pública.

Após vencidas diversas dificuldades iniciais na utilização das ferramentas tecnológicas então disponíveis à ESMPU, que imprimiram um ritmo mais informal à condução de suas atividades, o I Curso à Distância sobre a Atuação Extrajudicial e Judicial do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, na condição de projeto piloto em ambiente virtual na ESMPU/MPF, com limitados recursos humanos e materiais, foi marcado pela dedicação de seus participantes e moderadores, voluntários para a experiência, sem qualquer contrapartida a não ser a própria reciclagem e troca de informações sobre a matéria em questão.

Privilegiou-se, durante o curso, o nível pragmático de abordagem do tema cujo tratamento legislativo, que pode ser considerado ainda recente e não integralmente explorado no País, tem suscitado polêmica no meio forense e na jurisprudência. Como resul-

tado, os artigos produzidos por participantes do projeto em sua fase final, que ora são apresentados ao público no livro *Questões práticas sobre improbidade administrativa*, destacam, além de reflexões teórico-dogmáticas, experiências concretas na busca da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e questões difíceis ou recorrentes, enfrentadas processualmente na atuação ministerial de seus autores. Em função disto, nesta publicação, a par de respeitar-se a lógica da ordenação vigente no texto da Lei n. 8.429/1992, procurou-se partir dos enfoques mais gerais para, ao final, chegar-se às análises mais empíricas e aplicadas sobre o assunto.

Assim, de início, apresentam-se textos voltados ao exame o que é o ato de improbidade ou de sua tipologia. Nesta linha, Sergei Medeiros Araújo analisa a improbidade administrativa em razão do descumprimento do dever fundamental de prestar contas. Por sua vez, Alexandre Melz Nardes discorre sobre o dever de probidade administrativa ambiental e a aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992. Suzana Fairbanks Lima de Oliveira examina a evolução patrimonial do agente público em desproporcionalidade aos seus rendimentos, estudando o artigo 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429/1992.

Em seguida, estão os artigos sobre atribuição e competência e sujeitos passivos do ato de improbidade. Inicia-se esta parte com o texto de Tiago Alzuguir Gutierrez sobre a competência federal no processo coletivo, relacionando-a também com a ação de improbidade administrativa. Após, Ageu Florêncio da Cunha discorre sobre a ainda controvertida aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos. E, logo após, Denise Vinci Tulio, com estudo da jurisprudência superior, analisa a ação de improbidade contra prefeitos.

Por último, reúnem-se os escritos afetos a sanções, questões processuais e aspectos da investigação de atos de improbidade. Assim, Ruy Nestor Bastos Mello aborda a aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. Marco Aurélio Adão trata de improbidade administrativa e indisponibilidade de bens. Reginaldo Pereira da Trindade examina a prescrição da Ação de Improbidade Administrativa, e, também

sobre este complexo ponto, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho oferece análise crítica ao inciso I do artigo 23 da Lei n. 8.429/1992, vale dizer, sobre o início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa. Finalmente, Isabela de Holanda Cavalcanti, voltando-se à experiência estatal concreta no combate à improbidade administrativa, analisa a atuação da Controladoria-Geral da União (CGU) na fiscalização dos convênios federais firmados com prefeituras.

Certamente, com a publicação dos presentes artigos, além de cultivar o registro histórico de suas iniciativas, a ESMPU propicia importante difusão da atuação e do pensamento dos Membros do MPF em matéria tão sensível quanto cara ao Ministério Público nacional, cujos integrantes têm sido os principais agentes no manejo dos instrumentos legais no combate à improbidade administrativa, buscando aprimorá-los, construindo doutrina, aplicando-os no cotidiano forense, e, com isto, propiciando o surgimento de posicionamentos jurisprudenciais.

Imperativo registrar que esta publicação e o curso que lhe deu origem não teriam ocorrido sem a colaboração de Colegas e servidores do MPF e da ESMPU, cumprindo destacar, com gratidão, o entusiasmo e confiança incondicionais de Gilda Pereira de Carvalho, Coordenadora da 5ª CCR à época do início do projeto e responsável por sua concepção inicial, que encampou, após, no âmbito de suas atribuições, as fases seguintes de seu desenvolvimento. Do mesmo modo, Eugênio José Guilherme de Aragão, seu sucessor à frente da 5ª CCR, aderiu integralmente à ideia e deu total respaldo a seus desdobramentos finais até a edição destes artigos.

Auxílio estratégico à operacionalização do projeto foi dado pela Procuradoria Regional da República da 4ª Região (PRR4), de onde foram coordenados à distância os trabalhos, que, por meio de sua Chefia, exercida à época por Maria Hilda Marsiaj Pinto, cooperando com a ESMPU e 5ª CCR/MPF, facilitou a participação da Divisão de Informática local, especialmente do Analista de Informática Maurício Gindri Fávero, designado para prestar o

indispensável suporte técnico, sobretudo durante a desafiante e longa fase inaugural de gestão das ferramentas de ensino remoto utilizadas. É de rigor mencionar, ainda, a relevante contribuição nas atividades iniciais de coordenação do curso de Maria Emília Corrêa da Costa, também lotada na PRR4.

Cumpre, ademais, agradecer à ESMPU, que, através de sua Direção e de seu corpo técnico, tornou possível a realização concreta do referido projeto, tendo sido decisivo o apoio das gestões de Lindôra Maria de Araújo, Rodrigo Janot Monteiro de Barros e Nicolao Dino de Castro e Costa Neto. Imprescindíveis, também, a de Humberto Jacques de Medeiros, ao tempo em que foi Coordenador de Ensino/MPF da ESMPU, e os esforços e seriedade de Odim Brandão Ferreira, na condição de membro no Conselho Editorial da ESMPU.

Especial menção, com particular destaque para os pacientes e dedicados autores dos textos agora publicados, é devida a todos os Colegas que, ainda que apenas parcialmente, participaram da iniciativa que resultou neste livro, a saber: Alexandre Ferreira Infante Vieira, Alexandre Melz Nardes, Allan Versiani de Paula, Álvaro Luiz de Mattos Stipp, André Carlos de Amorim Pimentel Filho, Anna Carolina Resende Maia, Ageu Florêncio da Cunha, Bartira de Araújo Góes, Bruno Caiado de Acioli, Carlos Fernando Mazzoco, Carlos Vinícius Soares Cabeleira, Danilo Pinheiro Dias, Denise Vinci Tulio, Eliana Pires Rocha, Fredi Éverton Wagner, Goethe Odilon Freitas de Abreu, Isabela de Holanda Cavalcanti, Israel Gonçalves Santos Silva, João Marcos de Melo Marcondes, José Guilherme Ferraz da Costa, Maria Sílvia de Meira Luedmann, Marcelo Santiago Wolff, Marco Aurélio Alves Adão, Marina Filgueira de Carvalho Fernandes, Peterson de Paula Pereira, Reginaldo Pereira da Trindade, Renato Silva de Oliveira, Rodolfo Alves Silva, Rodrigo Antônio Tenório Correia da Silva, Ruy Nestor Bastos Mello, Sergei Medeiros Araújo, Suzana Fairbanks Lima de Oliveira, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Tiago Alzuguir Gutierrez, Valquíria Oliveira Quixadá Nunes, Victor Carvalho Veggi, Vinícius Panetto do Nascimento, Wellington Divino Marques.

Elevado reconhecimento é igualmente dedicado aos que atuaram como moderadores na delicada fase não presencial do curso, cedendo textos, coordenando módulos, chats ou fóruns: os Colegas do MPF Denise Neves Abade, Francisco Chaves Neto, Geisa de Assis Rodrigues, Humberto Jacques de Medeiros, José Roberto de Oliveira Pimenta, João Carlos de Carvalho Rocha, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Márcia Noll Barboza, Márcio Andrade Torres, Maria Emília Corrêa da Costa, Marlon Alberto Weichert, Mônica Campos de Ré, Mônica Nicida Garcia, Paulo Gustavo Guedes Fontes, Sérgio Monteiro Medeiros, Silvana Batini César Góes, Vladimir Aras, Walter Claudius Rothenburg. E ainda Carlos Alberto de Oliveira Lima (chefe do corpo pericial da 5ª CCR/MPF), Rogério Pacheco Alves (Promotor de Justiça no Rio de Janeiro/MP/RJ), Davi do Espírito Santo (Promotor de Justiça em Santa Catarina/MP/SC), Lucieni Pereira da Silva e Marcelo Bemerguy (Tribunal de Contas da União); e, Selene Nunes e Ronaldo Camilo (Secretaria do Tesouro Nacional).

Finalmente, releva notar ainda que, por curiosa coincidência, esta publicação coincide com a passagem de vinte anos da edição da Lei de Improbidade Administrativa, sem que esta, todavia, tenha alcançado efetividade satisfatória nem sequer adequada aceitação no próprio meio jurídico brasileiro. Espera-se que os artigos aqui reunidos e a intransigente defesa da probidade administrativa que deles se extrai possam contribuir para a afirmação, cada vez mais ampla, do direito ao governo probo, valor essencial ao Estado Democrático de Direito delineado para o Brasil na Constituição Federal de 1988.

Samantha Chantal Dobrowolski

Procuradora Regional da República

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina
Coordenadora do “I Curso à Distância sobre a Atuação Extrajudicial e Judicial do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa

Colaboradores

Ageu Florêncio da Cunha
Procurador da República no Amazonas

Alexandre Melz Nardes
Procurador da República no Estado do Paraná

Denise Vinci Túlio
Subprocuradora-geral da República

Isabela de Holanda Cavalcanti
Procuradora da República em Minas Gerais

Marco Aurélio Adão
Procurador da República no Piauí

Reginaldo Pereira da Trindade
Procurador da República em Rondônia

Ruy Nestor Bastos Mello
Procurador da República em Sergipe

Sergei Medeiros Araújo
Procurador Regional da República

Suzana Fairbanks Schnitzlein Oliveira
Procuradora da República em São Paulo

Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho
Procurador da República em Minas Gerais

Tiago Alzuguir Gutierrez
Procurador da República em Joinville



A improbidade administrativa em razão do descumprimento do dever fundamental de prestar contas

Sergei Medeiros Araújo

1 Deveres fundamentais. 2 O dever fundamental de prestar contas. 3 Efeitos do descumprimento do dever fundamental de prestar contas. 4 Improbidade por omissão da prestação de contas. 4.1 O tipo objetivo. 4.2 O sujeito ativo. 4.3 O tipo subjetivo. 4.4 As sanções. 5 Conclusões

1 Deveres fundamentais

15

A doutrina do direito constitucional no Brasil não tem dado ênfase ao estudo dos deveres fundamentais. Pode-se tentar explicar esse fenômeno destacando o fato de que, após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, tornou-se necessário repensar a dogmática dos direitos fundamentais, agora na perspectiva da construção de um Estado Democrático de Direito fundado no bem-estar de todos e na dignidade da pessoa humana, cujo pressuposto é o reconhecimento de um vasto rol de direitos e garantias.

Apesar de a Constituição de 1988, em seu Capítulo I do Título II, aparentemente tratar como correlatos os direitos e deveres individuais e coletivos, a verdade é que o reconhecimento textual da existência de deveres de ordem constitucional, quando muito, foi tratada na pauta dos estudos constitucionais como algo que representa “o outro lado dos direitos fundamentais”, segundo a ideia de que, para cada direito fundamental, há um dever correspondente (CANOTILHO, 1998, p. 518).

Essa é uma constatação que se aplica também no campo de toda doutrina constitucional contemporânea. Consoante alerta José Casalta Nabais (1998, p. 16), “se tratou tão só de dar prioridade à liberdade (individual) sobre a responsabilidade (comunitária)”, o que, de certo modo, para o autor, é compreensível,

uma vez que a responsabilidade “pressupõe, não só em termos temporais, mas também em termos materiais, a liberdade, que assim constitui um *prius* que dispõe de primazia lógica, ontológica, ética e política face à responsabilidade”.

Os deveres fundamentais existem como realidade normativa autônoma, a denotar situações jurídicas subjetivas passivas, de permanência e essencialidade fundadas no próprio texto constitucional. Pode-se defini-los como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado pela comunidade e podem por esta ser exigidos” (NABAIS, 1998, p. 64).

16

Entretanto, trata-se de uma autonomia que não deve ser vista de modo absoluto. É inegável a existência de incindível correlação entre direitos e deveres fundamentais, pois o exercício e o pleno gozo daqueles exigem do Estado e dos membros da sociedade de conduta em conformidade com a norma constitucional.

Assim, depreende-se da Constituição de 1988 que a proclamação geral do direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e à propriedade (art. 5º, *caput*), bem como a declaração de outros direitos e garantias (v.g., reunião, opinião e crença), induz a imputação, ao Estado e a todos os membros da sociedade, do dever negativo de respeitar esses direitos. Onde a Constituição cria um direito, também impõe um dever.

Além desses deveres negativos, são identificáveis na Constituição deveres gerais positivos. Nesse rol, podem-se citar:

- a. os deveres sociais do Estado, como saúde, previdência, assistência social (art. 194) e educação (art. 205);
- b. os deveres dos agentes estatais, inclusive os agentes políticos, como o dever geral de probidade (art. 37, § 4º) e os deveres inerentes aos exercícios das respectivas funções (art. 130-A, § 4º);
- c. os deveres de todos os integrantes da sociedade para com a educação (art. 205), o respeito ao meio ambiente (art. 225) e a especial atenção que deve ser dada à criança e ao adolescente (art. 227).

O dever fundamental de prestar contas apresenta-se, em nossa Constituição, como um dever positivo vinculado ao exercício de uma função pública e ao manejo, pelo particular, pessoa física ou jurídica, de bens ou receitas estatais.

É desse dever e dos efeitos de seu descumprimento no campo da improbidade administrativa que trata o presente trabalho.

2 O dever fundamental de prestar contas

Ainda que a Constituição nada falasse sobre prestação de contas, ainda que silenciasse sobre a demonstração da aplicação dos recursos arrecadados pelo Estado no exercício de seu poder de tributar; mesmo assim esse dever fundamental seria uma decorrência lógica e necessária da estruturação republicana de nosso Estado (CF, arts. 1º e 3º)¹.

A própria ideia de república indica que é da essência dessa forma de governo a publicidade dos atos de quem exerce o poder e participa da administração do Estado. A gestão republicana é incompatível com a *arcana praxis*, que somente se justifica, como exceção à publicidade, quando o sigilo é indispensável à segurança da sociedade e do Estado².

Em nosso ordenamento jurídico, não fosse expressa a regra, o dever fundamental de prestar contas decorreria necessariamente do princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*), que exige absoluta transparência dos gestores e agentes públicos na realização dos atos administrativos. Está associado, igualmente, ao direito que todo cidadão tem de receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral (CF, art. 5º, XXXIII).

Se a publicidade “sempre foi tida como um princípio administrativo”, como lembra José Afonso da Silva (2000, p. 653),

¹ O princípio republicano é um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro, os quais são “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, assumindo uma dimensão constitutiva, dado que “denotam uma compreensão global da ordem constitucional” (CANOTILHO, 1998, p. 1110).

² Ver Lei n. 11.111/2005.

é porque “se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”.

Entretanto, *legis habemus*. A Constituição tem em seu texto regras que tratam do dever de prestar contas, a alcançar os agentes políticos, os servidores públicos e todo cidadão que por qualquer forma administre bens públicos.

No que se refere aos agentes políticos, destacam-se na Constituição as seguintes regras:

- 18
- a. os prefeitos municipais devem prestar contas de seu governo e gestão às Câmaras Municipais (CF, arts. 30, III; 31, § 1º);
 - b. os governadores dos territórios, se existissem, prestariam contas ao Congresso Nacional (CF, art. 33, § 2º);
 - c. os governadores dos estados prestam contas às Assembleias Legislativas, nos termos da constituição estadual, que nesse ponto deve ser simétrica à Constituição Federal (CF, arts. 25 e 75);
 - d. o Congresso Nacional julga as contas de governo que o presidente da República deve prestar-lhe (CF, art. 49, IX), após a elaboração de parecer prévio pelo Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, I).

Em relação aos demais agentes públicos, bem como a toda pessoa física e jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos federais, as contas devem ser prestadas ao Tribunal de Contas da União (CF, art. 70, parágrafo único). Nas esferas estadual e municipal, as contas devem ser prestadas aos Tribunais de Contas dos Estados e aos Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

A prestação de contas constitui, portanto, um dever fundamental imputável a todo agente político, servidor público e demais pessoas físicas e jurídicas que de alguma forma empreguem recursos ou administrem bens públicos. Esse dever alcança, até mesmo, os partidos políticos, que prestam contas à Justiça Eleitoral, dos recursos recebidos pelo fundo partidário (CF, art. 17, III).

O objetivo da prestação de contas, em linhas gerais, é conferir transparência à gestão da coisa pública. É por meio dela que o gestor demonstra à sociedade e ao contribuinte o efetivo emprego dos recursos alocados pelo Estado em sua finalidade legal. É a prestação de contas o meio apto a demonstrar, também, que a gestão desses recursos ou bens atendeu aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*).

A prestação de contas deve ser vista, portanto, como um mecanismo de controle estatal sobre as atividades dos agentes públicos e particulares que administram bens públicos. Representa, igualmente, um meio necessário ao controle social sobre as atividades do Estado e de seus agentes, tanto que a Lei de Responsabilidade Fiscal a tem como um instrumento de transparência da gestão fiscal, determinando que seu conteúdo seja posto à disposição de todo cidadão e entidades da sociedade civil³.

A importância da prestação de contas num ordenamento jurídico republicano e democrático conduz à necessidade de que sejam previstas consequências para a hipótese de seu descumprimento.

3 Efeitos do descumprimento do dever fundamental de prestar contas

Um dos efeitos para a hipótese de descumprimento do dever de prestar contas está previsto na Constituição Federal. Trata-se da possibilidade de propositura, pelo procurador-geral da República, da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva perante o Supremo Tribunal Federal, quando houver descumprimento pelo Estado ou Distrito Federal desse princípio constitucional sensível (CF, art. 34, VII, *a*, e art. 36, III)⁴.

³ Lei Complementar n. 101/2000, art. 49. “As contas apresentadas pelo chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”. No mesmo sentido, em relação às contas apresentadas pelos gestores dos municípios, ver o § 3º do art. 31 da Constituição Federal.

⁴ Os princípios constitucionais sensíveis são destacados na Constituição por-

As constituições dos estados devem prever hipótese de intervenção pelo mesmo fundamento (CF, art. 35, II).

A Carta Magna também estabelece a incidência de multa, a ser fixada pelo Tribunal de Contas da União, para o gestor que incorrer em ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, situação que inclui a omissão do dever de prestar contas, sem prejuízo do ressarcimento do dano eventualmente causado e da cominação de outras sanções previstas em lei (CF, art. 71, VII).

A omissão da prestação de contas pelo presidente da República deflagra a instauração de processo de tomada de contas pela Câmara dos Deputados (CF, art. 51, II). Vê-se, pois, que a Constituição Federal trata o descumprimento do dever de prestar contas como causa bastante para a instauração de procedimento de tomada de contas, a apontar para a existência de presunção de ilegalidade na conduta omissiva e para a necessidade de que idêntico procedimento seja adotado em relação a todos os demais gestores públicos.

No plano infraconstitucional, encontram-se outros efeitos para a falta de prestação de contas. O primeiro a destacar complementa norma da Constituição Federal que determina a fixação de crimes de responsabilidade para o presidente da República (CF, art. 85, *caput* e parágrafo único). Desse modo, a Lei n. 1.079/1950 dispõe que é crime de responsabilidade contra a probidade na Administração o presidente da República não prestar ao Congresso Nacional, dentro de 60 (sessenta) dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior.

Os governadores de estado incorrerão em crime de responsabilidade caso venham a descumprir a mesma regra, omitindo-se na apresentação das contas às Assembleias Legislativas (Lei n. 1.079/1950, art. 74).

No âmbito municipal, os prefeitos que deixam de prestar contas incorrem no tipo penal previsto no art. 1º, VI e VII, do

que “sua inobservância pelos Estados-Membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política” (MORAES, 2005, p. 600).

Decreto-Lei n. 201/1967, com pena de detenção de três meses a três anos, sem prejuízo da cassação do mandato em julgamento político administrativo conduzido pela Câmara de Vereadores⁵. Deve-se lembrar que os chamados crimes de responsabilidade dos prefeitos são classificados como crimes comuns, segundo reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal⁶.

Em relação aos demais gestores públicos, ou pessoas físicas responsáveis pela gestão de bens públicos, nosso ordenamento jurídico não tipifica penalmente a conduta de deixar de prestar contas, em que pese a lesividade dessa omissão para a Administração Pública. Parece-me haver evidente déficit da legislação penal, que merece nesse ponto ser colmatado.

Encontram-se nos campos civil, administrativo e eleitoral os efeitos da omissão na prestação de contas imputáveis aos

21

⁵ Estabelece o Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967: “Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] VI – deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos; VII – Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título; [...] Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato: VII – Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou emitir-se na sua prática;”.

⁶ PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO: CRIME DE RESPONSABILIDADE. D.L. n. 201, de 1967, art. 1º: CRIMES COMUNS. I. – Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. n. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo e o comum, do CPP, com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. n. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. – A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. n. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. – Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. – HC indeferido (STF, HC n. 70.671/PI, rel. Min. Carlos Velloso – RTJ 159/152).

agentes políticos que não exercem mandatos executivos, bem como para todos os demais gestores da coisa pública, sejam agentes públicos ou não. Essas sanções são aplicáveis também aos chefes do Poder Executivo da União, dos estados e municípios, sem prejuízo das sanções por crimes comuns ou de responsabilidade⁷.

A omissão na prestação de contas da administração de bens e recursos federais tem como efeito a instauração do procedimento denominado tomada de contas especial (TCE)⁸. Sob pena de responsabilidade solidária⁹, a autoridade administrativa, no âmbito federal, deverá tomar a iniciativa de instaurar esse procedimento, cujo objetivo é a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano (Lei n. 8.443/1992, art. 8º).

O resultado do julgamento da tomada de contas especial, em persistindo a omissão na apresentação das contas, é a declaração de sua irregularidade, com imputação de débito ao gestor omissor, sem prejuízo da aplicação de multa (Lei n. 8.443/1992, art. 16, III, *a*, *c/c* os arts. 19 e 58, I).

Outro efeito da rejeição das contas fundamentada na omissão em sua apresentação é a inelegibilidade do gestor público pelo período de cinco anos contados da decisão (Lei Complementar n. 64/1990, art. 1º, I, *g*). O Tribunal Superior Eleitoral tem entendimento firme de que a rejeição das contas, em razão de omissão em sua apresentação, é considerada irregularidade

⁷ Deixa-se de discutir no presente trabalho o problema das incidências da Lei n. 8.429/1992 aos chamados agentes políticos, em razão da especificidade do tema.

⁸ No âmbito da Administração Pública federal, o procedimento de tomada de contas especial foi regulamentado pelo Tribunal de Contas da União. Atualmente, encontra-se em vigor a Instrução Normativa n. 56/2007, que define a TCE como “um processo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal e obtenção do respectivo ressarcimento” (art. 3º).

⁹ Consoante lembra Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (1996, p. 176), “apurar as irregularidades é para a Administração Pública um direito-dever que não se pode obviar por sentimentos de desconforto, indulgência ou tendo em conta a capacidade de pagamento de quem deu causa à lesão ao patrimônio público”.

insanável, constituindo motivo suficiente para a incidência da inelegibilidade¹⁰.

Finalmente, a omissão da prestação de contas constitui ato de improbidade administrativa. É desse tema que passaremos a tratar em seguida.

4 Improbidade por omissão da prestação de contas

A Constituição de 1988 estabelece que a improbidade administrativa é modalidade de ilícito administrativo punível, na forma e gradação previstas em lei, com as sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e o ressarcimento ao erário (CF, art. 15, V, e art. 37, § 4º). Essas sanções são independentes de eventuais penas incidentes em razão de a ação ímproba constituir, também, ilícito penal. A indisponibilidade de bens apresenta-se no texto constitucional como medida assecuratória voltada para a composição do dano.

Em nome do valor da moralidade administrativa, e no propósito de combater a corrupção na Administração Pública, a Carta Magna de 1988 pôs em destaque o fenômeno da improbidade administrativa. Isso não significou, em absoluto, a instituição de um marco zero no campo do combate à corrupção mediante o manejo de sanções não penais.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, que tratou expressamente da probidade administrativa somente para classificar os atos contra ela atentatórios como crime de responsabilidade do presidente da República, foi promulgada a Lei n. 3.502/1958, conhecida como Lei Bilac Pinto. Essa lei regulou o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, a ser decreta-

¹⁰ Recurso especial. Registro de candidatura. Rejeição de contas. TCU. Convênio. Construção. Unidade de saúde. Omissão no dever de prestar contas. Irregularidade insanável. Ação desconstitutiva. Não obtenção de liminar. Inelegibilidade. Seguimento negado. Agravo regimental. Fundamentos da decisão. Não-infirmado. Inovação. Impossibilidade (TSE, REsp n. 34.542, rel. Min. Marcelo Ribeiro, Publicação PSESS – Publicado em Sessão, em 13 nov. 2008).

do pelo juiz do cível em procedimento cautelar incidental à ação de rito ordinário voltada para o ressarcimento do dano.

A obrigação de ressarcimento do dano causado à Administração Pública pode ser depreendida do ordenamento jurídico como decorrência da proibição geral de lesar a outrem (*neminem laedere*). A grande novidade da Lei Bilac Pinto, portanto, foi descrever situações típicas de enriquecimento ilícito e prever a sanção de perdimento de valores indevidamente acrescidos ao patrimônio do agente público, independentemente de a conduta configurar ou não tipo penal e de eventual pena administrativo-disciplinar.

24

Em seguida, as Constituições de 1967 e 1969 remeteram à legislação complementar a criação de tipos de inelegibilidade voltados para a preservação da probidade administrativa. A Lei Complementar n. 5/1970, não obstante seu viés autoritário na criação de alguns tipos de inelegibilidade, cumpriu o comando constitucional, fixando, v.g., inelegibilidade por ato de improbidade na Administração Pública, direta ou indireta, decorrente de condenação à destituição de cargo, função ou emprego, em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa (Lei Complementar n. 5/1970, art. 1º, I, *h*).

Desse modo, a Constituição de 1988 incorporou, em parte, as técnicas de combate à corrupção por meio de institutos não penais já previstas no ordenamento anteriormente vigente, passando a tratá-las como ato de improbidade administrativa, cujas sanções incidem sem prejuízo de outras que também sejam cabíveis.

Norma de eficácia limitada, o § 4º do art. 37 da Constituição Federal veio a ser complementado pela Lei n. 8.429/1992, que definiu os atos típicos de improbidade administrativa, classificando-os em três grupos: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e c) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A omissão no dever de prestar contas constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, estando assim descrita na Lei n. 8.429/1992:

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:

[...]

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Pode-se questionar se é adequada a inserção desse tipo de improbidade no grupo de atos lesivos a princípios. Com efeito, deve-se reconhecer que a omissão na prestação de contas impede a verificação do efetivo e correto emprego da receita estatal, o que transcende a mera lesão a valores e princípios.

Diante disso, o Tribunal de Contas da União tem imputado ao gestor o ressarcimento do valor total das receitas, por presunção de prejuízo¹¹.

Entretanto, a presunção de dano, mesmo sendo bastante para imputar o débito na tomada de contas especial, não é suficiente para caracterizar ato de improbidade que importa prejuízo ao erário, cuja carga punitiva deve ser mais severa. Somente a demonstração efetiva da perda patrimonial, do desvio, do malbaratamento, da apropriação ou da dilapidação dos bens pode justificar a associação da conduta de omissão da prestação de contas a outro ato ímprobo lesivo ao erário, de modo que justifique pedido de ressarcimento em sede de ação civil de improbidade administrativa.

Sendo assim, em que pese a presunção de prejuízo no campo do procedimento de tomada de contas, a conduta omissi-

¹¹ Nesse sentido: “[...] a prestação de contas é dever constitucionalmente estabelecido (art. 70, parágrafo único, CF), por meio do qual o gestor deve comprovar a boa e regular aplicação dos recursos federais; não o fazendo, há presunção de dano, o que obriga o gestor a restituir os valores aos cofres públicos” (Tribunal de Contas da União, Processo n. TC-011.721/2006-6. Disponível em: <<http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/url/ITEM/4F046FD4267EDB59E040010A700049F1>>).

va da prestação de contas importa simplesmente em atentado a princípios da Administração Pública, para fins de enquadramento em ato de improbidade, somente ensejando o ressarcimento do dano quando efetivamente demonstrado (Lei n. 8.429/1992, art. 12, III).

Vejam os alcances do tipo objetivo da improbidade por omissão da prestação de contas. A partir desse ponto, já que estamos tratando de descrição normativa de conduta juridicamente relevante, tomaremos emprestados alguns institutos do direito penal, considerando que a Lei n. 8.429/1992 descreve tipos de ilícito administrativo.

26

4.1 O tipo objetivo

O descumprimento do dever de prestar contas é ato omissivo. A improbidade administrativa está configurada quando o gestor, servidor público ou não, deixa de prestar de contas, ou seja, não cumpre o dever, omite-se, mantém-se inerte, não age para demonstrar a correta aplicação dos recursos recebidos ou a gestão de bens públicos.

O núcleo objetivo da descrição típica é a conduta *deixar de prestar contas*. É evidente que a omissão somente será relevante quando houver comando legal que crie o dever, ou seja, quando o agente estiver “obrigado a fazê-lo”. O elemento normativo estaria implícito na própria descrição objetiva da conduta, que pressupõe a existência do dever legal imputável a alguém, e na proclamação de que seu descumprimento “constitui ato de improbidade”. Portanto, a expressão “obrigado a fazê-lo” não deixa de ser supérflua e, no texto da Lei n. 8.429/1992, acabou ocupando o lugar do elemento normativo temporal, que foi omitido¹².

De todo modo, a improbidade somente estará efetivamen-

¹² O marco temporal a caracterizar a omissão é elemento lógico necessário no descumprimento do dever de prestar contas. Consta do art. 9º, 1, da Lei n. 1.079/1950, e do art. 1º, VI, do Decreto-Lei n. 201/1967. Somente a má técnica redacional explica sua omissão na Lei n. 8.429/1992.

te configurada quando, vencido o prazo para a apresentação, persistir a omissão na prestação de contas. Sem que se identifique o prazo, não há como definir em que momento a omissão estará consumada ou mesmo caracterizada.

Assim, a título de exemplo, no Estado do Maranhão, os prefeitos municipais devem prestar contas do exercício anterior em até sessenta dias do início da sessão legislativa municipal (Constituição do Estado do Maranhão, art. 158, IX). Vencido esse prazo, a princípio, estará caracterizada a improbidade administrativa.

Na Administração Pública federal, os prazos para a apresentação dos relatórios de gestão e dos processos de contas ordinárias são estabelecidos em decisões normativas do Tribunal de Contas da União (Instrução Normativa n. 57, art. 6º). Em relação ao exercício de 2008, os prazos foram fixados no art. 3º da Decisão Normativa TCU n. 94, de 3 de dezembro de 2008. Assim, os responsáveis pelas unidades jurisdicionadas ao TCU que deixam de observar os prazos ali previstos incorrem em omissão no dever de prestar contas.

No que se refere às verbas transferidas pela União aos estados e municípios, deve ser observado o prazo que, necessariamente, estará expresso no instrumento de convênio ou contrato de repasse. Esse prazo foi inicialmente estabelecido em 30 dias contados do último pagamento realizado, nos termos do § 6º do art. 10 do Decreto n. 6.170/2007. Posteriormente, por força do Decreto n. 6.428/2008, o prazo da prestação passou a ser fixado de acordo com diretrizes editadas em ato conjunto dos ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Controle e da Transparência.

Ocorre que a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 127, de 29.5.2008, que fixou essas diretrizes, não estabeleceu o prazo para a apresentação da prestação de contas, determinando unicamente que o assunto constará de cláusula do instrumento de convênio ou contrato de repasse (art. 30, XXVII). Fica o registro de que, se, por um lado, a não adoção de prazo único permite adequar as cláusulas contratuais às peculiaridades de cada

convênio ou contrato de repasse, por outro, abre a possibilidade para casuísmos e disparidade de critérios na definição do prazo, resultando em tratamento diferenciado entre as entidades contratadas ou conveniadas.

Cabe discutir, porém, se o simples atraso na entrega da prestação de contas chega a configurar improbidade administrativa.

Deve-se excluir, de plano, a absurda hipótese de considerar escusada a improbidade, ou afastada a incidência do tipo, em razão da apresentação da prestação de contas após a propositura da ação, quando rejeitadas as contas pelo órgão julgador exatamente com fundamento na omissão. Acatar a tese da atipicidade da conduta nessa situação, além de configurar nítida violação à moralidade, seria abrir as portas para fraudes contra a efetividade ao art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992.

28

A tese que se situa no outro extremo, – que seria de ver consumada a improbidade diante de mero atraso na prestação de contas, à consideração de que se trata de ilícito formal –, vem sendo afastada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que pese a Corte não ter esclarecido exatamente em que momento deve-se entender como caracterizada a improbidade, em persistindo o atraso¹³.

O atraso prolongado acaba por deixar evidentes o menoscabo da lei e o desiderato de quedar-se inerte o gestor, impedindo aquilo que é justamente o objetivo da prestação: o exame da correta aplicação do recurso¹⁴.

¹³ “O atraso na prestação de contas não se configura como ato de improbidade administrativa prevista no art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992, uma vez que este dispositivo fala em: deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, não podendo sofrer interpretação extensiva” (TRF 1ª Região, AC 2000.01.00.069563-7-BA, rel. Juíza Federal Convocada Vânia Cardoso André de Moraes, DJU/II de 24 jun. 2005, p. 13).

¹⁴ Veja-se, a propósito, acórdão do TRF da 5ª Região: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSOS RECEBIDOS POR MUNICÍPIO, ADVINDOS DO MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL (CONVÊNIO), PARA A CONSTRUÇÃO DE BARRAGEM DE TERRA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. ATRASO. ART. 11, II E VI, DA LEI N. 8.429/1992. REJEIÇÃO

Diante desses extremos, propõe-se que o marco consumativo da improbidade deve ser estabelecido levando-se em conta a primeira intimação do gestor omissivo quanto à não apresentação das contas. Ciente do prazo legal ou contratual do dever de prestar contas, considera-se como incurso na improbidade o gestor que, mesmo após pessoalmente cientificado da omissão, deixa de apresentá-la.

Apresentadas as contas, de modo eficaz, após essa intimação, a instauração da TCE ou a propositura da ação, a conduta deve ser considerada para reduzir a sanção, tomando-se como parâmetro o art. 16 do Código Penal.

Outra questão a ser enfrentada, ainda quanto à descrição do tipo objetivo, é saber se a prestação das contas dentro do prazo, mas de forma incompleta, equivale a omitir-se em sua apresentação.

29

DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO CABIMENTO. CONFIGURAÇÃO, EM TESE, DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTINUIDADE DO PROCESSAMENTO.

[...]

2. Sentença de rejeição da ação, entendendo-se correto o afastamento da hipótese do inciso II, do art. 11, pelo inciso VI, do mesmo dispositivo, da Lei n. 8.429/1992, em razão da especialidade do último, bem como na qual se comparou o art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992, com o art. 1º, VII, do Decreto-Lei n. 201/1967, para concluir que a primeira norma não abrangeria, para efeito de caracterização como improbidade administrativa, a prestação de contas fora do prazo, mas apenas a ausência de prestação de contas.

[...]

5. Praticar ato de improbidade administrativa o gestor público que deixa de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo (art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992), ação injurídica essa que se concretiza ainda quando a prestação de contas se dá, embora de modo extemporâneo, quando a dimensão da extemporaneidade implica agressão, em igual medida, ao bem jurídico a proteger com a previsão legal em tela, tendo o efeito prático da omissão na prestação, o que demanda análise casuística.

6. *In casu*, há indícios fortes de que não se tratou de qualquer demora, mas de um atraso no cumprimento do dever de prestação de contas de mais de três anos – as contas deveriam ter sido apresentadas em março/2002, mas apenas foram trazidas pelo requerido em maio/2005, e, ainda assim, de forma incompleta [...] (TRF 5ª Região, Apelação Cível n. 423.043, rel. Des. federal Francisco Cavalcanti, DJ de 28 fev. 2008, p. 1.241, n. 40).

Nesse ponto, o Tribunal de Contas da União somente considera eficaz a prestação de contas quando acompanhada de todos os documentos reputados essenciais para o exame da retidão no emprego da verba pública¹⁵, considerando caracterizada a omissão quando a documentação é apresentada de forma incompleta¹⁶. No mesmo sentido há decisão do Superior Tribunal de Justiça¹⁷.

¹⁵ É o que estabelece a IN TCU n. 57: “Art. 9º Os processos de contas somente serão considerados entregues ao Tribunal se contiverem todas as peças e conteúdos exigidos nesta instrução normativa e na decisão normativa de que trata o art. 4º, e estiverem formalizados de acordo com o estabelecido no Título III deste normativo”.

¹⁶ Vê-se, também, na IN TCU n. 57: “Art. 10. As unidades jurisdicionadas devem observar, na apresentação dos processos de contas ordinárias ao Tribunal, os prazos, a forma e os conteúdos definidos nesta decisão normativa. § 1º A critério do Tribunal, os processos de contas, inclusive os relatórios de auditoria de gestão, que não atenderem a forma e o conteúdo definidos nesta decisão normativa podem ser devolvidos à unidade jurisdicionada ou ao órgão de controle interno para realização dos ajustes necessários, com fixação de novo e improrrogável prazo para apresentação. § 2º No caso de inadimplemento das condições previstas no *caput*, o órgão de controle interno competente será informado do fato pela unidade técnica do Tribunal responsável pela unidade jurisdicionada, para que, em até trinta dias, adote as providências cabíveis. § 3º Passado o prazo definido no parágrafo anterior e não saneadas as falhas identificadas, restará configurada a omissão no dever de apresentar contas para efeito do disposto no *caput* do art. 8º e no art. 16, III, *a*, da Lei n. 8.443/1992”.

¹⁷ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.

[...]

3. Segundo o art. 11 da Lei n. 8.429/1992, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).

4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.

5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve jus-

Com efeito, a prestação de contas não deve ser vista como mera formalidade, senão como o momento em que o gestor, cumprindo mandamento constitucional, demonstra ter aplicado os recursos ou administrado o bem público nos limites da lei e atendendo aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.

Para tanto, os meros demonstrativos contábeis são insuficientes, conforme lembra Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (1996, p. 99):

[...] cabe assinalar que os profissionais do controle reconhecem, de modo quase unânime, a pouca valia dos demonstrativos contábeis como instrumento de fiscalização. [...] A propósito, a lei Orgânica do TCU e de vários tribunais alterou profundamente a fisionomia das prestações de contas, fazendo inserir nelas uma manifestação de mérito do ordenador de despesas e do dirigente de controle interno. Nesse contexto, as contas anuais podem deixar de representar o criticado amontoado de demonstrativos, meramente contábeis, que em nada refletem a probidade, eficiência e eficácia da gestão.

Consoante já afirmado, para a configuração do tipo de improbidade decorrente da omissão da prestação de contas, não é exigível o resultado danoso. Assim, basta que esteja caracterizada a omissão para incidir o tipo de improbidade do art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992. Trata-se de ilícito de mera conduta. O dano, se existente, deve ser demonstrado para justificar o pedido de ressarcimento, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁸.

4.2 O sujeito ativo

Sujeito ativo da conduta ímproba é o agente público, a pessoa física e o representante da pessoa jurídica a quem é imputado

tificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização (STJ, REsp n. 880.662, rel. Min. Castro Meira, DJ de 1º mar. 2007, p. 255).

¹⁸ (STJ, REsp n. 880.662/MG; REsp n. 2006/0170488-9, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 15.2.2007, DJ de 1º mar. 2007, p. 255).

o dever fundamental de prestar contas, nos termos da lei, do contrato ou convênio.

Classifica-se como não personalíssima a obrigação de apresentar a prestação de contas. Desse modo, nada impede que, omissa o gestor, as contas sejam apresentadas por seu sucessor. Isso porque, para o órgão ou entidade recebedora do recurso, subsiste a obrigação na prestação de contas e o interesse em elidir eventuais restrições de ordem administrativa. Isso não significa, entretanto, na perspectiva do gestor omissa, a exclusão da tipicidade da conduta ímproba anteriormente caracterizada.

32

Problema recorrente na definição do sujeito ativo da improbidade dá-se quando a ação administrativa é realizada sob a responsabilidade de vários gestores. É o que acontece nas atividades administrativas de trato sucessivo, como, por exemplo, nos contratos e convênios celebrados por prefeituras municipais em uma gestão, com execução prolongada e finalizada em outra. Nesse caso, a princípio, o gestor responsável pela apresentação da prestação de contas não será aquele que subscreveu o termo de ajuste ou contrato, mas aquele em exercício do momento do vencimento do prazo. É necessário observar, entretanto, se o contrato prevê a prestação de contas das etapas executadas. Somente assim será exigível a prestação de contas a todos os gestores que praticaram atos na realização da despesa.

4.3 O tipo subjetivo

Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça vêm apontando para a necessidade de descrever o elemento subjetivo da conduta do agente na caracterização da improbidade administrativa¹⁹, o que, em muitos casos, é entendido como a má-fé do gestor público na prática da conduta típica²⁰. Trata-se de entendimento

¹⁹ Nesse sentido: REsp n. 766.231, rel. Min. Denise Arruda, DJE de 11 fev. 2009; REsp n. 511.095, rel. Min. Luiz Fux, DJE de 27 nov. 2008.

²⁰ Veja-se o acórdão proferido no REsp n. 1.009.953, rel. Min. Francisco Falcão, DJE de 23 out. 2008.

adequado à necessidade de efetivamente excluir da incidência da Lei de Improbidade ações administrativas equivocadas que, conquanto possam formalmente configurar ilegalidade, muitas vezes resultaram ou de atos de boa-fé do gestor ou de desvio em que fora verificada culpa levíssima ou de *error in procedendo*, sem maiores consequências para a Administração Pública.

Em se tratando de violação a princípios previstos no *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, a construção jurisprudencial em torno da necessidade de demonstração de má-fé do agente é salutar e serve como limite necessário para evitar o absurdo de se pretender incidente a Lei de Improbidade Administrativa para todo e qualquer ato ilegal ou ineficiente do gestor, principalmente quando dele não resulta dano concreto.

É preciso verificar se se deve seguir, *tout court*, esse entendimento na hipótese de improbidade por omissão do dever de prestar contas e vislumbrar a má-fé como elemento normativo implícito destacável da descrição objetiva da conduta omissiva. Parece que não é esse o caso.

Observa-se que a lei não exige finalidade especial do sujeito ativo para a caracterização da improbidade administrativa por omissão na prestação de contas. Basta que a conduta negativa resulte da vontade livre e consciente do gestor, ou do que os penalistas classificam como “dolo genérico”, para que se tenha configurada a improbidade administrativa.

A má-fé, nesse tipo de ilícito, deriva da própria conduta negativa do agente que, deixando de prestar contas, impede a Administração Pública de verificar, de imediato, o correto emprego da verba ou gestão do bem público.

Assim, o elemento subjetivo integrante da estrutura típica revela-se na omissão, sendo indissociável, portanto, do próprio dolo, da vontade livre e consciente de quedar-se inerte e não apresentar a devida prestação de contas.

A má-fé de quem deixa de prestar contas somente é elidida quando afastado um elemento caracterizador da tipicidade do art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992.

Pode-se vislumbrar essa situação, por exemplo, quando ocorre o simples atraso na apresentação da prestação de contas, questão sobre a qual já se fez menção neste artigo.

Outra situação que afasta a má-fé do gestor decorre da impossibilidade de prestar contas ou de fornecer algum elemento essencial para sua constituição, por motivo de força maior ou caso fortuito. Pode-se citar, como exemplo, destruição da documentação necessária à prestação de contas em razão de incêndio ou inundação da sede do órgão público em que depositada. Situações desse tipo afastam o dolo na omissão do agente e, por consequência, descaracterizam a má-fé na conduta.

34

O desconhecimento da lei que imputa ao gestor o dever de prestar contas (*ignorantia legis neminem excusat*) também não pode ser alegado como excludente da má-fé, agora por analogia com a consciência da ilicitude enquanto um dos elementos da culpabilidade.

Ora, todo aquele que administra recursos públicos, inclusive o particular e mais ainda o servidor público, tem o dever de informar-se sobre os requisitos e formalidades inerentes à prática dos atos administrativos. Além disso, o dever de prestar contas, a necessidade de demonstrar de que modo foi gasto o dinheiro que a alguém foi entregue por terceiro, está de tal modo arraigado às atividades cotidianas da sociedade que faz parte da chamada consciência profana do injusto. O erro e a ignorância são inescusáveis.

Age com culpabilidade e má-fé o agente que deixa deliberadamente de buscar informações sobre os deveres legais na aplicação de recursos públicos (*ignorantia affectata*) ou que não procura “informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção para o exercício de atividades regulamentadas” (TOLEDO, 1996, p. 258).

4.4 As sanções

A Lei n. 8.429/1992 estabelece as seguintes sanções para a omissão do dever de prestar contas:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável

pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

[...]

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.

A sanção do ressarcimento integral do dano somente será cabível quando efetivamente demonstrado. Para fins da Lei de Improbidade Administrativa, o dano não pode ser presumido²¹.

As demais sanções devem ser aplicadas, cumulativamente ou não, proporcionalmente à gravidade da conduta, e são independentes das sanções penais, administrativas e civis previstas na legislação específica.

5 Conclusões

A omissão na prestação de contas e o fornecimento de informações incompletas são problemas recorrentes na Administração Pública. Não são raros os casos em que os gestores de recursos públicos deixam de apresentar a devida prestação de contas.

O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) noticiou que, no exercício de 2007, não foram apresentadas 1.896 prestações de contas envolvendo os mais diversos repasses automáticos a prefeituras municipais em todo o país²².

²¹ Nesse sentido: “Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 (lesão aos princípios administrativos) (STJ, REsp n. 880.662/MG; REsp n. 2006/0170488-9, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 15.2.2007, DJ de 1ª mar. 2007, p. 255).

²² A informação consta do Memorando n. 208/2008, datado de 7.11.2008, da

Embora faltem dados estatísticos precisos, não é de se desconsiderar a hipótese de que esse tipo de problema ocorre em outras esferas da Administração Pública e na mesma intensidade.

A descentralização administrativa, mediante o incremento na utilização de mecanismos de transferência voluntária e legal de recursos entre entes federados, bem como na utilização do chamado terceiro setor, tendem a agravar esse quadro.

A constatação de que a omissão na prestação de contas apresenta números relevantes de ocorrência deve servir de alerta aos órgãos de controle para disfunções e irregularidades mais graves na aplicação de recursos públicos.

36

A omissão na prestação de contas não deve ser entendida, portanto, como mera irregularidade formal ou ilícito de menor gravidade, pois, em muitos casos, o ato omissivo serve justamente para dificultar a persecução de irregularidade mais grave.

Referências

ANJOS NETO, Francisco Chaves. *Princípio da probidade administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Tito. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especial*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa: teoria, legislação,*

jurisprudência e prática. 3. ed. Campinas: Agá Juris, 2001.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Crimes funcionais de prefeitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

O dever de probidade administrativa ambiental e a aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992

Alexandre Melz Nardes

1 Introdução. 2 Ambiente equilibrado – direito fundamental e dever administrativo. 2.1 Ambiente como bem de uso comum e seu equilíbrio como direito fundamental. 2.2 Dever de defesa do ambiente como princípio administrativo. 2.3 Administração ambiental. 3 O dever de probidade administrativa ambiental. 3.1 O dever de probidade administrativa e os tipos sancionadores da Lei n. 8.429/1992. 3.2 Dever de probidade administrativa ambiental. 3.3 Probidade administrativa ambiental no exercício de poder de polícia – licenciamento ambiental e fiscalização ambiental. 3.4 Probidade administrativa ambiental na realização de atividades, obras e serviços públicos efetiva ou potencialmente poluidores. 3.5 Sanções pela improbidade administrativa ambiental: sanções civis, criminais, administrativas e políticas. 4 Aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 à sanção do administrador ambientalmente ímprobo. 4.1 Observação prévia. 4.2 Art. 9º – Atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. 4.3 Art. 10 – Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. 4.4 Art. 11 – Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. 4.5 Precedentes jurisprudenciais. 5 Conclusões.

1 Introdução

39

No presente artigo, será analisado o ambiente equilibrado como direito fundamental e difuso, tutelado constitucionalmente, determinante de princípio administrativo geral, a ser seguido pelo administrador no exercício de suas atribuições, inclusive sob o prisma da probidade administrativa.

Na sequência, será desenvolvida a aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 em face do administrador ambientalmente ímprobo, especialmente quanto à incidência das hipóteses sancionadoras dos arts. 9º, 10 e 11, analisando-se os elementos de cada tipo e o entendimento doutrinário acerca de sua interpretação.

2 Ambiente equilibrado – direito fundamental e dever administrativo

2.1 Ambiente como bem de uso comum e seu equilíbrio como direito fundamental

O ambiente recebe uma abrangente definição legal, estabelecida pelo art. 3º, I, da Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), segundo o qual seria ele “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e bio-

lógica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Analisando tal definição legal, Edis Milaré (2004, p. 81) a considera incompleta, uma vez que ela, bem como a Constituição

omitem-se sobre a consideração essencial de que o ser humano, considerado como indivíduo ou como coletividade, é parte integrante do mundo natural e, por conseguinte, do meio ambiente. Esta omissão pode levar facilmente à idéia de que o ambiente é algo extrínseco e exterior à sociedade humana, confundindo-o, então, com seus componentes físicos bióticos e abióticos, ou com recursos naturais e ecossistemas.

Porém, o mesmo doutrinador reconhece os méritos da previsão legal, concluindo que,

40

não obstante, os deveres e os direitos fundamentais de indivíduos e da coletividade da espécie humana ficam explicitados e definidos no que se refere ao meio ambiente, segundo a letra e o propósito da lei. Bem se vê que nosso legislador adotou um conceito amplo e relacional de meio ambiente, o que, em conseqüência, dá ao direito ambiental brasileiro um campo de aplicação mais extenso que aquele de outros países (MILARÉ, 2004, p. 82-83).

Assim, pode-se desenvolver o conceito de ambiente tendo como ponto de partida a interação entre a natureza e o homem, englobando, ainda, elementos artificiais e resultantes da própria cultura humana, e um resultado pretendido, consistente na manutenção e no aprimoramento da qualidade de vida atual e futura.

Especial atenção deve-se ter com a Constituição Federal de 1988, que, seguindo diplomas de igual sentido, como a Declaração sobre o Ambiente Humano, firmada na Conferência das Nações Unidas de 1972, em Estocolmo, dispõe, em seu art. 225, que o ambiente equilibrado é direito de todos, considerando-o, ainda, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Ainda estabeleceu expressamente o dever do Estado, e também da coletividade em geral, de defendê-lo.

Trata-se, pois, de um direito humano fundamental, caracterizado como de “terceira geração”, ou de “terceira dimensão”, reconhecido, com a evolução da humanidade, como necessário à vida em sociedade.

Acerca dessa relevante classificação de direitos humanos, Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 59-60) esclarece que

os direitos humanos de primeira dimensão concernem ao indivíduo e sua esfera de liberdades – liberdade de locomoção, expressão, religião, reunião, opção afetiva – além de, modo especial, relacionar-se ao direito de propriedade e privacidade, imposto respeito à esfera individual e, portanto, abstenção do Estado de de particulares. Os de segunda dimensão dizem respeito às conquistas sociais e coletivas dos trabalhadores, dos estudantes, dos aposentados etc., sinalizando a tendência à especialização dos direitos humanos, referentes não mais ao homem universal, mas ao sujeito de direitos na sua condição singular de criança, adolescente, idoso, deficiente, mulher etc. Ademais, nesta segunda dimensão, passa-se a exigir uma ação positiva do Estado para a concretização dessas novas categorias deonticas, daí serem chamados direitos prestacionais. Finalmente, os direitos humanos de terceira dimensão, como regra, são direitos difusos, ou seja, atinentes ao gênero humano (direitos *humani generis*) e à melhoria de sua qualidade de vida, como o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável, o direito à informação idônea, o direito à proteção do patrimônio genético, histórico, científico e cultural da humanidade. Constituem aspirações, por exemplo, decorrentes da evolução tecnológica e suas conseqüências em face do planeta e da humanidade. Não excluem as gerações de direitos humanos anteriores, mas são fruto de um momento histórico em que sua identificação e seu reconhecimento impuseram-se como condição de manutenção da dignidade da pessoa humana coletivamente considerada, máxime considerando os riscos que a evolução econômica e tecnológica vem suscitando.

Além de direito humano fundamental, o direito ao ambiente equilibrado é caracterizado como direito difuso, pois, seguindo as previsões do art. 224, *caput*, da Constituição Federal, a definição legal do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, bem como a doutrina consolidada, é indivisível e de titularidade de pessoas indetermináveis, não interligadas por alguma relação jurídica preexistente.

A amplitude da importância dos direitos difusos e, em especial, do direito ao ambiente equilibrado, é analisada por Porto (2006, p. 133), que preleciona que

os interesses difusos são tão relevantes socialmente, posto concernentes a uma melhoria da “qualidade de vida geral”, que se confundem com o interesse público ou, até mesmo, ultrapassam tal parâmetro conceitual, na medida em que possuem uma vocação supranacional. O interesse pela proteção do meio ambiente pode assumir, diante de situações concretas, proporções tão abrangentes que extravasem as fronteiras territoriais de um país. Nesse sentido, ele tende a adquirir uma feição tão amplamente difusa que toma uma dimensão de aspiração universal, ou seja, de direito dos povos.

Sendo direito difuso, o ambiente equilibrado deve ser motivo de preocupação do poder público, tendo em vista, especialmente, as obrigações constitucionais e legais estabelecidas para a sua defesa.

Como princípios complementares da defesa do ambiente equilibrado, devem ser citados o da prevenção, o do poluidor-pagador e o da reparação integral.

Segundo Milaré (2004, p. 144), o princípio da prevenção concerne “à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade”.

Medida de efetivação desse princípio é a exigência de estudos de impacto ambiental, tal qual prevista pelo art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, para a realização de obras ou atividades potencialmente poluidoras, como elemento de extrema importância no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental.

Já pelo princípio poluidor-pagador (e não pagador-poluidor), impõe-se àquele que danou o ambiente a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados (art. 225, § 3º, da Constituição Federal e arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981).

Por fim, fundado no disposto no art. 225, § 3º, da CRFB, o princípio da reparação integral tem dois aspectos principais: se, por um lado, impõe o dever objetivo de recuperar direta e totalmente os danos causados ao ambiente, sendo excepcional a adoção de solução indenizatória, de outro, implica que “qualquer norma jurídica que disponha em sentido contrário ou que pre-

tenda limitar o montante indenizatório a um teto máximo será inconstitucional” (MILARÉ, 2004, p. 757).

Esses princípios, entre outros, aplicam-se, especialmente, como reitores do agir do administrador ambiental, seja na prevenção de danos ao ambiente, seja na busca da reparação e responsabilização por atos lesivos que venham a ser causados.

2.2 Dever de defesa do ambiente como princípio administrativo

Os dois princípios básicos que regem a Administração Pública são a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos bens e interesses públicos. A defesa do ambiente encontra albergue por meio de tais princípios, pois a Constituição da República o estabeleceu como bem de uso comum do povo, integrante do patrimônio público, indisponível, ou seja, não se sujeitando à livre disposição do administrador, e insuscetível de apropriação privada.

Essa relação é sintetizada no denominado “princípio da natureza pública da proteção ambiental”, o qual mantém estreita relação com referidos princípios gerais, uma vez que, conforme doutrina de Milaré (2004, p. 139),

o interesse na proteção do ambiente, por ser de natureza pública, deve prevalecer sobre os direitos individuais privados, de sorte que, sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada a um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade a dizer, *in dubio, pro ambiente*. De igual sentir, a natureza pública que qualifica o interesse na tutela do ambiente, bem de uso comum do povo, torna-o também indisponível. Não é dado, assim, ao Poder Público – menos ainda aos particulares – transigir em matéria ambiental, apelando para uma disponibilidade impossível.

Ainda, os demais princípios administrativos sustentam a proteção ambiental, uma vez que, diante da legalidade, a intervenção ambiental somente será permitida caso encontre autorização legal; pela moralidade, o agir do administrador se pauta

pela defesa do ambiente; em atenção ao princípio da finalidade, a preservação ambiental se caracteriza como objetivo a ser alcançado pelo administrador; pelo princípio da motivação, o agir administrativo é caracterizado pela transparente amparo na ordem legal ambiental; e, em atenção à proporcionalidade, deve-se garantir que as decisões administrativas que visem o desenvolvimento humano e social considerem o ambiente equilibrado como interesse maior a ser observado.

De todo modo, defende-se que deve ser considerada gestão ímproba, pela violação de princípios administrativos, não só aquela atuação que desrespeita os princípios gerais da Administração, mas também aquela que desatende diretamente outros princípios administrativos, igualmente plasmados na Constituição da República, cuja importância se iguala aos princípios reconhecidos pela clássica doutrina administrativista.

A importância da defesa do ambiente equilibrado é insistentemente defendida pelos estudiosos, pelo que se demanda a ultrapassagem dos conceitos administrativos tradicionais, que nem sempre viabilizam, de maneira adequada, tal proteção.

Segundo Paulo de Bessa Antunes (2004, p. 129),

em matéria ambiental, não se poderá deixar de fazer uma crítica aos conceitos tradicionais do Direito Administrativo, sob pena de que estes impeçam uma adequada proteção ao meio ambiente. É fundamental que se perceba que a proteção do meio ambiente implica a defesa de um direito fundamental do homem. Este é o norte que deve ser adotado para entender o papel do Estado na limitação do exercício de direitos quando presentes temas ambientais.

Dessa feita, tendo o dever administrativo de defesa do ambiente equilibrado sido alçado à condição de princípio constitucional (art. 225, *caput*, CRFB), enquadra-se ele como princípio administrativo, até mesmo para os fins do art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

2.3 Administração ambiental

Inserida na categoria do poder de polícia administrativa, a administração ambiental tem como atribuição fiscalizar a atu-

ação dos administrados e da própria Administração Pública em geral, no que concerne às limitações e imposições decorrentes da legislação ambiental, prevenindo, regulando e sancionando condutas que desatendam as normas reitoras do regime jurídico ambiental.

Para Ney de Barros Bello Filho (2000, p. 59), “a administração ambiental pode ser conceituada como a parcela da administração pública encarregada da efetivação da legislação ambiental e da aplicação das diretrizes estabelecidas através de uma decisão política”.

Efetivamente, se a Constituição impõe a todos os agentes públicos a obrigação da defesa do ambiente equilibrado, muito mais se deve exigir do administrador ambiental, que tem por missão precípua atuar fiscalizando o atendimento à legislação pelos responsáveis por atividades e serviços potencialmente poluidores, bem como prevenindo, sancionando e promovendo a reparação de danos causados ao ambiente.

Como bem observa Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 130),

a Administração não pode invocar o princípio da discricionariedade e retardar ou até se negar a combater a poluição. Nem a um órgão público se pode admitir o jogo de um atribuir ao outro o dever de fiscalização. Todas as autoridades e todos os indivíduos são responsáveis pelo meio ambiente. Da parte da Administração, se ela surpreende uma violação ambiental ou dela tem conhecimento, exige-se a prática de ato administrativo de reação impositiva. Afinal, a defesa do meio ambiente interessa não só às atuais, como especialmente às futuras gerações.

45

3 O dever de probidade administrativa ambiental

3.1 O dever de probidade administrativa e os tipos sancionadores da Lei n. 8.429/1992

Tanto em sua atuação vinculada como na discricionária, o administrador público deve guardar atenção às normas reitoras

da boa administração. Se, por um lado, a lei reserva ao administrador um conjunto de prerrogativas destinado a efetivar suas atribuições, de outro, exige dele o estrito respeito aos ditames que disciplinam o seu atuar, impondo o dever de ação efetiva no cumprimento das referidas atribuições.

Essa exigência se aplica não só na gestão executiva de políticas públicas, em que se inserem obras e serviços públicos, mas também na atuação de polícia administrativa, voltada à fiscalização da regularidade da atuação dos administrados.

Em linhas gerais, o administrador é considerado ímprobo, para os fins da Lei n. 8.429/1992, quando percebe ganhos ilícitos no exercício ou em razão do seu cargo, quando seu atuar administrativo, comissivo ou omissivo, causa prejuízo ao erário, bem como quando sua conduta consciente viola os princípios que regem a boa administração.

Essas definições são objeto das previsões dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, dispositivos que, além de estabelecerem as hipóteses gerais das condutas ímprobas, ainda preveem tipos específicos, igualmente sancionáveis.

Estabelece a Lei de Improbidade Administrativa, ainda, sanções específicas para cada modalidade de conduta ímproba praticada pelo administrador, bem como a incidência de suas imposições em face dos administrados que agiram em conluio com o gestor ímprobo e, também, daqueles que se beneficiaram das condutas irregulares.

3.2 Dever de probidade administrativa ambiental

Tanto o administrador ambiental como qualquer agente público incumbido de outras esferas de atribuições têm a obrigação de agir em respeito à proteção do ambiente e à legislação ambiental, podendo, pois, incorrer nas hipóteses sancionadoras da Lei de Improbidade Administrativa.

A imposição de penalidades rigorosas ao agente público que viola o ambiente e sua legislação protetiva, como já referido,

tem justificativa constitucional, decorrente da previsão do ambiente equilibrado como direito fundamental.

O Estado, através dos mecanismos administrativos, não apenas pode lesar o meio ambiente, aparecendo como potencial causador de danos, mas deve, isto sim, protegê-lo. Daí porque os agentes do Estado podem figurar como responsáveis por ações e omissões indevidas (OSÓRIO, 2003, p. 169).

Não são raros os casos em que agentes públicos incumbidos da tutela material ambiental se veem envolvidos em ilícitos praticados em desfavor do ambiente, notadamente em se tratando da concessão irregular de licenças ambientais, como também na omissão em seu dever de combater atos lesivos ao ambiente, infringindo dever funcional.

Assim, a existência de sanções civis específicas para a improbidade ambiental, ao lado das sanções penais e administrativas, fortalece o aspecto preventivo em face de tal prática espúria, como preleciona Fábio Medina Osório (2003, p. 171-172), “a perspectiva da responsabilização pessoal dos administradores públicos, ante a ocorrência de lesões ambientais, é fato inibitório das condutas ilícitas, sejam positivas, sejam omissivas”.

3.3 Probidade administrativa ambiental no exercício de poder de polícia – licenciamento ambiental e fiscalização ambiental

Essencialmente, o serviço de polícia administrativa ambiental diz respeito à prevenção e repressão de condutas lesivas ao ambiente. A prevenção se efetiva com a exigência do cumprimento de requisitos para o exercício de determinada atividade, bem como pela fiscalização de que a atividade humana efetiva ou potencialmente lesiva ao ambiente se desenvolva da maneira correta e compatibilizada com a devida proteção ambiental.

Evidentemente, qualquer conduta ilícita praticada pelo agente público em tais atividades merecerá as devidas penalidades, sendo, em vários casos, aplicáveis as hipóteses sancionadoras da Lei de Improbidade Administrativa.

Deve ser dado destaque, ainda, a um campo específico da atuação da polícia administrativa ambiental extremamente importante, referente ao procedimento de licenciamento ambiental, pois,

como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico (MILARÉ, 2004, p. 482).

48

Imposto por lei (art. 10 da Lei n. 6.938/1981), o procedimento de licenciamento ambiental trata, pois, da recepção, análise, instrução e apreciação de pedidos de licenciamento ambiental apresentados por interessados, públicos ou particulares, na realização de atividades, obras ou serviços efetiva ou potencialmente poluidores, cujo processamento e exigências têm específica disciplina legal e regulamentar, em que toma especial importância a imposição de estudo e relatório de impacto ambiental, destinado às situações de maior gravidade.

Notadamente, em casos de licenciamentos ambientais de ampla complexidade, nos quais a pressão econômica e política se evidenciam, o agente público da administração ambiental tem atribuições de extrema gravidade, não podendo sujeitar-se a tais influências, em prejuízo das exigências normativas aplicáveis ao caso, sob pena de incorrer em ato de improbidade.

3.4 Proibidade administrativa ambiental na realização de atividades, obras e serviços públicos efetiva ou potencialmente poluidores

O gestor público executivo, responsável pela realização de atividades, obras e serviços públicos, poderá incorrer em ato de improbidade ambiental quando atue em desrespeito às normas de proteção ambiental, ou, ainda, desatendendo as imposições do órgão ambiental.

Evidentemente, se do particular responsável por atividades efetiva ou potencialmente poluidoras é exigido o pleno res-

peito à proteção do ambiente, muito mais razão existe em se reclamar do administrador público que atenda precisamente tais ditames. Caso não o faça, poderá ele ser demandado por ato de improbidade administrativa ambiental.

3.5 Sanções pela improbidade administrativa ambiental: sanções civis, criminais, administrativas e políticas

Em linhas gerais, a imposição de sanções civis pelo dano ambiental regularmente se faz pela responsabilização civil diante do acontecido, até mesmo no caso de não ser espontaneamente recomposto o ambiente lesado, por meio da condenação judicial do responsável em obrigação de fazer específica, relacionada à reparação integral dos prejuízos causados ao ambiente.

49

Provimento jurisdicional, nesse sentido, é buscado por meio de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985) e ação popular (Lei n. 4.717/1965), que trata-se, pois, de instrumentos processuais destinados à efetivação dos princípios ambientais da reparação integral e poluidor-pagador. Esses preceitos, por sua vez, garantem a eficácia concreta do direito fundamental ao equilíbrio ambiental, em situações de desrespeito às normas materiais que o tutelam e, também, carregam um viés de incidência do princípio da prevenção, por serem instrumentos com evidente efetividade, aos quais deve atentar o potencial poluidor.

Entretanto, caso o dano provocado no ambiente decorra direta ou indiretamente da atuação comissiva ou omissiva de agente público, tornam-se aplicáveis as disposições da Lei n. 8.429/1992, que, igualmente, realizam referidos princípios. Conforme a doutrina de Bello Filho (2000, p. 72),

as normas que punem a improbidade administrativa realizam mediatamente o princípio da prevenção, na medida em que punem pessoalmente os administradores causadores do dano ambiental, gerando o temor da punição que impede que tais atos sejam praticados no futuro. [...] a propositura de uma ação de improbidade administrativa poderá realizar o princípio da repa-

ração e o princípio poluidor pagador, na medida em que o ressarcimento do dano ambiental é consequência oriunda da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Na seara penal, a sanção do agente público que agiu em desfavor do ambiente equilibrado poderá ser efetivada de acordo com as previsões da Lei n. 9.605/1998, Lei de Crimes Ambientais, especialmente pelos seus arts. 66, 67 e 68, bem como pelas disposições do Código Penal, em seu capítulo referente aos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral. Anote-se que há previsões aplicáveis não só àquele agente público que diretamente viola o ambiente, como também ao agente que infringe seus devedores funcionais como órgão de polícia administrativa ambiental.

50

Igualmente, na seara administrativa, as previsões do art. 70, § 3º, da Lei n. 9.605/1998 e da Lei n. 8.112/1990 fundamentam a responsabilização do agente público ambientalmente ímprobo.

Por fim, na esfera política, citem-se as disposições da Lei n. 1.079/1950 que trata das hipóteses de crime de responsabilidade, entre as quais a prática de atos que atentem contra a probidade na Administração (arts. 4º, V, e 9º), bem como do Decreto-Lei n. 201/1967, que, em seu art. 4º, VIII, refere-se à omissão ou negligência na defesa do interesse público.

4 Aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 à sanção do administrador ambientalmente ímprobo

4.1 Observação prévia

Como já referido, os arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 preveem hipóteses de faltas funcionais tipificadas como atos de improbidade. Embora existam, em cada artigo referido, tipos específicos de atos considerados ímprobos, é devida a observação que as próprias redações desses dispositivos trazem previsões gerais, a permitir que o intérprete, incluindo-se o órgão jurisdicio-

nal, analise certa situação concreta como legalmente enquadrável ou não como ato de improbidade.

Segundo Fábio Osório (2003, p. 174),

os tipos sancionadores da improbidade são abertos, compondo-se de elementos normativos semanticamente vagos. Trata-se, mais, ainda, de típicas normas em branco, que se complementam por outras normas oriundas de legislações setoriais.

4.2 Art. 9º – Atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito

O art. 9º da Lei n. 8.429/1992, em síntese, tipifica como ímproba a conduta do agente público que recebe, para si ou para outrem, vantagem patrimonial ilícita em razão do exercício de seu cargo. Existe uma hipótese geral, estabelecida pelo *caput* do referido artigo, bem como doze condutas específicas, previstas de modo exemplificativo nos seus incisos.

Evidentemente que essa hipótese sancionadora se aplica ao administrador ambiental que, por exemplo, recebe valores ilícitos para autorizar, de maneira indevida, uma atividade poluidora ou, ainda, àquele agente que, ao tomar conhecimento de conduta ambientalmente irregular, recebe vantagens para não adotar as providências administrativas necessárias.

4.3 Art. 10 – Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

Dificuldade maior surge quanto à análise da incidência da Lei de Improbidade, quando a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público causa dano ambiental, mas é desacompanhada de ganho ilícito, ou seja, do enquadramento de tal hipótese no art. 10 da Lei n. 8.429/1992.

Como antes mencionado, o ambiente equilibrado é considerado como bem de uso comum do povo, tutelado pelo Estado, em prol dos cidadãos e de necessária proteção. Sendo o ambiente equilibrado um bem indisponível, de titularidade da sociedade,

integra ele, em sentido *lato*, a própria noção de patrimônio público, razão pela qual sua violação merece especial repressão.

Sob esse prisma se instalou uma controvérsia doutrinária acerca da incidência da hipótese sancionadora do art. 10 da Lei n. 8.429/1992 em caso de violação dolosa ou culposa do ambiente, sem lucro ilícito, uma vez que tal previsão estabelece punição ao atuar administrativo lesivo ao erário público.

A doutrina nacional não tem um posicionamento uniforme, havendo autores que defendem a aplicabilidade do art. 10 da Lei n. 8.429/1992 em caso de dano ambiental causado por agente público.

Emerson Garcia (2006, p. 266), ao analisar a amplitude da noção de patrimônio público, defende uma interpretação teleológica-sistemática à previsão do art. 10 da Lei de Improbidade a prevalecer sobre a interpretação literal, concluindo que

os conceitos de erário e patrimônio público não foram aplicados com rigor técnico pelo legislador, o que exige que seja perquirida a *mens legis* em razão da utilização indiscriminada de conceitos distintos e que possuem uma relação de continência entre si.

Assim, para tal doutrinador, uma interpretação sistemática impõe o entendimento de que o vocábulo “erário”, como previsto pelo art. 1º da lei, foi utilizado como substantivo designador das pessoas jurídicas que compõem a Administração direta e indireta. Idêntico sentido foi considerado nas previsões dos arts. 5º, 7º, 8º, 10, 16, 17, § 2º, e 21, I. Segundo Emerson Garcia (2006, p. 267):

a) Ao vocábulo “erário”, constante do art. 10, caput, da Lei n. 8.429/1992, deve-se atribuir a função de elemento designativo dos entes elencados no art. 1º, vale dizer, dos sujeitos passivos dos atos de improbidade; b) A expressão “perda patrimonial”, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido este em sua inteireza.

Prosseguindo a sua análise, o autor estabelece relevante crítica à interpretação restritiva, anotando as consequências decorrentes:

Em prevalecendo a exegese restritiva do art. 10 da Lei 8.429/1992, diversas condutas dotadas de grande potencial lesivo ao interesse público ficariam à margem da lei, não sendo possível sequer

a aplicação da tipologia prevista pelo art. 11 da Lei 8.429/1992. Diversamente daquele, este dispositivo pressupõe um elemento subjetivo de natureza dolosa, não encampando os atos meramente culposos (GARCIA, 2006, p. 268).

Fábio Osório discorda da interpretação de Garcia, pois esta conduziria a resultados contrários à divisão estabelecida pela Lei de Improbidade Administrativa dos tipos sancionadores em dolosos e culposos, violando o princípio da legalidade. Osório (2003, p. 178-181) sustenta, ainda, que a expressão “erário” foi utilizada como um elemento especializante, a fim de distingui-lo do patrimônio moral da coletividade, já protegido pelos arts. 9º e 11.

Em sentido semelhante se posiciona Marino Pazzaglini Filho (2002, p. 72), entendendo que

o erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao “Tesouro Público” [...].

Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 249) assim também compreende, porque,

ao designar que o ato de improbidade administrativa deverá causar lesão ao erário, o legislador deixou bem claro que deverão ser coibidos prejuízos financeiros, não sendo cogitada, portanto, a lesão ao patrimônio público. Assim, ficam de fora do caput do art. 10 os danos artísticos, históricos, ambientais, estéticos e qualquer outro que não sejam, como dito, financeiro.

Prosseguindo na análise doutrinária, tem-se o entendimento de Bello Filho (2000, p. 77), que, embora entenda, *prima facie*, o possível enquadramento como ato de improbidade da permissão da administração ambiental, sem atenção às exigências legais, de ato de particular que cause lesão ambiental, observa que a restrição redacional acaba por obstar a tipificação:

Ocorre, porém, que a redação dos incisos do artigo esquadrinha este dado mencionado nos estreitos limites da patrimonialidade no

sentido romanístico do termo, impedindo a compreensão do ambiente como patrimônio público, para efeitos da aplicação dos incisos.

Cite-se, ao final, o posicionamento de Fabio Osório (2003, p. 174), que, apesar de defender uma concepção restritiva ao conceito de “erário público”, como já referido, sustenta que a Lei de Improbidade tutela o prejuízo indireto ao patrimônio público quando se exige do erário a destinação de recursos para a recuperação de lesões ambientais.

Como se verifica, a questão não se encontra pacificada na doutrina, havendo argumentos relevantes que justificam os posicionamentos apresentados.

54

De todo modo, ante a legalidade, exigência ínsita para a aplicação de sanções, como são as sanções civis por ato de improbidade, entende-se inviável ampliar o alcance do art. 10, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 para alcançar falhas funcionais culposas em prejuízo do ambiente íntegro. Somente eventual inovação legislativa poderá alterar esse entendimento.

Anote-se, outrossim, que não há por que se sustentar que haverá impunidade, pois existe previsão na Lei n. 9.605/1998 de vários crimes ambientais culposos, bem como é possível se buscar a responsabilização do agente público responsável pelo dano nas esferas administrativa e civil.

4.4 Art. 11 – Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública

Por fim, resta analisar a incidência das disposições do art. 11 da Lei n. 8.429/1992 em face de atuação administrativa que viole os princípios reitores da proteção ambiental.

Embora existam sete hipóteses exemplificativas estabelecidas nos incisos do referido artigo, mostra-se importante, para a tutela da improbidade administrativa ambiental, a norma geral, prevista no seu *caput*, que tipifica a atuação administrativa violadora dos princípios administrativos, acrescentada dos dois primeiros incisos, que se voltam à atuação administrativa dolosa, comissiva ou omissiva, que despreze a legalidade e a honestidade.

Evidentemente que não se pode simplificar a questão à mera análise da formal legalidade do atuar administrativo. A improbidade diz respeito à desonestidade, imoralidade, desrespeito consciente às normas reitoras da boa administração. Com efeito,

a ilegalidade por si só não é causa de ato de improbidade administrativa. O que é causa de ato dessa natureza é a ilegalidade que viola a honestidade, a imparcialidade e a lealdade às instituições. A ilegalidade que é causa de ato de improbidade é a decorrente de desvio de finalidade e de incompetência, conforme o inciso I do art. 11 (BERTONCINI, 2007, p. 168).

De outro modo, o atuar administrativo ineficiente, marcado pelo desleixo, igualmente merece sanção pela lei de improbidade. De fato, não se pode esquecer que o agente público deve atentar regularmente para o efetivo atendimento às suas atribuições administrativas, bem como ao fiel respeito às disposições normativas que as regem, sob pena de que uma omissão relapsa e negligente ao interesse público poderá se caracterizar como ato de improbidade.

Argumentando pelo dever de lealdade institucional, Fábio Osório (2003, p. 204) observa que o agente público possui

o dever de informar-se adequadamente sobre suas atribuições e responsabilidades, não sendo lícito beneficiar-se de indesculpável ignorância ou intolerável desconhecimento, patologias produzidas por negligência ou inércia daquele que sabe possuir o dever de decidir em prol do interesse público.

Para Marçal Justen Filho (2005, p. 691),

o ponto fundamental reside em que o art. 11 disciplina hipóteses de improbidade, não de desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade. Ou seja, é indispensável a configuração de improbidade “mais” desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade.

Assim, pode-se concluir que o atuar do agente público caracterizado pela desonestidade, pela imoralidade ou pelo desleixo, que venha a violar não só os princípios gerais administrativos como também os demais princípios reitores da administração ambiental, entre os quais a indisponibilidade do ambiente equilibrado,

prevenção e reparação integral, configurará ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

4.5 Precedentes jurisprudenciais

Embora sejam poucos os precedentes, os tribunais já reconheceram a aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 para a punição do ato de improbidade administrativa ambiental, como se vê nas ementas a seguir colacionadas:

56

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/1992. INICIAL QUE, ROBUSTAMENTE INSTRUÍDA, ATRIBUI AOS RÉUS OMISSÕES ENQUADRADAS, EM TESE, NO ART. 11, CAPUT E INCISO II, DA LEI DE IMPROBIDADE. REJEIÇÃO DA INICIAL QUE SE CONDICIONA À COMPROVAÇÃO CABAL DA INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE, DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO OU DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. OBJETIVO DE EVITAR LIDES TEMERÁRIAS OU INFUNDADAS. PRECEDENTES DESSE E. TRIBUNAL. DISPENSA, POR SERVIDORES DA FEPAM, DE EIA/RIMA PARA A EMISSÃO DE LICENÇA PRÉVIA (LP) DESTINADA À CONSTRUÇÃO DE INDÚSTRIA DE FERTILIZANTES, FÁBRICA DE ÁCIDO SULFÚRICO E TERMINAL DE PRODUTOS QUÍMICOS NO PORTO DE RIO GRANDE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA ADMINISTRATIVA. ATIVIDADES MODIFICADORAS DO MEIO AMBIENTE EXPRESSAMENTE ARROLADAS NO ART. 2º DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 001/86. SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL E ALTA VULNERABILIDADE DA ÁREA RECONHECIDOS PELOS PADRÕES DE CLASSIFICAÇÃO DE ATIVIDADES DA FEPAM. DOLO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DO DANO. ARTS. 21, I, E 12, III, DA LEI N. 8.429. RISCO DE DANO DECORRENTE DA EMISSÃO DA LP.

Apelação conhecida e provida.

(TRF 4ª Região, 3ª Turma, rel. Des. federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Apelação Cível n. 2006.71.01.005226-0, julgamento, por maioria, em 25.3.2008, publicado em 15 ago. 2008).

AÇÃO DE IMPROBRIDADE ADMINISTRATIVA. GERENTE EXECUTIVO DO IBAMA. ATIVIDADE LESIVA AO MEIO AMBIENTE. CARCINICULTURA. FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA. DEVASTAÇÃO DA VEGETAÇÃO DE MANGUE. OMISSÃO DO IBAMA. AUTO-DE-INFRAÇÃO. ORIENTAÇÃO AOS FISCAIS PARA PROCEDEREM APENAS À NOTIFICAÇÃO. IMPROBIDADE. FISCALIZAÇÃO EM EMPRESA. INTERROMPIMENTO. ORDEM DE RETORNO DOS AUDITORES. INGERÊNCIA INDEVIDA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS AO IBAMA. USO DE SEUS EMPREGADOS EM RESIDÊNCIA PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE.

Hipótese em que o apelante, Gerente-Executivo do IBAMA no Estado do Rio Grande do Norte, responsável, portanto, pelo controle e fiscalização da atividade de carcinicultura, foi omisso no cumprimento de seu mister, permitindo que os criadores de camarão expandissem seu negócio de maneira predatória por todo o Estado, sem que enfrentassem uma postura combativa do IBAMA, com a conseqüente devastação da vegetação de mangue e comprometimento do equilíbrio do ecossistema marinho do litoral. Tal devastação só veio a ser contida em novembro de 2001, com o afastamento do réu do cargo de Gerente-Executivo pela Presidência do IBAMA e a realização de uma mega-operação de fiscalização no Estado.

A orientação para que os fiscais efetuassem tão-somente a notificação dos carcinicultores infratores não passou de um mero expediente do réu, articulado com o fim de dar uma resposta às denúncias e exigências de fiscalização realizadas tanto pelos meios de comunicação como pelas organizações de proteção ao meio ambiente. Até porque, frise-se, nenhuma das notificações expedidas foi transformada em auto-de-infração.

Não cabia ao Gerente-Executivo interromper missão de fiscalização do IBAMA, determinando o imediato retorno dos fiscais à repartição pública sem declinar o motivo para assim agir, afirmando apenas, posteriormente, e sem apresentar provas idôneas, que já havia sido realizada fiscalização anterior na mesma empresa com o mesmo fim. Os embaraços possivelmente causados ao administrado pela atividade fiscalizadora fazem parte do exercício do ofício, não se podendo, com base nisso, obstaculizar a liberdade de atuação dos fiscais no cumprimento de seus misteres.

O acolhimento do argumento segundo o qual os agentes públicos poderiam utilizar-se da prestação graciosa de serviços de seus subordinados sempre que estes oferecessem seu trabalho voluntariamente, representaria um risco para a manutenção da boa Administração Pública, porquanto seria tarefa extremamente difícil para o julgador identificar se o empregado agiu movido por puro desprendimento ou simplesmente para agradar seu superior hierárquico. Tal situação, a toda evidência, provocaria a multiplicação de casos como o presente, com evidentes e graves prejuízos para toda a Administração Pública.

O dano causado pelo ato de improbidade, segundo já assentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, pode atingir não só o patrimônio material do Poder Público, como também à moralidade administrativa, patrimônio moral da sociedade.

Apelação improvida.

(TRF 5ª Região, 2ª Turma, rel. Frederico Azevedo, Apelação Cível n. 2003.84.00.005321-4, julgamento em 14.6.2005)

De todo modo, resta claro que, com a evolução da atuação dos legitimados ativos para a propositura da ação condenatória por ato de improbidade administrativa ambiental, a jurisprudência acerca do tema não tardará a se posicionar sobre várias questões polêmicas que a doutrina já expõe, entre as quais algumas referidas neste escrito.

5 Conclusões

O dever da probidade é exigência essencial para a boa atuação do administrador público, devendo ele respeito à honestidade, lealdade e legalidade em suas práticas administrativas, sob pena da aplicação das devidas punições.

A sanção do administrador ímprobo é realizada nas esferas política, administrativa, penal e civil, sendo que, nesta última, insere-se a aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 – Lei da Improbidade Administrativa –, que fundamenta a imposição, por condenação judicial, em penalidades civis, em razão do locupletamento ilícito do administrador, diante dos prejuízos que ele causou ao

erário ou, ainda, pela violação aos princípios administrativos.

De outra face, a Administração Pública tem a atribuição constitucional da defesa do ambiente equilibrado, direito fundamental e difuso, devendo o administrador não só pautar suas atividades, obras e políticas públicas pela plena atenção às normas de proteção ambiental, mas também promover a exata consideração de tais ditames no exercício de seu poder de polícia em face do agir do administrado.

O atuar administrativo ambientalmente danoso encontra punição das mesmas formas que as aplicáveis ao administrador ímprobo em geral, até mesmo por meio da aplicação dos tipos sancionadores dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não sendo possível, porém, a incidência das hipóteses do art. 10, que, pela sua atual redação, restringe-se a dano patrimonial ao erário.

59

Referências

BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 18, p. 57-79, abr./jun. 2000.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/1992*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

60 OSÓRIO, Fábio Medina. O dever de probidade administrativa e a proteção do meio ambiente: reflexões sobre “improbidade ambiental”. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (Coord.). *Direito ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paula: Atlas, 2002.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos humanos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



A evolução patrimonial do agente público em desproporcionalidade aos seus rendimentos: uma presunção de enriquecimento ilícito – exegese do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992
Suzana Fairbanks Schnitzlein Oliveira

1 Introdução. 2 Os princípios da Administração Pública e sua aplicação direta aos agentes públicos. 3 O inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992. 3.1 Enriquecimento ilícito subsidiário. 3.2 Responsabilidade objetiva. 3.3 A inversão do ônus da prova. 3.4 A preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório. 4. Conclusões.

1 Introdução

63

O presente estudo tem como objetivo a análise do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, que dispõe:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas do art. 1º desta Lei, e notadamente:

[...]

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

Apesar de se tratar de análise pontual de dispositivo legal, o desiderato almejado é muito mais amplo, na medida em que pretendemos trazer o leitor à reflexão do contexto no qual o tema está inserido. Há na legislação pátria vigente a previsão de atos de improbidade administrativa que implicam o enriquecimento ilícito do agente público que advenha da simples constatação da existência de evolução patrimonial incompatível aos rendimentos por ele auferidos.

O tema denota especial interesse exatamente pelo fato de significar uma situação excepcional, que foge à regra da disciplina dos atos de improbidade administrativa e também à sistemática vigente no ordenamento pátrio, que consagra a regra da responsabilização subjetiva, isto é, a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo ou culpa – como pressuposto do surgimento, ao agente da conduta, do dever de indenizar o lesionado por sua ação ou omissão.

Conforme pretendemos demonstrar, está longe de ser uniforme a interpretação doutrinária e jurisprudencial, essa última ainda muito incipiente, acerca do real conteúdo e da extensão do dispositivo em comento, pois as premissas apresentadas – situação excepcional, desnecessidade de presença do elemento subjetivo da conduta – são polêmicas, trazendo ao intérprete e ao operador do direito em geral uma gama de possibilidades de conclusão.

Se, por um lado, a polêmica dificulta a tomada de conclusões precisas, por outro, ela instiga a análise do assunto de forma ampla e destemida, concedendo-nos a possibilidade de satisfatória desenvoltura. É exatamente o que buscamos nessa oportunidade: ir além da transcrição dos posicionamentos já existentes sobre o assunto, ousando trazer nossas reflexões.

Para isso, será indispensável o aproveitamento do trabalho de autores de renome na área de estudo do direito administrativo, especialmente daqueles que se dedicaram alhures à análise do objeto do presente estudo.

Portanto, longe de esgotar o tema, nosso objetivo é mais modesto: buscamos gerar no leitor a curiosidade indispensável ao progressivo incremento doutrinário e à aplicação do dispositivo da norma aos casos concretos.

2 Os princípios da Administração Pública e sua aplicação direta aos agentes públicos

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 traz os princípios norteadores da Administração Pública brasileira: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Apesar de parecer óbvio que esses princípios devam ser observados por todo e qualquer agente público¹, na prática, há muitos equívocos e má interpretação acerca de sua real obediência por parte daqueles que, ao trabalhar para a sociedade e sendo remunerados por meio de seus tributos, exercem a cotidiana atividade administrativa, em todas as esferas da Administração Pública, cuidando da *res publica* sem o devido zelo, muitas vezes causando uma enorme confusão entre o *público* e o *privado*.

É certo que não é somente no Brasil que encontramos agentes públicos desidiosos, indolentes, maus prestadores do serviço público em geral, que, a princípio, deveriam deixar suas atividades pela simples ausência de qualidade de seu trabalho. O problema ocorre mundialmente², mas também não podemos olvidar que nossa história e cultura sempre favoreceram seu aumento e dificuldade de resolução.

No Brasil, o que observamos historicamente é a ausência de compreensão, por parte dos agentes públicos, dos contornos a serem observados quanto aos princípios que regem a atividade pública, uma vez que os conceitos de ética, moral, enfim, do que é certo e do que é errado, são muito “elásticos” para dizer o mínimo. Mais complicada ainda é a interpretação daquilo que con-

¹ Tomando-se o conceito de agente público pela definição do art. 2º da Lei n. 8.429/1992: “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”.

² Na União Europeia, exemplificativamente, o Comitê europeu declarou, em manifestação oficial proferida em março de 1999, após um notório conjunto de escândalos que conduziu à demissão dos membros da Comissão Europeia, que a “*mauvaise administration*” é uma vasta noção que engloba ou abrange as faltas graves e persistentes à boa gestão e, mais concretamente, os atos ou omissões que propiciam fraudes ou irregularidades, direta ou indiretamente. Estão incluídas neste universo condutas gravemente negligentes, uma vez que, ao lado da noção de má gestão pública, há as infrações ao dever de boa gestão, que não são necessariamente concretizadas de modo intencional, podendo ocorrer por um comportamento negligente (“*laxiste*”) (OSÓRIO, 2007, p. 70-71).

siste em ato de improbidade administrativa, tendo em vista que esta não coincide com a moralidade administrativa cujo conceito é muito mais amplo.

Entre os princípios gerais basilares da Administração Pública, merecem especial destaque nesta discussão os princípios da legalidade, da moralidade e da publicidade, porque tocam diretamente na necessidade de o agente público apresentar conduta conforme a lei, amealhando, ao longo de sua vida profissional, um patrimônio compatível com os rendimentos auferidos por seus proventos ou, caso tenha outras fontes de rendas, que todas tenham origem lícita comprovada, constando de suas declarações de bens e rendimentos prestadas aos órgãos públicos. Isso porque, se é dever de todos agir conforme a lei, prestando contas de todo o seu patrimônio ao Poder Público, pagando impostos, esses deveres restam ainda mais evidentes aos agentes públicos que, como já destacamos, trabalham com a coisa pública, sendo pagos pelos cofres públicos³.

66

³ Interessante trazermos à colação, quanto a este raciocínio, o entendimento de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antônio Herman Benjamin (1997, p. 94): “É razoável que sobre os agentes públicos pese esse encargo de provar a origem lícita do seu patrimônio. Primeiro, a função pública que exercem obedece aos princípios da moralidade e da publicidade. Daí decorre que não tem a sociedade o ônus de, caso a caso, cobrar a execução desses dois princípios. Ao revés, cabe aos agentes públicos, a cada instante, comprovar a adequação de sua conduta aos postulados constitucionais. Em segundo lugar, gozam eles, muitas vezes, de vantagens como a segurança de uma carreira, aposentadorias especiais, garantias como a estabilidade etc. Terceiro, recebem todos eles seus vencimentos do erário, são servidores da coletividade, desempenham funções públicas, de interesse público, e lidam com dinheiros públicos. Sendo assim, deve o servidor saber, desde o momento em que ingressa no serviço público (momento em que fará sua primeira declaração de bens), que a relevância e a responsabilidade de suas funções dele exigirão comportamento exemplar, assim como o ônus de, ao longo de sua vida funcional, demonstrar a licitude de eventual evolução de seu patrimônio. Deve ele saber que se presumirá obtido por meios ilícitos qualquer acréscimo patrimonial que não possa justificar de modo transparente. É o mínimo que se pode exigir de quem está investido numa função pública, zelando pelo interesse social e lidando com o patrimônio de toda a coletividade. Se todas as pessoas devem, em respeito à lei, formar seu patrimônio de forma lícita, com maior razão ainda o funcionário público, que, além disso, deverá estar sempre

Portanto, mais do que dever genérico, os agentes públicos têm o dever jurídico, imposto pela Constituição Federal e reforçado pela legislação ordinária, de não adquirir bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução de seu patrimônio ou renda.

A afirmação de que se trata de um dever jurídico decorre da constatação de que é a própria norma constitucional, independentemente da vontade de qualquer pessoa, que traz ao agente público o dever de praticar atos em prol do interesse da maioria sem que sua atividade funcional, seja ela comissiva, seja ela omissiva, traga-lhe a ampliação de seu patrimônio pessoal além do limite que lhe possibilita a contraprestação de seu trabalho pelos cofres públicos⁴.

67

Por desenvolver atividade profissional de natureza pública, em nome da coletividade, e por ser remunerado pelo erário, não é mais que a obrigação do agente público manter-se estritamente dentro dos princípios publicísticos, exercendo sua profissão e apresentando evolução patrimonial de acordo com esse exercício, de modo a garantir que não haja qualquer desvio de sua conduta que confunda, ilicitamente, seu patrimônio pessoal com o patrimônio público.

É exatamente em decorrência do raciocínio acima exposto que a Lei n. 8.429/1992, em seu Capítulo IV, “Da Declaração de Bens”⁵, estabelece como condição à posse e ao exercício do agente público a apresentação de declaração de bens e valores que compo-
nham seu patrimônio privado, a ser anualmente atualizada, con-

apto a demonstrar a regularidade da aquisição de seus bens. Se os acréscimos forem efetivamente lícitos, nenhuma dificuldade enfrentará o funcionário em fazê-lo”.

⁴ São as palavras de Luiz Fabião Guasque (1995, p. 358-361).

⁵ O art. 13 da Lei n. 8.429/1992, em seu *caput* e seus quatro parágrafos, é explícito em tal exigência. Essa não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Lei n. 3.164, de 1º de junho de 1957, que regulamentava a Constituição Federal de 1946, instituiu o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de todos quantos exercessem cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não. A referência histórica é de GARCIA, 2004, p. 133.

tendo todas as espécies de bens e valores patrimoniais, localizados no Brasil e no exterior, incluindo seus dependentes econômicos.

O espírito da Lei de Improbidade Administrativa, nesse ponto, é implantar um verdadeiro cadastro de informações patrimoniais do agente público, que, no entender de Carlos Alberto Ortiz (*apud* MARTINS JÚNIOR, 1996, p. 325-344), é uma “regra de segurança para conferência permanente da probidade administrativa”.

68

Essa providência administrativa, de cunho obrigatório ao agente público, com pena de demissão a bem do serviço público em caso de recusa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, é um excelente instrumento da Administração à qual o agente está diretamente vinculado para manter controle efetivo e atualizado acerca de sua evolução patrimonial, detectando, ano a ano, o incremento de seus bens pessoais e familiares, funcionando como um meio facilitador à apuração do enriquecimento ilícito.

Ao exigir do agente público a declaração anual de seu patrimônio, incluindo o de seus dependentes econômicos, a Administração Pública exige simultaneamente, e de modo indireto, que este aja dentro dos parâmetros da legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade, ou seja, que ele observe os seus princípios norteadores.

Entendemos que essa providência administrativa, caso bem utilizada, pode ser extremamente eficaz para a investigação do enriquecimento ilícito do agente público, uma vez que permite, além da análise documental de sua evolução patrimonial, a detecção de sinais exteriores de riqueza, como a compra de imóveis em valores nitidamente exorbitantes ou de automóveis de luxo ou mesmo de manutenção de um padrão de vida incompatível com seus rendimentos declarados.

É por isso que, se por um lado a prestação das informações patrimoniais do agente público pode significar, para alguns intérpretes, uma exagerada ingerência na vida privada por outro lado é certo que ela permite ao próprio declarante a documentação da licitude da origem de seu patrimônio. Muito válido, pois, o dita-

do: “quem não deve, não teme”.

Interessante destacar as palavras de Wallace Paiva Martins Júnior (1996, p. 343) ao comentar o art. 13 da Lei n. 8.429/1992:

E, no particular, deveria o ordenamento jurídico dar-lhe maior atenção, pois, se de um lado servirá para facilitar a apuração do enriquecimento ilícito (dispensando, no futuro, o vagaroso e tortuoso caminho das investigações quilométricas e sem rigor científico), de outro era mister instituir no seio da administração pública, como meio preventivo, a obrigatoriedade de seu exame anual para constatação de ofício de evolução patrimonial desproporcional, sinais de fatos exteriores de riquezas incompatíveis etc.

Na prática da investigação sobre o enriquecimento ilícito de agentes públicos pela constatação de evolução patrimonial incompatível com seus rendimentos, podemos afirmar que a utilização das declarações patrimoniais existentes nos serviços de pessoal em suas respectivas unidades de lotação auxilia, em muito, na prova sempre difícil buscada para o ajuizamento da correspondente ação de improbidade. Isso porque as conhecidas “sindicâncias patrimoniais” realizadas nos órgãos da Administração Pública em face de seus agentes públicos que sinalizam a incompatibilidade de patrimônio são um início de prova fundamental ao sucesso das investigações a serem realizadas pelo Ministério Público no procedimento administrativo ou inquérito civil, e, conseqüentemente, na ação civil pública pela prática de atos de improbidade administrativa em que lhe será imputada a conduta do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992.

69

3 O inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992

Após traçarmos o panorama em que está inserido o dispositivo legal em comento, objeto direto do presente trabalho, passaremos a analisar as principais polêmicas interpretativas a ele relacionadas, que não são poucas, em decorrência de sua natureza excepcional e muito discutida.

O inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992 gerou vastas discussões acerca de seu conteúdo, sua profundidade e de sua ex-

tensão, trazendo calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca de sua aplicabilidade, ao dispor que

Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, e, notadamente [...] adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

3.1 Enriquecimento ilícito subsidiário

70

Primeiramente, cabe destacar que o caso de enriquecimento ilícito previsto no inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa é considerado como subsidiário, ou seja, só será aplicado quando inexistir prova de que a vantagem econômica indevidamente recebida é relacionada à prática de ato (conduta comissiva) ou abstenção de execução de ato de ofício (conduta omissiva) pelo agente público investigado, afastando então a incidência de outra modalidade de enriquecimento ilícito, prevista em um dos outros incisos do mesmo art. 9º.

Significa concluir que, nesse caso específico e excepcional, há uma presunção de ilegalidade do enriquecimento do agente público, desprovido de origem lícita comprovada, ainda que não esteja provado o nexo causal entre a incompatibilidade de sua evolução patrimonial, comparativamente aos seus recebimentos, e a prática de ato ilícito ou conduta omissiva ilegal⁶.

Contudo, a ausência de necessidade de comprovação da existência de nexo causal entre a evolução patrimonial incompatível e a comissão ou omissão de ato, por parte do agente público, não afasta a necessidade de comprovação, por parte do autor da ação de improbidade administrativa, de que aquele exercia função pública no mesmo período em que houve a detecção de sua evo-

⁶ São as conclusões de Wallace de Paiva Martins Júnior (2001, p. 194-195), com as quais concordamos integralmente.

lução patrimonial incompatível ou desproporcional à sua renda.

Essa observação, que *prima facie* parece óbvia, é importante para alertar acerca da necessidade de haver essa verificação de coincidência temporal entre o aumento injustificado do patrimônio do agente público investigado e o exercício da função pública. Isso porque, caso ambos os casos não tenham ocorrido no mesmo período, grande dificuldade encontrará o Ministério Público na prova do enriquecimento ilícito com base no tipo subsidiário do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, que, como vimos frisando, é espécie subsidiária e excepcional.

Mesmo assim, essa grande dificuldade na formação da prova para a correspondente imputação não significa total impossibilidade, tendo em vista que, uma vez podendo-se valer de todos os meios de prova em direito admitidos para constatar os fatos alegados, o órgão ministerial poderá encontrar fundamentos à sua acusação em outras fontes investigatórias, como, por exemplo, quebras de sigilo bancário e movimentações financeiras sem origem comprovada, ocorridas em períodos próximos, mas não coincidentes, ao exercício da atividade pública.

Podemos assim afirmar, com base no desempenho cotidiano de investigações, que agentes públicos suspeitos de atos de improbidade administrativa, buscando dificultar a detecção de recebimentos de bens ou valores indevidos, obtêm valores em datas posteriores ao afastamento de suas atividades públicas.

Por isso, caso o órgão do Ministério Público ou da entidade pública lesada que desempenhe a atividade investigatória tenha êxito na obtenção de provas suficientes à comprovação de que os recebimentos ilícitos do agente público ocorreram em razão do desempenho de atividade pública, entendemos estar caracterizada a hipótese do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, uma vez que o texto legal exige apenas que a aquisição, pelo agente público, de “bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda” tenha ocorrido “no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública”, ou seja, que o fundamento dessa aquisição ilícita seja o exercício da ativi-

dade pública. Esse é o nexa causal indispensável.

Uma interpretação diversa, meramente literal, certamente a ser utilizada pela defesa do agente público requerido, esvaziaria o objetivo da norma em análise, afastando sua aplicabilidade aos casos em que a torpeza do ímprobo lhe beneficiaria, caso o recebimento dos valores ilícitos ocorresse em período não coincidente ao do efetivo exercício da atividade pública!

Buscamos com esse entendimento uma interpretação sistemática entre o *caput* do art. 9º e seu inciso VII, uma vez que, enquanto o primeiro utiliza a expressão “em razão do exercício”, o segundo utiliza a expressão “no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública”, o que gera a divergência interpretativa aqui mencionada.

72

3.2 Responsabilidade objetiva

Outro ponto de destaque na interpretação do inciso VII do art. 9º é o entendimento, do qual compartilhamos, de que ele trata de hipótese de responsabilidade objetiva do agente público, ou seja, para que haja sua responsabilização pelo enriquecimento ilícito em razão de aquisição de bens de qualquer natureza ou valores desproporcionais à sua evolução patrimonial ou à renda por ele auferida, basta ao autor da ação de improbidade administrativa que prove a ocorrência do fato objetivo do incremento patrimonial injustificado pelo agente público, sendo desnecessária a prova de elemento subjetivo (*dolo* ou culpa) na conduta do requerido.

Nesse raciocínio, havendo a prova de que o patrimônio do agente público aumentou em desproporção aos seus rendimentos declarados, constatando-se a denominada “evolução patrimonial a descoberto”, elementos puramente objetivos, há fundamento suficiente a um decreto condenatório com fulcro no art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa, estando o agente público incurso nas sanções do art. 12, I, do mesmo diploma legal.

A consideração de se tratar de hipótese de responsabilidade

de objetiva é decorrência da afirmação acima de que basta o nexos causal entre o exercício da atividade pública e a evolução patrimonial desproporcional do agente público, não se perquirindo acerca de sua intenção ou de qualquer outro elemento volitivo a caracterizarem seu dolo ou culpa. O que é fundamental comprovar, e nesse ponto a prova cabe ao autor, é o nexos causal entre fatos – variação patrimonial a descoberto e exercício da atividade pública, e não o nexos causal entre fato e elemento subjetivo do agente ímprobo.

Essa é uma das grandes divergências doutrinárias acerca da inteligência do inciso VII do art. 9º, estando longe de ser pacífica a teoria da responsabilidade objetiva.

São adeptos da tese ora defendida – responsabilidade objetiva – Hely Lopes Meirelles (2005, p. 503), Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 347), Wallace de Paiva Martins Júnior (2006, p. 235-241), Fábio Medina Osório (1997, p. 124), Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 59-62), entre outros⁷.

Luiz Fabião Guasque (1995), promotor de Justiça no Rio de Janeiro, é explícito na adoção da tese da responsabilidade objetiva, sendo suas palavras:

[...] Mas, outras formas de atuar comissivo ou omissivo fundadas em dever jurídico, de responsabilidade objetiva, e estranhas à análise sobre a vontade do agente, estão discriminadas de forma genérica no art. 9º e no caput do art. 11 e seus incisos. No art. 9º, VII, a tipicidade engloba todas as outras, pois a lei deter-

⁷ Interessante destacarmos, nesse ponto, as palavras de Wallace de Paiva Martins Júnior, como órgão representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, oficiante na Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos, em parecer ofertado na Apelação Cível n. 557.074-5/2-00 – São Paulo, em trecho onde aborda a questão da responsabilidade objetiva ora em comento: “Deve-se ter em mente, como exposto nas apelações, que para configuração do enriquecimento ilícito tratado no art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/1992, *não se requer a prova da prática ou da abstenção de ato por agente público nem a ligação direta da vantagem indevida amealhada*, bastando ao autor provar que o réu exerce função pública e a evolução de seu patrimônio ou de sua renda é desproporcional ou incompatível à vista de suas próprias declarações oficiais de sua movimentação financeira, de seu acervo, de sua massa de rendimentos; competindo ao réu a prova da origem lícita de recursos ou bens excedentes”.

mina esta responsabilidade objetiva do agente que, no exercício de função pública, adquire bens de valor desproporcional à sua renda. [...] Note-se que nesta espécie de responsabilidade, não se fala em dolo ou culpa, ou melhor, não há necessidade de aferição de vontade no ato que dá origem à sanção da lei. [...] Nos casos de atuação dolosa ou culposa, a responsabilidade da lei terá nexos subjetivo com o ato de vontade causador do dano. Na de que tratam os arts. 9º e 11, e em especial a do n. VII do primeiro, ela decorre da inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição, e independe da vontade de qualquer pessoa [grifo nosso].

74

Apesar de concordarmos integralmente com a interpretação doutrinária que acolhe a tese da responsabilidade objetiva do agente público em consonância com previsão legal do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, não podemos deixar de mencionar a outra corrente, também expressiva e composta por importantes administrativistas, que não acolhe essa tese, entendendo ser necessária a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público para sua responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa que geram enriquecimento ilícito com a aquisição de bens de qualquer natureza ou valores desproporcionais ou incompatíveis com a evolução de seu patrimônio ou renda.

São adeptos da tese da responsabilidade subjetiva, exigindo a presença do elemento subjetivo – dolo ou culpa – na conduta do agente ímprobo também nas hipóteses do inciso VII do art. 9º: Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁸, José Augusto Delgado⁹, Juarez Freitas¹⁰, entre outros. Apesar de desenvolverem raciocínios

⁸ “A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no art. 37, § 6º, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano” (DI PIETRO, 2008, p. 784).

⁹ O autor é ainda mais restritivo, entendendo ser necessária a presença do dolo para qualquer modalidade de enriquecimento ilícito, por não considerar razoável a configuração da conduta ímproba em decorrência de enriquecimento ilícito sob a forma de culpa em sentido estrito (DELGADO, 2001).

¹⁰ “Não há, com efeito, cabimento para a tese de responsabilidade do agente que

independentes, as premissas por eles tomadas são semelhantes: necessidade de previsão legal expressa da responsabilidade objetiva, por ser esta excepcional; princípio da presunção de inocência do agente público.

Em que pese a nobreza de seus entendimentos, acreditamos que não lhes assiste razão quanto à adoção da regra da responsabilidade subjetiva, requerendo a comprovação da presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta do agente público quando constatada a situação prevista no inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

Como vimos expondo, a intenção do legislador (*mens legislatoris*) neste específico caso foi a de ampliar ao máximo as possibilidades de sanção aos agentes públicos que, descumprindo seus deveres inerentes ao desempenho das funções públicas que possuem, além de desrespeitarem os próprios princípios constitucionais que regem a Administração Pública em geral, amealharam um patrimônio incompatível com seus bens e rendas devidamente declarados, não se desincumbindo do ônus de justificar essa evolução patrimonial desproporcional e desarrazoada.

É certo que se trata de uma situação excepcional, uma vez que prescinde da comprovação, por parte do autor da ação de improbidade administrativa, da prática de algum ato ilícito ou da omissão de algum dever funcional pelo agente público requerido, mas também é certo que o desiderato de tal previsão normativa foi exatamente possibilitar a maior abrangência da punibilidade dos agentes públicos ímprobos, afastando a necessidade de ser provado o elemento subjetivo em sua conduta ilícita.

Caso não seja essa a interpretação conferida, de nada adianta a permanência em vigor do disposto no art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/1992, pois haverá elementos suficientes à imputação do enriquecimento ilícito por algum dos outros incisos do mesmo artigo de lei, que não precisará ser utilizado, dada a sua subsidiariedade.

dispense a investigação subjetiva (dolo ou culpa) para enriquecimento ilícito do agente no tipo descrito” (FREITAS, 2008, p. 211).

Portanto, entendemos ser de suma importância, para a preservação dos objetivos da Lei de Improbidade Administrativa, e, mais ainda, para a preservação dos princípios constitucionais da Administração Pública, que seja adotada a tese da responsabilidade objetiva do agente público causador de enriquecimento ilícito pela previsão do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992.

3.3 A inversão do ônus da prova

O art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/1992 dispõe:

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

[...]

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

A redação do dispositivo legal em comento é suficientemente clara para extrairmos da norma aquilo que compete ao autor da imputação de ato de improbidade administrativa provar¹¹, ou seja, o que busca a lei, nesse ponto, que leve à prova do cometimento de um ato, ou omissão de um dever de ofício, que o agente público investigado tenha incorrido.

Ao mencionar que é considerado ato de improbidade admi-

¹¹ Nas palavras de Sérgio Medeiros (2003): “[...] Como corolário dessa regra, tem-se inovação de caráter processual, que no ordenamento jurídico pátrio só encontra paralelo no Código de Defesa do Consumidor. Referimo-nos à inversão do ônus da prova, a qual, naquele diploma legal, mereceu enunciação expressa, não decorrendo de qualquer esforço energético, haja vista que a *mens legis* e a *mens legislatoris* foram perfeitamente harmonizadas. Já na lei de improbidade administrativa, essa relevantíssima norma de natureza processual aflora em consequência da norma de índole material em comento, mas de maneira irrefutável, sob pena de se tornar letra morta a previsão legal”.

nistrativa que importa em enriquecimento ilícito de seu agente, a par de esse ato ter ou não causado efetivo prejuízo ao erário, a aquisição de bens de qualquer natureza em incompatibilidade com sua evolução patrimonial ou com sua renda legalmente declarada, a lei atribui o *onus probandi* ao autor da imputação (Ministério Público ou pessoa jurídica lesada) de formar o conjunto probatório suficiente à constatação objetiva da existência dessa descompatibilidade, isto é, a prova de que o agente público investigado amealhou patrimônio a descoberto, sem origem lícita, no exercício do cargo, mandato, emprego ou função pública que exerce ou exercia.

O nexos causal entre a aquisição de bens incompatíveis com o patrimônio ou renda do agente público e a situação fática de exercício do cargo, mandato, emprego ou função pública, em coincidência temporal, é a única exigência do dispositivo legal ora sob análise, que, conforme já mencionado, consagra a hipótese excepcional de responsabilidade objetiva do agente público acusado, em um tipo subsidiário de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito.

Essa conclusão não é mais do que a análise literal dos dizeres do inciso VII do art. 9º, sem necessidade de nenhum esforço exegético anormal, o que se deve pelo próprio objetivo da Lei de Improbidade Administrativa, de abarcar o rol mais abrangente possível de condutas comissivas ou omissivas, praticadas pelo agente público ímprobo, que tenham sua devida punibilidade.

Qualquer outra conclusão afastar-se-ia da letra legal, exigindo mais do que aquilo que a própria lei exige para a configuração da espécie de ato de improbidade ora estudado, além de fazer letra morta o dispositivo, já que a conduta já seria enriquecimento ilícito tratado em outro dispositivo legal¹².

¹² Sobre essas conclusões, vale à pena trazermos à colação os dizeres de Antônio Augusto Melo de Camargo Ferraz e Antônio Herman Benjamin (1997): [...] Ora, diante de tal redação, o que estaria o autor da ação obrigado a demonstrar? A resposta é evidente: apenas a desproporção entre patrimônio e renda do funcionário! É a partir desse ponto que se inverte o ônus da prova. Exegese diversa, aliás, tornaria letra morta o dispositivo: se fosse necessário

Com base no estabelecimento do que deve o autor desincumbir-se de provar, segue-se a constatação daquilo que caberá ao requerido, a quem é imputado o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em comento, trazer como prova para a desconstituição da tese apresentada pelo autor. Nos termos da regra de distribuição do ônus da prova vigente pelo art. 333, II, do Código de Processo Civil, caberá ao requerido da ação de improbidade administrativa sob exame a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, portanto, a prova da origem lícita do patrimônio encontrado a descoberto. Isso porque,

78

para a configuração do enriquecimento ilícito tratado no artigo 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429/1992, não se requer a prova da prática ou da abstenção de ato por agente público nem a ligação direta da vantagem indevida amealhada, bastando ao autor provar que o réu exerce função pública e a evolução de seu patrimônio ou de sua renda é desproporcional ou incompatível à vista de suas próprias declarações oficiais de sua movimentação financeira, de seu acervo, de sua massa de rendimentos; competindo ao réu a prova da origem lícita de recursos ou bens excedentes¹³ [grifo nosso].

A inversão do ônus da prova na hipótese do inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa desperta muita discussão entre os estudiosos atuais do tema, porque requer, para alguns, o exercício interpretativo maior do que o esperado, na medida em que não restaria clara na lei essa previsão – de inver-

provar, além da desproporção entre patrimônio e renda, o fato específico de corrupção que deu ensejo à percepção da propina ou da vantagem, essa modalidade certamente já estaria prevista em algum outro dispositivo da lei, que é bastante minuciosa. Em outras palavras, tal conduta já seria enriquecimento ilícito por força de outra norma! Estaria assim vulnerado o princípio da hermenêutica segundo o qual deve ser sempre descartada a interpretação que conduza ao absurdo ou à inaplicabilidade prática do dispositivo”.

¹³ São os precisos dizeres de Wallace de Paiva Martins Júnior, em parecer de sua lavra, como representante da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos, colacionado aos autos da Apelação Cível n. 557.074-5/2-00 – São Paulo, julgada pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

são do *onus probandi* – que, por se tratar de hipótese de exceção, só pode ocorrer quando expressamente prevista.

A discussão tem origem na interpretação histórica do dispositivo comentado, pois sua redação atual e vigente não é a mesma que foi prevista originalmente. Explicamos: em agosto de 1991, o então Presidente da República Fernando Collor de Melo encaminhou ao Poder Legislativo o Projeto de Lei “Anticorrupção”, que lhe gerou grande efeito midiático. O projeto encaminhado, em grande parte considerado uma reprodução da já existente Lei n. 3.502/1958, conhecida como “Lei Bilac Pinto”, trouxe entre os vários dispositivos a feliz previsão de que constituiria ato de enriquecimento ilícito “a aquisição de bens ou valores, no exercício de cargo, emprego ou função pública, ou logo após de deixá-lo, sem que à época da aquisição dispusesse de recursos financeiros”.

79

Essa redação foi considerada suficiente à conclusão de que estaria prevista a inversão do ônus da prova, deixando à incumbência do agente público acusado de provar a licitude da origem do patrimônio (bens ou valores) acrescido em desproporção à sua renda, durante ou logo após o exercício de sua atividade pública.

A previsão inovadora trazida pelo Projeto de Lei “Anticorrupção” objetivava exatamente viabilizar a punição dos agentes públicos corruptos, ímprobos, sem que houvesse a necessidade de provar o fato concreto (ato comissivo ou omissivo ilícito) ligado ao ilegal incremento patrimonial.

Portanto, foi da constatação histórica de impunidade daqueles que, protegidos por eficazes “escudos” de complexas operações comerciais e lacunas existentes no sistema de escrituração fiscal ou contábil, ou ainda pelo inegável vínculo de cumplicidade existente entre corruptores ativos e passivos, que surgiu essa inovadora e corajosa previsão de atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito.

Contudo, não foi essa a redação aprovada no Congresso Nacional, embora no trâmite legislativo houvesse sido ainda melhorada a previsão legal, com a seguinte previsão de constituir enriquecimento ilícito

adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, ou até cinco anos após o término do exercício, bens ou valores de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público,

e ainda a previsão de que

nas ações penal e civil fundadas no inciso IX deste artigo, incumbe ao agente público ou a seus sucessores demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados para aquisição dos bens e valores ali mencionados [grifo nosso].

Infelizmente, durante o processo legislativo, na última etapa na Câmara dos Deputados, essa redação foi suprimida do projeto, apesar de já haver sido votada e aprovada nas duas Casas do Congresso Nacional.

80

Assim, acabou sendo sancionada a redação encontrada no atual inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, que, apesar de não trazer explicitamente a incumbência “ao agente público ou a seus sucessores demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados para aquisição dos bens e valores” em desproporção à sua evolução patrimonial, manteve *in totum* o amplo desiderato da Lei de Improbidade Administrativa: a ampliação das hipóteses de sancionamento dos agentes públicos ímprobos, que enriquecem ilicitamente às custas de toda a coletividade!

Se, para alguns (leia-se, defensores do agente público a quem é imputado o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito do inciso VII do art. 9º), a supressão da redação original do dispositivo legal significaria a inexistência de possibilidade de considerar vigente a inversão do ônus da prova, para muitos outros (com quem partilhamos do mesmo entendimento) o objetivo da lei foi preservado, devendo haver a prova da origem lícita do patrimônio a descoberto como ônus processual do requerido, mantendo-se, destarte, a máxima de que a *mens legis* sempre prevalece sobre a *mens legislatoris*.

Não estamos sós nesse entendimento, mas sim acompanham-nos estudiosos de renome na seara do direito administrativo. Muito interessante é destacarmos o entendimento de

Émerson Garcia¹⁴, para quem o art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa só ratifica a regra comum da distribuição do ônus da prova existente no processo civil – o art. 333, II, do Código de Processo Civil vigente, pelo qual cabe ao autor a prova do “fato indicante”, qual seja, a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente público, sendo a consequência de seu enriquecimento ilícito o “fato indicado”, por ser desdobramento do primeiro, e cabendo ao réu a prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor.

Portanto, seja na adoção do entendimento de que o art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/1992 traz a inversão do ônus da prova, ou então do entendimento de que este dispositivo legal somente consagra a regra da distribuição do *onus probandi* estabelecida pelo art. 333, II, do Código de Processo Civil, a conclusão prática a ser adotada é a mesma: ao autor da ação civil pública de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa caberá a prova de que o agente público (requerido) amealhou patrimônio incompatível com seus bens ou renda, no exercício da atividade pública; já a este último – agente público – incumbirá a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado pelo autor, ou seja, a prova da origem lícita de seu patrimônio como um todo, incluindo especialmente aqueles bens ou valores indicados como incompatíveis.

¹⁴ Nas palavras do ilustre administrativista: “Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico do mesmo. Assim, não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (art. 333, II, do CPC)” (GARCIA, 2003). Coaduna com o mesmo entendimento Wallace de Paiva Martins Júnior, em Parecer da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos na Apelação Cível n. 557.074-5/2-00, São Paulo, TJ/SP, p. 14, par. 29: “[...] Com efeito, os réus negaram a imputação, aduzindo, em resumo, que tinham outras fontes de rendimentos. Portanto, o ônus da prova lhes incumbia, segundo o art. 333, II, do Código de Processo Civil, pois articularam fato impeditivo do direito do autor”.

3.4 A preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório

Outra questão muito debatida acerca da interpretação do conteúdo do inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa refere-se à apontada violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV.

82

Isso porque, ao garantir a ampla defesa e o contraditório, em processo administrativo e judicial, aos acusados, em sentido amplo, com os meios e recursos inerentes, a Magna Carta buscou a preservação, *in concretum*, do equilíbrio de forças no processo, determinando que seja passível de defesa toda tese desenvolvida pela acusação, bem como toda prova produzida por esta, em desfavor do acusado, que deverá desincumbir-se de seu ônus processual de impugnar a versão do autor, apresentando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos fatos constitutivos apresentados no processo.

Ao ser admitida a tese da inversão do ônus da prova ou, ainda, a simples constatação da manutenção da regra da distribuição do *onus probandi* consagrada no art. 333, II, do Código de Processo Civil vigente, a conclusão a que chega o intérprete será a mesma: caberá ao autor unicamente provar a ocorrência da aquisição, pelo agente público, de bens ou valores incompatíveis com a evolução patrimonial deste, durante o exercício da atividade pública, enquanto caberá ao agente público a contraprova – que o patrimônio amealhado possui origem lícita.

Sendo essa a única conclusão que preserva o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa, em consonância com o próprio espírito constitucional, é fato que haverá uma presunção de enriquecimento ilícito do agente público caso sejam comprovados os dois requisitos objetivos: 1) a aquisição de bens ou valores incompatíveis com seu patrimônio ou renda declarados; 2) a simultaneidade entre essa aquisição e o exercício da atividade pública.

Constatados esses dois fatos, a conclusão é estar suficientemente caracterizado o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito do agente público, na forma do art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/1992.

O raciocínio é lógico, já que das premissas decorre a conclusão. Não há necessidade de nenhum exercício exegético excepcional para seu desenvolvimento!

As calorosas discussões decorrentes de tal conclusão surgem exatamente em virtude dessa presunção, uma vez que restaria afirmado o enriquecimento ilícito do agente público somente pela análise de fatores objetivos, sem que houvesse sido proporcionada ao acusado a defesa, de modo a demonstrar a insubsistência da acusação.

Haveria, segundo esse entendimento, uma violação do princípio constitucional da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal – pelo qual ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois haveria uma conclusão *ab initio* acerca da prática de ato de improbidade administrativa pelo agente público, anteriormente ao desenvolvimento do processo.

Assim, além de violação do princípio da presunção de inocência, também estariam sendo ignorados os princípios da ampla defesa e do contraditório, todos elevados à categoria de direitos fundamentais individuais.

Ocorre que tal entendimento não procede, devendo ser afastado. Não há que se falar, no caso sob análise, de qualquer violação a princípio constitucional, já que, o que está estabelecido no dispositivo em comento, nada mais é do que uma situação residual de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito do agente público que formou um patrimônio a descoberto, sem origem justificada, durante o exercício de sua função pública.

Inicialmente, cabe recordarmos que a presunção estabelecida é *iuris tantum*, relativa, podendo ser desconstituída por prova produzida em contrário, isto é, só haverá a presunção de que

o agente público praticou o ato de improbidade administrativa em espécie, enriquecendo ilicitamente, caso este não logre êxito em comprovar a origem lícita de seu patrimônio, mediante prova documental ou outro meio de prova admitido em direito que seja apto a desconstituir a presunção de ilicitude.

Resta claro, portanto, que há sim a oportunidade de o agente público comprovar a origem lícita de seu patrimônio. Dizemos mais: essa oportunidade, em regra, não é uma só, já que, para a propositura da ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, o autor certamente desenvolveu investigação prévia acerca do patrimônio do acusado, ainda em fase pré-processual, em que lhe foi dada a oportunidade de comprovar a licitude da origem de seu patrimônio.

84

Além dessa primeira oportunidade, também há o exercício do contraditório e da ampla defesa durante todo o trâmite do processo judicial, em que o requerido (agente público acusado) poderá formar amplo conjunto probatório que indique a formação legítima de seu patrimônio, o que levará à improcedência da ação de improbidade administrativa.

Por isso, é evidente que não há violação do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o agente público a quem é imputada a conduta ímproba possuirá diversas oportunidades de comprovar a origem patrimonial suspeita, seja ainda em fase administrativa, quando poderá justificar sua evolução patrimonial “a descoberto” no procedimento investigatório preliminar (procedimento administrativo ou inquérito civil em trâmite no Ministério Público, ou ainda procedimento administrativo instaurado na própria entidade pública à qual está vinculado), seja, caso ainda não o tenha feito, durante toda a fase instrutória da ação de improbidade administrativa ajuizada, que, frisamos, possui o rito ordinário.

Cabe ainda destacarmos que a Medida Provisória n. 2.088-35/2000, que conferiu nova redação ao art. 17 da Lei n. 8.429/1992, trouxe ainda mais uma oportunidade de exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do requerido – a

conhecida “defesa preliminar” do parágrafo 7º, momento inicial do processo, quando ainda sequer foi recebida a ação de improbidade administrativa pelo Poder Judiciário, em que o “indiciado” poderá fornecer resposta por escrito, instruída com documentos e justificações, para análise prévia do juízo, deduzindo todos os argumentos de defesa que possui, que poderá levar à rejeição da ação caso convença o juiz da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da ação.

Dessa forma, mais uma oportunidade, que consideramos excessiva e desarrazoada, foi criada pela legislação com o objetivo de preservação máxima do contraditório e da ampla defesa, significando, na prática, uma dupla oportunidade de contestação a ser ofertada pelo requerido.

Assim, não há como se admitir a tese absurda de inobservância dos princípios constitucionais, já que há o contraditório e a ampla defesa, fielmente preservados, bem como resta mantida *in totum* a presunção de inocência do requerido, que só será condenado pela prática de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito incorrendo nas sanções do art. 12, I, do mesmo diploma legal, ao final do longo processo judicial em que teve diversas oportunidades de comprovar a origem lícita de seu patrimônio, mas não logrou êxito em fazê-lo.

4 Conclusões

Após buscarmos a análise dos principais aspectos interpretativos e polêmicos que envolvem o art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa, dentro dos limites propostos e com a consciência de estarmos longe do exaurimento do tema, podemos sucintamente chegar a algumas importantes conclusões:

1. Os agentes públicos devem rígida observância aos princípios que norteiam a Administração Pública, explícitos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 e na legislação esparsa, bem como aos princípios implícitos deles decorrentes, extraídos da interpretação sistemática e teleológica do ordenamento

- jurídico brasileiro.
2. Os agentes públicos têm o *dever jurídico* de formar um patrimônio com origem lícita e passível de comprovação a qualquer momento, mediante documentação, devendo prestar fiel e anualmente as informações acerca de todo o seu patrimônio, mediante declaração ao serviço de pessoal competente, na forma do art. 13 da Lei n. 8.429/1992, como forma de controle, pela Administração Pública, da evolução patrimonial dos agentes públicos e método preventivo de detecção de atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito.
 3. O inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992 traz forma de ato de improbidade administrativa *subsidiária*, uma vez que só resta configurada quando não caracterizada outra conduta estabelecida em um dos outros incisos do mesmo dispositivo legal.
 4. Trata-se de hipótese excepcional de *responsabilidade objetiva*, pois prescinde da presença de qualquer elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta do agente público, bastando a comprovação da aquisição de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução de seu patrimônio ou renda, e o nexu causal de que essa aquisição patrimonial ocorreu durante o exercício da função pública.
 5. O dispositivo analisado consagra a *regra da distribuição do ônus da prova* existente na legislação processual civil brasileira, estabelecida no art. 333, II, do Código de Processo Civil: ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos – a aquisição de bens de qualquer natureza em desproporção à evolução patrimonial do agente público; já ao agente público requerido cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, ou seja, de que o patrimônio por ele amealhado e indicado como obtido ilicitamente possui origem comprovada, não resultando em enriquecimento ilícito.
 6. Prevalece a *mens legis* sobre a *mens legislatoris* como método de interpretação a ser utilizado, isto é, a exegese a ser conferida ao inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992 é aquela bus-

cada no espírito da Lei de Improbidade Administrativa, em consonância com o desiderato almejado pela própria Constituição Federal. Assim, é a interpretação que consagre a maior abrangência possível de atos sancionáveis pelo ordenamento jurídico que deve ser adotada, uma vez que é o objetivo da Lei Magna impedir ao máximo o locupletamento ilícito daqueles que trabalham para a coletividade, gerindo o patrimônio público e sendo por ela remunerados.

7. Há presunção relativa de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito do agente público que adquiriu bens ou valores, de qualquer natureza, incompatíveis com sua evolução patrimonial, durante o exercício de sua função pública. Não ocorre violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, insculpidos respectivamente no art. 5º, LVII e LV, da Constituição Federal de 1988.

87

Referências

DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa – Algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio (Org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antônio Herman. *Ministério Público e afirmação da cidadania*. São Paulo: Edição do Autor, 1997.

FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade administrativa. In: SOCKUN, Maurício et alii. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GARCIA, Émerson. A Improbidade Administrativa e sua Sistematiza-

ção. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 86, set. 2003. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4284>>. Acesso em: 6 maio 2009.

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

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito. *Revista dos Tribunais*, n. 712, fev. 1995.

88 MARTINS JÚNIOR, Wallace de Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Alguns meios de investigação da Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*, Fascículo Penal, ano 85, v. 727, maio 1996.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa*. Comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

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



Competência federal no processo coletivo

Tiago Alzuguir Gutierrez

1. Introdução. 2. Característica sintética da Lei de Improbidade Administrativa. 3. Debates sobre competência para julgamento de ações civis públicas. 4. Competência da Justiça Federal. Incoerências geradas pela leitura tradicional. 5. O papel do Ministério Público na ordem jurídica atual. 6. Atribuições do Ministério Público Federal e competência da Justiça Federal em razão da pessoa. 7. Problemas decorrentes. 8. Competência da Justiça Federal em razão da pessoa substituída.

No âmbito do “processo coletivo”, uma das mais tormentosas questões é a da competência. A competência territorial, fixada como absoluta e definida de forma distinta em diversos diplomas (LACP, CDC e a própria Constituição, nos parágrafos do art. 109), suscita inúmeros debates, especialmente por conta da notória confusão entre competência e limites subjetivos da coisa julgada. Contudo, a distinção entre a competência das Justiças Federal e Estadual gera também uma série de dúvidas. Esse último ponto será objeto do presente artigo, que pretende levantar algumas questões relacionadas à transformação que vêm ocorrendo nos últimos anos acerca do entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

Tratando-se do Direito, não há que se buscar proposições sujeitas à verificação empírica. Assim, o texto vai tomar em consideração algumas das diferentes possibilidades de interpretação das normas processuais pertinentes, para refletir acerca de possíveis consequências sobre a prática forense. Há que se ponderar que também não há possibilidade alguma de verificação quanto aos métodos interpretativos, sendo mais apropriado apostar na complementaridade (BRANCO, 2008. p. 98), sem exclusão *a priori* de qualquer deles.

2 Característica sintética da Lei de Improbidade Administrativa

92

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), de 2 de junho de 1992, foi editada com o fito de regulamentar a previsão constitucional do art. 37, § 4º, que, apesar de inserido num texto bastante minudente, mostra-se de redação singela¹. A LIA igualmente se apresenta como um texto normativo conciso, característica que pode ser considerada uma de suas grandes virtudes. Num sistema de direito escrito, tradicionalmente rígido e hierarquizado, isso gera forte resistência por parte do operador. Porém, esse quadro vem se modificando com o avanço de novas concepções (diferentes métodos de interpretação, ponderação de valores, dinamismo da Constituição etc.). Assim, mais do que nunca, a aplicação da norma transcende as fronteiras de uma operação de mera subsunção.

A Lei n. 8.429/1992 apresenta-se como uma dessas normas cujos parâmetros aplicativos são fluidos, permitindo que o texto constitucional seja potencializado em sua efetividade, sem óbices decorrentes de uma tipologia hermética. Evita-se, com isso, que determinado fato fique à margem da lei, embora ofenda os valores que a norma constitucional pretende tutelar. Exemplo disso é encontrado na redação dos arts. 9º a 11, que estabelecem as condutas tidas como ímprobadas de maneira exemplificativa.

Com isso, sem abrir mão do respaldo da legalidade, a Constituição não se curva à inesgotável criatividade humana. Essa maleabilidade contribui para a efetividade da lei. Ao mesmo tempo, permite os ajustes necessários no momento de sua aplicação, sem o engessamento de disposições minudentes, que impeçam a mutação informal. A situação é bem captada por Teori Albino Zavascki. O autor, que apresenta a responsabilização por atos de improbidade administrativa como forma de tutela de direitos transindividuais, afirma:

¹ § 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.

[...] sem a tradição dos mecanismos da tutela individual de direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas. O tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários, sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (ZAVASCKI, 2006. p. 27)

Contudo, a singeleza e a textura aberta da norma geram, ao longo desse processo de acomodação referido por Zavascki, muitas divergências interpretativas, acerca das quais é imprescindível refletir, na tentativa de contribuir para que os debates forenses não se perpetuem, em prejuízo contra a adequada prestação jurisdicional. Um dos temas que têm gerado polêmica é o da competência.

93

3 Debates sobre competência para julgamento de ações civis públicas

No tocante à competência territorial, tendo em vista a mútua complementaridade entre as ações exercitáveis no âmbito da jurisdição coletiva, tem prevalecido a aplicação do critério fixado pelo art. 2º da Lei n. 7.347/1985 (local do dano, competência absoluta). Os critérios para definição do local do dano são propostos pela doutrina com algum consenso, considerando-se, por exemplo, a sede da pessoa jurídica lesada ou o local da ação ilícita, porém, em relação à Justiça Federal, algumas questões são tormentosas, como, entre outras, a aplicação dos critérios estabelecidos nos parágrafos do art. 109².

² § 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 228.955-9/RS³, consignou que a edição da regra do art. 2º da Lei n. 7.347/1985 não significou a utilização, pelo legislador ordinário, da prerrogativa estabelecida no § 3º do art. 109 da Constituição, registrando na ementa do julgado que “o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano”. Diante disso, no julgamento do EDCComp n. 27.676/BA⁴, o Superior Tribunal de Justiça cancelou o enunciado n. 283 da Súmula de Jurisprudência, que fixava o oposto.

Já no tocante aos §§ 1º e 2º, há doutrina sustentando sua integral aplicabilidade à ação por improbidade administrativa⁵, reputando que, em sendo autora a União, a competência será necessariamente definida pelo domicílio do réu e, em sendo autor o Ministério Público, aplica-se o § 2º. A questão será retomada mais adiante, mas desde já observa-se que a ação por improbidade proposta pelo Ministério Público não é propriamente uma ação contra a União, já que o art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992, remete à sistemática estabelecida pela Lei da Ação Popular, permitindo que a pessoa jurídica supostamente lesada assumam qualquer dos polos da ação, ou até se abstenha de intervir.

Assim, embora a competência territorial suscite algumas discussões, parece haver menos indefinição do que no tema da definição da competência da Justiça Federal e da atribuição dos órgãos do Ministério Público Federal e Estadual. Como mencionado, o entendimento jurisprudencial vem se modificando gradualmente. A par disso, alterações legislativas são debatidas atualmente, inclusive anteprojeto de lei cuja aprovação significaria o advento do chamado “Código de Processo Coletivo”.

previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

³ RE n. 228.955-9/RS, Min. Ilmar Galvão, Plenário, j. 10.2.2000, DJ 14.4.2000.

⁴ EDCComp n. 27.676/BA, 1ª Seção, rel. Ministro José Delgado, j. 08.11.2000, DJ 5.3.2001.

⁵ Cf. ALVES; GARCIA, 2006. p. 27.

4 Competência da Justiça Federal. Incoerências geradas pela leitura tradicional

Antes de tudo, é interessante pontuar que se cuida de matéria cível. Apesar de aventada a tese de que a responsabilização por improbidade administrativa teria natureza criminal, como o § 4º do art. 37 da Constituição ressalva expressamente a incidência dos instrumentos de persecução penal, os tribunais sempre entenderam tratar-se do campo cível, de forma que se adota essa mesma perspectiva para abordar o tema. Tratando-se de questão cível, afeta à Justiça comum, o eventual problema de se fixar a competência da Justiça Federal ou Estadual se resolve, por via de regra, *ratione personae*, e não *ratione materiae*, como no campo penal, conforme estabelece o art. 109, inciso I, da Constituição⁶. Assim, ressalva feita aos demais incisos que igualmente tratam de matéria cível (em geral referindo “causas”), o critério eleito pela Constituição foi subjetivo.

95

Apesar disso, significativa parte da doutrina entende que o Ministério Público não deva ser considerado para a finalidade de fixação da competência da Justiça Federal, reputando que a instituição não se enquadra nas disposições do art. 109, I. Efetivamente, a redação da norma indica essa interpretação, fundada também na visão tradicional sobre o papel do *Parquet*. Sob tal ponto de vista, a atribuição do órgão do Ministério Público se define a partir da competência do órgão jurisdicional perante o qual atua.

Importa também registrar que, com as referências à competência em razão da pessoa (ou seja, ao inciso I do art. 109), são comuns as remissões, no bojo de ações civis públicas, ao chamado “interesse federal”, como determinante da competência da Justiça Federal. Trata-se de ideia desenvolvida com base

⁶ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho [...]

na disposição contida no inciso IV do art. 109 da Constituição⁷, também constante de textos anteriores, e que se caracteriza como a cláusula mais abrangente entre aquelas que definem a competência criminal da Justiça Federal, estabelecendo critério *ratione materiae*.

A invocação do critério utilizado no âmbito criminal funciona como válvula de escape em relação aos problemas gerados pelo art. 109, inciso I, no âmbito do processo coletivo. Em muitos dos casos pertinentes a direitos transindividuais, a discussão a respeito da competência federal ou estadual não merece maior atenção, pela presença da União, empresa pública ou autarquia federal. Por exemplo, no campo consumerista, com o acionamento de agência reguladora, ou na seara ambiental, em que, muitas vezes, de forma conjunta com a responsabilização do empreendedor ou degradador, é interpelado também o órgão ambiental, por ser o licenciador, ou por omissão no exercício do poder de polícia.

São peculiaridades do direito material que levam a tanto, mas há também situações que geram perplexidade. Sendo a competência fiscalizatória concorrente, tendo havido exercício do poder de polícia pelo órgão estadual (sendo portanto questionável a imputação de omissão ao órgão federal), mas tratando-se de dano ambiental ocorrido em bem da União, há um natural inconformismo com a fixação da competência estadual, já que isso representa tratamento diferente daquele dado a casos em tudo similares, bem como definição casuística da competência jurisdicional. Em situações como essa é que surgem as referências aos critérios determinantes da competência criminal, ou seja, ao “interesse federal” – definido pelos tribunais como aquele interesse direto e específico da União, apto a ensejar o deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal – e até

⁷ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

mesmo aos enunciados 208 e 209 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸.

Certamente essa dificuldade se mostra ainda mais presente nas ações de responsabilização por improbidade administrativa. Nos casos em que servidor estadual ou municipal se locupleta de verbas repassadas por ente federal, sujeitas a prestação de contas (ao Tribunal de Contas da União ou ao próprio órgão ou entidade autor da transferência), em poucos casos surgem questionamentos em relação à competência federal. Mas, em verdade, a quase totalidade das ações de improbidade é ajuizada pelo Ministério Público, e, em vista da disposição do art. 17, § 3º, a União (ou a entidade federal lesada) é intimada para se manifestar, aplicando-se o regime previsto pela Lei da Ação Popular, ou seja, a União pode contestar a ação, aderir ao pedido, ou abster-se de participar do feito.

Nas duas primeiras hipóteses, nenhuma dificuldade: estando a União presente, afirmada está a competência federal, que, em matéria cível, é definida em razão da pessoa. Porém, muitas vezes a opção do ente federal é a de se abster. Ademais, as normas internas da Advocacia-Geral da União impõem que advogados da União e procuradores federais submetam a análise do caso aos superiores hierárquicos⁹, ou seja, o posicionamento manifestado demora algum tempo para vir aos autos. Havendo abstenção da União ou do ente federal lesado, ou mesmo sendo postergada a manifestação de seu posicionamento, não há, segundo a interpretação tradicional do art. 109, inciso I, da Constituição, qualquer circunstância determinante da competência da Justiça

⁸ 208. Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal. 209. Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

⁹ V.g. Ordem de Serviço n. 64, de 7.12.2007. A decisão é tomada pela chefia estadual, regional ou, em muitos casos, pela chefia nacional (Procurador-Geral da União, diretamente subordinado ao Advogado-Geral da União). Curiosamente, o art. 11 estabelece: “É vedada a juntada de cópia ou de informações, nos autos judiciais, bem como a reprodução do conteúdo das notas, pareceres e despachos proferidos em processos administrativos que analisaram o interesse da União na intervenção ou na propositura das ações”.

Federal. Muitas vezes surge aí a referência aos enunciados 208 e 209 da súmula do STJ, que nitidamente externam a interpretação da corte a respeito do inciso IV do art. 109 (matéria criminal).

O curioso, porém, é que idêntico problema ocorre quando a conduta ímproba objeto da ação foi perpetrada por agente público federal. As ações são ajuizadas, em sua maioria, pelo Ministério Público. Quando intimada na forma do art. 17, § 3º, da LIA, a entidade lesada muitas vezes se abstém de participar do feito, ou posterga seu posicionamento definitivo. Assim, não há no processo, como autora, ré, assistente ou oponente, União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao menos de acordo com a leitura tradicional do dispositivo constitucional. O autor em geral é o Ministério Público Federal, e o réu, servidor público federal, ou ex-servidor. Embora aqui o questionamento da competência seja ainda menos comum, uma das soluções adotadas é o apego à súmula de jurisprudência antes mencionada.

É mais aceitável a invocação das súmulas 208 e 209 nas ações de responsabilização por ato de improbidade administrativa do que nas demais ações versando sobre direitos transindividuais. Isso a partir da interpretação segundo a qual na referência do art. 109, IV, a “infrações penais” estaria compreendida também a improbidade administrativa, dado o caráter punitivo do microsistema (embora não criminal). Porém, essa não é a leitura agasalhada pela jurisprudência e geraria infundáveis discussões sobre a natureza do ato ímprobo, inclusive em contrariedade ao julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.797¹⁰, ocasião em que excluiu do foro por prerrogativa de função o julgamento da improbidade, justamente reafirmando a sua natureza cível, em decisão de efeitos vinculantes.

Observa-se, inclusive, que no próprio Supremo Tribunal Federal o enfrentamento da questão se dá, em alguns casos, sem uma distinção clara entre os critérios estabelecidos para os âmbi-

¹⁰ STF, ADI n. 2.797, Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 15.9.2005, Informativo STF n. 362.

tos penal e cível. Poucas são as decisões proferidas a respeito, mas em alguns casos houve referência ao interesse federal, definindo-se a atribuição do MPF¹¹. São situações em que os fatos poderiam acarretar consequências nas duas searas, mas incluem conflitos de atribuição suscitados em razão da tramitação de inquérito civil, assim como questionamento de competência para julgamento de ação por improbidade administrativa.

Em outras ocasiões, Ministros do Supremo fizeram a distinção entre os critérios cível e criminal, decidindo conflitos de atribuição entre Ministério Público Federal e Estadual de maneira a incumbir ao primeiro a persecução penal e ao segundo o ajuizamento da ação por improbidade¹². Há referência à jurisprudência da corte no sentido de que o interesse da União para definição da competência criminal não é unicamente o patrimonial, mas também o moral. Nessa linha, tampouco fica afastado o interesse processual da União em relação à improbidade¹³, e sua eventual intervenção acarretaria o deslocamento da ação para a Justiça Federal, sendo o processo então conduzido pelo MPF, a quem antes supostamente falecia atribuição.

Os prejuízos à efetividade são sentidos na prática, mas algumas dessas dificuldades são afastadas com a adoção de outro entendimento a respeito da definição das atribuições dos órgãos do Ministério Público. Isso passa por pensar a questão não apenas com os olhos postos sobre a competência do juízo perante o qual atua o órgão ministerial. Passa, também, por uma releitura do art. 109, I, da Constituição.

¹¹ ACO 852/BA, Min. Carlos Britto, j. 3/5/2006, DJ 10/5/2006; ACO 911/SP, Min. Ricardo Lewandowski, j. 14/12/2006, DJ 1/2/2007; ACO 1041/SP, Min. Gilmar Mendes, j. 16/4/2008, DJ 29/4/2008, RE 598871/AM, Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/10/2010, DJ 17/11/2010.

¹² ACO 1285/SP, Min. Dias Toffoli, j. 8/3/2010, DJ 15/3/2010; ACO 1457/ES, Min. Dias Toffoli, j. 13/5/2010, DJ 21/5/2010; ACO 1242/DF, Min. Joaquim Barbosa, j. 12/8/2010, DJ 19/8/2010; ACO 1151/MG, Min. Joaquim Barbosa, j. 12/8/2010, DJ 20/08/2010.

¹³ O Ministro Joaquim Barbosa é expresso no sentido de que a determinação se dá “*sem prejuízo do posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União*”.

5 O papel do Ministério Público na ordem jurídica atual

No desenho institucional das Constituições anteriores, o Ministério Público recebia do texto uma atenção significativamente menor, o que justifica o perfil dos textos de direito processual, em que as atribuições do MP não são expressamente apontadas. No âmbito criminal, basta buscar a competência do órgão jurisdicional e verificar quem é o membro do Ministério Público oficiante, para se concluir ser ele o *dominus litis*. No campo cível, quando a atuação se dá na qualidade de fiscal de lei, em processos envolvendo direitos individuais, também não há motivo para que o critério seja outro.

100

Porém, nas últimas décadas, novas sendas de atuação do MP foram delineadas pelo legislador, especialmente a partir do advento da Lei da Ação Civil Pública. O debate acerca dos mecanismos de tutela de direitos transindividuais era corrente, e os institutos processuais correspondentes vinham sendo criados nos países de direito escrito, embora já consagrados, por exemplo, nos Estados Unidos, onde as primeiras regras pertinentes às *class actions* datam da década de trinta do século passado¹⁴. Fato é que se construiu, no Brasil, uma legislação moderna, que aos poucos ganhou efetividade, especialmente por conta da atuação do Ministério Público.

Num curto período viria a Assembleia Constituinte, e nesse momento foi consagrada, como garantia fundamental, a tutela jurisdicional dessas novas modalidades de direitos, vide art. 5º, LXX e LXXIII, e art. 8º, III. Outros exemplos de dispositivos constitucionais pertinentes à questão podem ser encontrados no Título IV, Capítulo IV, Seção I (“Do Ministério Público”), em que foram alçados a nível constitucional mecanismos estabelecidos pela LACP. Além de constitucionalizados institutos então recentes, formou-se um novo desenho do Ministério Público, com atribuições bastante alargadas. A partir daí, o *parquet* principiou por

¹⁴ ZAVASKI, *op. cit.*, p. 30.

desenvolver novos papéis, ganhando destaque atribuições extrajudiciais. Por meio do inquérito civil e de procedimentos correlatos, uma enorme gama de questões passou a receber tratamento exclusivamente nesse âmbito.

O MP exerce hoje um papel importante para o exercício democrático brasileiro: o de efetivamente prestar atendimento e informações à população. Ao lado da Defensoria Pública (ainda pouco estruturada no plano federal e em parte dos Estados da federação), é um dos poucos órgãos de portas abertas para o cidadão. Muitos problemas se resolvem por meio de reuniões, solicitações e requisições, que aproximam o Ministério Público do papel do *ombudsman*. Em outras situações, são expedidas recomendações a entidades públicas e privadas, orientando-as no sentido do afastamento de determinada ilegalidade. Por vezes, após negociação, celebra-se compromisso de ajustamento de conduta, em que as partes transacionam acerca da forma de satisfação de determinada obrigação.

Tudo isso (atuação extrajudicial) por certo não afasta, pelo contrário, aproxima o Ministério Público de sua definição constitucional, como “função essencial à Justiça”. As soluções extraprocessuais baseiam-se (não exclusivamente, mas eminentemente) na “advertência implícita” de que, não resolvido o problema, será ele levado à Justiça. De qualquer forma, essa ligação atávica ao Poder Judiciário não modifica a conclusão anterior, de que as atribuições do Ministério Público são mais amplas do que a atuação perante um determinado órgão jurisdicional. Aliás, no seio da chamada “tutela coletiva” (englobados aí direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), a atuação extrajudicial do Ministério Público muitas vezes parece ser a mais importante. E todas essas atribuições decorrem diretamente das normas constitucionais (arts. 127 a 129) e da legislação pertinente (LACP, ECA, CDC, leis orgânicas, entre outros diplomas), sendo desnecessária a verificação da competência do órgão jurisdicional perante o qual normalmente atua um determinado órgão do Ministério Público.

6 Atribuições do Ministério Público Federal e competência da Justiça Federal em razão da pessoa

O Ministério Público Federal é um dos ramos do Ministério Público da União (art. 128, I, “a”, CF), portanto, é órgão da União, que funciona como parte num grande número de demandas. Tomando a premissa de que o órgão do Ministério Público não tem suas atribuições *a priori* fixadas com base na competência do órgão jurisdicional, poderia ser considerado para os fins do art. 109, inciso I, da Constituição Federal (embora inegavelmente a interpretação sistemática do texto constitucional, numa primeira visada, não aponte nessa direção).

102

Isso, por certo, guarda especial relevância em se tratando do Ministério Público Federal, uma vez que a atuação dos demais ramos do Ministério Público da União tem estreita relação com as Justiças especializadas (nos casos do MP Militar e do MP do Trabalho) ou com a Justiça do Distrito Federal (MP do Distrito Federal e Territórios, que exerce as funções dos congêneres estaduais, no âmbito distrital), inclusive por conta da definição de atribuições estabelecida pela Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do MPU). É, portanto, admissível a interpretação de que, sendo parte o Ministério Público Federal, ramo do Ministério Público da União, fixada está a competência da Justiça Federal, por força da incidência do art. 109, I, da CF.

Obviamente, disso não decorre o absurdo de que o juiz federal esteja compungido a analisar o mérito de toda e qualquer ação judicial intentada por um procurador da República. Ao revés, o magistrado exerce papel de controle em relação à atuação concreta do membro do Ministério Público Federal, face às atribuições fixadas para o órgão ministerial, no plano constitucional e infraconstitucional. Contudo, tal controle não seria expressado em termos de afirmação ou negação da competência da Justiça Federal, mas como uma questão de legitimidade do Ministério Público Federal para a tutela do direito debatido naquela específica situação, ou seja, a questão seria de *legitimatío ad causam*, e não de competência.

Adotado esse ponto de vista, a competência é problema anterior, resolvido pelo juiz com a simples constatação de que um órgão federal (MPF) é parte no processo. A partir daí, incumbe ao magistrado verificar se aquele órgão tem ou não legitimidade para defender em juízo esse determinado interesse. A consequência primeira da adoção de tal posicionamento diz respeito à aplicação do art. 267, inciso VI, do CPC, e não do art. 113, § 2º, do diploma processual, ou seja, ao invés de remeter os autos ao juízo competente para a causa, deve o juiz extinguir o feito, sem análise de mérito.

Então, de se questionar como se define a legitimação do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos dos Estados para fazerem atuar os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos envolvendo direitos coletivos (sentido amplo), bem como para a eventual propositura da ação pertinente. O critério não pode, infelizmente, ser extraído das respectivas leis orgânicas (Lei Complementar n. 75/1993 e Lei n. 8.625/1993), tendo em vista que definem atribuições bastante genéricas, com disposições bastante similares. Como aponta Zavascki, a LC n. 75/93 define como atribuições do MPU funções que são comuns ao Ministério Público Estadual¹⁵.

Apesar da fluidez, um critério possível é o recurso ao princípio federativo, bem como ao chamado “interesse federal”, talvez sem o apego aos parâmetros jurisprudenciais fixados a partir do inciso IV do art. 109, cuja redação leva a uma interpretação restritiva. Esse posicionamento é defendido por Teori Albino Zavascki na obra antes referida, inclusive no tocante aos critérios para a divisão de atribuições entre Ministério Público Federal e Estadual, à luz do princípio federativo.

Antes de mencionar suas lições, em que ele se refere à ação civil pública de uma forma geral, importa destacar a leitura dada pelo autor ao sistema de processo coletivo. Para ele, os direitos difusos e coletivos, conforme definidos no Código de Defesa do

¹⁵ *Op. cit.*, p. 142.

Consumidor (art. 81, parágrafo único, da Lei n.º 8.078/90), caracterizados por sua indivisibilidade, devem ser tratados por transindividuais¹⁶, sendo chamada de “ação civil pública” aquela que vise à sua tutela¹⁷, ao menos quando se tratar de ação proposta em regime de substituição processual. Nisso se inclui a tutela do direito difuso à moralidade na Administração, sendo, portanto, a ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa uma modalidade de ação civil pública. Já os direitos individuais homogêneos não admitiriam a nomenclatura de transindividuais, pois identificáveis seus titulares. Com isso, renega-se a classificação dos direitos a partir de um critério processual. Para o autor, devem ser chamadas de ações coletivas aquelas que visem à tutela conjunta de direitos materialmente individuais. Daí o subtítulo da obra: “*Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*”.

Assim, Zavascki, ao referir “ação civil pública”, trata também da ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, esta uma modalidade daquela. Indica, da seguinte forma, critérios para a definição da atribuição dos ramos federal e estadual do Ministério Público¹⁸:

O limitador implícito na fixação das atribuições do Ministério Público da União (ressalvado, obviamente, o do Distrito Federal e Territórios) é, certamente, o da existência de interesse federal na demanda. Caberá a ele promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria – as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) – ou em razão da pessoa – as

¹⁶ *Op. cit.*, p. 39.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 65 e seguintes.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 142-143.

que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as [em] que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I).

Entre os ramos do Ministério Público da União, apenas não foi mencionado o Ministério Público Militar, o que se justifica em razão de a competência da Justiça Militar, nos termos do art. 124 da Constituição, ser unicamente criminal. Além disso, o autor afirma que a legitimidade dos demais ramos decorre da competência do órgão jurisdicional perante o qual atua. É o que ocorre quando trata da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da própria Justiça Federal, ao mencionar as causas assim definidas em razão da matéria ou da pessoa.

Com isso, aparentemente, há um retorno aos critérios que sempre foram utilizados para definição das atribuições (a alteração efetiva em relação ao entendimento tradicional seria apenas a consequência da falta de competência – remessa a outro juízo – ou legitimação – extinção do feito sem julgamento do mérito). Em verdade, o posicionamento adotado não modifica radicalmente a prática judiciária em relação à definição da competência da Justiça Federal para o julgamento de ações civis públicas. Talvez confira maior tecnicidade à invocação do interesse federal, compatibilizando-a com a sistemática estabelecida pela Constituição para a definição da competência cível da Justiça Federal.

É inegável a similaridade entre as divisões do Ministério Público e do Judiciário. Portanto, não sendo as atribuições de cada ramo do *parquet* minudentemente delineadas, e sendo preciso buscar o interesse federal para definir a legitimidade para agir, é natural que se infira presente tal interesse a partir do elenco das causas submetidas aos órgãos judiciários da União. A perspectiva (implícita no texto) é a de que, ao estabelecer, por exemplo, a competência da Justiça Federal nos incisos III e XI do art. 109, a Constituição afirma o interesse federal nas causas “fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional” e nas “que envolvam disputa sobre direitos

indígenas”. Portanto, pode-se extrair daí o interesse federal que confere legitimação ao Ministério Público Federal. Uma ação civil pública movida por uma associação, tratando sobre direitos indígenas, seria de competência federal pela aplicação do inciso XI. Uma ação civil pública tratando de direitos indígenas, proposta pelo Ministério Público Federal, seria de competência federal por conta da aplicação tanto do inciso XI como do inciso I (competência em razão da pessoa).

Porém, é preciso destacar que a exposição do raciocínio formulado pelo professor Zavascki é bastante sintética e não permite entrever seu posicionamento em relação a algumas situações concretas. Assim, é possível, com base em suas colocações, explorar a mudança de perspectiva, visando à solução de alguns problemas práticos. De se observar desde logo que o elenco do art. 109 está longe de esgotar a definição do interesse federal que legitima a atuação do Ministério Público Federal. Há indicação disso na obra, embora sem maior detalhamento, como se verá adiante. Vale seguir com a citação, retomada do ponto em que afirma que o interesse federal está presente nas causas que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou naquelas em que tais entidades figurem entre os substituídos processuais no polo ativo¹⁹:

Este último ponto merece explicitação. Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 143.

Outras hipóteses de atribuição do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas serão configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, circunstância que, se for o caso, poderá ser contestada pela parte contrária e aferida, inclusive de ofício, em sede jurisdicional.”

Ao referir a questão da substituição processual de ente federal, o autor limita o interesse federal à substituição da própria União, das autarquias e das empresas públicas (ou seja, as entidades federais referidas no inciso I do art. 109) e parece referir única e exclusivamente a questão patrimonial. Correndo-se o risco de mal interpretar suas ideias, constata-se que, aparentemente, outras questões (não patrimoniais) se enquadrariam na colocação final, que refere a identificação de interesses federais a partir do princípio federativo, e funciona como verdadeira cláusula de encerramento de um rol exemplificativo.

Mesmo em questões não patrimoniais, a União é uma substituída. De qualquer forma, mesmo que a ideia de substituição fique adstrita à seara patrimonial, as hipóteses finais indicadas no texto citado permitem que uma considerável gama de situações seja resolvida sem o frágil apoio nos critérios fixados para o âmbito criminal. O raciocínio afasta as dificuldades de aceitação da competência federal em certos casos, dando maior alcance ao princípio federativo. Como exemplo, citam-se as ações fundadas em violação à competência legislativa federal (por exemplo, aquelas em que se buscou o fechamento de casas de jogo que funcionavam com base em legislação estadual); os casos de improbidade de servidor federal, embora sem causação de prejuízo ao erário; os casos de dano ambiental em bem de domínio da União.

No início do presente trabalho referiu-se a modificação jurisprudencial a respeito do tema. Essa mudança tem forte participação do Ministro Teori Zavascki, citando-se o julgamento do Recurso Especial n. 440.002²⁰, cuja ementa transcreve as lições supra, de maneira bastante didática, concluindo ao final que

²⁰ STJ, REsp n. 440.002/SE, Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, j. 18.11.2004, DJ 6.12.2004.

a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o IBAMA²¹.

Ao referir, porém, como definidora do interesse federal a substituição processual das entidades indicadas no inciso I do art. 109, o professor Zavascki dá ensejo a alguma limitação do alcance potencial de suas lições. Uma das questões, no âmbito da improbidade administrativa, que podem ser resolvidas a partir desse novo posicionamento, diz respeito ao ato praticado em desfavor de sociedade de economia mista com participação federal. É o caso do Banco do Brasil, ou de algumas das Companhias Docas espalhadas pelos Estados.

Com fulcro no inciso I do art. 109, a competência para apreciação de ações de improbidade envolvendo empregados de tais empresas vem sendo declinada por Juízes Federais²². Em alguns casos, a ação prossegue no âmbito estadual; mas há relatos também de situações em que o Ministério Público dos Estados refuta sua atribuição para a causa, em razão da previsão da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica dos Ministérios Públicos dos Esta-

²¹ Em julgamento isolado, com voto condutor bastante singelo, a 1ª Seção do STJ decidiu, ainda em 1993, que, “Se o Ministério Público Federal é parte, a Justiça Federal é competente para conhecer o processo” (CC 4.927-0, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.9.1993, *DJ* 4.10.1993). Nos últimos anos, várias decisões têm seguido o mesmo entendimento, em ações que tratam de diferentes temas. São exemplos: CC 40.534/RJ, Min. Teori Zavascki, j. 28/4/2004, *DJ* 17/5/2004 (bingos); CC 56.460/RS, Min. José Delgado, j. 28.2.2007, *DJ* 19.3.2007 (jogos eletrônicos); CC 90.106/ES, Min. Teori Zavascki, j. 27/2/2008, *DJ* 10.3.2008 (acesso a praias); CC 86.632/PI, Min. Luiz Fux, j. 22.10.2010, *DJ* 10/11/2008 (bingos); CC 112.137/SP, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24/11/2010, *DJ* 1.12.2010 (venda casada em lanchonetes).

²² Apesar de não se verificar declinação quando, tendo a improbidade sido praticada por servidor federal, a União se abstém de participar do feito, não se configurando, à luz do entendimento tradicional, a hipótese do art. 109, I.

dos) de que lhe incumbe promover a ação civil pública apenas “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa *do Estado ou de Município*, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”²³, bem como garantir o respeito aos direitos assegurados pelas Constituições Federal e Estadual

I - pelos poderes estaduais ou municipais; II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; IV por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública²⁴.

109

Em verdade, não falta razão aos promotores de Justiça que invocam tal argumento. Na divisão de atribuições entre Ministério Público Federal e Estadual, com arrimo no princípio federativo, é possível concluir que ao *parquet* estadual apenas compete atuar no controle da Administração estadual ou municipal. Embora não esteja a sociedade de economia mista federal arrolada no inciso I da Constituição, há interesse federal na coibição da prática de improbidade por seus empregados e outros que se enquadrem no conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa. Daí decorreria a legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura da respectiva ação.

Para alguns autores, a solução para o impasse está na atuação do Ministério Público Federal perante a Justiça Estadual²⁵, mas o posicionamento de Zavascki bem poderia ser mais explorado, definindo-se a atribuição do MPF e a consequente competência da Justiça Federal, com maior coerência. Embora a entidade

²³ Lei n. 8.625/1993, art. 25, inciso IV, alínea “b”, destaque acrescido.

²⁴ Lei n. 8.625/1993, art. 27.

²⁵ V.g. NERY JÚNIOR, Nelson, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

lesada diretamente seja a sociedade de economia mista, a União se encontra na ampla gama de substituídos processuais numa ação que busque evitar ou reparar dano (até mesmo o não patrimonial) à entidade de que participa.

De se notar que o raciocínio vale até mesmo para as entidades do terceiro setor *“para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra”*, ou *“que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício”* (art. 1º da Lei n. 8.429/1992). O que se observa é que, em relação a tais entidades, os questionamentos quanto à competência são menos frequentes do que naquelas situações que envolvam sociedade de economia mista federal, o que certamente é paradoxal.

110

Dessa forma, o interesse federal, que definiria a atribuição do Ministério Público Federal, e, portanto, a competência da Justiça Federal, pode ser extraído do próprio rol do art. 109, quanto aos incisos em que definida a competência cível do Judiciário da União (incisos III e XI). Também dos casos em que as entidades referidas no inciso I estejam entre os substituídos. Aí, para se definir sua caracterização como substituída, pode-se utilizar o já consolidado critério da prestação de contas, albergado, no âmbito criminal, pelos enunciados 208 e 209 da súmula de jurisprudência do STJ, resolvendo-se assim os casos em que o desvio se dá por servidor estadual ou municipal, o que inclusive contribui para o tratamento uniforme nos âmbitos cível e criminal.

Além disso, seja ampliando-se a questão da substituição processual da União para além da esfera patrimonial, seja com base no princípio federativo e demais dispositivos constitucionais, outras hipóteses também ensejariam atribuição do Ministério Público Federal para manejar ação civil pública. É o que ocorre nos já referidos exemplos de dano ambiental em bem de domínio da União, ou de usurpação de sua competência legislativa. Outra hipótese é a relativa a serviço público federal (independentemente de no polo passivo constar agência reguladora federal ou a própria União), valendo referir que o art. 27 da Lei n. 8.625/1993, em consonância com o texto constitucional, li-

mita a atuação do Ministério Público Estadual à fiscalização dos “concessionários e permissionários de serviço público *estadual ou municipal*”²⁶.

7 Problemas decorrentes

Em vista das colocações supra, reputa-se que o entendimento defendido pelo professor Teori Zavascki racionaliza a definição da competência da Justiça Federal no âmbito do processo coletivo, e potencializa a efetividade das normas constitucionais de que se infere o interesse federal. Porém, é inegável que, à primeira vista, o art. 109, I, CF não parece incluir, na referência à “União”, o Ministério Público Federal. Há também uma série de problemas a serem resolvidos, como se verá a seguir.

Ao fixar a competência da Justiça Federal, não cuidou o constituinte do sistema de processo coletivo. Embora a ação civil pública, o inquérito civil e outros instrumentos do microsistema de processo coletivo tenham sido consagrados constitucionalmente (com expressa referência no art. 129), quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, os institutos referidos eram muito novos (sequer tinham-se completado dois anos desde a promulgação da Lei n. 7.347/1985), e ainda pouco efetivos. Os problemas não tinham surgido na prática, o que efetivamente ocorreu ao longo da década seguinte, especialmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Assim, não houve maior preocupação com a ação civil pública quando da definição da competência da Justiça Federal.

Tratando-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, num microsistema construído sobre o pilar da substituição processual e da representação adequada, certamente o melhor critério para definição da competência não é o *ratione personae*, especialmente se o ajuizamento por um ou outro dos legitimados acarreta diferentes soluções (lembrando-se que se cuida de legitimação concorrente e disjuntiva). Melhor seria a utilização

²⁶ Art. 27, inciso III, da Lei n. 8.625/93, destaque acrescido.

de critério *ratione materiae*, o que intuitivamente foi feito a partir da apropriação dos parâmetros da seara criminal (art. 109, inciso IV). Essa definição utilizada para o crime é, contudo, bastante restrita, não faltando ocasiões em que se recorre a outros incisos do art. 109, ou mesmo ao princípio federativo, sem uma solução sistemática, que confira maior segurança ao processo coletivo.

No âmbito dos direitos transindividuais, é muito comum a tutela de urgência, seja em antecipação (por exemplo, interrupção de uma lesão ao meio ambiente, aos direitos do consumidor), seja com medida de natureza cautelar (evitar a dilapidação ou ocultação do patrimônio do agente ímprobo). As discussões sobre a competência contribuem para o agravamento das situações submetidas ao Judiciário, sendo mais um fator a dificultar a efetividade do processo. A valorização da participação de diferentes atores no processo, que confere maior legitimação à decisão proferida, faz com que o ingresso de determinada parte (União propriamente dita, Ministério Público Federal etc.) altere a competência, com inegáveis prejuízos ao andamento do processo, sendo de se recordar a consagração constitucional do princípio da sua duração razoável.

Além dessas dificuldades inerentes à opção pelo critério subjetivo para a definição da competência federal no processo coletivo, o enquadramento do Ministério Público Federal como órgão da União, para os fins do inciso I do art. 109, gera, por si, novos problemas.

Um deles é que o raciocínio externado pode ser transposto para outras passagens do texto constitucional, em que é referida a União (dispositivos, aliás, que dificultam sobremaneira a interpretação defendida por Zavaski). Assim, por exemplo, o art. 102, I, “f”, que estabelece como competência originária do Supremo Tribunal Federal julgar “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta” (o chamado conflito federativo). Verificada a presença do MPF como autor e de entidade estadual ou municipal no polo passivo, estaria configurada a situação descrita. Essa interpretação já foi

aplicada²⁷, tendo sido rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal. Tal se deu porque, tradicionalmente, a jurisprudência do STF dá interpretação restritiva às hipóteses de configuração do conflito federativo, exigindo risco ao próprio pacto federativo²⁸.

Em vista do entendimento do Supremo, a questão não gera maiores empecilhos à efetividade da jurisdição coletiva. De qualquer forma, o mesmo problema se verifica ao se analisar os §§ 1º e 2º do art. 109 da Constituição²⁹, normas que tratam da competência territorial nos casos em que a União figure como autora ou ré. A competência definida pelo local do dano para julgamento da ação civil pública é essencial para a jurisdição coletiva, em vista da usual complexidade da prova a ser produzida e da necessidade de se possibilitar ampla participação de todos os interessados (sejam indivíduos lesados, no caso de interesses individuais homogêneos, sejam os demais legitimados à propositura da ACP). Porém, como já se referiu anteriormente, importante doutrina reputa plenamente aplicáveis tais dispositivos às ações de improbidade administrativa. Ampliar sua aplicação para os casos em que o MPF for o autor certamente seria prejudicial. Por outro lado, defender uma posição restritiva em relação aos parágrafos, limitando-os à União “propriamente dita”, geraria certa incoerência.

Além disso, duas outras questões se mostram relevantes.

²⁷ ACP n. 2007.72.01.003906-6, decisão de 25.1.2008, <www.jfsc.gov.br>.

²⁸ O TRF da 4ª Região reformou a decisão ao julgar o AI n. 2008.04.00.005503-6 (4ª Turma, rel. Valdemar Capeletti, j. 28.5.2008, DJU 24.6.2008), tendo sido interposto RE. Na ementa do julgado, o TRF, além de reputar ausente o comprometimento do princípio federativo, consignou ser “discutível a identificação do Ministério Público Federal com a União, dada sua autonomia funcional e administrativa”, embora haja decisões do próprio Tribunal seguindo o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do citado REsp n. 440.002 (v.g. AI n. 2004.04.01.034490-6, 3ª Turma, rel. Fernando Quadros da Silva, j. 18.12.2006, DJ 14.3.2007).

²⁹ § 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. § 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Uma é a colegitimação do Ministério Público Federal e Estadual. A questão não é posta de maneira mais aprofundada pelo professor Teori Zavascki, tendo em vista que a reputa inexistente. Para o autor, a possibilidade de litisconsórcio entre órgãos do Ministério Público é uma excrescência, sendo inconstitucional a previsão do § 5º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, por não se compatibilizar com os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade do MP. Forte na estruturação do art. 128 da Constituição, aponta que o Ministério Público é instituição de caráter nacional, dela fazendo parte o Ministério Público da União, com suas várias ramificações, e os Ministérios Públicos dos Estados³⁰. Analisado o art. 128 em conjunto com o art. 127, há indicação de que a unidade e a indivisibilidade alcançam o Ministério Público como um todo. Além disso, o princípio do promotor natural, apesar de contestado por alguns, decorre do inciso LIII do art. 5º da Constituição e parece reforçar a conclusão.

Por outro lado, embora a legitimação do MP no sistema de processo coletivo não seja subsidiária, fato é que ela funciona como uma garantia em caso de inércia dos demais legitimados, ou de dificuldade na apuração dos fatos violadores do direito. Isso se infere da previsão do inquérito civil como instrumento exclusivo do MP; de ser ele o destinatário das representações referidas nos arts. 6º e 7º da Lei n. 7.437/1985; de atuar como fiscal da lei nas ações em que não for autor. Mas é desnecessário que haja uma sobreposição de órgãos do Ministério Público a atuar num mesmo caso, sendo assim exercida essa função de garante, sem que se contrarie o princípio da eficiência.

Do ponto de vista prático, aliás, tal sobreposição vem se mostrando prejudicial em alguns casos. Correndo investigações paralelas, diminui sensivelmente a segurança do interessado para a aceitação de uma solução extraprocessual, tão cara ao processo coletivo atual. O ajuizamento de ação torna-se inevitável, acarretando maior abarrotamento do Judiciário e uma demora muito maior para o retorno à juridicidade. Sobre o tema, abordando o

³⁰ *Op. cit.*, p. 134-135.

anteprojeto do Código de Processo Coletivo, Elton Venturi tece as seguintes considerações³¹:

[...] a existência dos Ministérios Públicos Estaduais, Federal, do Trabalho, Militar e Eleitoral está umbilicalmente ligada à idéia de que cada qual possui limites de atuação pautados por critérios materiais e territoriais, cujo desrespeito inevitavelmente conduz, por mais paradoxal que possa parecer, à ruptura institucional do Ministério Público e à insegurança do cidadão, que, como já apontado, não terá condições de conhecer o promotor natural.

Porém, não faltam autores defendendo a possibilidade de litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual, sendo essa a posição predominante na doutrina. Hugo Nigro Mazzilli sustenta que “os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público só valem dentro de cada instituição”³², bem como que o litisconsórcio não representaria qualquer afronta ao princípio federativo, propiciando um incremento da proteção dos interesses tutelados através da ação civil pública. Cita, contra a sua posição, a de Vicente Greco Filho, e a favor, Rodolfo Mancuso, Arruda Alvim, Kazuo Watanabe e Edis Milaré. Mancuso aponta alguns casos em que o litisconsórcio foi positivo, defendendo-o sob uma ótica pragmática³³.

A questão poucas vezes sofreu análise mais direta por parte dos tribunais. Há decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de litisconsórcio³⁴, assim como afirmando que, presente o interesse jurídico da União, não pode o Ministério Público Estadual atuar em litisconsórcio com o Federal³⁵. De qualquer sorte,

³¹ VENTURI, Elton: A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio de Castro, WATANABE, Kazuo (Coord.): *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro: *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 302.

³³ *Op. cit.*, p. 94-102.

³⁴ REsp n. 382.659/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, j. 2.12.2003, DJ 19.12.2003.

³⁵ REsp n. 287.389/RJ, Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, j. 24.9.2002, DJ 14.10.2002.

diversas ações em que tal litisconsórcio se verificou chegaram às instâncias mais altas do Judiciário sem que tal questionamento fosse levantado, apesar de se cuidar de matéria passível de ser decidida de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

Verifica-se também uma tendência de ampliação da legitimação para o ajuizamento da ação civil pública, até mesmo, como ocorre no anteprojeto do Código de Processo Coletivo, por pessoas físicas (sujeita a admissão dessa legitimação a uma análise sobre a chamada “representatividade adequada”)³⁶. Embora, como referido anteriormente, signifique diminuição da segurança jurídica quanto às soluções extraprocessuais, a ampliação do rol é vista como incremento à legitimidade do Judiciário, na medida em que permite maior participação democrática nas decisões do único dos Poderes não sujeito às urnas.

Nesse quadro, admitida a colegitimação entre Ministério Público Federal e Estadual, aplicando-se a regra constitucional geral para definição da competência da Justiça Federal em matéria cível (*ratione personae*), nos moldes propostos por Zavascki, haveria solução pouco satisfatória do ponto de vista da segurança jurídica, da efetividade e da celeridade processuais. Muitas situações envolvem interesses que justificariam a atribuição de ambos (MPF e MPE). Nas questões ambientais, por exemplo, é corriqueiro o dano que atinge bem de domínio da União e bens outros (especialmente pelas características de indivisibilidade e ubiquidade dos bens ambientais). No âmbito da improbidade administrativa, é bem esse o caso em que servidor municipal ou estadual desvia verba sujeita a fiscalização federal: combinam-se os interesses tutelados pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual.

Essa não é uma situação única: a regra constitucional (competência *ratione personae*) gera o mesmo problema quando o autor da ação que envolve interesse federal é o Estado, o Município, seus órgãos ou entidades da Administração Indireta, assim como associações civis. E isso se agravará com a ampliação da legitimidade proposta no anteprojeto do Código de Processo Coletivo. A

³⁶ GRINOVER; Mendes; Watanabe, *op. cit.*, p. 453-464.

prática registra casos em que, após anos de tramitação de uma ação civil pública, a intervenção de autarquia federal acarretou a nulidade de todo o processo, praticamente reiniciado perante a Justiça Federal³⁷. O operador do Direito, infelizmente, acaba não se chocando com a situação, mas para o jurisdicionado, de uma forma geral, isso é teratológico.

8 Competência da Justiça Federal em razão da pessoa substituída

A interpretação proposta pelo Ministro Teori Zavascki avança muito, dando maior racionalidade à definição da competência da Justiça Federal no âmbito do processo coletivo. Porém, o posicionamento traz alguns problemas. Um primeiro é a resistência que certamente encontrará, já que a Constituição nomeia as instituições tidas como essenciais à função jurisdicional (diferenciando-as da União e dos Estados).

Outro é que a interpretação, combinada com a legitimação concorrente entre os ramos do Ministério Público (de acordo com o posicionamento predominante), acaba por agravar a indefinição decorrente da adoção do critério subjetivo para a fixação da competência da Justiça Federal. Essa indefinição quanto à Justiça competente gera insegurança que enfraquece os mecanismos extraprocessuais de solução dos conflitos, dificulta a ampla participação dos interessados (acesso à Justiça) e dá ensejo à “politização” da definição da competência da Justiça Federal por certas entidades. No tocante a esse ponto, é certo que há margem a decisões políticas quanto à atuação no processo coletivo³⁸. No entanto, a liberdade conferida aos legitimados não pode dar margem a chicanas processuais que contribuam para inefetividade do processo.

³⁷ V.g., TRF 4ª Região, AC n. 2007.72.01.001961-4/SC, rel. Maria Lúcia Luz Leiria, decisão de 20.5.2008, DJ 9.7.2008.

³⁸ O princípio da obrigatoriedade da ACP parece vincular apenas o Juiz, na condução do processo, e o membro do MP.

Já se disse anteriormente, em relação às questões que envolvem as sociedades de economia mista, que a lição de Zavascki ainda pode ser muito explorada, originando novas soluções. Assim, além de dar uma interpretação inovadora à questão, o autor indica um outro caminho muito positivo. Ao identificar as situações que ensejariam atribuição do Ministério Público Federal (trecho transcrito acima), refere as causas “que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I).”

Sabido que, nos casos de substituição processual do processo civil tradicional, a competência, quando definida por uma circunstância subjetiva, se refere ao substituto, não ao substituído. É uma das consequências da distinção entre a substituição (em que o substituído guarda a qualidade de parte, defendendo em nome próprio direito alheio) e a representação (em que o representado é que figura como parte). Porém, como lembrado por diversos autores, muitos dos institutos do processo civil merecem uma releitura no âmbito do processo coletivo. A esse respeito, vale citar, a título de exemplo, as palavras de Mancuso³⁹: “O melhor caminho, já escrevemos, é o da ‘adaptação criativa’ do arsenal processual existente, às novas exigências surgidas com o acesso à justiça dos interesses metaindividuais”.

Retomada a ideia de que não houve a devida atenção do constituinte ao processo coletivo quando definiu a competência da Justiça Federal, é de se questionar se não seria mais consentâneo com o texto constitucional (art. 109, I) buscar essa racionalidade do sistema de processo coletivo promovendo-se uma releitura do instituto da substituição processual, considerando-se aplicável o inciso I do art. 109 sempre que a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais figurem entre os substituídos processuais no polo ativo. Sob essa ótica, independentemente de quem fosse o autor da ação, se houvesse, entre os direitos tutelados pela ação, interesse de uma dessas entidades,

³⁹ *Op. cit.*, p. 97.

definida estaria a competência da Justiça Federal. O critério *ratione personae* seria observado em vista do substituído, e não do substituto processual.

De se notar que a indefinição estaria afastada, quem quer que fosse o proponente da ação: associação civil, Estados, Municípios, respectivos órgãos, e o Ministério Público – Federal ou Estadual. Ou seja, ainda que se confirme a aceitação da colegitimação entre MPF e MPE, restaria, sim, diminuída a segurança da parte contrária quanto às soluções extraprocessuais, mas não quanto à definição da competência jurisdicional. Seria também evitada a “politização” da definição da competência.

Essa interpretação é reforçada pela própria dicção do inciso I do 109, que se refere a “*causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes*”, e não àquelas em que tais entidades figurem como parte, ou seja, bem se pode dizer que a exigência do referido dispositivo constitucional não é a efetiva presença desses sujeitos, mas a identificação de seu interesse processual. Inclusive, considerando que o art. 109, inciso I, fala no interesse da União como assistente, mesmo nas situações envolvendo improbidade cometida em desfavor de sociedades de economia mista de capital federal, ou entidades não governamentais referidas pelo art. 1º (*caput* e parágrafo único) da LIA, restaria definida a competência da Justiça Federal.

Nas ementas e no corpo de seus votos a respeito do tema, o Ministro Teori Zavascki costuma consignar a seguinte lição: “Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição do Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso”⁴⁰. O posicionamento parece irrefutável. Mas ocorre o contrário nos diversos casos em que a parte autora não é uma entidade federal, mas existe um órgão da União como colegitimado. No âmbito da improbidade administrativa, por exemplo, é o que se verifica quando o agente desviou recursos federais, mas a ação

⁴⁰ CC 40.534/RJ, j. 28.4.2004, DJ 17.5.2004; CC 90.106/ES, j. 27.2.2008, DJ 10.3.2008.

foi intentada pelo Município (a não ser que se fuja do critério que vem sendo adotado atualmente pelo STJ, recorrendo-se às súmulas 208 e 209).

Além disso, a questão envolve dispositivos constitucionais, ganhando maior relevo o enfrentamento que lhe for dado de maneira mais perene pelo Supremo Tribunal Federal.

A adoção de critério absoluto para a competência para julgamento da ação civil pública tem o importante papel de permitir a ampla participação de todos os interessados, sem o inconveniente de alterações em virtude de circunstâncias subjetivas, benefício que então seria obtido também no tocante à distribuição da jurisdição entre as Justiças Federal e Estadual. De se lembrar, aqui, as lições do professor Cândido Rangel Dinamarco⁴¹: “A Constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese e é o acesso à justiça”. Certamente a segurança quanto à competência da Justiça Federal contribuiria para garantir, a todos os legitimados, o acesso à jurisdição e a participação democrática na formação das decisões.

Referências

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira: *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel: *Instituições de direito processual civil: volume I*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio de Castro, WATANABE, Kazuo (Coord.): *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro*

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel: *Instituições de direito processual civil: volume I*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 217.

de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro: *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENTURI, Elton: A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio de Castro, WATANABE, Kazuo (Coord.): *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino: *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A aplicação da Lei de Improbidade
Administrativa
aos agentes políticos
Ageu Florêncio da Cunha

1 Introdução. 2 Agentes políticos. 3 Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. 4 A corrente jurisprudencial da “imunidade” aos agentes políticos. 5 A análise da matéria no Supremo Tribunal Federal. 6 Solução legislativa. 7 Conclusão

A improbidade administrativa é fenômeno que acompanha o homem em sua trajetória no tempo. O intuito do legislador, ao criar a Lei n. 8.429/1992, foi combater os atos praticados por agentes públicos que lesionavam, de alguma forma, o bom funcionamento da Administração Pública.

A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, nasceu do Projeto de Lei n. 1.446/1991, iniciado devido ao amplo apelo popular em face da ineficácia do diploma então vigente (Decreto-Lei federal n. 3.240/1941), e vem sendo utilizada em todo o país para a responsabilização de milhares de agentes públicos e autoridades federais, estaduais e municipais que tenham dilapidado o erário, cometido atos de corrupção, desviado recursos públicos, enfim, que tenham atentado contra a probidade na Administração Pública.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2002, p. 672), enquanto princípios, moralidade e probidade têm praticamente o mesmo alcance, mas quando se fala em improbidade como ato ilícito:

deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só os atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente os atos ilegais. Na Lei de

Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2.6.1992), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Dessa forma, pode-se chegar à definição de atos de improbidade administrativa, os quais, conforme previsão dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei n. 8.429/1992, englobam as condutas que venham a solapar os princípios da Administração Pública, que causem prejuízo ao erário ou que ocasionem enriquecimento ilícito.

2 Agentes políticos

124

O conceito de agente político é claramente esboçado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 230), quando leciona, *in verbis*:

Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o presidente da República, os governadores, prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes do Executivo, isto é, ministros e secretários das diversas pastas, bem como os senadores, deputados federais e estaduais e vereadores.

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um múnus público [...]

A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde são por elas modificáveis, sem que caiba precedente oposição às alterações supervenientes, *sub color* de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras.

Tomando-se por base o conceito anterior, pode-se afirmar que o que caracteriza os agentes políticos é o cargo que ocupam, de elevada hierarquia na organização da Administração Pública,

bem como a natureza especial das atribuições por eles exercidas, não se levando em consideração o sujeito que ocupa o cargo, mas o cargo que é ocupado, sendo este de natureza especial, em regra determinada pela própria Carta Magna do ordenamento jurídico.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que é legítimo o deferimento de vantagens e benefícios aos agentes políticos, tais como imunidade material e formal e foro por prerrogativa de função, desde que este se dê em função do cargo exercido (devidamente justificado por sua natureza especial) e não em função da pessoa que o ocupa, sob pena de solapar-se o princípio da isonomia.

Todavia, o deferimento de vantagens e benefícios aos agentes políticos há de ser feito por lei (em determinadas matérias, exige-se que se trate de manifestação do Poder Constituinte e não só do legislador ordinário) e não *praeter* ou *contra legis* (PEREIRA NETO, 2007, p. 156-161).

125

3 Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos

A Lei de Improbidade Administrativa vem sendo posta à prova há anos, uma vez que atinge diretamente agentes públicos ímprobos e que não se portam dentro da esperada moralidade administrativa que lhes é ditada pelas leis brasileiras (GONÇALVES, 2009).

Logo, em seu art. 1º, a Lei n. 8.429/1992 procurou esclarecer quem estaria sujeito à sua esfera de responsabilidade, utilizando-se de expressão mais ampla possível a alcançar a generalidade das pessoas que, de qualquer forma, exercem *múnus público*, senão vejamos o que dispõe o dispositivo em comento:

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 [grifo nosso].

Embora a interpretação literal nem sempre seja a mais indicada, por não adentrar na investigação da *mens legis*, no caso vertente é patente que a interpretação literal do dispositivo em questão é consentânea com a evidente finalidade teleológica da norma, qual seja, incluir na sua esfera de responsabilidade todos os agentes públicos, servidores ou não, que incorram em ato de improbidade administrativa.

Note-se que a Lei de Improbidade Administrativa não exige que o agente seja servidor público, muito pelo contrário, prevê expressamente que não se exigirá tal condição para aplicação das penas nela previstas.

126

Embora possa parecer claro, é importante repisar a natureza jurídica das sanções cominadas na Lei n. 8.429/1992, pois entendem alguns que a perda da função e suspensão dos direitos políticos, por também serem sanções penais, dispostas no Decreto-Lei n. 201/1967 pela prática de crimes de responsabilidade por prefeitos municipais, só poderiam ser aplicadas pelos tribunais de Justiça dos estados, *ex vi*, do privilégio de foro *ratione officii*, estipulado no art. 29, X, da Carta Política.

Como bem lembra Hugo Nigro Mazzili (1999, p. 81), embora não raro as sanções descritas na Lei n. 8.429/1992 possam caracterizar, ao mesmo tempo, uma infração penal, civil e administrativa, o campo de incidência do art. 12 do referido diploma legal é o civil.

De fato, tal conclusão se fundamenta na própria redação constitucional, que aponta claramente a natureza extrapenal dessas sanções ao estipular que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, [...], *sem prejuízo da ação penal cabível*” (CF/1988, art. 37, § 4º).

De igual modo, dispõe o *caput* do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 que “*independentemente das sanções penais, civis e administrativas*, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade administrativa sujeito às seguintes cominações: [...]”.

Ademais, sabe-se que, para uma sanção ter natureza penal,

é preciso que tal característica esteja expressa na lei que a instituiu, bem como o crime da qual originou.

Portanto, há de se convir que as sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa têm natureza jurídica extrapenal, legitimando a sua aplicação pelo juízo cível aos agentes públicos que apenas têm privilégio de foro em relação a sanções penais, mesmo que essas penalidades sejam idênticas e decorram de um mesmo ato.

Entre o rol de agentes políticos, podem ser relacionados: presidente da República, senadores, deputados federais e estaduais, ministros dos tribunais superiores, procurador-geral da República, ministros de Estado, governadores e secretários de Estado, vice-presidente, vice-governadores, membros da magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, bem como vice-prefeitos, vereadores e prefeitos municipais.

Tais agentes políticos, conforme definição formulada alhures, exercem um múnus público, ou seja, são responsáveis por inúmeras atividades administrativas na gestão de recursos públicos. São, portanto, os agentes públicos que têm o dever legal de agir com maior probidade em suas ações. Nesse diapasão, todo e qualquer agente político, sendo este uma espécie do gênero agente público, está incluído no regime da Lei n. 8.429/1992.

4 A corrente jurisprudencial da “imunidade” aos agentes políticos

Após a edição e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, tivemos em todo o país grande avanço no combate à corrupção e malversação das verbas públicas.

Todavia, esse avanço vem sofrendo sério revés por um recente posicionamento jurisprudencial, o qual pretende institucionalizar verdadeira “imunidade” dos agentes políticos na seara civil, impedindo sua condenação pela Lei n. 8.429/1992, embora inexista previsão constitucional a respeito.

Constata-se, *data venia*, que essa tese parte de equívoco ge-

nético, já que não realizou a devida distinção entre a responsabilidade civil (prevista na Lei n. 8.429/1992) e a responsabilidade penal disciplinada pelo Decreto-Lei n. 201/1967.

Com efeito, inexistindo dependência entre as diferentes esferas de responsabilidade (administrativa, civil e penal), não se pode afirmar que o regime previsto no Decreto-Lei n. 201/1967 impeça a aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sob pena de *bis in idem*.

De fato, embora se pretenda punir o mesmo fato, trata-se de punições em esferas distintas do direito. A condenação do réu ímprobo no processo penal, por exemplo, não lhe assegura o direito de não responder, pelo mesmo fato, nas esferas civil e administrativa.

O posicionamento diverso, entretanto, acarreta a institucionalização da impunibilidade de agentes políticos ímprobos, ao menos na esfera civil, representando gigantesco retrocesso em matéria de fiscalização das contas públicas e de zelo aos princípios da moralidade, da probidade e da legalidade.

Nada impede que o agente político seja duplamente punido, civil e penalmente, já que se trata, como esclarecido, de esferas de competência distintas. Nesse diapasão, leciona Alexandre de Moraes (2002, p. 320), *in verbis*:

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 que, utilizando-se de 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.

Destaque-se, ainda, que a “imunidade” aos efeitos da Lei n. 8.429/1992, consequência de recentes decisões jurisprudenciais, deferida aos agentes políticos, além de produzir nefastos efeitos

políticos, incorre em flagrante ferimento à Constituição Federal de 1988, que garante a proteção aos princípios da moralidade, da legalidade e da probidade.

Ademais, trata-se de decisão que vem solapar o princípio da isonomia simétrica, já que inexistente fundamento constitucional, *data venia*, para concessão da dita “imunidade”, tratando-se de forma diferenciada os servidores públicos que continuam a responder por atos de improbidade às previsões da Lei n. 8.429/1992 e limitando-se indevidamente o campo de aplicação de norma legal que procurou diminuir as mazelas sociais de nosso país, em grande parte devidas ao desrespeito à probidade administrativa.

129

5 A análise da matéria no Supremo Tribunal Federal

Na Reclamação n. 2.138/DF, que teve por relator o Ministro Nelson Jobim, em decisão de 12.6.2007, o STF decidiu, por maioria mínima de votos (6 x 5), que os agentes políticos passíveis de responsabilização por crime de responsabilidade estão excluídos de serem processados por improbidade administrativa, devendo responder especificamente por seus atos, como sendo atos unicamente políticos.

Isso significa que o então relator entendeu que as infrações estariam enquadradas na classe dos crimes de responsabilidade, com apuração e punição pela Lei n. 1.079/1950 e pelo Decreto-Lei n. 201/1967. Com isso, aos juízos de primeiro grau faltaria competência para processarem tais delitos, em razão da prerrogativa de função.

Se mantida a atual posição, haverá, por via reflexa, a instituição de foro privilegiado aos agentes políticos nas ações civis de improbidade administrativa. Acaso se perpetue tal posicionamento, teremos perdido um importante instrumento de combate à corrupção e à prática de atos contrários à honestidade e probidade na gestão administrativa em nosso país.

Ao que parece, não será esse o posicionamento definitivo

da Corte Suprema, pois não participaram de tal julgamento os Ministros Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, os quais sucederam outros que se aposentaram e que ali proferiram seus votos. Em novo caso que aprecie a matéria, com a participação da nova composição do STF, a tendência é que o posicionamento seja reformulado.

Percebe-se que a discussão do caso no Supremo, em seu fundo, voltou a tratar da natureza jurídica das infrações de improbidade administrativa, tema este que havia se pacificado como de natureza civil há tempos. No entanto, agora, discute-se essa natureza para a aplicação aos agentes políticos, colocando-os como categoria à parte.

Todavia, há que se ressaltar o voto divergente do então Ministro Carlos Velloso, o qual buscou harmonizar os preceitos constitucionais da improbidade administrativa com os mandamentos relativos aos crimes de responsabilidade, considerando que, *in verbis*:

[...] no caso, a competência é do juízo federal de 1º grau, entendendo que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF, art. 85, parágrafo único), em relação ao que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, e definido como ato de improbidade, devem responder na forma da lei própria qual seja, a Lei n. 8.429/1992, aplicável a qualquer agente público. Concluiu que, na hipótese sob julgamento, as tipificações da Lei n. 8.429/1992, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei n. 1.079/1950.

Merece destaque uma passagem do voto do ministro, pela verdade que traz, em confirmação ao que será manterem-se os agentes políticos ao largo da atuação da Lei de Improbidade:

Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a Administração Pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe. No excelente livro de Patrick Wilcken – Império à Deriva – A Corte Portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821, Objetiva, tradução de

Vera Ribeiro, p. 121 – está consignado:

A corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio. [...] Enquanto a vida era uma luta para muitos dos cortesãos mais periféricos, os ministros do governo logo passaram a ter um padrão de vida muito acima dos recursos que poderiam ter ganho legitimamente. [...] Por trás das bengalas, mantos e perucas, e por trás das cerimônias formais e dos éditos proferidos em linguagem refinada, o roubo em nome da Coroa disseminou-se à larga.

Vislumbra-se correto tal posicionamento, observando-se, em complementação, que a Constituição Federal de 1988 trouxe a improbidade administrativa a um patamar nunca antes visto, tratando-a de maneira diferente dos crimes de responsabilidade.

131

Data venia, diferentemente da visão do ministro relator, a Lei de Improbidade Administrativa é especial em relação àquelas que tratam de crimes de responsabilidade, se constatada a prática de atos que se subsumam ao seu texto, e somente deixará de ser utilizada em face de mandamentos constitucionais, em razão do critério da hierarquia.

Felizmente, conforme acórdão de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a nova composição do STF demonstrou que pode, em breve, remodelar a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa em relação aos agentes políticos, a qual possui natureza civil e não se confunde e nem pode ser sobreposta pelos crimes de responsabilidade, ambos autônomos.

Vejam os teores do julgado do STF que em bom momento demonstrou a necessidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, *ipsis litteris*:

STF – Supremo Tribunal Federal

Classe: Pet-QO – Questão de Ordem na Petição

Processo: 3923 UF: SP – São Paulo

Fonte DJe-182 25-09-2008 Ement VOL-02334-01 PP-00146

Relator(a) Joaquim Barbosa

Decisão: O Tribunal resolveu a questão de ordem no sentido de determinar o retorno dos autos ao juízo estadual de origem, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 13.06.2007.

Acórdãos citados: AP 307, Rcl n. 2138, ADI n. 2797, ADI n. 2860; STJ: Rcl n. 580. – Decisões monocráticas citadas: Rcl n. 3428, Rcl n. 4895. N.PP.: 52. Análise: 24.10.2008, FMN.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei n. 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação n. 2.138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos:

1) A Lei n. 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.

2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na Amé-

rica, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu art. 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar.

3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem.

Deveras, ao se analisar os delitos constantes no Código Penal e os crimes de responsabilidade para os agentes políticos, verifica-se que estes impõem sanções irrisórias, as quais, em sua grande maioria, por serem muito exíguas, têm sua aplicabilidade extremamente prejudicada, facilitando a impunidade do agente ímprobo.

Portanto, é extremamente temerário que os agentes políticos sejam excluídos do rol dos sujeitos para os quais se aplica a Lei de Improbidade Administrativa, já que o exercício das funções administrativas não pode ser usado para abrigar pessoas de má-fé que, ao saberem que dificilmente serão responsabilizadas de forma eficaz, terão maior facilidade e disposição para prática de atos que lesem o patrimônio público.

Certamente, é anseio de toda a sociedade que esse posicionamento jurisprudencial seja reformulado, possibilitando a correta punição dos agentes políticos ímprobos, por ser do senso comum que a corrupção do erário público reveste-se no principal obstáculo ao desenvolvimento nacional e à diminuição da desigualdade social.

6 Solução legislativa

Outra solução satisfatória para pôr fim definitivamente a essa malsinada teoria de inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos seria a promulgação de um entre os vários

projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, os quais visam definir explicitamente, em lei, a autonomia das sanções civis da Lei de Improbidade Administrativa em relação às penas dos crimes de responsabilidade, colocando um ponto final na celeuma jurisprudencial criada por aqueles que defendem a instituição de ilegal “imunidade” aos agentes políticos.

A título de exemplo dos agentes parlamentares, que são agentes políticos, vislumbra-se o projeto de lei apresentado pelo Deputado Neilton Mulim, o qual explicita, no bojo da Lei de Crimes de Responsabilidades, que a imposição da sanção penal “não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal, ou por ato de improbidade administrativa”. Vejamos o teor do projeto e de sua justificativa:

PROJETO DE LEI N. DE 2007

(do Senhor Neilton Mulim)

Dá nova redação aos arts. 2º e 3º da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dá nova redação aos arts. 2º e 3º da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

Art. 2º Os arts. 2º e 3º da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º.....

Parágrafo único. O processo e julgamento dos parlamentares, pela prática de crime de responsabilidade, previsto nesta lei ou em normas congêneres, será regulado nos termos do respectivo código de ética.

Art. 3º A imposição da pena referida no artigo anterior não exclui

o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal, ou por ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8429 de 2 de junho de 1992, bem como qualquer responsabilização no campo político, civil ou administrativo.”

Parágrafo único. Aos acusados ou condenados nos termos desta lei ou dos respectivos códigos de ética é vedada a transação, conciliação ou concessão de anistia, assegurada a revisão do processo em caso de comprovada injustiça ou ilegalidade, diante de novas provas. (NR)

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

135

O Supremo Tribunal Federal (STF) adiou nesta quinta-feira, 1º de março, o julgamento da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa contra administradores políticos. Se o Supremo decidir futuramente que os políticos não podem ser julgados pela Lei de Improbidade Administrativa, cerca de 14 mil processos contra políticos acusados pelo Ministério Público de desvio de dinheiro público e corrupção podem ser extintos.

O Ministro Eros Grau pediu vista da ação para analisar uma questão de ordem levantada pelo Ministério Público, que argumentou que o STF não tem competência para julgar esta questão porque já deliberou sobre o assunto. O Supremo já havia decidido que ex-autoridades não têm direito a foro privilegiado. Eros Grau disse que em dez dias ele devolve o processo.

O que está em questão nesse julgamento é saber se a Lei de Improbidade pode ser usada contra administradores públicos – como prefeitos, vereadores, governadores, ministros, secretários de Improbidade não se aplica, eles só poderão ser julgados pela lei de crime de responsabilidade – que prevê punições mais brandas.

Para ser julgado por crime de responsabilidade, é preciso a autorização do Congresso, das Assembléias e das Câmaras de Vereadores. Além disso, os agentes políticos – no exercício ou não de seus mandatos – passam a ter direito a foro privilegiado.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê como punição não somente a perda da função pública, mas também a suspensão dos direitos políticos que varia de 3 (três) a 10 (dez) anos, de acordo com o tipo de ato de improbidade.

Seis ministros já haviam se manifestado a favor do arquivamento dos processos de improbidade administrativa e apenas um havia se manifestado contra. Este placar indica que a ação será acatada, ou seja, os processos serão arquivados e a Lei de Improbidade não poderá ser mais aplicada a agentes políticos.

A decisão sobre o mérito da ação só voltará a ser discutida quando o Ministro Eros Grau devolver o processo.

136

O Ministério Público Federal divulgou nesta quarta-feira, 28 de março, pesquisa que indica que 100% dos membros da Procuradoria entrevistados consideram que a Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada a políticos.

Os entrevistados também consideraram que uma eventual decisão do STF pela inconstitucionalidade dessa aplicação representaria um retrocesso para a defesa da moralidade administrativa e para o combate à corrupção.

Participaram da pesquisa, realizada entre 26 e 28 de fevereiro, 302 procuradores da República, procuradores regionais da República e subprocuradores-gerais da República.

Aprovada em 1992, a lei permite que qualquer agente público, inclusive um particular, seja responsabilizado, independentemente de outras responsabilizações no campo penal, administrativo e civil.

Na mesma linha do Ministério Público Federal, a Associação dos Magistrados (AMB), da CONAMP (membros do Ministério Público), da ANPR (procuradores da República) e da AJUFE (juízes federais) tentam breçar o julgamento que começou com uma reclamação do ex-Ministro Ronaldo Sardenberg ao tribunal.

Sardenberg foi condenado em primeira instância em 2002 pelo uso de jatinhos da FAB para viagens turísticas. Ele recorreu da decisão e pede a revogação da lei.

Do total de onze votos dos ministros do STF, 6 já foram declarados em favor do recurso de Sardenberg. Se valer a decisão, de que a lei não pode ser aplicada contra políticos, 14 mil processos contra eles serão invalidados.

Essas entidades alegam que, dos seis votos emitidos, quatro são de ministros que já deixaram o STF. Elas pedem que nova votação seja feita.

Na interpretação dos procuradores, “caso prevaleça a tese da não aplicação da lei de improbidade à agente político, o estímulo à corrupção será a consequência natural”.

Assim, este projeto vem, em boa hora, alterar a lei e dissipar qualquer dúvida quanto à aplicação da Lei de Improbidade, permitindo cada vez mais uma conduta ética e moral dos gestores dos bens públicos, pois as duas leis devem ser aplicadas como também para qualquer agente público, uma vez que o objeto e a penalidade são díspares.

137

Tenho certeza que os nobres pares irão apoiar e aperfeiçoar este projeto, e, com a sua aprovação, estaremos cumprindo o nosso papel, fazendo a vontade do povo e sendo exemplo para os nossos eleitores [...].

São deveras cristalinos os argumentos lançados na justificativa do projeto, os quais demonstram o anseio popular na regulamentação desse importante tema jurídico, em prol da sociedade que anseia por uma tutela efetiva do patrimônio público.

7 Conclusão

Deveras, a Lei de Improbidade Administrativa mostrou ser uma ferramenta extremamente eficaz no combate à corrupção e indispensável à tutela do patrimônio público, inicialmente, pelo fato de seus instrumentos processuais visarem efetivamente estancar quaisquer danos causados ao erário, possibilitando a adoção de medidas cautelares específicas. Ademais, pelo fato de que suas sanções, muito embora sejam de natureza civil, são efetivamente disciplinadoras, conferindo ao Poder Judiciário meca-

nismos adequados de reprimenda social àqueles agentes públicos que malversam o erário, que atentam contra os princípios da Administração Pública ou que, de qualquer forma, praticam atos ímprobos.

Por fim, destaquem-se as indispensáveis ferramentas de atuação que possibilitam o ressarcimento dos danos causados ao erário, bem como a exclusão dos agentes ímprobos após o regular processo judicial, medidas estas que possuem efeito extremamente educativo.

O resultado da eficiente aplicação dessa notável legislação é visível, uma vez que, por meio de seus instrumentos legais, que possuem caráter eminentemente corretivo e modelador de comportamento, tende-se a firmar na sociedade e, principalmente, nos agentes públicos, um padrão de comportamento que se molde pela proibidade dos atos administrativos, estabelecendo a obrigatoriedade de atuação com zelo e honestidade no trato do patrimônio público.

Diante de tantos avanços e benefícios incomensuráveis, é indispensável que a Lei de Improbidade Administrativa seja aplicada a todos os agentes públicos, indistintamente da natureza do cargo ocupado, conforme exposto no seu próprio texto e na Constituição Federal.

Evidenciada a legalidade e constitucionalidade da aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, ante a sua natureza civil autônoma, resta apenas que o Supremo Tribunal Federal tenha a oportunidade de reafirmar este posicionamento, cabendo ainda ao Congresso Nacional aprovar projeto de lei que regule sua distinção dos crimes de responsabilidade, conferindo segurança jurídica à tutela do patrimônio público, para o bem de toda a sociedade, de maneira perene.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Fabiano Pereira. Lei de Improbidade Administrativa. Proporcionalidade, agentes políticos, prescrição e inconstitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2010, 1º jan. 2009.

MAZZILI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei n. 8.429/92. *Revista Zênite Informativo de Direito Administrativo e LRF IDAF*, Curitiba, Zênite, v. 7, n. 74, set. 2007.

Ação de improbidade contra prefeito: estudo da jurisprudência superior

Denise Vinci Túlio

Introdução. 1 Improbidade na Administração brasileira – cenário e conceitos. 1.1 Conceitos de improbidade. 1.2 Dados que falam por si. 1.3 Resposta dos órgãos de controle. 2 Defesa da moralidade no direito brasileiro. 2.1 Proibição nas constituições. 2.2 Leis anteriores à Lei de Improbidade Administrativa. 2.3 Quadro normativo atual. 2.4 Pactos anticorrupção. 3 Ação de improbidade contra prefeitos. 3.1 Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. 3.2 O foro do prefeito. 3.3 Prescrição e sucessão de mandatos. 3.4 O elemento subjetivo nas ações por ato de improbidade administrativa. 3.5 Afastamento cautelar. 4 Conclusão.

Nas últimas décadas, grandes esforços nos planos político e econômico buscaram que o Brasil ultrapassasse a condição de país do Terceiro Mundo. Mas o que se fez para combater a corrupção? Esse subproduto da burocracia persiste e se apresenta em diversas modalidades, espreado por todos os níveis dos poderes do Estado. Os índices de corrupção no Brasil são altos.

O tema tem preocupado diversos setores da sociedade e interessa de modo particular aos órgãos públicos, constantemente expostos à suspeita geral, em razão de noticiadas negociatas de todo gênero. O assunto faz parte da rotina do Ministério Público, a quem a Constituição e a lei incumbem atuar em defesa da legalidade e da moralidade no serviço público e na proteção do patrimônio público. A ação por ato de improbidade administrativa é uma ferramenta ordinariamente manejada.

Este trabalho tem por escopo o estudo dos precedentes da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF) sobre a ação por ato de improbidade administrativa contra prefeito. Não é um ensaio sobre a corrupção, embora tenha esta noção como ponto de partida. A primeira parte investiga o conceito de improbidade, traz à reflexão dados estatísticos que oferecem um panorama da sua prática na Administração Pública brasileira e identifica o papel dos órgãos incumbidos de combatê-la.

A segunda parte traça a evolução normativa sobre o tema. Nos tópicos finais, discutem-se as decisões que revelam a compreensão jurisprudencial sobre o tratamento da ação de improbidade aplicada ao prefeito. A conclusão destaca a importância da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e os obstáculos à sua aplicação, sobretudo aos agentes políticos, entre os quais figura o prefeito municipal. Só um comprometimento mais claro dos órgãos públicos para lidar com esses obstáculos.

1 Improbidade na Administração brasileira – cenário e conceitos

142

1.1 Conceito de improbidade

Parece existir uma noção de improbidade disseminada na sociedade, mas o seu conceito encerra uma certa fluidez. Muita gente confunde improbidade com corrupção ou com imoralidade. Se é certo que toda corrupção encerra um ato de improbidade, o contrário não se pode afirmar. Há muitos outros atos de improbidade que não se identificam com corrupção, entendida no seu significado penal¹. Também parece certo que toda improbidade encerra uma imoralidade, mas o contrário não se dá. Há atos imorais que não se ajustam ao conceito de improbidade.

Muitos estudiosos concluem que, em geral, improbidade mantém estreito vínculo com moralidade, ou melhor, com ofensa à moralidade². Certo é que o ato de improbidade é perpassado

¹ A corrupção praticada por servidor público vem descrita no art. 317 do CP: “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

² Sobre a relação entre a improbidade administrativa e a ofensa à moralidade pública ou administrativa, não há consenso. Há quem entenda que a primeira é gênero e a segunda é uma de suas espécies e há quem entenda o contrário. Sugere-se, para consulta: FERREIRA, 1994; FIGUEIREDO, 2004, e DI PIETRO, 2006.

por uma ideia de desonestidade, de contrariedade à honradez, de agir de forma oposta àquela pela qual se conduziria o homem probo, íntegro.

Quando se fala em ato de improbidade administrativa, ao modo desonesto de agir deve ser acrescentada a circunstância de a conduta dar-se no exercício de atributos inerentes ao cargo ocupado pelo agente público, que se desvia da moralidade administrativa³, ao privilegiar interesses privados, próprios ou de terceiros, em detrimento da finalidade última da Administração, que é o bem comum.

Destaca-se aqui, entre tantos, o conceito formulado por Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (2002, p. 342), bastante abrangente, de ato de improbidade administrativa. Para o autor, a improbidade administrativa consiste na não observância do dever de portar-se, nos negócios da Administração Pública, de forma compatível com os padrões de lealdade, boa-fé, honestidade e moralidade, implicando atos distanciados destes parâmetros⁴.

Nesse ponto, algumas indagações vem à tona sobre a Administração Pública brasileira. Em que grau ela é atingida por atos de improbidade? Qual o papel dos órgãos encarregados de verificar a ocorrência desses atos e punir os responsáveis?

1.2 Dados que falam por si

É sempre difícil quantificar a prática de atos de improbidade administrativa e de corrupção (agora entendida no sentido vulgar, não técnico, como todo ato pelo qual o agente, para conse-

³ Sobre moralidade administrativa, sucinta explanação de Marino Pazzagli Filho (1998, p. 55): não se trata “da moralidade comum, mas da observância das regras da melhor administração como meio para o perfeito atendimento da finalidade da atuação administrativa”. Para exame aprofundado da questão sugere-se a leitura da dissertação de mestrado de Márcia Noll Barboza, *O Princípio da Moralidade Administrativa: uma nova abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*, 2002.

⁴ Outros bons conceitos de improbidade podem ser vistos em PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 18, e SILVA, 2006, p. 669.

guir um intento, foge aos caminhos previstos em lei, seja espontaneamente, seja em decorrência de solicitação de qualquer tipo de facilidade pelo próprio administrado). Quem ofende a probidade administrativa, isto é, pratica o ato ofensivo ou a ele se submete ou adere, dificilmente o admite. Outra dificuldade decorre do anonimato, que não permite conferir os dados das pesquisas, que, assim, sofrem de confiabilidade. Além disso, em grande parte, as pesquisas baseiam-se na percepção que os cidadãos têm da corrupção existente no seu país, percepção que pode não corresponder à realidade. Por exemplo, se a imprensa decide dedicar-se à divulgação desses atos com maior intensidade, o cidadão que recebe o impacto dessa divulgação pode ter a falsa percepção de que os casos de corrupção no país aumentaram, quando é possível que tenham se mantido nos mesmos patamares de anos anteriores ou até diminuído.

A despeito disso, há iniciativas para medir o grau de corrupção nos países ao redor do mundo. O índice mais conhecido é o divulgado anualmente pela Transparência Internacional. O Brasil tem ocupado as seguintes posições nos últimos cinco anos⁵: 2004 – 80^a ; 2005 – 62^a; 2006 – 70^a (atrás de Cuba, Colômbia, Namíbia); 2007 – 72^a posição (com China e Marrocos; atrás de Senegal, Gana, Colômbia); 2008 – 80^a (atrás de Trinidad e Tobago, México, Gana, Namíbia).

Outra organização internacional, a *Global Integrity*, publica todo ano uma classificação dos países com relação à corrupção. Para a elaboração do índice, são avaliadas a existência e efetividade dos mecanismos anticorrupção existentes no país. Em 2006, em avaliação de mais de 40 países, o Brasil recebeu o *score* 73, classificado entre aqueles cujas medidas para diminuir ou conter a corrupção são consideradas moderadas, posicionando-se atrás da Argentina e vários países africanos, entre eles Etiópia, Uganda e Nigéria⁶.

⁵ Informação disponível em: <www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi>. Acessos em: 24 out. 2008 e 16 set. 2009.

⁶ Informação disponível em: <www.globalintegrity.org/data/2006index.cfm>.

Outros entes podem também servir ao propósito de mostrar o grau de corrupção no país, derivado dos casos que lhes são submetidos. Suas estatísticas, contudo, merecem também ser relativizadas porque nem todos os casos de corrupção e improbidade chegam ao seu conhecimento.

Servem de exemplo os seguintes dados, oriundos do Tribunal de Contas da União (TCU)⁷: em 2006, o tribunal julgou de forma definitiva, isto é, pronunciando-se sobre o mérito, as contas de 20.201 responsáveis pela utilização de dinheiro público. Foram julgadas regulares 52%; regulares com ressalvas, 39%; e irregulares, 9%. Vários são os motivos do julgamento de irregularidades:

- omissão no dever de prestar contas: 24%;
- prática de ato de gestão ilegal ou infração a norma legal: 26%;
- dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico: 35%;
- desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos: 15%.

No ano de 2005, foram julgadas pelo TCU as contas de 21.624 responsáveis pelo uso de verbas públicas, das quais apenas 37% foram julgadas regulares. As regulares com ressalvas somaram 55% e as irregulares, 8%. Os motivos do julgamento por irregularidade estão assim distribuídos:

- omissão no dever de prestar contas: 23%;
- prática de ato de gestão ilegal ou infração a norma legal: 25%;
- dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico: 32%;
- desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos: 20%.

Ainda se podem especificar as impropriedades encontradas pelo Tribunal de Contas da União em 19 auditorias realizadas em diferentes municípios no ano de 2005, o que implicou o exame de 53 convênios com órgãos federais. Foram constatadas as mais diversas irregularidades, merecendo destaque as seguintes⁸:

Acessos em: 24 out. 2008 e 16 set. 2009.

⁷ Informação disponível em: <www.tcu.org.br>. Acesso em: 24 out. 2008.

⁸ Dados contidos no Aviso n. 947-GP/TCU, de 1º 8.2006.

- aprovação de celebração de convênios/aditivos na ausência de pareceres técnicos/jurídicos ou dos documentos que deveriam suportar as análises – 37% dos municípios auditados;
- modalidade licitatória inadequada em função de fracionamento de despesa – 26% dos municípios auditados;
- indício de procedimentos fraudulentos na condução do processo licitatório que indicam possível ocorrência de direcionamento da licitação ou licitação montada – 42% dos municípios auditados;
- contratação direta em desacordo com o previsto na legislação – 26% dos municípios auditados;
- inexistência e/ou funcionamento irregular das empresas licitantes à época da licitação – 16% dos municípios auditados;
- preços contratados não compatíveis com os preços de mercado – 32% dos municípios auditados;
- inexecução ou execução parcial do objeto pactuado – 37% dos municípios auditados;
- indícios de fraude nos pagamentos e documentos comprobatórios – 21% dos municípios auditados;
- indício de comprovação de despesas mediante notas fiscais “frias” ou “geladas” – 16% dos municípios auditados.

Também a Controladoria-Geral da União compila dados que permitem traçar um panorama da situação. Os informes seguintes foram extraídos das fiscalizações procedidas por sorteio nos anos de 2003 a 2005, que constataram a existência de fraude em 32,2% dos municípios fiscalizados. Foram fiscalizados 981 municípios e identificadas as seguintes fraudes⁹:

- conluio entre participantes em licitações – 74 municípios;
- montagem de processo licitatório – 204 municípios;
- participação ou contratação de “laranjas” em licitações – 70 municípios;
- comprovação de despesas com documentos fraudulentos – 145 municípios;
- pagamentos com cheques fraudados – 30 municípios.

⁹ Conforme Ofício n. 22.54/2007/SPCI/CGU-PR.

O Relatório de Gestão da CGU – Exercício de 2006¹⁰ revela que foram sorteados e fiscalizados 180 municípios, com o exame de programas e ações de governo envolvendo o valor estimado de 1.236 bilhão de reais em recursos públicos federais. Dentre as irregularidades verificadas, destacam-se as seguintes:

- objeto inexistente;
- execução parcial do objeto, comprometendo o objetivo;
- obras paralisadas com deterioração do objeto;
- desvio de finalidade na aplicação dos recursos;
- não atendimento dos critérios estabelecidos para concessão de benefícios (ex.: Bolsa Família);
- ausência de licitação ou sua dispensa sem amparo legal;
- direcionamento de licitações;
- contratação ou participação em licitações de empresas inexistentes (“laranjas”);
- preços superiores aos praticados pelo mercado;
- comprovação de despesas com documentos fiscais fraudulentos (“notas frias”);
- pagamento anterior à execução do objeto;
- não apresentação da prestação de contas relativas à aplicação dos valores transferidos.

147

O Relatório de Gestão da CGU – Exercício de 2007¹¹ esclarece que foram sorteados e fiscalizados novamente 180 municípios, com o exame de programas e ações de governo envolvendo o valor estimado de 1.322 bilhão de reais em recursos públicos federais, expondo praticamente as mesmas impropriedades, exceção apenas a “objeto inexistente”, que não constou do relatório.

A Controladoria-Geral da União informa, ainda, que naquelas operações, os estados com maior porcentagem de municípios em que foram encontradas fraudes são Alagoas, Maranhão, Bahia e Piauí¹².

¹⁰ Disponível em: <www.cgu.com.br>. Acesso em: 20 nov. 2008

¹¹ Disponível em: <www.cgu.com.br>. Acesso em: 24 out. 2008.

¹² Essa informação também deve ser relativizada por não trazer o número de municípios pesquisados em cada estado.

Todos esses índices e dados estatísticos permitem afirmar que a improbidade alastra-se por todo o país; lamenta-se que se apresente com maior intensidade nas regiões e estados mais pobres, com mais baixo grau de escolaridade da população, onde o desvio e o emprego incorreto das verbas públicas certamente têm maior impacto na qualidade de vida.

É esse o cenário da corrupção e da improbidade, que se reveste de gravidade no Brasil. Cabe buscar resposta a estas indagações: quais os órgãos encarregados de verificar sua ocorrência e combatê-la? Sua atuação tem sido capaz de efetivamente punir os responsáveis e inibir a prática de novos atos ímprobos?

148

1.3 Resposta dos órgãos de controle

a) Tribunal de Contas da União (TCU)

Criado em 1890 pelo então Ministro da Fazenda Rui Barbosa, e desde 1891 dotado de assento na Constituição da República, o TCU é o órgão encarregado de prestar auxílio ao Congresso Nacional no exercício do controle externo da União e das entidades da Administração direta e indireta. Cabe ao Congresso Nacional¹³ efetuar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos mencionados entes, examinando-as sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. A Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/1992) o conceitua como órgão de controle externo. É órgão eminentemente técnico, ao qual compete fiscalizar a utilização dos recursos públicos, verificando se esta se deu com o cumprimento das normas e princípios de regência.

Figuram entre suas inúmeras atribuições¹⁴ apreciar as contas anuais do presidente da República; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos; realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou

¹³ CF, art. 70.

¹⁴ CF, arts. 71, I, II, IV, VI, VIII, X, e 74, § 2º.

por solicitação do Congresso Nacional; fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a estados, ao Distrito Federal e a municípios; apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, sobre irregularidades ou ilegalidades na aplicação de recursos federais; entre outras.

Para o TCU, convergem os processos de tomadas de contas especiais (procedimentos abertos na ausência de prestação de contas ou da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União) oriundos dos mais diversos ministérios, fundações e autarquias federais. Não é pouca coisa. A par disso, o procedimento previsto na lei, embora simples, demanda normalmente vários anos até que todos os responsáveis pelos atos em exame sejam citados e apresentem defesa, que deve ser apreciada pelo órgão técnico do tribunal. Este produzirá um relatório técnico que subsidia, de regra, o voto do relator e o acórdão da turma. Às vezes, é necessária a realização de diligências prévias ao julgamento; se preciso, servidores do TCU deslocam-se para a sede do órgão cujas contas estão sendo julgadas, para promover auditoria ou vistoria *in loco*. De todo e qualquer documento produzido, os responsáveis terão ciência e poderão manifestar-se. Da decisão do TCU, cabem os seguintes recursos: pedido de reconsideração, embargos de declaração e pedido de revisão. Quando a decisão pela irregularidade for definitiva, a consequência usual é o pagamento de multa, que depende, se não espontaneamente paga, de execução nas vias judiciais, a cargo da Advocacia-Geral da União¹⁵.

Cópia do acórdão final é encaminhada ao Ministério Público Federal para adoção das providências a seu cargo: ação penal, se o caso, e ação por ato de improbidade administrativa.

A percepção de conhecimento geral é que, somados os esforços do TCU e da Advocacia-Geral da União, o Poder Público recupera apenas 2% do dinheiro desviado dos cofres públicos. Isso sugere que o processo no Tribunal de Contas da União não leva à intimidação necessária para prevenir a ocorrência de novos atos de improbidade administrativa.

¹⁵ Lei n. 8.443/1992, arts. 10 a 35.

b) Controladoria-Geral da União (CGU)

A Controladoria-Geral da União, que integra a Presidência da República, foi instituída em 2003 pela Lei n. 10.683. É órgão de controle interno do Poder Executivo federal. Suas atribuições, porém, ultrapassam o mero controle interno.

O Programa de Governo n. 1.173 – Controle Interno, Prevenção e Combate à Corrupção, que integra o Plano Plurianual, está sob a responsabilidade da CGU. Esse programa tem os objetivos de prevenir a corrupção, combater a impunidade, ampliar a transparência da gestão pública, ao mesmo tempo em que visa aperfeiçoar e fortalecer as atividades de investigação e repressão das irregularidades porventura existentes no Poder Executivo Federal.

150

O papel da CGU, que não é repressivo, destaca-se na fiscalização dos estados e municípios, escolhidos periodicamente por sorteio. Essa atuação permite obter um panorama dos entes sorteados quanto à sua atuação na execução de programas e obras com repasse de verbas federais.

Os relatórios produzidos pelo órgão são divulgados e enviados ao Ministério Público, nas esferas federal e estadual. A CGU também apura denúncias ou representações e promove auditorias especiais em órgãos e entidades federais, entre outras ações¹⁶.

c) Ministério Público e Poder Judiciário

O Ministério Público recebe as conclusões dos trabalhos do TCU e da CGU para a promoção das providências cabíveis: ação penal, quando os fatos detectados constituírem crime, e/ou ação por ato de improbidade administrativa. Em relação às decisões do TCU, o maior problema é que, muitas vezes, quando divulgadas, as ações judiciais que delas poderiam decorrer estão prejudicadas pelo decurso do prazo prescricional indicado nas leis penais e na Lei de Improbidade Administrativa.

¹⁶ Informação fornecida por representante da CGU em palestra proferida no VII Encontro da 5ª CCR/MPE, realizado na Procuradoria-Geral da República de 27 a 29 de setembro de 2005.

Os relatórios da Controladoria-Geral da União relatam uma variedade de fatos e condutas, algumas, meras irregularidades, outras, gravíssimas. A análise do relatório focaliza aqueles elementos informativos que exigem a atuação do Ministério Público. Os indícios de prática de improbidade normalmente demandam complementação de provas.

É difícil estabelecer uma percepção da eficácia do trabalho do Ministério Público. Infelizmente, não existem dados confiáveis da sua atuação. Isso se aplica também às atividades dos órgãos do Poder Judiciário, ao qual são submetidas as demandas. A esse respeito, na Justiça Federal, por exemplo, apenas recentemente procedeu-se à uniformização da nomenclatura e outros dados dos feitos em tramitação em todos os juízos e tribunais¹⁷.

O Ministério Público Federal e a Justiça Federal já perceberam a necessidade de produzir estatísticas idôneas sobre o resultado do trabalho dos seus membros. Ambos estão empenhados na confecção de sistemas informatizados únicos e na adoção de outras medidas (como a padronização da nomenclatura acima referida) que possam propiciar a confecção de tais estatísticas. Na ausência desses dados, é impossível dizer, no momento, em que medida o trabalho do Ministério Público Federal e a atuação do Poder Judiciário têm sido eficazes no combate à improbidade administrativa.

151

2 Defesa da moralidade no direito brasileiro

2.1 Probidade nas Constituições

A preocupação com a defesa da probidade e da moralidade públicas não é recente no direito brasileiro. Embora a Carta

¹⁷ Os feitos ganham uma única numeração, padronizada e permanente (Resolução CNJ n. 65/2008); foi criada a Tabela Processual Unificada, com uniformização de classes, assuntos e movimentações processuais, nos diferentes órgãos da Justiça Federal (Resolução CNJ n. 46/2007). Informações disponíveis em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 21 set. 2009.

de 1988 tenha pela primeira vez se referido à moralidade como princípio a ser observado no agir do agente público, é antiga a atenção dos legisladores sobre o tema. A Constituição do Império, de 1824, responsabilizava os ministros de Estado pela dissipação de bens públicos. Não importava o motivo do desvio – peita, suborno ou concussão. A censura constitucional se impunha mesmo que a falta tivesse origem em ordem do imperador (arts. 133,134 e 135).

A primeira Constituição republicana, de 1891, definiu entre os crimes de responsabilidade do presidente da República o atentado contra a “probidade administrativa” (art. 54, n. 6). O preceito foi reproduzido nas constituições subseqüentes¹⁸.

Na Constituição de 1934, havia previsão da ação popular como remédio apto ao desfazimento de atos lesivos ao patrimônio público (art. 113), preceito não repetido na constituição posterior, de 1937. A previsão retornou na Carta de 1946 e foi mantida nas constituições posteriores, até a presente. No entanto, a lei que veio a regulamentar a ação popular, até hoje vigente, Lei n. 4.717, levou quase vinte anos para ser editada.

A mesma Constituição de 1946 previu punição para os servidores públicos que enriquecessem ilicitamente ou procedessem com abuso de função, cargo ou emprego públicos, previsões que se repetiram nos textos da Carta de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969. A regulamentação veio com as Leis n. 3.164, de 1957, e n. 3.502, de 1958.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe referência expressa à moralidade (arts. 5^º, 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, § 4^º), o que levou à edição da Lei n. 8.429, de 1992.

¹⁸ Constituição de 1934, art. 57, *f*; Constituição de 1937, art. 85, *d*; Constituição de 1946, art. 89, V; Constituição de 1967, art. 84, V; Emenda Constitucional n. 01, de 1969, art. 82, V.

2.2 Leis anteriores à Lei de Improbidade Administrativa

Antes da edição da LIA, três diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro sancionavam a prática de improbidade, embora sob nomenclatura própria. Editada em 1º de junho de 1957, a Lei n. 3.164, conhecida como Lei Pitombo Godóilha, e a Lei n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958, esta conhecida como Lei Bilac Pinto, puniam condutas reprováveis de administradores públicos. A primeira apenas previu o sequestro e a perda, em favor da Fazenda Pública, de bens adquiridos pelo servidor público em razão de abuso ou influência por ele exercidos, em face do cargo ou função pública, ou emprego em autarquia. Essa lei também introduziu a exigência de declaração de bens dos servidores públicos, que deveria ser atualizada bienalmente.

A Lei n. 3.502/1958 preocupou-se em especificar quais os agentes públicos que seriam alcançados pelo sequestro previsto na Lei n. 3.164/1957. Foram tipificados os casos de enriquecimento ilícito que impunham a referida constrição. Essa lei ainda modificou a legitimidade ativa para o requerimento do sequestro e perdimento dos bens, conferido, na Lei n. 3.164, ao Ministério Público ou a qualquer pessoa do povo. A Lei Bilac Pinto restringiu a legitimidade ativa às pessoas jurídicas de direito público prejudicadas pela conduta ímproba.

A Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965) conferiu legitimidade a qualquer cidadão para requerer ao Poder Judiciário a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos estados, municípios e de outros entes estatais ou de entes privados para os quais o tesouro público concorra com mais de 50% da criação ou custeio. Com a Carta de 1988, a ação popular ultrapassou a mera defesa do patrimônio público para defender também, entre outros bens, a moralidade administrativa.

2.3 Quadro normativo atual

A matéria é tratada na Constituição Federal e na Lei n. 8.429/1992. A primeira consagra o princípio da moralidade nos arts. 37, *caput*, e 5º, LXXIII; e a probidade é objeto dos arts. 37, § 4º, 15, V, e 85, V.

A Lei n. 8.429/1992 (LIA) regula o art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Além de definir, exemplificativamente, os atos de improbidade administrativa e as sanções correspondentes, a LIA indica os agentes públicos que podem ser por ela alcançados, as pessoas jurídicas passíveis de sofrer os atos de improbidade, estabelece algumas medidas cautelares e dita as regras processuais da ação por ato de improbidade administrativa. Contudo, tal lei não é a única a tipificar atos de improbidade administrativa no direito brasileiro atual. Outras leis o fazem, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001).

Ainda, a prática de ato de improbidade é conduta que, comprovada, leva à demissão do servidor público federal, conforme previsão do art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990.

2.4 Pactos anticorrupção

A moralidade e a probidade na conduta de agentes públicos são uma preocupação global. Muitos países, da América Latina à Europa, da América do Norte à África, têm dedicado atenção ao tema e procuram formas eficientes de combater a corrupção no setor público.

Há uma percepção de que a corrupção encarece os produtos e serviços, destrói valores e princípios éticos no aparato estatal, retira dos mais pobres o acesso a serviços básicos, como saúde e educação, interfere no processo democrático, enfim, atrasa o desenvolvimento do país¹⁹. Além disso, longe de constituir proble-

¹⁹ Fazem referência às funestas consequências da corrupção André de Carvalho Ramos (2002) e Antonio Carlos Fonseca da Silva (2002).

ma de um ou outro Estado, ou mesmo dos países mais pobres e mais atrasados apenas, corrupção é mazela que afeta, em maior ou menor medida, todas as nações. Os pactos internacionais revelam os esforços e as experiências dos países nesse domínio.

Os acordos, de modo geral, tem o escopo de propiciar estratégias e instrumentos conjuntos e integrados entre os vários países, no combate à corrupção. O Brasil aderiu à Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais; Convenção Interamericana contra a Corrupção e à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, todas aprovadas pelo Congresso Nacional.

A Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais foi elaborada pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁰. A Convenção Interamericana contra a Corrupção foi adotada pelos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 29.3.1996²¹. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 31 de outubro de 2003^{22 23}.

O intenso trabalho desenvolvido pelos organismos internacionais para aprovar tais acordos demonstra, por si só, a magnitude do problema e sua importância. O Brasil não está carente de legislação a respeito. Aliás, o país recebeu uma referência satisfatória na primeira avaliação periódica promovida para acompanhar o cumprimento, pelos Estados-Partes, da Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais

²⁰ Aprovada pelo Congresso Nacional, Decreto Legislativo n. 125, de 14.6.2000, e promulgada pelo Decreto n. 3.678, de 30.11.2000.

²¹ Aprovada pelo Congresso Nacional, Decreto Legislativo n. 152, de 25.6.2002, tendo entrado em vigor em 24.8.2002 (conforme seu art. XXV) e promulgada pelo Decreto n. 4.410, de 7.10.2002.

²² Aprovada pelo Congresso Nacional em 18.5.2005, Decreto Legislativo n. 348, e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31.1.2006.

²³ Mônica Nicida Garcia fornece mais informações sobre as convenções referidas no artigo “Três Convenções Internacionais Anticorrupção e seu Impacto no Brasil”, 2008.

Internacionais. Foi analisada, naquela ocasião, a adequação normativa interna aos termos da Convenção. Isso não elimina inúmeros percalços na aplicação concreta da legislação no dia a dia, decorrentes de diversos fatores, como a eventual inadequação da norma com a Constituição Federal, a ausência de previsão de situações que, na prática, reclamam métodos diferentes de hermenêutica, entre outros.

3 Ação de Improbidade contra prefeitos

156

A improbidade atinge todas as esferas de Poder e todos os níveis da Federação, em maior ou menor medida. Praticamente todos os dias são noticiados novos escândalos, atingindo diferentes órgãos da Administração. Isso inclui também órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público. A improbidade é encontrada no âmbito federal, estadual e municipal.

Uma das dificuldades no combate à improbidade praticada por prefeitos e outras autoridades municipais reside nos valores envolvidos, normalmente pequenos quando comparados com os grandes escândalos nacionais. Isso leva as autoridades do Poder Judiciário, e às vezes até mesmo do Ministério Público, a encarar com certa benevolência as ilicitudes, no pressuposto de que o prejuízo ao Estado foi mínimo.

O grande número de municípios existentes no País, 5.563²⁴, e a utilização, em grande escala, dos mecanismos de repasse de verbas, pelos quais os diversos ministérios transferem aos entes municipais recursos financeiros para os mais diferentes fins, tornam o desvio de valores, quando somados e no decorrer dos anos, causa de prejuízo de grandes proporções para o país. Em verdade, o exame desses casos deve dar-se sob a perspectiva global de que os desvios, no agregado, representam também grande volume de recursos que deixa de atender sua finalidade pública. Não se

²⁴ Dado extraído do site <www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>. Acesso em: 13 mar. 2009.

pode, assim, dizer que se trata de problema menor a improbidade que se refere ao domínio da municipalidade.

De outra parte, nunca se deve esquecer que a improbidade, qualquer que seja a sua consequência em termos de prejuízo ao erário, contém em sua base a mesma característica de desprezo aos valores éticos e à honestidade. Só na companhia desses valores o administrador pode agir em consonância com as finalidades da Administração, realizando, em última análise, o interesse público. Sob esse prisma, verifica-se que não há diferença ontológica entre as várias práticas ímprobas, sendo tão grave aquela que acarreta desvio de milhões quanto aquela que leva ao desvio de uns poucos milhares.

Por desvios no domínio da municipalidade, muitas autoridades municipais são processadas – em especial, os prefeitos – por atos de improbidade administrativa. Isso tem levado aos tribunais o exame de questões relevantes, algumas diretamente relacionadas ao prefeito, abordadas a seguir.

157

3.1 Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa

A LIA se aplica aos prefeitos. Essa regra decorre de disposições da Lei n. 8.429/1992. Diz a lei (art. 1^º), que são punidos “os atos de improbidade praticados por qualquer agente público”, independentemente do nível ou hierarquia, pois todos (art. 4^º) “são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. O conceito de agente público é amplo, inclui “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” na Administração Pública (art. 2^º). A lei dispõe, ainda, que as penalidades devidas pela prática de improbidade se aplicam sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica (art. 12). Os controles são cumulativos, isto é, não excludentes, de modo que

a previsão de punição do prefeito noutra legislação não afasta a decorrente da ação por ato de improbidade administrativa. Estes dois elementos – a qualificação do agente público e a sobreposição das sanções – exigem uma reflexão mais aprofundada.

A leitura do texto legal, que se refere a “qualquer agente público, servidor ou não” (art. 1º), como sujeito passivo no processo por ato de improbidade, não exclui o prefeito, como agente político. Este, no dizer de Cretella Júnior (1977, p. 200), está unido ao Estado por uma relação política, sendo “parte da arquitetura constitucional”. A expressão agente público é mais ampla do que servidor público e inclui “todos aqueles que participam da gestão da coisa pública” ou colaboram com o funcionamento do serviço público (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 201). Logo, o prefeito, embora agente político, quando por ato ou omissão agride a probidade administrativa tem *status* de agente público.

É certo que o agente político, pela mesma conduta, poderá responder por crime comum ou de responsabilidade. Essa possibilidade tem gerado discussão no Poder Judiciário. No julgamento da Reclamação n. 2.138-6/DF²⁵ o Supremo Tribunal Federal assentou que

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,

²⁵ Não se examina aqui a decisão. Para suscitar reflexão, lembra-se que esta se fixou, em parte, em razão de perplexidades causadas por a lei permitir que autoridades judiciais de primeira instância afastem autoridades dos Poderes Executivo e Legislativo, e do próprio Judiciário, para cujo afastamento do cargo a CF ou a lei complementar preveem ritos próprios e especiais. A perplexidade facilmente se resolveria admitindo-se a ação por ato de improbidade administrativa fixando-se a impossibilidade de se lhes aplicar a referida medida pela autoridade judiciária. Além disso, ao declarar a inviabilidade de agentes políticos serem alcançados pela Lei n. 8.429/1992, a Suprema Corte estabeleceu verdadeira imunidade não prevista na Constituição Federal ou na lei, consoante lembram Fábio Medina Osório (2007, p. 208-209) e Luiz Gonzaga Pereira Neto (2007).

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 Constituição [...]. Os ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei n. 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) (REcl. n. 2.138-6/DF, STF/Pleno, maioria, j. 13.6.2007, *DJ* e n. 70, de 18 abr. 2008).

Essa orientação foi de início repetida, sem crítica, por alguns julgadores, a exemplo do Ministro Luiz Fux, que afirmou:

Os ilícitos previstos na Lei n. 8.429/1992 encerram delitos de responsabilidade quando perpetrados por agentes políticos diferenciando-se daqueles praticados por servidores em geral (REsp n. 769.811/SP, rel. Min. Luiz Fux, STJ/1ª Turma, j. 19.6.2008, *DJ* de 6 out. 2008).

A Suprema Corte, no entanto, tem negado²⁶ estender esse precedente a outras situações, considerando-o não vinculante, o que demonstra que este ficou limitado às partes, ministros de Estado, não servindo para outras autoridades.

O crime de responsabilidade do prefeito está previsto na Constituição Federal, que estabelece o limite de despesa em que o Poder Legislativo local poderá incorrer. O chefe do Poder Executivo municipal não poderá fazer repasse em desacordo com essa restrição sob pena de crime de responsabilidade²⁷. Também são crimes de responsabilidade os previstos no art. 4º do DL n. 201/1967, processados pela Câmara de Vereadores.

O escopo do processo por crime de responsabilidade, tendo em vista condutas específicas, é a perda do cargo; já o processo por ato de improbidade previsto na LIA tem escopo muito

²⁶ Ag. Reg. na MC no RE n. 6.034/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, STF/Pleno, negado provimento, unân., j. 25.6.2008, *DJe* n. 162, 29.8.2008.

²⁷ CF, art. 29-A, § 2º. Essa previsão depende de regulação legal.

mais largo. Eventual perda do cargo em processo de iniciativa da Câmara não desabilita a ação de improbidade contra o prefeito, ainda que haja identidade de conduta com os crimes de responsabilidade. São processos distintos²⁸. A questão do foro tratada adiante poderá trazer mais luz sobre essa questão.

As hipóteses de atos de improbidade são muito mais extensas do que as relativas aos crimes de responsabilidade. Se uma conduta ilícita segundo a LIA não configura crime de responsabilidade, ela não adquire essa qualificação só pelo fato de ser imputada a um agente político com prerrogativa de foro. No máximo, poderia-se afirmar que somente seria possível invocar o foro especial, no contexto da orientação apressada traçada na Reclamação n. 2.138 do STF, caso houvesse identidade de tipificação²⁹.

No julgamento da Questão de Ordem na Pet. n. 3.923-8-SP, o STF assentou que a) os agentes políticos estão sujeitos às penalidades da ação por ato de improbidade; b) essa assertiva exclui apenas o presidente da República; c) as condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade³⁰. Esse precedente melhor reflete, no dizer da Ministra Carmen Lúcia, o entendimento da atual composição da Suprema Corte sobre o tema³¹. O desdobramento que poderá advir dessa posição melhor esclarecerá sobre o foro da ação de improbidade contra agentes políticos.

²⁸ A única implicação de a identidade de conduta gerar processo por crime de responsabilidade e ação por ato de improbidade contra prefeito refere-se à perda do cargo.

²⁹ Com acerto, a Corte Especial do STJ julgou improcedente a Reclamação n. 2.197-DF proposta por membro do Tribunal Regional do Trabalho, ao fundamento de que a previsão de foro especial sequer era objeto de regulação legal. Logo, não havia como alçar ao STJ a ação de improbidade por conduta não especificada como crime de responsabilidade. J. 19.11.2008, *DJ* de 9 mar. 2009.

³⁰ QO na PET n. 3.923-8/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, STF/Pleno, j. 13.6.2007, *DJe* de 26 set. 2008.

³¹ Recl. n. 8.221/GO, STF/Decisão monocrática, j. 13.5.2009, *Dje* n. 92.

3.2 O foro do prefeito

A Constituição Federal não confere prerrogativa de foro ao prefeito, mas estabelece que a lei orgânica do município observará como preceito o seu julgamento pelo Tribunal de Justiça (art. 29, X), cuja competência será definida na constituição estadual (art. 125, § 1º). Diante desse desenho, as constituições estaduais têm estabelecido que o Tribunal de Justiça é o foro do prefeito no julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade³². Essa prerrogativa de foro não se estende às ações por ato de improbidade contra o prefeito. A perda do cargo, ademais, não está reservada à competência específica.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o tema se tornou pacífico. A posição consolidou-se no sentido de que “não há falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa ajuizadas contra prefeitos”³³.

161

3.3 Prescrição e sucessão de mandatos

A prescrição da ação de improbidade no caso dos prefeitos está prevista no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992. Estabelece o dispositivo que “as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

O início da fluência do prazo quando da sucessão de mandatos, se desde o final do primeiro mandato ou somente ao final do segundo, é objeto de controvérsia que só recentemente foi dirimida pelo STJ, que acolheu a segunda hipótese³⁴.

De fato, a reeleição leva à continuação do exercício da fun-

³² São exemplos o art. 108, VII, *a* (Estado do Ceará); art. 71, I, *d* (Estado do Rio Grande do Norte); e art. 95, IX (Estado do Rio Grande do Sul).

³³ Por todos os precedentes, cita-se o REsp n. 742.451/SC, rel. Min. Denise Arruda, STJ/1ª Turma, j. 27.11.2007, *DJ* de 10 dez. 2007.

³⁴ REsp n. 1.107.833/SP, rel. Min. Mauro Campbell, STJ/2ª Turma, unân., j. 8.9.2009, *Dje* de 18 set. 2009.

ção pública em que praticado o ato ímprobo. Embora se fale em novo mandato, com as solenidades inerentes, inclusive a assinatura de novo termo de posse, na realidade, não há solução de continuidade entre ambos os mandatos. A vinculação do eleito ao cargo não se rompe, mas continua, de fato e de direito.

Parece que o legislador pretendeu atribuir à ocupação do cargo em comissão, função de confiança ou mandato o *status* de condição legal impeditiva do início do prazo de prescrição. Com isso, o prazo da prescrição somente inicia com o final do vínculo, a partir do término do exercício administrativo pelo agente, ou seja, não corre enquanto perdura o liame com o Poder Público.

162

Verdade que a lei não faz referência expressa à questão, mas merece atenção o fato de que a Lei de Improbidade, editada em 1992, é anterior à EC n. 16, de 1997, que, ao dar nova redação ao art. 14 da Constituição Federal, trouxe a possibilidade da reeleição. Logo, não havia como o legislador da LIA regulamentar a fluência da prescrição em caso de sucessão de mandatos, porque sua ocorrência era impossível à época.

Além disso, a ocupação do cargo costuma dificultar a descoberta dos fatos que marcaram a gestão anterior. A grande maioria dos atos de improbidade vem a lume quando da assunção ao cargo por novo administrador, seja por questões políticas ou práticas, já que tomar as medidas cabíveis para responsabilizar o gestor anterior perante o TCU é condição imposta pelo Poder Executivo federal para o novo prefeito manter o regular recebimento dos repasses de verbas pela União³⁵.

O tema ainda é pouco discutido pela doutrina, mas foi enfrentado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco (2006, p. 517), que além das razões já indicadas, elencam outros motivos em favor do início do prazo prescricional a partir do término do último mandato outorgado ao agente:

- a) o art. 23, I, da Lei n. 8.249/1992 fala em exercício de mandato, o que afasta a possibilidade de se atrelar o lapso prescricional ao exercício do mandato durante o qual tenha sido praticado o ato;

³⁵ IN n. 01 de 15.1.1997/STN, art 5º, § 2º.

[...] c) as situações previstas no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992 tratam de vínculos de natureza temporária, estando o lapso prescricional atrelado à sua cessação, o que somente ocorrerá com o término do último mandato; [...] e) a sucessão temporal entre os mandatos não pode acarretar a sua separação em compartimentos estanques, pois consubstanciam meros elos de uma corrente ligando os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade³⁶.

Considere-se ainda que a posição contrária, pela fluência do prazo prescricional a partir da finalização do primeiro mandato, implica favorecer prefeitos em falta com a lei, mas que, reeleitos, serão favorecidos pela prescrição legal, especialmente pela dificuldade de se conhecer e apurar eventuais atos de improbidade praticados no primeiro mandato. Essa dificuldade, aliás, é reconhecida pela própria LIA, quando prevê o afastamento cautelar do agente ímprobo.

163

3.4 O elemento subjetivo nas ações por ato de improbidade administrativa

Também há discordâncias no STJ acerca do elemento subjetivo necessário à configuração do ato de improbidade administrativa³⁷. As principais desavenças estão na necessidade, ou não, da presença de dolo nos ilícitos previstos no art. 11 da LIA e na própria caracterização do dolo nos atos de improbidade administrativa.

Prevalece no STJ a ideia de que as figuras listadas no art. 9º da Lei n. 8.429/1992 necessitam do dolo para serem configuradas, não bastando a culpa. Já aquelas previstas no art. 10 da LIA caracterizam-se quando houver dolo ou culpa do agente. As

³⁶ Também assim entende o Professor José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 907).

³⁷ Embora a questão não seja exclusiva das ações por ato de improbidade contra prefeitos, optou-se por breve referência a julgados do STJ que discutem a exigência do dolo ou culpa como requisito da prática de improbidade, dada a relevância da matéria. Sobre o tema, existe séria divergência entre a Primeira e a Segunda Turma do STJ.

figuras descritas no art. 11 demandam o dolo para alguns³⁸, enquanto outros advogam sua desnecessidade, e até mesmo da culpa, para sua caracterização.³⁹

Decisões iniciais do STJ filiavam-se à primeira corrente⁴⁰. Tempos depois se entendeu que “*tal proceder – contratação de serviço sem observância das formalidades pertinentes –, de forma objetiva, independentemente de dolo ou culpa, configura ato de improbidade*”⁴¹, e mais, que “diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador ‘desorganizado’, ‘desleixado’, ‘despreparado’ e ‘despido de senso de direção’”⁴². Recentes decisões retomam a exigência de dolo para o ato de improbidade calcado na ofensa à legalidade e aos princípios administrativos⁴³.

Outra questão importante é a caracterização do dolo ou da culpa. Nas decisões, há referências à “doutrina penal brasileira, que instrui que o dolo [...] deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica”⁴⁴, e ao dolo e à culpa como elementos re-

³⁸ Acolhem esse ponto de vista os Ministros Teori Zavascki, Denise Arruda, Francisco Falcão, Luiz Fux. Veja-se o REsp n. 604.151/RS, rel. ac. Min. Teori Albino Zavascki, STJ/1ª Turma, j. 25.4.2006, DJ de 8 jun. 2006 e REsp n. 734.984/SP, rel. ac. Min. Luiz Fux, STJ/1ª Turma, j. 27.9.2007, Dje de 16 jun. 2008.

³⁹ Esta parece ser a posição dos Ministros Delgado e Castro Meira, sustentada também, durante certo tempo, pela Ministra Eliana Calmon. Veja-se o REsp n. 604.151/RS, voto vencido do relator, Min. José Delgado, STJ/1ª Turma, j. 25.4.2006, DJ de 8 jun. 2006 e REsp n. 621.415/MG, voto vista (vencido) do Min. Castro Meira, STJ/2ª Turma, j. 6.12.2005, DJ de 30 maio 2006.

⁴⁰ REsp n. 242.632/MG, Min. Franciulli Netto, STJ/2ª Turma, unân., j. 3.6.2003, DJ de 30 jun. 2006; REsp n. 544.575/PR, Min. Eliana Calmon, STJ/2ª Turma, unân., j. 9.12.2003.

⁴¹ REsp n. 287.728/SP, Min. Eliana Calmon, STJ/2ª Turma, unân., j. 2.9.2004, DJ de 29 nov. 2004.

⁴² REsp n. 709.170/MG, Min. Eliana Calmon, STJ/2ª Turma, unân., j. 6.12.2005.

⁴³ REsp n. 658.415/RS, rel. Min. Eliana Calmon, STJ/2ª Turma, unân., j. 27.6.2006, DJ de 3 set. 2006.

⁴⁴ REsp n. 875.163/RS, rel. Min. Denise Arruda, STJ/1ª Turma, unân., j.

lacionados “com a ofensa ao princípio da administração pública que se pretende preservar”⁴⁵. Apesar disso, tem prevalecido no STJ a exigência de demonstração do dolo em sentido diverso da vontade e consciência de praticar a conduta que tipifica o ato de improbidade. Tem o STJ entendido o dolo como uma finalidade condenável a ser atingida pelo agente, como o motivo do seu agir. Há menção à ausência nos autos, do “motivo que levou o agente a fazer tal contratação”⁴⁶ e “à intenção lesiva à Administração Pública”⁴⁷. Tais julgados afastam-se da tradição do direito brasileiro, plasmada no direito criminal, que perquire dolo ou culpa na descrição normativa da conduta. A má-fé ou a intenção do agente que pratica o tipo só é considerada quando expressamente descrita pela norma. Trata-se aí do dolo específico, inexistente em qualquer das condutas exemplificativamente descritas na LIA, o que desautoriza sua exigência.

3.5 Afastamento cautelar

a) Afastamento segundo a LIA

O afastamento do prefeito no curso da ação por ato de improbidade é previsto na Lei n. 8.429/1992 por necessidade da instrução processual, consoante art. 20, parágrafo único.

Pela relevância da posição em relação aos servidores, ou mesmo em relação a terceiros, como pessoas do ciclo de negócios – fornecedores de bens e serviços –, o prefeito tem aptidão para influenciar na produção da prova ou na sua destruição. Nesse cenário, o afastamento é considerado um recurso fundamental para garantir a higidez do processo.

19.5.2009, *Dje* 1º.7.2009; REsp n. 654.721/MT, rel. Min. Benedito Gonçalves, STJ/1ª Turma, unân., j. 23.6.2009, *Dje* 1º.7.2009.

⁴⁵ Voto vista do Ministro Hermann Benjamin no REsp n. 915.322/MG, STJ/1ª Turma, unân., j. 23.9.2008.

⁴⁶ REsp n. 751.634/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, STJ/1ª Turma, unân., j. 26.06.07, *DJ* de 2 ago. 2007.

⁴⁷ Voto da Ministra Denise Arruda no REsp n. 734.984/SP, rel. ac. Min. Luiz Fux, STJ/1ª Turma, por maioria, j. 18.12.07, *DJe* de 16 jun. 2008.

A medida tem consequências graves para a Administração, no dizer de Tito Costa (2002, p. 145). Por isso, “o afastamento deve ser encarado com muita cautela pelo julgador. Mas há de ser decretado sempre que se verificarem circunstâncias que o imponham”. Segundo o mesmo autor, o afastamento do alcaide se justifica em face da “natureza e gravidade das acusações, e de coação que possa exercer, ou esteja exercendo, efetivamente, sobre servidores da Prefeitura arrolados como testemunhas”.

b) Afastamento no crime de responsabilidade

O afastamento do agente político não é estranho ao sistema jurídico. No caso do presidente da República, a Constituição Federal prevê o afastamento das funções por até 180 dias, a partir do recebimento da denúncia – caso de crime comum – ou da instauração do processo, em caso de crime de responsabilidade⁴⁸. Também está previsto o afastamento como efeito do decreto de acusação, dos ministros do STF, do procurador-geral da República, do governador do Estado⁴⁹. O DL n. 201/1967 também prevê o afastamento do prefeito, no art. 2º, II.

Existem constituições estaduais que, espelhando-se na Constituição Federal (art. 86, § 1º, I), impõem o afastamento do governador quando do recebimento de denúncia pelo tribunal. É o caso da Constituição de Rondônia e também a do Maranhão. Não obstante, quando do recebimento de ação penal⁵⁰ contra o governador de Rondônia, houve grande discussão na Corte Superior de Justiça sobre o afastamento do Chefe do Executivo estadual, culminando o tribunal por manter mantê-lo no cargo, apesar de recebida a denúncia.

⁴⁸ CF, art. 86, §§ 1º e 2º. Aplica-se, também, a ministros de Estado, a Lei n. 1.079/1950, art. 23 § 5º.

⁴⁹ Lei n. 1.079/1950, arts. 57, *a*, e 77. O mesmo vale para os Secretários de Estado, Lei n. 1.079/1950, art. 79, parágrafo único.

⁵⁰ AP n. 401/RO, rel. Min. Menezes Direito, STJ/Corte Esp., j. 17.8.2005, DJ de 21 ago. 2006. Recebida a denúncia e fixada a competência do STJ para deliberar sobre o afastamento do governador, à unanimidade; por maioria, rejeitado o afastamento do governador.

Parece que, quanto mais alta a autoridade, maior a sua responsabilidade. A norma do afastamento das autoridades federais e do governador prevê a suspensão das funções como efeito imediato da abertura do processo, iniciado com o recebimento da acusação. No caso do prefeito, todavia, o afastamento será motivado e limitado ao interesse da instrução⁵¹. Isso tem dificultado a decretação do afastamento também na ação por ato de improbidade, independentemente da gravidade dos fatos ou do efeito maléfico que possa representar à Administração a continuidade no cargo. A esse respeito, decisões contraditórias têm sido produzidas.

Certo é que, nos casos graves, nos quais a prática ímproba é continuada, a suspensão das funções tem por alvo a preservação do patrimônio público, além de ter um efeito imediato de resposta à sociedade pelo aparelho repressor do Estado, que também tem o compromisso de encerrar, em prazo razoável, o processo.

d) Afastamento sob a perspectiva da doutrina

Há casos específicos nos quais, pela sua gravidade, pela contumácia do agente, pelo seu desprezo com a coisa pública, soa contrário à moralidade pública manter o agente acusado de improbidade no exercício do cargo. A dificuldade avulta quando, presentes uma ou várias daquelas circunstâncias, não existem evidências sequer de tentativa de manipulação dos elementos probatórios. Nessa situação, o afastamento soa necessário, embora nem sempre acatado pela doutrina.

De modo geral, a doutrina aborda o tema de forma superficial. Mas Emerson Garcia (2006, p. 458-459), com propriedade, lembra que

o argumento de que o afastamento dos detentores de mandato importaria em afronta à vontade popular, exteriorizada por in-

⁵¹ COSTA, 2002, p. 145 a 148; RE n. 75.098-SP, RTJ n. 63/854. Conforme a Ministra Maria Thereza, do STJ, “o paralelismo [...] entre o chefe do Executivo federal e do municipal não encontra amparo no direito constitucional” (HC n. 89.538/BA, decisão singular de 20.8.2007, DJ de 30 ago. 2007).

termédio do voto e que reflete a essência da soberania estatal, não merece ser igualmente prestigiado. Com efeito, a escolha popular permite que o agente desempenhe uma função de natureza eminentemente lícita e cujas diretrizes de atuação foram traçadas pelo ordenamento jurídico. Distanciando-se da licitude e rompendo o elo de encadeamento lógico que deve existir entre o mandato outorgado e a função a ser exercida, dissolve-se a legitimidade auferida pelo agente com a eleição, o que, a exemplo do que se verifica em qualquer país democrático, permite ao poder Judiciário a recomposição da ordem jurídica lesada.

Embora tais considerações refiram-se à perda do mandato, servem igualmente ao afastamento cautelar.

168

Entendimento semelhante é desenvolvido por Rogério Pacheco Alves (2006, p. 817), que aduz:

Os argumentos de “soberania popular” e de que a “escolha do povo”, mesmo quando recaia sobre o ímprobo, deve ser respeitada não impressionam, uma vez que aqueles legitimamente escolhidos pela sociedade para o exercício do poder de mando estão jungidos, de forma até mais rigorosa, aos princípios reitores da administração pública – mormente os de legalidade e moralidade – cuja violação, por representarem uma dissintonia entre a vontade popular e o exercício do poder, deve deflagrar, pronta e eficazmente, a incidência dos preceitos sancionatórios, o que pressupõe, em algumas hipóteses, o manejo de providências cautelares.

Tito Costa (2002, p. 147) também assim entende, embora se refira ao tema no âmbito do DL n. 201/1967:

O afastamento é medida prevista na lei apenas em relação ao prefeito. Não cabe, porém, em relação ao co-autor do crime que seja servidor da Prefeitura, da União, ou do Estado, para seu afastamento do cargo ou de função que esteja exercendo. Nem que se trate de vereador, ou do presidente da Câmara, na condição de co-autores eventuais.

Posição mais conservadora adotam Edvaldo Brito (2002); Adilson de Abreu Dallari (2001); e Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo (2001). Sequer admitem que o afastamento previsto no art. 20 da Lei n. 8.429/1992 aplica-se aos titulares de mandato eletivo, já que o preceito não se refere

explicitamente aos detentores de mandato; logo, somente os demais agentes públicos poderiam ser afastados de seus cargos por força da Lei de Improbidade Administrativa.

Rogério Pacheco Alves (2006, p. 819-821) rebate com precisão a interpretação, mas não aceita que o afastamento do agente público, até mesmo dos ocupantes de cargos eletivos, tenha por base fatos outros que não a sua influência na instrução probatória⁵². Também não a admite fora dessa hipótese, Waldo Fazzio Junior (2003, p. 305).

Fábio Medina Osório (1998, p. 243) admite a possibilidade de afastamento do agente público cuja permanência no cargo permita novos danos ao ente público e à sociedade, desde que tais danos sejam provenientes de reiteração da conduta cuja representação já é objeto da ação proposta.

c) Marcha e contramarcha na jurisprudência do STJ

Parecia consolidada a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto ao afastamento cautelar do prefeito à luz da LIA, para admiti-lo também no interesse da coletividade⁵³. Contudo, no final de 2008, o tribunal fez nova leitura do dispositivo legal, para estabelecer, independentemente da gravidade das acusações imputadas ao prefeito:

A regra, portanto, é a perda da função pública após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O afastamento cautelar, antes da coisa julgada, só pode ser decretado diante de situação peculiar, ou seja, diante de risco à instrução processual pela manutenção do agente político no cargo. Mas não é qualquer risco à instrução que permite o afastamento: o risco há de ser concreto,

⁵² O autor admite, contudo, quando possível, a restrição das atribuições do agente ímprobo, retirando-lhe aquelas que permitiram a prática do ato de improbidade.

⁵³ Lei n. 8.429, art. 20, parágrafo único. Por todos os precedentes, citam-se: SLS n. 874/AL, rel. min. vice-pres. do STJ, dec. mon. 6.5.2008, *DJ* de 7 maio 2008; AgRg na SLS n. 467/PR, rel. min. pres., STJ/Corte Esp., j. 7.11.2007, *DJ* de 10 dez. 2007; AgRg na SLS n. 16/BA, rel. min. pres., STJ/Corte Esp., j. 29.6.2005, *DJ* de 15 maio 2006. Todos esses precedentes consideravam o afastamento do interesse da coletividade.

real, comprovado. A possibilidade de que o agente político interfira na instrução não autoriza o afastamento⁵⁴.

A despeito da nova orientação, a Corte Especial do STJ voltou a admitir o afastamento⁵⁵. As condições do precedente (AgRg na SS n. 1.883-BA) são as seguintes:

- o prefeito respondia a cinco ações penais e suas contas por seis vezes foram rejeitadas pelo tribunal especializado;
- pelas circunstâncias comprovadas, a manutenção no cargo revelaria “potencial lesivo grave aos valores tutelados na legislação”, apesar de questionado o trânsito em julgado da decisão de perda do cargo.

170

Curioso que o tribunal, no precedente referido, ao reconhecer o grave risco ao interesse público pelo volume de recurso financeiro desviado e o nível da gravidade dos fatos, buscou amparo em precedente da mesma Corte proferido com base no art. 20 parágrafo único da LIA⁵⁶.

e) Divergência na negativa de afastamento

Nem sempre a interferência na instrução está clara. Isso moveu o debate em precedente do STJ. Em medida cautelar, para conferir efeito suspensivo a recurso especial⁵⁷, discutiu-se a manutenção do afastamento do prefeito de São José da Laje-AL decretada em ação por ato de improbidade, por juiz de direito, deci-

⁵⁴ AgRg na SLS n. 876/RN, rel. min. pres., STJ/Corte Esp., j. 30.6.2008, *DJ* de 27.11.2008. No mesmo sentido: “A norma do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429, de 1992, que prevê o afastamento cautelar do agente público durante a apuração dos atos de improbidade administrativa, só pode ser aplicada em situação excepcional, quando, mediante fatos incontroversos, existir prova suficiente de que esteja dificultando a instrução processual. Agravo regimental não provido”. AgRg na SLS n. 867/CE, rel. Min. Ari Pargendler, STJ/Corte Esp., j. 5.11.2008, *DJ* de 24 nov. 2008.

⁵⁵ AgRg na SS n. 1.883/BA, rel. min. pres., STJ/Corte Esp., j. 17.12.2008, *DJ* de 5 fev. 2009.

⁵⁶ Referência ao AgRg na SLS n. 467/PR, rel. Min. Barros Monteiro, STJ/Corte Esp., j. 7.11.2007, *DJ* de 10 dez. 2007.

⁵⁷ MC n. 7.325/AL, rel. Min. José Delgado, STJ/1ª Turma, j. 5.8.2004, *DJ* de 4 out. 2004.

são confirmada no tribunal, aplicando o art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.249/1992. Afirmou o acórdão que o afastamento do requerente se impunha, uma vez que este poderia influenciar na instrução da ação. Houve agravo regimental, mas foi mantida a decisão. Imputava-se ao prefeito, fatos graves: emissão do 9 cheques, pela Prefeitura, sem provisão de fundos somente no primeiro semestre de 2001; uso ilegal de verbas do FUNDEF para fins não educacionais; pagamento de passagem aérea a pessoa sem vínculo com a Administração (filha do ex-procurador-geral do município); pagamento de publicidade visando à sua projeção pessoal; aquisição de imóvel sem avaliação prévia do preço nem procedimento de dispensa de licitação; ausência de prestação de contas de serviços municipais e da própria prefeitura; ausência de cobrança de tributos municipais; omissão de registro de receitas públicas; pagamento em atraso dos servidores municipais, entre outras irregularidades.

Ao examinar a medida liminar requerida pelo prefeito afastado, o relator, Ministro José Delgado, afirmou:

Embora nebulosa a alegação de que o prefeito vá influir no apinhado das provas, tendo em vista a relevância dos fatos apontados e a possibilidade de que tal influência possa ocorrer, porque testemunhas deverão ser ouvidas na Comarca do interior, denego a liminar.

Os mesmos fundamentos trouxe o relator, ao votar o mérito da medida cautelar⁵⁸. O voto vencedor, do Ministro Gomes de Barros, reporta-se a precedentes da Corte e diz:

a tradição do STJ em situações semelhantes é a de prestigiar o mandato popular, a não ser que se verifiquem os pressupostos do permissivo contido no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992: quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Isso significa que o afastamento cautelar só é deferi-

⁵⁸ Voto retificado ao final do julgamento, nos termos postos pelo Ministro Teori, ante a consideração de que a quase totalidade das acusações que pesavam contra o prefeito foram consideradas improcedentes pelo Tribunal de Contas, não confirmando-se, assim, a influência da gravidade da conduta destacada no voto anterior.

do quando se demonstre a absoluta necessidade de sua consumação. No caso em exame, o tribunal a quo ultrapassou o permissivo do art. 20, parágrafo único, e adotou efetiva antecipação de tutela punitiva⁵⁹.

Idêntica discussão travou-se em agravo regimental em medida cautelar, ajuizado pelo então prefeito de São Paulo, que fora afastado⁶⁰. A relatora, Ministra Eliana Calmon, não provia o agravo regimental. Ela destacou o perigo para a instrução do processo, pela possibilidade de serem ocultados ou mesmo manipulados registros de interesse para a demanda, e o desgaste para os órgãos de controle do poder, que não obtiveram dos poderes constituídos nenhuma medida enérgica que pelo menos delimitasse a partir de quando seriam barrados os atos de administração viciados. Disse a relatora:

Contudo, modernamente, novo enfoque foi dado ao controle da administração, eis que se inseriu, em nível constitucional e explicitamente, a moralidade como princípio da Administração Pública (CF, art. 37). A Lei n. 8.429/1992 tipificou as faltas dos administradores em geral e agentes políticos. Ao impor sanções, abriu uma nova vertente no controle dos atos administrativos, com enfoque precípuo nos atos de improbidade.

Acrescentou a ministra que aplicava o afastamento do agente público, como está permitido no parágrafo único do mesmo artigo, a fim de possibilitar, com segurança, transparência e moralidade, apurar os fatos expostos na ação de responsabilidade.

O Ministro Milton Luiz Pereira votou com a relatora e justificou seu voto não apenas na possibilidade de embaraço à colheita das provas como ainda nas seguintes ponderações:

Os argumentos de que o mandato popular foi desconsiderado e chegará ao final, com prejuízos irreparáveis, *data venia*, não servem para amoldagem do requisito da urgência, ou seja, do *periculum in mora*. Se admitido o argumento, surgiria um escudo protetor de

⁵⁹ A Turma, por unanimidade, concedeu o efeito suspensivo requerido (a REsp interposto), fazendo cessar o afastamento que fora imposto ao prefeito.

⁶⁰ AgRg na MC n. 2.765/SP, rel. Min. Eliana Calmon, rel. ac. Min. Franciulli Neto, STJ/2ª Turma, j. 13.6.2000, DJ de 12 ago. 2002.

administrações merecedoras de censuras e sanções. Com efeito, garantido o mandato até o seu final, o fortalecimento do agente público é que, enquanto no exercício de suas atividades, ficaria a foco do *periculum in mora* e o mandatário a salvo de imediatos mecanismos de eficiente controle. O afastamento previsto tem finalidade preventiva e acautelatória de zelo pelas finanças públicas e preservação dos princípios da moralidade administrativa.

Prevaleceu, contudo, o voto do Ministro Franciulli Neto, que exigiu a demonstração, inexistente no caso, de o prefeito ter influído na instrução processual, com o fito de dificultá-la ou de molde a favorecê-lo, razão pela qual deu provimento ao agravo, determinando o retorno do prefeito ao cargo.

Em feito criminal⁶¹ discutiu-se decisão do TJ/PA, que recebera denúncia por crime de responsabilidade e determinara o afastamento temporário do prefeito, tendo em vista o vasto número de processos por improbidade administrativa a que ele respondia. Também se negou o afastamento, por maioria, nos termos do voto da relatora. O tribunal estadual não teria fornecido adequada justificativa para o afastamento cautelar do cargo de prefeito do Município de Barra de São Miguel-PA. Foram consideradas inidôneas as alegações de ordem genérica, como o fato de o alcaide responder processos por improbidade administrativa⁶².

g) Decisões que mantiveram o afastamento

Há casos em que a Corte Superior de Justiça manteve o afastamento de agente político decretado pelas instâncias inferiores, mas, na maioria das vezes, a fundamentação da gravidade dos fatos vem conjugada com a interferência na produção da prova ou há fundamentos diversos, de índole processual. Foi o que

⁶¹ HC n. 87.342/PB, rel. Min. Laurita Vaz, STJ/5ª Turma, parcialmente concedido, por maioria, vencido em parte o Min. Napoleão Maia Nunes Filho, j. 18.12.07, DJ de 25 fev. 2008.

⁶² A ordem foi concedida parcialmente, tão somente para determinar a suspensão dos efeitos do afastamento do paciente do cargo de prefeito até o trânsito em julgado da ação (por maioria). Ficou parcialmente vencido o Ministro Napoleão Maia Nunes Filho, que concedia a ordem em maior extensão, anulando a denúncia recebida.

se deu no exame de recurso especial⁶³, no qual o relator, após ter concedido a liminar em medida cautelar para conceder efeito suspensivo ao recurso especial, terminou por cassá-la, à consideração de que o especial não podia ser conhecido, porque uma das questões levantadas era de índole constitucional, e a segunda questão fora decidida pela Corte de origem com base no acervo probatório constante dos autos, o que atraía a Súmula n. 7 do STJ⁶⁴.

Em agravo interposto em suspensão de liminar e de sentença⁶⁵, o relator, Ministro Barros Monteiro, disse:

No mérito visualiza-se, no caso, risco de grave lesão à ordem pública, consubstanciada na manutenção, no cargo, de agente político sob investigação por atos de improbidade administrativa – perfazendo um total de 20 ações ajuizadas até o momento, nas quais há veementes indícios de esquema de fraudes em licitações, apropriação de bens e desvio de verbas públicas. O afastamento do agente de suas funções, nos termos do art. 20, parágrafo único, da LIA, objetiva garantir o bom andamento da instrução processual na apuração das irregularidades apontadas, pois, como constatado pelo juiz monocrático, apenas com o afastamento do prefeito foi possível encontrar documentos que até então não haviam sido enviados por ele, não obstante terem sido requisitados pelo Ministério Público Estadual: além disso, observou o juízo a interferência do agente nos diversos depoimentos das testemunhas, que, por ocuparem cargos comissionados, seguem cegamente suas ordens, sob pena de perderem seus empregos.

Por isso,

em casos como nos autos, o interesse público em afastar o agente ímprobo deve estar acima do interesse particular do mandatário em permanecer no cargo, especialmente quando este utiliza-se do mandato para criar obstáculos ao devido processo legal e às investigações dos órgãos públicos (parecer de fls. 449).

⁶³ REsp n. 674.491/SC, rel. Min. Castro Meira, STJ/2ª Turma, não conhecido o recurso e cassada a liminar concedida em medida cautelar, j. 17.8.2006, *DJ* de 29 ago. 2006.

⁶⁴ Súmula n. 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁶⁵ AgRg SLS n. 467/PR, rel. Min. Barros Monteiro, STJ/Corte Esp., negado provimento, unân., j. 7.11.2007, *DJ* de 10 dez. 2007.

Como bem asseverou o Min. Edson Vidigal ao apreciar hipótese assemelhada (SLS n. 16/BA), o afastamento temporário de prefeito é medida prevista em lei, sendo necessária apuração, com rigor e maior celeridade possível, das irregularidades imputadas ao requerente, pois o “homem público”, que administra o dinheiro público, tem a obrigação de se revelar probo e merecedor da comunidade que o elegeu.

Em outro caso⁶⁶, a decisão de primeiro grau afastara o prefeito de Açailândia e fora mantida pelo tribunal estadual. Foi ajuizada medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial do prefeito. Ao negar a liminar na medida cautelar, o Ministro Nilson Naves, então na Presidência do STJ, assentou:

Em três oportunidades distintas, o Poder Judiciário reconheceu a necessidade do afastamento do prefeito para garantir a boa instrução processual. Por isso, a meu ver, não convém, em cognição sumária, reformar decisão tomada por quem está mais próximo dos fatos e que tem por lastro a alegação de defesa de interesses dessa ordem.

175

Por maioria de votos, foi negado provimento ao agravo regimental. Prevaleceu o entendimento de que não se encontrava suficientemente clarificado o requisito do *fumus boni iuris* e a plausibilidade do direito do requerente.

h) *Desdobramento do tema*

O Ministério Público do Rio de Janeiro elaborou projeto de lei com o escopo de alterar a Lei n. 8.429/1992. Inseriu-se no texto a possibilidade de afastamento do agente como garantia da ordem pública. Se aprovada a modificação, a dificuldade que hoje se apresenta restaria superada, mas, no estado da lei, isto é, na forma em que o tema é atualmente regulado, é possível defender o afastamento do prefeito a partir da análise sistêmica dos preceitos legais que visam à proteção do patrimônio público.

Já se observou que existe no ordenamento jurídico pátrio um conjunto de leis que configura um

⁶⁶ AgRg na MC n. 2.944/MA, rel. Min. Franciulli Netto, STJ/2ª Turma, j. 23.6.2004, DJ de 18 fev. 2002. Negado provimento, por maioria, vencido o Min. Francisco Peçanha Martins.

microssistema de tutela de interesses difusos referentes à proibidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas⁶⁷, tendo a jurisprudência assentado que a ação civil pública é meio adequado à proteção do patrimônio público, até mesmo para veicular as pretensões próprias da ação por ato de improbidade administrativa. Além disso, com certa frequência, suprem-se lacunas de um daqueles atos normativos, com o auxílio de disposições de outra daquelas normas, à consideração de que todas colimam a proteção do mesmo bem, que é o patrimônio público, ainda que não exclusivamente. Há, ainda, normas de caráter criminal que buscam proteger o patrimônio público pela cominação de sanções à sua violação. Participam deste subgrupo a Lei n. 1.079, de 10.4.1950, o Decreto-Lei n. 201, de 27.2.1967, e a Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU).

A leitura desses diplomas revela que alguns expressamente admitem o afastamento do agente público, mesmo quando detentor de mandato eletivo, independentemente de qualquer influência que ele possa exercer sobre a instrução processual.

A Lei n. 7.374/1985, que regula a ação civil pública, embora não se refira expressamente ao afastamento do agente público do cargo ocupado, admite o ajuizamento de ação cautelar objetivando evitar o dano aos bens protegidos (art. 4º). A Lei n. 4.717/1965, que cuida da ação popular, observa que a ação deve obedecer ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, com algumas modificações que especifica. O rito ordinário, como se sabe, admite medidas liminares para preservar os bens perseguidos, de forma a garantir o resultado útil da ação.

Parece repugnante à consciência social manter no cargo agente público que pratica qualquer dos delitos da Lei n. 1.079/1950 ou do Decreto-Lei n. 201/1967. Sendo as condutas descritas na LIA muitas vezes coincidentes com os tipos penais,

⁶⁷ REsp 749.988/SP, rel. Min. Luiz Fux, STJ/1ª Turma, j. 8.8.2006, DJ de 18 set. 2006.

ao menos nesses casos o afastamento do agente ímprobo pode ser decretado com base na gravidade e/ou reiteração da conduta praticada. Trata-se de aplicar aqui o princípio ditado pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: aplica-se a mesma disposição quando idênticas as razões ou semelhantes os motivos da lei^{68 69}.

Nessa linha, vale lembrar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, em caso de extrema gravidade⁷⁰. Imputara-se ao prefeito de Guamaré-RN a prática das seguintes condutas ilícitas: emissão de centenas de cheques sem a devida provisão de fundos e desvio de recursos públicos por meio da falsificação de processos de licitação e de liquidação de despesas públicas por anos a fio, lesando seriamente as contas do município.

Argumentou o Ministério Público Federal, em agravo regimental, que, diante da gravidade da conduta do agente público, é possível validar o seu afastamento do cargo público “com base noutra norma jurídica que compõe o microssistema do controle da responsabilidade administrativa”, como o DL n. 201/1967 e a Lei n. 1.079/1950. No voto, o relator esclareceu que a decisão agravada seguira a jurisprudência dominante na Corte, segundo a qual

a possibilidade de afastamento cautelar do agente público que exerça mandato eletivo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória está condicionada à comprovação de conduta capaz de obstruir a instrução processual, o que sequer foi levantado pelo acórdão recorrido, que teve por base a gravidade das condutas imputadas ao Prefeito.

Mas acrescentou:

nada impede, todavia, que o Ministério Público requeira o afas-

⁶⁸ Lei n. 4.657/1942, art. 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁶⁹ A possibilidade do afastamento segundo exposto tem sido sustentada perante o STJ pelo Subprocurador-Geral da República Antonio Fonseca, conforme exemplificam os pareceres exarados nas SLS n. 867/CE e 876/RN, e o Agravo Regimental interposto na MC n. 13.998/RN.

⁷⁰ AgRg na MC n. 13.998/RN, rel. Min. Teori Albino Zavascki, STJ/1ª Turma, j. 24.6.2008, *Dje* de 1º jul. 2008. Negado provimento ao agravo regimental, por unanimidade, mantendo-se o prefeito no cargo.

tamento do alcaide com base nas demais normas que indica, formadoras do controle da responsabilidade administrativa do agente político⁷¹.

Parece, assim, que, naqueles casos de maior gravidade, em que a manutenção do agente político no cargo representa verdadeira afronta à moralidade administrativa e ausente conduta do requerido no sentido de manipular a produção da prova ou tornar nebulosa tal situação, essa linha de argumentação deva ser explorada pelo autor da ação por ato de improbidade administrativa, de modo a obter o afastamento do agente ímprobo ainda que apenas em garantia da ordem pública.

178

No entanto, a suspensão das funções, quando decretada, não pode delongar-se indefinidamente, sob pena de representar verdadeira cassação do mandato. O mandato tem prazo certo e os dias de afastamento não serão devolvidos ao titular. Um bom parâmetro é o prazo definido no art. 86, § 2º, da Constituição Federal, que prevê prazo máximo de afastamento do cargo de 180 dias.

Também não faz sentido afastar-se o agente público, qualquer que seja o motivo, e deixar de providenciar a instrução do feito com presteza, sob o risco de, ultrapassado prazo razoável, uma vez que a lei não o delimita, suspender-se o afastamento para evitar que na prática se transforme em cassação. Exatamente por isso tem o STJ determinado o retorno do prefeito havendo demora em se iniciar a instrução⁷².

O problema pode ser resolvido com salutar providência, que pode e deve ser adotada pelo representante do Ministério

⁷¹ HC n. 87.342, rel. Min. Laurita Vaz, STJ/5ª Turma, j. 18.12.2007, *DJ* de 25 fev. 2008. Concedida a ordem parcialmente, para determinar o retorno do paciente ao cargo de prefeito até o trânsito em julgado da ação.

⁷² AgRg na MC n. 8.819/AL, rel. Min. Denise Arruda, STJ/1ª Turma, j. 28.9.2004, *DJ* de 22 nov. 2004. Negado provimento ao agravo para manter a liminar, que conferira efeito suspensivo a REsp, com o retorno do prefeito ao cargo. Situação similar, com resultado idêntico, foi apreciada na MC n. 1.730/SP, rel. Min. Gilson Dipp, rel. ac. Min. Jorge Scartezzini, STJ/5ª Turma, j. 7.12.1999, *DJ* de 8 mar. 2000.

Público e pelo magistrado, mesmo na ausência de preceito legal. Basta conferir prioridade ao feito no qual se decretou o afastamento do prefeito, de forma a instruí-lo e julgá-lo no prazo de 180 dias. Aliás, sugestão semelhante fornece Rogério Pacheco Alves (2006, p. 822-823).

4 Conclusão

A corrupção existe, é um problema com graves reflexos para o país e precisa ser enfrentada com vigor. A Lei n. 8.429/1992 representou grande avanço no seu combate. Em que pese suas imperfeições, pela primeira vez fixou-se processo legal específico para a condenação por ato de improbidade administrativa, dotando o Ministério Público e a pessoa de direito público prejudicada pelo ato de improbidade, até mesmo, de medidas cautelares próprias, dirigidas ao ressarcimento do erário. Previu-se também o afastamento do agente público a quem se imputa a improbidade, do cargo ocupado, sempre que este procure influenciar na produção probatória, deturpando-a em seu favor.

179

Contudo, a aplicação da LIA tem suscitado muitos e calorosos debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Talvez o mais candente seja a possibilidade de sua aplicação aos agentes políticos. A decisão da Suprema Corte na Reclamação n. 2.138/DF, se mantida, indica que alguns deles ficarão indenizados à sua aplicação. Mas aquela decisão não pode ser estendida, sem criterioso exame, a todo e qualquer agente político. A maioria, entre eles o prefeito, sujeita-se à Lei n. 8.429/1992.

A necessidade da má-fé, da intenção específica de favorecimento ilícito ou de burla à lei, pelo agente público, é pressuposto que o Superior Tribunal de Justiça parece estar inclinado a fixar, afastando-se da tradição do direito pátrio.

Omissão relevante na LIA foi a ausência de previsão de afastamento do agente ímprobo do cargo público quando, pela gravidade dos atos praticados, com expressiva repercussão nos cofres públicos ou diante da reiteração da conduta ímproba, sua

manutenção no cargo representa verdadeira afronta à ordem pública. Não obstante por algumas vezes tenha o Superior Tribunal de Justiça deixado de apreciar a questão referente ao afastamento do agente ímprobo, mantendo-o, sob o fundamento de que o seu exame implicava revolver matéria fática, atividade obstada ao tribunal por força da Súmula n. 7, a jurisprudência mais recente daquela Corte Superior indica que somente se admite o afastamento do cargo público do agente que busca interferir na produção probatória. De fato, assim determina a LIA. Porém, há outros diplomas legais que integram o ordenamento jurídico do país, nos quais existe a previsão de afastamento do cargo público como garantia da ordem pública. Diante da omissão da LIA a respeito, a utilização desses diplomas pode ser a alternativa, quando a lógica e a consciência repelirem a manutenção do agente ímprobo no cargo. Recente decisão do STJ sinaliza nesse sentido.

A corrupção requer enfrentamento enérgico. A sociedade exige respostas adequadas dos governantes, do Ministério Público e do Poder Judiciário. O comprometimento desses atores é o pilar para a mudança do quadro existente. Ele se revela não apenas no trabalho árduo, mas também no estudo constante, que gera o aperfeiçoamento na aplicação da lei e na busca de novas propostas, dentro da legalidade, para a resposta a situações não previstas.

Referências

BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRITO, Edvaldo. Questões sobre o afastamento de titular de mandato eletivo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Orgs.). *Improbidade administrativa. Questões polêmicas e atuais*. São Paulo, Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Antônio Tito. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. Improbidade Administrativa: aspectos materiais e processuais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. Agente público. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 5.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Orgs.). *Improbidade administrativa. Questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Adilson de Abreu. Limites à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Orgs.). *Improbidade administrativa. Questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

FAZZIO JUNIOR. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da Lei n. 8.429/92 e do DL n. 201/67*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. Bauru: Edipro, 1994.

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

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, Mônica Nicida. Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca et al. (Org.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____; ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. Os Agentes Políticos e sua Responsabilização à Luz da Lei n. 8.429/92. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9588>>. Acesso em: 26 ago. 2008.

PIRES, Luis Manuel Fonseca et al. (Org.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Antonio Carlos Fonseca da. O princípio da eficiência: impacto no direito público e improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. Improbidade administrativa como forma de corrupção. Colaboração ao 10º Encontro Nacional de Direito Constitucional, São Paulo, out. 2001. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 8, nov. 2001.

Bancos de dados e *sites* consultados

Conselho Nacional de Justiça, banco de dados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>.

183

Controladoria-Geral da União, banco de dados. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br>>.

Global Integrity, banco de dados. Disponível em: <<http://www.globalintegrity.org>>.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, banco de dados. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>.

Transparência Brasil, banco de dados. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br>>.

Transparency International, banco de dados. Disponível em: <<http://transparency.org>>.

Tribunal de Contas da União, banco de dados. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>.

<<http://www.direitopublico.com.br>>.

<<http://jus.uol.com.br>>.

Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa

Ruy Nestor Bastos Mello

1 Introdução: as punições para o agente ímprobo. 2 Análise sucinta das sanções, disciplina legal e hipóteses de cabimento. 2.1 Perda de bens. 2.2 Ressarcimento do dano. 2.3 Perda da função pública. 2.4 Suspensão dos direitos políticos. 2.5 Multa civil e proibição de contratar com o Poder Público. 3 Aplicação das penas, dosimetria e princípio da proporcionalidade. 3.1 Necessidade de cominação de todas as sanções? 3.2 O princípio da proporcionalidade. 3.3 Critérios para definição das sanções e dosimetria. 4 Conclusões.

O objeto do presente trabalho é o de expor considerações sobre a aplicação e dosimetria das penalidades estatuídas na Lei Federal n. 8.429/1992 a quem praticar, concorrer ou se beneficiar dos atos de improbidade administrativa.

Não obstante a existência de diversos atos normativos que dispõem sobre outras sanções aplicáveis aos agentes ímprobos¹, o estudo se voltará essencialmente às regras da Lei de Improbidade, uma vez que nela se insere a tipologia geral dos atos de improbidade e demais normas atinentes à persecução cível dos referidos ilícitos.

A Lei n. 8.429/1992 foi editada com o escopo de regulamentar o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal², que, de for-

¹ A título de exemplo, é comum nas leis que regulam o regime jurídico dos servidores públicos federais, estaduais e municipais, a previsão da pena de demissão para os casos de prática de atos ímprobos. No caso dos servidores federais, a regra encontra-se regulada no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990.

² “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

ma simples e direta, definiu as sanções a serem cominadas ao agente público ou particular que praticar atos de improbidade administrativa, quais sejam, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

A definição de penalidades de índole constitucional à repressão dos atos de improbidade não implica, todavia, impedimento à legislação infraconstitucional para estabelecer outras reprimendas, desde que adequadas e compatíveis com o ato ímprobo que se busca punir. Nesse diapasão, a Lei n. 8.429/1992 acrescentou às penas especificadas na Constituição Federal as sanções de perda de bens ou valores, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Estado e vedação ao recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Esse alargamento das punições, procedido pelo legislador ordinário, mostra-se plenamente regular e insere-se dentro de suas funções legiferantes. No caso, a Constituição Federal não limitou para repressão aos atos de improbidade apenas as sanções estipuladas no § 4º do seu art. 37, regra esta de natureza programática. Vê-se claramente, no dispositivo constitucional, que há expressa referência à necessidade de lei para regulamentação integral da norma e para a própria definição do que vem a ser o ato de improbidade administrativa, tornando-se, assim, possível a estipulação de outras penalidades não regradas pelo constituinte originário.

As referidas sanções infraconstitucionais, ademais, se integram no sentido teleológico da norma constitucional, explícito no *caput* do art. 37, de defesa da moralidade e ingente repressão à corrupção. A norma legal, pois, atendeu ao desiderato constitucional, corrigindo-se ainda a atecnia da previsão de pena de *indisponibilidade de bens*, quando se sabe ser este apenas o meio para a cominação da perda do bem ou ressarcimento do dano, além de haver acrescido penalidades de natureza pecuniária para alcançar maior efetividade na repressão aos atos de improbidade.

o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Registradas as sanções passíveis de serem aplicadas aos atos de improbidade, conforme definição da Lei n. 8.429/1992, mister conhecer um pouco mais o conteúdo de cada uma delas, bem como saber, ao final, acerca da necessidade (ou não) de aplicação de todas as reprimendas em qualquer constatação de ato ímprobo, com substrato ainda na compreensão do princípio jurídico da proporcionalidade.

2 Análise sucinta das sanções, disciplina legal e hipóteses de cabimento

A Lei n. 8.429/1992 especifica as sanções para os agentes ímprobos em seu art. 12 e incisos³, os quais fazem remissão a cada uma das categorias de atos de improbidade tipificados nos

187

³ “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

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”.

arts. 9º a 11 do mesmo diploma. Assim, a depender de o ato ilícito haver causado *enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário* ou atentado contra os *princípios da Administração Pública*, conforme tipos exemplificados nos arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade, distintas serão as reprimendas e a gradação das penas.

Não dispõe a Lei n. 8.429/1992 acerca da anulação do ato administrativo havido por ímprobo. O foco da Lei de Improbidade é o agente causador do ato, o que não impede, porém, a cumulação do pedido de nulidade do ato com o de aplicação das sanções do diploma legal em questão, usando-se até mesmo as disposições processuais da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985). Nota-se que, caso seja pedida a anulação do ato, a demanda terá, necessariamente, de ser também intentada contra o ente público com o qual mantinha (ou mantém) vínculo o agente público infrator.

Necessário afirmar que as sanções estabelecidas na Lei de Improbidade têm natureza de penalidades cíveis, não penais. Em que pese a clareza da regra insculpida na parte final do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que excepciona a possibilidade de ação penal que tenha por objeto o mesmo ato configurador de improbidade, há vozes da doutrina que identificam as sanções aos atos ímprobos como de natureza penal. Tal entendimento, contudo, não prevalece, posicionando-se a maioria dos doutrinadores e remansosa jurisprudência brasileira pela natureza jurídica cível das penalidades⁴.

⁴ Sobre a questão, de acordo com catalogação efetuada por Emerson Garcia (2007), pode-se citar o seguinte: “No mesmo sentido [natureza cível da ação de improbidade]: STJ, 6ª T., REsp n. 161.322/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 7.3.2002, DJ de 16 set. 2002; 6ª T., HC n. 13.894/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 21.2.2002, DJ de 22.4.2002, p. 260; 1ª T., MC n. 3.018-60, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 10.4.2001, DJ de 17.9.2001, p. 108; 6ª T., Resp n. 150.329, rel. Min. Vicente Leal, j. em 2.3.1999, DJ de 5 abr. 1999; 1ª Seção, AGRRL n. 748-SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. em 13.6.2001, DJ de 10 set. 2001. [...] Na doutrina: José Antonio Lisboa Neiva, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 26; Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 52; [...] ; Sérgio Monteiro Medeiros, *Lei de Improbidade. Comentários e Anotações Jurisprudenciais*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 3; [...] ; Marino Pazzaglini Filho, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*,

Sem embargo, na órbita da improbidade administrativa, é possível a utilização dos princípios básicos alusivos ao direito penal, especialmente aqueles que albergam garantias substanciais ou processuais aos cidadãos, pois, seja no campo penal ou de improbidade, há em comum a existência de um ato censurável e a necessidade de punição do agente, a ser concretizada pelo devido processo legal. Nas duas óticas, há a presença do Estado intervindo e punindo os transgressores de suas normas em prol do interesse público de preservação da segurança e da moralidade.

De forma resumida, atendo-se aos limites deste trabalho, serão analisadas a seguir cada uma das sanções da Lei de Improbidade.

2.1 Perda de bens

189

A perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo ou de terceiro não configura sanção, mas apenas a recondução do patrimônio do agente ao estado ante-

São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 115; [...]; Marcelo Figueiredo, *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/1992 e Legislação Complementar*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87; Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255; [...]; Sérgio Ferraz, “Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa”, in *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, p. 370; José Nilo de Castro, “Improbidade Administrativa Municipal”, in *Caderno de Direito Municipal* n. 8/2000, p. 82; Fábio Konder Comparato, “Ações de Improbidade Administrativa”, *RTDP* n. 26/153; José Guilherme Giacomuzzi, [...]; Walter Claudius Rothenburg, “Ação por Improbidade Administrativa: aspectos de Relevô”, in *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/1992*, org. por José Adércio Leite Sampaio et alii, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 462-466); [...] O STJ, por sua 3ª Seção, em posição isolada, também entendeu que a Lei n. 8.429/1992 dispõe sobre ilícitos penais (MS n. 6.478, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 26/4/2000, *DJ* de 29 maio 2000). [...] [16] [...] Ives Gandra da Silva Martins (“Aspectos Procedimentais do Instituto Jurídico do ‘Impeachment’ e Conformação da Figura da Improbidade Administrativa”, in *RT* n. 685/287) sustenta que as sanções teriam natureza penal, já que a Lei n. 8.429/1992 tipifica verdadeiros crimes de responsabilidade. Sérgio de Andréa Ferreira (“A Probidade na Administração Pública”, in *Boletim de Direito Administrativo*, agosto/2002, 623), do mesmo modo, afirma que “os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas”.

rior ao evento ilícito. Referida pena vincula-se umbilicalmente aos atos de improbidade ensejadores do chamado *enriquecimento ilícito*, embora também possa ocorrer nas hipóteses de atos que causem *dano ao erário*.

Para sua cominação, é necessário que se demonstre uma evolução econômica incompatível com o rendimento habitual do agente público causador do ato ou do *extraneus* que concorra ou se beneficie do ilícito. Além disso, é imprescindível que haja o nexó causal entre a vantagem indevida obtida, seja do erário, seja de terceiros, e o exercício do cargo público utilizado para a prática do ato de improbidade.

190

A vantagem indevida pode ser positiva ou negativa. Por aquela, entende-se qualquer benefício que venha a ser somado ao patrimônio atual do agente. A prestação negativa, ao contrário, impede a realização de gastos normais do agente, os quais são suportados pelo tesouro ou por terceiro, como, por exemplo, na utilização de servidores públicos, pagos pelo Estado, para realização de obras em residência particular do agente público. Nesse caso, o benefício auferido deverá ser estimado, condenando-se o agente à devolução do que deixou de gastar, indevidamente.

2.2 Ressarcimento do dano

O *ressarcimento integral do dano* também não encerra, a rigor, uma pena⁵. Tem por mote apenas o retorno ao *status quo*, mediante devolução à pessoa jurídica lesada do valor do prejuízo sofrido com o ato de improbidade administrativa. Deriva do

⁵ Há entendimento jurisprudencial, contudo, que diz que o ressarcimento deve ser valorado também tendo em conta a intensidade do dolo do agente, servindo ainda como punição à conduta. Nesse sentido: “Na reparação de danos prevista no inciso II do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, deverá o julgador considerar o dano ao erário público, além da observância da reprovabilidade e do elemento volitivo de sua conduta, porquanto referida norma busca não só reparar o dano público, bem como punir a prática da conduta dolosa ou culposa perpetrada em ferimento ao dever de probidade” (STJ, REsp n. 601.935, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.12.2006, DJ de 8 fev. 2007, p. 312).

princípio geral civilista de que o causador do dano tem o dever de repará-lo. Adaptando-o à seara da improbidade, são seus requisitos a existência do dano, uma ação ou omissão, culposa ou dolosa, onexo causal entre a conduta e o dano sofrido e que haja o dever jurídico de reparar. Relevante apontar que tal penalidade é imprescritível⁶.

O dano, qualquer que seja sua natureza, deverá ser ressarcido na sua integralidade. Se for material, provada a sua existência, buscar-se-á a aferição do valor financeiro equivalente para ser pago pelo agente ímprobo. Pode, todavia, o ato de improbidade, a depender da extensão e gravidade, haver causado dano moral à pessoa jurídica, consistente na ofensa ao bom nome e à reputação que ostenta a entidade pública perante a sociedade. Isso ocorre sempre que houver, em tais entidades, servidores que desvirtuam os valores morais que deveriam preservar e agem, unicamente, infringindo normas em benefício particular.

Além disso, a Lei de Improbidade busca resguardar o patrimônio público de uma forma geral, não se limitando à sua acepção puramente econômica. Assim, o prejuízo causado ao patrimônio histórico e cultural e ao meio ambiente, além de eventualmente causar dano material ao erário ou a particular, pode também caracterizar um dano moral coletivo, pois afeta toda a sociedade. Nessa hipótese, o valor estimado do dano moral não irá recompor o patrimônio, mas deverá servir de coerção para evitar a prática de atos semelhantes.

É necessário, por fim, bem distinguir as sanções de *perda de bens* com a do *ressarcimento ao erário*, não se devendo aplicá-las em conjunto em todo e qualquer caso, visto que poderá ocorrer uma injusta duplicidade na punição do agente. A despeito de a lei permitir a cumulação, tais penalidades somente podem ser aplicadas simultaneamente quando houver diversidade de fatos a lhes servirem de substrato.

⁶ CF, art. 37, § 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”.

São exemplos de aplicação integral das penas as hipóteses em que o agente perceber vantagem financeira a título de corrupção e possibilitar o superfaturamento de uma determinada obra pública ou quando o agente se apropriar de bens da repartição e esta tiver de alugar outros bens para execução dos serviços de interesse público. Em tais casos, o agente deverá perder o bem adquirido ilícitamente além de ressarcir ao erário os gastos despendidos com o aluguel efetuado ou com os valores excedentes da obra contratada.

2.3 Perda da função pública

192

A *perda da função pública* consiste, por sua vez, em efetiva punição ao agente público, conceito este descrito de forma ampla no art. 2º da Lei de Improbidade⁷, que haja praticado ou concorrido para um ato de improbidade. Considerando que a lei fala em *função*, bem como dada a necessidade de defesa da probidade, a perda não se limitará ao cargo/emprego/função exercido à época da prática do ilícito, incidindo na(s) que estiver(em) sendo exercida(s) pelo agente quando do trânsito em julgado da ação de improbidade. Se já aposentado, deverá haver a cassação de sua aposentadoria.

Mostra-se incessante a controvérsia a respeito da aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos e, também, de quais sanções seriam passíveis de cominação a eles. Não sendo objeto específico desse estudo a análise das discussões a respeito do tema, importa consignar que o STF, no julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, na sessão plenária do dia 13 de junho de 2007, se posicionou pela negativa de aplicação das regras da Lei de Improbidade a agente político, no caso, um ministro de Estado⁸.

⁷ “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”.

⁸ Na ementa do julgado, na parte relativa ao mérito consta: “II. Mérito. II.

Sucedeu que, na mesma sessão plenária, foi também levada a julgamento a Pet n. 3.923, em que o Deputado Federal Paulo Salim Maluf pleiteava a extinção sem julgamento do mérito de processo de execução de ação de improbidade julgada procedente contra si e/ou a remessa dos autos ao STF. Em suas razões, foi abordada a tese de que os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei n. 201/1967 não se submeteriam à Lei de Improbidade.

No julgado, os ministros do STF entenderam que a Corte era incompetente para apreciar o processo de execução da ação de improbidade e determinaram a devolução dos autos ao juízo

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 Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei n. 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição”.

de origem⁹. A decisão adotada por unanimidade, conforme voto do Ministro relator Joaquim Barbosa, no entanto, explicitou diversas considerações favoráveis à aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos¹⁰.

⁹ Com exceção do falecido Ministro Menezes Direito, que tomou posse em 5.9.2007, o julgamento foi pautado pela composição do STF à época, estando apenas ausentes na referida sessão a Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio. De se destacar que a decisão do STF, na Reclamação 2.138/DF, ao contrário, foi tomada com base em votos de alguns Ministros que não mais integravam o STF na momento da finalização do julgamento, conforme registro da sessão: “No mérito, por maioria, o Tribunal julgou procedente a reclamação, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que a julgavam improcedente. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, em assentada anterior. Não participaram da votação, quanto ao mérito, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Britto, por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, que proferiram votos em assentada anterior. Plenário, 13.06.2007.”.

¹⁰ EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei n. 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/1992), sob pena de ocorrência de *bis in idem*; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação n. 2.138, relator Ministro Nelson Jobim.

O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos:

1) A Lei n. 8.429/1992 regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.

2) Crime de responsabilidade ou *impeachment*, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua

Tais argumentos, em que pesem não terem sido o objeto central da querela, foram avaliados por todos os ministros presentes, até mesmo por alguns dos que votaram favoravelmente à Reclamação n. 2.138/DF. A matéria, portanto, não se mostra pacificada no STF, havendo fundadas e razoáveis perspectivas de alteração do entendimento manifestado na aludida reclamação.

Vale ressaltar, a propósito, a percuciente análise feita pelo Ministro do STF Joaquim Barbosa no voto proferido no julgamento da mencionada Pet n. 3923:

Além do mais, 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 um 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: a perda do cargo público (político) e a inabilitação por 8 anos para o exercício de qualquer função pública. Uma tal discrepância contraria, a meu sentir, um dos postulados básicos do regime democrático, aquilo que no direito norte-americano se traduz na elucidativa expressão *accountability*, e que consiste no seguinte: nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental

195

implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de *impeachment* exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu art. 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar.

3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução.

O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem.

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, como se propõe nestes autos.

Em suma, portanto, compreende-se que a Lei de Improbidade também pode ser aplicada aos agentes políticos, com possibilidade de alguma ressalva quanto a certos tipos de funções (v.g., presidente da República) e correlatas punições, notadamente a perda da função pública.

O importante a asseverar é que

não há razão para entender-se que certas condutas não possam ter previsão punitiva em mais de uma lei e para os mesmos agentes, desde que a natureza do processo, o âmbito de aplicação e as conseqüências punitivas sejam diferentes e considerando-se, também, que as hipóteses das normas, dificilmente serão idênticas de forma absoluta o que levará a optar por aquela que de forma mais precisa, descreva a conduta a ser regulada (CADEMARTORI, 2004).

Assim, a Lei de Improbidade e as normas que preveem crimes de responsabilidade cuidam de processos punitivos de natureza diversa, inconfundíveis e que não se excluem mesmo que incidentes sobre uma única situação fática e relativamente a um só agente público ou particular.

2.4 Suspensão dos direitos políticos

Outra penalidade prevista na Lei de Improbidade consiste na *suspensão dos direitos políticos*. Além da previsão do art. 37, § 4º, há também, no art. 15 da Constituição, expressa referência à improbidade administrativa como causa para aplicação dessa penalidade. Abrange o agente público e o particular e somente é possível de aplicação após o trânsito em julgado da ação cível correspondente.

Implica, como o próprio nome define, a interdição temporária de todos os direitos políticos, em suas conotações ativa e passiva. O sujeito condenado por ato de improbidade fica priva-

do, durante o lapso de tempo definido pelo juiz conforme balizas elencadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, da possibilidade de votar, ser votado, bem como de exercer direitos que exijam a condição plena de cidadão, tais como propor ação popular, concorrer a cargo público ou exercê-lo, entre outros.

A pena em questão deve ser expressamente determinada na sentença e, após o trânsito em julgado, comunicada ao juízo eleitoral para fins de cancelamento da inscrição eleitoral do agente ímprobo. Caso não efetuada tal providência, o Ministério Público pode requerê-la ou, em se tratando de candidato a cargo eletivo, deverá ajuizar as ações eleitorais cabíveis para demonstrar a ausência de condição de elegibilidade do candidato, que não detém o pleno e regular exercício dos direitos políticos.

197

2.5 Multa civil e proibição de contratar com o Poder Público

A *multa civil*, prevista na Lei n. 8.429/1992, é penalidade de natureza pecuniária que tem por efeito o pagamento pelo ímprobo de valor a ser aferido de acordo com a natureza do ato praticado, podendo ser de *até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, até duas vezes o valor do dano ou até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente*, caso configuradas, respectivamente, as infrações tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade.

Tem estrita natureza de punição civil, podendo ser cobrada, assim, dos sucessores do agente ímprobo até o limite da herança. Não tem caráter indenizatório ou de ressarcimento. Tem por objeto a definição de valor como sanção pura e simples, visando punir o infrator e servir de prevenção geral de inoccorrência de atos de improbidade administrativa. Para sua efetiva implementação, recomendável se mostra a adoção de medidas cautelares de apreensão e indisponibilidade dos bens dos agentes.

No tocante às sanções de *proibição de contratar com Poder Público* e de *proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios*, di-

reta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, busca a Lei de Improbidade impedir que a Administração Pública venha a realizar negócios jurídicos com pessoa que demonstrou não se pautar pelo respeito ao princípio da moralidade, agindo contrariamente aos interesses públicos. São punições que podem durar 3 (três), 5 (cinco) ou 10 (dez) anos, a depender da gravidade do ato de improbidade.

A impossibilidade de contratação do agente ímprobo se dará com quaisquer das esferas do Poder Público, incluindo a Administração direta e indireta de todas as unidades da federação brasileira. Não se limitará aos negócios vinculados à entidade lesada pelo ato de improbidade, visto que a sanção é de natureza pessoal, impondo ao indivíduo condenado por improbidade a proibição a todos os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública. Como decorrência da proibição de contratação, veda-se também o recebimento de incentivos creditícios, tais como empréstimos e financiamentos públicos.

Quanto ao impedimento de receber benefícios fiscais, tal regra somente tem aplicação para os casos em que haja uma relação direta entre o agente ímprobo e o Poder Público e exija o atendimento de condições e requisitos especiais. Se o benefício for geral e incondicional, v.g., as faixas de isenção do imposto sobre a renda, nada obsta que o agente ímprobo seja também beneficiado. Agora, se o agente negocia com o Estado determinado e específico incentivo fiscal para instalação de sua atividade comercial, em tal hipótese lhe será vedado usufruir de tal benesse.

Vale frisar que as proibições em tela incidem também em face da pessoa jurídica da qual o agente ímprobo seja sócio majoritário. Buscou o legislador evitar a possibilidade de burla às condenações de improbidade, alcançando assim as empresas em que o ímprobo seja o controlador. Além disso, nos casos em que ele seja sócio minoritário ou mesmo oculto, é possível ainda demonstrar a ocorrência de simulação ou fraude e apenas a pessoa jurídica com a referida sanção da Lei de Improbidade.

3 Aplicação das penas, dosimetria e princípio da proporcionalidade

3.1 Necessidade de cominação de todas as sanções?

A temática improbidade administrativa apresenta contornos jurídicos fluidos, seja pela existência de conceitos jurídicos indeterminados no tocante à tipologia dos atos de improbidade, definidos apenas de forma exemplificativa, seja, essencialmente, pela ausência de regras claras sobre a dosimetria das penalidades a serem aplicadas.

Questão de importância ímpar para quem atua nesta seara é a de saber se há, legal ou constitucionalmente, obrigatoriedade de aplicação de todas as penalidades previstas na Lei n. 8.429/1992 para o agente público ou *extraneus* que haja incidido num ato de improbidade administrativa.

Assente-se que tal questionamento não se aplica àqueles casos em que, por razões de lógica fática ou jurídica e das especificidades do agente ímprobo ou do próprio evento, seja incabível a sanção, como, por exemplo, a não cominação de pena de perda de função pública ao particular ou de ressarcimento de dano, quando este não se configurar. Do mesmo modo, não se perquire aqui a aplicação das sanções aos agentes políticos, conquanto discutível o enquadramento de seus atos na Lei n. 8.429/1992 e, também, a perda da função pública de certas autoridades (v.g. presidente da República, deputados e senadores), visto que há entendimento de que não seria possível lhes impor tal pena porquanto haveria rito próprio na Constituição Federal.

O que se quer saber é se, sendo possível material e juridicamente a aplicação de todas as reprimendas legais, ainda assim, seria permitido que o juiz não cominasse uma ou outra penalidade da Lei de Improbidade Administrativa. A matéria encerra profundas discussões, havendo fundamentos respeitáveis que sustentam a obrigatoriedade ou faculdade de sancionamento cumulativo.

Com a devida vênia ao que pensa abalizada doutrina, afi-gura-se plenamente aceitável e em conformidade com a ordem jurídica brasileira o entendimento de que, na verificação do caso concreto sob apreciação, é possível ao juiz deixar de aplicar esta ou aquela penalidade da Lei de Improbidade.

Tal compreensão se justifica porque, primeiro, a própria Constituição Federal, no art. 37, *caput* e § 4º, não exige a aplicação simultânea de todas as sanções, limitando-se a dizer que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*. Há, dessa forma, apenas a enuncia-ção das penalidades e a previsão de reserva de lei para definir a *forma e gradação* das punições, tarefa esta devidamente cumprida pela Lei n. 8.429/1992.

Quanto à Lei de Improbidade, esta também não trouxe a obrigação expressa de aplicação de todas as reprimendas. Ao contrário, no parágrafo único do seu art. 12, ao falar que o juiz, para fins de fixação da pena, *levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente*, a Lei n. 8.429/1992 explicitamente permitiu que a *fixação* (aplicação, cominação) das penas não ocorresse de forma integral e generalizada, asseverando a necessidade de ponderação pelo julgador para que haja uma justa punição ao infrator.

Ademais, como sabido, a Lei de Improbidade prevê sanções altamente gravosas ao cidadão, notadamente as relativas à sus-pensão dos direitos políticos e à perda da função pública. Consi-derando sua natureza punitiva, a aplicação das penalidades deve ser adotada e compreendida tendo em conta a necessidade de salvaguarda e preservação dos direitos fundamentais explícitos e implícitos na Constituição Federal. Há que se punir o infrator, mas na exata medida da necessidade da repressão que se almeja como justa ao ato praticado, ao dano produzido e à pessoa que praticou o ato de improbidade.

Não se diga, ainda, no tocante à suspensão dos direitos po-líticos, que tal pena seria exigível sempre que praticado um ato

de improbidade porquanto a Constituição, além do art. 37, § 4º, também assim tratou a questão no seu art. 15¹¹. Assevere-se inicialmente que não houve dois regramentos da matéria na Carta Magna, visto que o inciso V do art. 15 apenas remete a solução aos *termos* do art. 37, § 4º.

A questão se resolve pela interpretação de que, no referido art. 15, apenas se definiu que uma das causas da suspensão dos direitos políticos consiste no ato de improbidade administrativa. Isso não quer dizer, contudo, que todo ato de improbidade deverá acarretar a suspensão dos direitos políticos. A Constituição Federal deverá ser interpretada em seu todo e, como já dito, há fundamentos jurídicos aptos a excepcionar, em certas situações, a aplicação ao agente ímprobo da suspensão dos direitos políticos.

Em regra, portanto, deve-se entender que, praticado um ato configurador de improbidade, todas as sanções que lhe são atribuídas devem ser aplicadas. Em alguns casos, porém, seja pela pouca relevância do ato ímprobo de prejuízo ao interesse público, seja pela diminuta extensão do dano causado ou mesmo pela valoração do elemento volitivo do agente, é possível, sim, a isenção desta ou daquela penalidade¹².

¹¹ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
[...]

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

¹² Valho-me aqui também de enunciação contida em Garcia e Alves (2002, nota 808, p. 407-408), na qual se indicou a posição doutrinária de vários autores a respeito do tema, bem como da jurisprudência: “Também entendendo que a aplicação das sanções nem sempre deve ser conjunta: Juarez Freitas (“Do Princípio da Probidade ...”, ob. cit., p. 59), Fábio Medina Osório (*Improbidade...*, p. 198-199), Fernando Rodrigues Martins (ob. cit., p. 108), Marcelo Figueiredo (*Probidade*, p. 50-51 e 77-78), Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, p. 296-299), Francisco Octávio de Almeida Prado (*Improbidade...*, p. 150-154) e Antonio José de Mattos Neto (“Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa”, RT 752/38). Em sentido contrário: Wallace Martins Paiva Júnior (*Probidade ...*, p. 263), segundo o qual as sanções são cumulativas, o que deriva da redação do art. 12 e da inexistência de critério propício para embasar a alternatividade; José Armando da Costa (*Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*, p. 24-25) sustenta que a ‘improbidade não comporta gradação’, devendo sempre acarretar a perda da função; e

Essa função caberá ao órgão julgador, que atuará não contra a lei, mas conformando-a às regras constitucionais que preservam a dignidade da pessoa humana. Para tanto, será fundamental a compreensão e utilização dos princípios jurídicos, os quais, além de servirem de diretivas dos contornos de um instituto ou sistema jurídico, terão a finalidade especial de serem

Aristides Junqueira Alvarenga (“Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro”, in *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, p. 87), para quem ‘a única discricionariedade ali permitida (no art. 12) ao magistrado é quantitativa, e não qualitativa’, sendo que a insignificante lesividade da conduta importará na descaracterização da própria improbidade, não na aplicação de somente algumas dentre as sanções cominadas. Affonso Ghizzo Netto (*Improbidade...*, p. 85-86), comunga do entendimento anterior, mas admite a aplicação da proporcionalidade, em relação à sanção de perda da função, para resguardar a sobrevivência da família (p. 89). O TJRS assim tem se pronunciado sobre a matéria: ‘Direito Público não especificado. Ação civil pública. Lei n. 8.429/1992. Atos de improbidade administrativa praticados por ex-Prefeito do Município de Bom Retiro do Sul. Prova inequívoca. Proporcionalidade entre os atos e as penalizações. O art. 37, § 4º, da CF/88, teve lei integradora que foi além do razoável, ao dispor que ‘constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa’. Deve-se abrandar seu rigor, amoldando-a ao espírito constitucional. Aplicação do princípio da proporcionalidade entre o ato, a extensão do dano por ele causado e o eventual proveito patrimonial auferido pelo agente. Dever de reparar os prejuízos causados ao erário e pagar a multa civil mantido. Absolvição quanto as penas de suspensão de direitos políticos e do direito de contratar com o Poder Público cabível. Apelação em parte provida (3ª CC, AP n. 599328069, rel. Des. Néelson Antonio Monteiro Pacheco, j. em 5.8.1999). Também invocando o princípio da proporcionalidade na fixação das sanções: TJRS, 2ª CC, AP n. 70000532739, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. em 12/4/2000; 2ª CC, AP n. 596026708, rel. Des. Demétrio Xavier Lopes Neto, j. em 21.5.1997; 2ª CC, AP n. 597135003, rel. Des. João Armando Bezerra Campos, j. em 28.4.1999; 2ª GCC, EI n. 70000832840, rel. Des. Néelson Antonio Monteiro Pacheco, j. em 9.6.2000; 4ª CC, AP n. 70003104841, rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. em 24.10.2001; e 1ª CC, AP n. 599260908, rel. Des. Carlos Roberto Lofego, j. em 10.5.2000. Nesta última decisão, restou assentado que “o juiz não deve se reduzir à condição de autômato aplicador de dispositivos normativos. O disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, deve ser aplicado com observância do *arbitrium regulatum* jurisdicional, na forma do art. 93, IX, da Constituição Federal, cotejados os critérios da necessidade e proporcionalidade da conduta-fato à pena”. O TJPR também prestigiou esse entendimento: 6ª CC, AP n. 64686400, rel. Des. Cordeiro Cleve, j. em 6.6.2001”.

vetores da interpretação jurídica, possibilitando o encontro da decisão correta para o caso sob apreciação e balizando a aplicação das sanções da Lei de Improbidade.

3.2 O princípio da proporcionalidade

Entre os princípios jurídicos, o da proporcionalidade tem aplicação mestra no âmbito da improbidade administrativa. É possível dizer, até mesmo, que tal princípio é fundamental e deve ser utilizado tanto para demonstrar a efetiva configuração do ato de improbidade administrativa, quanto para identificação de quais sanções serão aplicadas e, por fim, na fase de gradação do *quantum* de determinadas sanções cominadas.

203

O princípio da proporcionalidade encontra-se implícito na Constituição Federal, podendo ser extraído da regra que impõe o devido processo legal ou mesmo da estipulação genérica dos direitos fundamentais e princípios jurídicos. Tem por escopo formar uma relação de adequação entre meios e resultados, possibilitando a harmonização de princípios jurídicos conflitantes. No caso da improbidade, por via do princípio da proporcionalidade, se objetivará harmonizar o princípio da moralidade com os da cidadania e dignidade da pessoa humana.

A aplicação do princípio da proporcionalidade exige a atenção a três aspectos importantes, considerados os seus princípios parciais, que são a adequação de meios, a exigibilidade (ou necessidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. Para perfeito atendimento ao princípio da proporcionalidade, na análise de um caso concreto, todos esses aspectos devem ser satisfeitos.

Pelo princípio da adequação, verifica-se se a medida adotada (o ato administrativo, legislativo ou judicial) constitui-se no meio correto para consecução da finalidade desejada. O princípio da exigibilidade impõe que a providência restritiva seja a menos gravosa possível, com vistas na conservação de um direito fundamental. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica o sopesamento entre o resultado da medida adotada com a carga

coativa utilizada, por meio de um juízo de ponderação que verifica se o meio utilizado foi ou não proporcional ao fim visado.

Note-se que o princípio da proporcionalidade, apenas por si, não oferece a solução adequada ao caso concreto. É necessário, ainda, que haja o entendimento adequado dos valores representativos dos bens e interesses jurídicos circundantes ao caso sob apreciação, ou seja, para correta aplicação do princípio, é imprescindível que haja integração com a técnica de ponderação de bens do sistema jurídico sob exame. Na esfera da improbidade, é preciso conhecer quais são os valores em jogo e ponderar a respeito dos atos praticados e os critérios racionais para identificação dos danos ocasionados aos interesses a serem protegidos.

204

Há, assim, duas funções essenciais do princípio da proporcionalidade na órbita da improbidade administrativa. Inicialmente, busca-se identificar se o ato praticado pelo agente público ou particular consiste ou não em ato de improbidade administrativa, análise especialmente importante em casos de irrelevância ou insignificância. Depois, demonstrada a existência material do ato de improbidade, seguirá a fase de identificação de quais penalidades serão aplicadas e, bem como, da medida da pena a ser imposta.

Para que ocorra a efetiva prática de um ato de improbidade administrativa, em interessante construção defendida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco (2002, p. 231-235), é necessário efetivar uma sequência de cinco operações, de forma sucessiva, com o escopo de “identificar se determinada conduta se subsume à tipologia dos atos de improbidade prevista na Lei n. 8.429/1992”.

Em breve resumo, os autores apontam que, num primeiro momento, deverá ser verificada a “incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal”, dado que a violação a princípios constitui causa autônoma de improbidade e porque sempre haverá a referida violação nos casos de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Na segunda operação, deve ser analisado o “elemento volitivo do agente”, a existência de dolo ou culpa, sendo que, apenas na hipótese de atos que causem dano ao erário, permite-se a punição do ato praticado na modalidade culposa.

No terceiro passo, “deve ser aferido se a sua conduta gerou efeitos outros, o que importará em modificação da tipologia legal que alcançará o ato”, ou seja, buscar-se-á enquadrar o ato num dos tipos previstos nos arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade, adotando-se como critério essencial a finalidade objetivada pelo agente. Na sequência, na quarta etapa, “devem ser analisadas as características dos sujeitos passivo e ativo do ato, os quais devem encontrar plena adequação ao disposto nos arts. 1º e 2º da Lei de Improbidade [...]”. Tem de ser verificado se o sujeito que praticou o ato e a pessoa lesada estão definidos textualmente na Lei n. 8.429/1992.

Por fim, no “quinto momento”, quando já se terá configurada a “improbidade formal”, mero enquadramento da conduta à tipologia legal, se fará necessária a “utilização do princípio da proporcionalidade” para aprofundar a análise do fato e entendê-lo ou não como materialmente um ato de improbidade administrativa.

Nesse passo, mister transcrever a arguta análise dos mencionados juristas:

Como foi visto no capítulo próprio, este quinto momento do iter de identificação da improbidade afastará a aplicação desarrazoada da Lei n. 8.429/1992, não permitindo o enfraquecimento de sua credibilidade. Evitar-se-á, assim, que agentes que utilizem uma folha de papel da repartição em seu próprio benefício ou que, inadvertidamente, joguem ao lixo uma caneta ainda em uso, sejam intitulados de ímprobos.

Apesar disto, devem ser igualmente utilizados parâmetros para se conferir maior objetividade ao princípio da proporcionalidade, o que evitará que esse instrumento inibidor de injustiças termine por ser utilizado por juízes despreparados como elemento estimulador da impunidade.

Em um primeiro plano, a sua utilização haverá de assumir ares de excepcionalidade, evitando-se que seu emprego seja vulgarizado, terminando por legitimar uma “atipicidade generalizada”. Como parâmetros a serem seguidos, deve-se observar se é insignificante a lesão aos deveres do cargo ou à consecução dos fins visados e se a conduta apresentava compatibilidade com a realidade social do local em que foi praticada.

Tratando-se de dano de enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor monetário, ou mesmo de ato que, apesar de violador dos princípios regentes da atividade estatal, tenha atingido o interesse público em sua plenitude, sem qualquer lesão a direitos individuais, não será uma relação de proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências que advirão da aplicação da Lei n. 8.429/1992, o que deve importar no seu afastamento.

Cumpridas tais etapas, haverá assim um ato substancial de improbidade administrativa devidamente configurado, sendo possível então a apenação do agente ímprobo ou do particular que aderiu à referida conduta ou dela se beneficiou.

3.3 Critérios para definição das sanções e dosimetria

No que se refere à dosimetria das sanções, relevante também se apresenta o princípio da proporcionalidade para definir quais penas serão aplicadas e a gradação.

Importante, nesse passo, é verificar quais os critérios que deverão ser utilizados pelo intérprete para orientação no momento da aplicação das reprimendas, evitando-se também o uso equivocado do princípio da proporcionalidade em prejuízo do interesse público que se busca defender. Nessa senda, podem ser apresentados como parâmetros interpretativos para definição das reprimendas os seguintes aspectos do evento ilícito e de seu causador.

Inicialmente, é necessária a análise do elemento volitivo do agente para verificar qual a intensidade do dolo ou da culpa na conduta praticada. Ora, será diferente a punição daquele que, dolosa e intencionalmente, subtrai para si bem da repartição pública, da reprimenda de outro servidor que dispense uma licitação, de forma culposa. Claramente se percebe ser desproporcional aplicar a este uma pena de perda da função pública ou mesmo suspensão de direitos políticos, o que já se mostra aceitável com o sujeito que deliberadamente infringiu os deveres para com a Administração ao praticar um fato configurador de crime de peculato.

Deve ser verificada, ainda, a contumácia do sujeito que já tenha praticado outros atos de improbidade ou crimes lesi-

vos à Administração Pública. É preciso, assim, ver o histórico do agente público, visto que, se constatada a primariedade e inexistência de registro de faltas ou condutas inapropriadas, é possível também ter um posicionamento diferenciado quanto às punições a serem aplicadas.

Ainda relativamente ao agente público causador do ato, deve o órgão julgador observar o cargo público que ele exerce. Ora, quanto maiores as responsabilidades do cargo no qual está investido o agente público, devem os seus atos ser pautados por maiores cautelas, considerando que suas atribuições estão vinculadas diretamente com a efetivação dos interesses públicos, tais como os dos dignitários, prefeito, governador, ministro, secretário, entre outros. A aplicação de sanções a tais pessoas deve ser mais severa porquanto esses agentes políticos exercem funções de representação popular, administrando interesses alheios, pertencentes a toda a sociedade brasileira.

Igualmente, é preciso verificar se, apesar do ato de improbidade praticado, houve ou não a consecução do interesse público. Por exemplo, na hipótese da dispensa de licitação indevida, tem de ser questionado se foi fornecido o objeto pretendido, se houve direcionamento da contratação, se os preços praticados eram usuais. Caso não tenha havido outra mácula, além do ato irregular que dispensou o procedimento licitatório, é prudente assimilar que o interesse público foi minimamente preservado, circunstância essa que irá inferir na aplicação das penalidades da Lei de Improbidade.

Deve-se também verificar a gravidade do dano provocado ao patrimônio público. Ora, como já dito, a depender do prejuízo, e analisando-se outros aspectos, sequer se falará na configuração do ato de improbidade. Casos outros, em que configurado materialmente o ato de improbidade, ainda assim é necessário valorar a extensão do dano para definir as penas cabíveis.

Além disso, é possível utilizar-se o aspecto de ter havido a reparação do dano, tempestivamente ou não. Caso o agente tenha praticado um ato de improbidade e, de imediato ou mesmo após

provocado, haja procedido ao ressarcimento do dano, recompondo-se o patrimônio público, obviamente tal fato será valorado pelo julgador quando da aplicação da reprimenda. Desproporcional seria, assim, decretar a perda da função pública de um servidor que, agindo com imprudência, tenha causado dano a viatura oficial e, de imediato, arcado com os custos do conserto do veículo.

De igual modo, o valor do patrimônio ilícito auferido é parâmetro importante para aquilatar a penalidade devida e a sua gradação, na forma prevista expressamente na Lei n. 8.429/1992.

Por fim, é preciso ver se houve eventual punição na esfera administrativa, que pode já ter sido suficiente para repressão ao ato ocorrido. Nesse caso, a depender do ato praticado, pode-se entender que a repressão administrativa já se mostrou adequada ao caso em análise, sendo despicienda a aplicação de determinadas reprimendas da Lei de Improbidade.

Vale citar, ainda, o seguinte julgado que aponta no uso de alguns dos critérios acima citados para dosimetria da pena imposta:

EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE VERBAS DA ASSOCIAÇÃO DE AMIGOS DO THEATRO SÃO PEDRO. JUROS. TERMO INICIAL. SANÇÕES. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE. 1. Nas ações de reparação de atos ilícitos, os juros legais são devidos desde o evento danoso. Inteligência do art. 398 do Código Civil e da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. 2. A aplicação das sanções deve levar em conta a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido pelo agente, bem como o caráter reprovável da conduta. Hipótese o agente cometeu reiterados atos de improbidade, valendo-se de posição de confiança que desfrutava na Associação de Amigos do Theatro São Pedro. A prática reiterada de atos de improbidade é causa de aumento das sanções. Recurso provido. (Apelação Cível n. 70018039743, 22ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 1º.3.2007, DJ de 8 mar. 2007).

De outro vértice, pode-se também discutir sobre a mitigação da aplicação das sanções da Lei n. 8.429/1992 para o réu que colaborar com a apuração do fato e/ou com a instrução processual

da ação de improbidade administrativa. Fala-se aqui da conhecida colaboração premiada¹³, instituto jurídico inerente ao direito penal, pelo qual, em síntese, o juiz pode reduzir a pena privativa de liberdade ou conceder o perdão judicial para o acusado que assumir uma posição de colaboração com a investigação e o processo criminal, resultando de sua postura a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, localização da vítima com vida e/ou recuperação total ou parcial do produto do crime.

Já foi dito que na órbita da improbidade também se aplicam os princípios próprios do direito penal, tais como os que explicitam garantias substanciais ou processuais aos cidadãos, tendo em vista tratarem as duas searas da intervenção estatal para punir, através do devido processo legal, aquele que transgredir as regras legais que preservam a segurança pública e a moralidade administrativa.

Nesse passo, considerando também que a prática de ato de improbidade administrativa pelo agente público ou particular encerra, na maioria dos casos, a configuração de infração penal, e que a sua colaboração para apuração dos fatos merecerá a redução de pena no âmbito criminal, não há nenhuma lógica jurídica ou razoabilidade em impor a aplicação integral das penalidades previstas na lei de improbidade administrativa para a mesma situação fática.

De igual forma, portanto, numa interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, devem ser estendidas as regras do direito penal alusivas à colaboração premiada para a esfera da improbidade administrativa, por uma questão de igualdade jurídica. Será possível, quando ocorrente a colaboração efetiva do acusado na investigação do fato ímprobo e/ou no processo cível, a mitigação na aplicação das penas da Lei n. 8.429/1992.

¹³ No âmbito normativo brasileiro, a colaboração premiada é encontrada em normativos esparsos, tais como as Leis 7.492/1986 (art. 25, § 2º), 9.613/1998 (art. 1º, § 5º), 11.343/2006 (art. 41), 8.072/1990 (art. 8º, parágrafo único), 9.034/1995 (art. 6º), 8.137/1990 (art. 16, parágrafo único), 8.884/1994 (acordo de leniência, art. 35-B), Código Penal (art. 159, §4º), 9.807/1999 (arts. 13 a 15).

Em conclusão, todos os mencionados parâmetros devem ser aplicados pelo julgador também no que concerne à quantidade de pena a ser imposta, inclusive da multa civil, ao tempo de duração da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratação ou recebimento de incentivos fiscais e creditícios do Poder Público.

Mostra-se, portanto, perfeitamente cabível e imprescindível a adoção do princípio da proporcionalidade para integrar as lacunas da Lei de Improbidade, de modo que possibilite que as reprimendas sejam adequadas e compatíveis com a finalidade da norma jurídica e, bem assim, para resguardar as garantias e os direitos fundamentais do cidadão, especialmente os delimitados na Constituição Federal.

4 Conclusões

A Lei Federal n. 8.429/1992 representa o diploma normativo regulamentador do disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, apresentando a tipologia geral dos atos de improbidade administrativa e regras a respeito dos agentes públicos envolvidos, das entidades públicas lesadas e, também, definindo as punições a serem aplicadas a quem incidir na prática de referidos ilícitos.

A natureza de suas sanções é de matéria cível, distinta, portanto, da concepção de pena do direito criminal, muito embora seja importante a utilização de princípios e regras desse ramo do direito em que já existe consolidado um sistema de garantias aos cidadãos para ocorrência de adequada e justa punição.

As punições para o ato de improbidade estão definidas no art. 12 da Lei de Improbidade e serão aplicadas de acordo com o enquadramento do ato de improbidade nas disposições que definem aqueles que causam *enriquecimento ilícito*, *prejuízo ao erário* ou atentem contra os *princípios da Administração Pública*, conforme previsão dos arts. 9º a 11 do diploma normativo.

É possível, em caráter excepcional, a não aplicação simultânea das penas de improbidade para todo e qualquer ato ense-

jador de sua configuração. Por respeito ao Estado Democrático de Direito e considerando as graves penas estatuídas na Lei n. 8.429/1992, é indiscutível a necessidade de ponderação pelo julgador para uma definição de penalidade adequada, de menor gravidade possível e proporcional ao ato praticado.

O julgador deve utilizar o princípio da proporcionalidade como baliza fundamental para perfeita aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos casos concretos sob apreciação. O uso do princípio deve ser integrado com o pleno conhecimento racional de critérios e parâmetros aceitáveis na ótica da improbidade administrativa, para que haja correto sopesamento dos valores e interesses em jogo e permita, ao final, uma decisão justa, adequada e que prestigie e resguarde a defesa do interesse público e da moralidade administrativa.

Além de possíveis outros critérios, deve-se sempre perquirir, num caso concreto, a respeito do elemento volitivo do agente, seus antecedentes, a consecução do interesse público, a extensão e gravidade do dano, a sua reparação, o valor do patrimônio ilícito auferido, a suficiência de punição na esfera administrativa e também eventual colaboração do acusado na apuração do fato e/ou na instrução processual da ação de improbidade administrativa.

Todos esses parâmetros são importantes para perfeita aferição da situação analisada e também para entender as circunstâncias pessoais do agente. O uso racional e prudente de tais fatores deve ser prestigiado porque é a única forma de se alcançar o equilíbrio no sopesamento de princípios constitucionais conflitantes e permitir a tomada de decisão com aplicação de penalidade justa e na gradação adequada.

Referências

BARBOSA, João Batista Machado. *Os agentes políticos e as sanções da Lei de Improbidade Administrativa*. 1999. Disponível em: <<http://www.jfrn.jus.br/jfrn/biblioteca/doutrina.jsp>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa*. Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992. Brasília: ESMPU, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A Lei n. 8429/1992 e seus aspectos polêmicos. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, n. 1/2004. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1519, 29 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10340>>. Acesso em: 4 ago. 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa* (Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar). São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GARCIA, Emerson. O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9417>>. Acesso em 23 mar. 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.



Improbidade administrativa e indisponibilidade de bens

Marco Aurélio Adão

1 Problemas. 2 Fundamento constitucional. 3 Arresto, sequestro e indisponibilidade de bens. 4 Natureza da imputação e indisponibilidade de bens. 5 O periculum in mora. 6 Conclusões.

Na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), a medida de indisponibilidade de bens é um dos temas que ainda suscita muitas incertezas. Analisando a doutrina e a jurisprudência, percebe-se que não há soluções uniformes para questões fundamentais relativas ao instituto.

Há divergência sobre a indisponibilidade de bens ter natureza jurídica de arresto, de sequestro ou constituir uma espécie de medida cautelar autônoma. São contraditórias as soluções a respeito da influência do tipo de imputação de ato de improbidade¹ sobre a medida de indisponibilidade de bens possível no respectivo processo. São variáveis e muitas vezes conflitantes, ainda, os pontos de vista a respeito do *periculum in mora*, em especial no que concerne à necessidade de demonstrar esse requisito para o deferimento da medida de indisponibilidade.

Para buscar respostas a essas questões e outras correlatas, é imprescindível partir da compreensão da indisponibilidade de bens como uma consequência dos atos de improbidade administrativa prevista na Constituição.

¹ Enriquecimento ilícito, dano ao erário e desrespeito aos princípios da Administração, respectivamente conforme os arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992.

2 Fundamento constitucional

De fato, a indisponibilidade de bens é destacada no dispositivo constitucional que trata das consequências jurídicas dos atos de improbidade administrativa, o § 4º do art. 37 da Carta. Ainda que a efetivação da indisponibilidade de bens deva observar *a forma e a gradação previstas em lei* (CF, art. 37, § 4º), a referência à medida na Constituição condiciona a interpretação da matéria e delimita a atividade do legislador².

Veja-se que, ao prever a indisponibilidade de bens como uma das consequências dos atos de improbidade administrativa, a própria Constituição exigiu uma providência jurisdicional tipicamente cautelar, delimitando as suas características gerais.

216

As outras consequências dos atos de improbidade administrativa também referidas no § 4º do art. 37 da Carta, i.e, a *suspensão dos direitos políticos*, a *perda da função pública* e o *ressarcimento ao erário*, são, pela sua própria natureza, sanções³. A indisponibilidade de bens, porém, não pode ser considerada uma sanção. Ante as características da medida no contexto normativo da improbidade administrativa delineado na Constituição, a indisponibilidade de bens tem por principal função *garantir o ressarcimento ao erário* (ALVES; GARCIA, 2004, p. 824, e MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 333).

² As normas constitucionais por meio das quais são definidos apenas os esquemas gerais de estruturação de institutos jurídicos, tal como a do § 4º do art. 37 da Constituição da República, são classificadas por José Afonso da Silva como *normas de princípio institutivo*, espécie das *normas de eficácia limitada* (SILVA, 2007). Nessa espécie, a Constituição traça, em maior ou menor grau, as linhas gerais de institutos, de organizações ou de entidades, *determinando* ou *permitindo* que o legislador (ordinário ou complementar) defina os elementos necessários para a plena executoriedade da norma. Mesmo tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, adverte o autor: “[...] a lei é mero instrumento subordinado; a norma constitucional, ainda que revele simples esquema, continua a ter sua característica básica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica” (SILVA, 2007, p. 135).

³ Considera-se aqui a função sancionatória do ressarcimento. Cf., sobre isso, MARINONI, 2004, p. 420.

Tornar os bens de alguém indisponíveis, uma constrição patrimonial essencialmente *temporária* (não teria sentido a indisponibilidade permanente), é providência que somente se justifica se a sua finalidade for garantir uma *futura* (ainda que apenas *provável*) expropriação desses mesmos bens. A indisponibilidade de bens, assim, só pode ser uma providência *temporária e acessória*. Visa resguardar bens do (suposto) responsável por ato lesivo ao erário e, assim, tem logicamente por objetivo garantir o ressarcimento *futuro* de um dano – ainda que o dever de ressarcimento, justamente por ser *futuro*, seja apenas *provável*.

Ora, como medida para *garantir* uma *futura expropriação*, a indisponibilidade de bens tem sentido e maior eficácia⁴ se determinada em provimento jurisdicional anterior à sentença que *declare* (certifique) o dever de ressarcir. Por ser anterior à sentença, ou seja, anterior ao juízo no qual o julgador expressará *certeza* sobre as questões da demanda, a decisão de indisponibilidade somente pode estar calcada em um reconhecimento da *mera probabilidade* da existência do dever de ressarcir.

Percebe-se, dessa forma, que a indisponibilidade de bens prevista na Constituição, por si só, demanda a adoção da técnica das tutelas de urgência, ou seja, requer decisão provisória, calcada em juízo de verossimilhança (independentemente de *certeza*, i.e., mesmo antes do contraditório e da instrução processual), com vistas em garantir uma provável tutela ressarcitória (recompor o erário do dano causado por um ato de improbidade).

Além disso, a Constituição prevê essa tutela de urgência estabelecendo o *conteúdo* da decisão judicial e o seu *objetivo*. Já está no texto constitucional o efeito do provimento jurisdicional cautelar: tornar indisponíveis os bens do provável agente ímprobo. Também decorre do texto constitucional o primeiro objetivo da indisponibilidade de bens: garantir o ressarcimento ao erário. Assim, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais determina que se compreenda e que se aplique

⁴ Sobre o princípio da máxima efetividade da Constituição, cf. CANOTILHO, 2003. p. 1.224.

a indisponibilidade de bens da forma que melhor garanta o ressarcimento ao erário.

3 Arresto, sequestro e indisponibilidade de bens

Em um sistema normativo que prevê o poder geral de cautela (CPC, arts. 798 e 799), sabe-se, o Judiciário pode criar medidas provisórias atípicas, não delineadas pela legislação ordinária, para evitar lesão a direito da parte.

Não se justifica, assim, a restrição da indisponibilidade de bens aos esquemas do arresto ou do sequestro estabelecidos no Código de Processo Civil (CPC).

218

Atente-se que, independentemente da previsão constitucional da indisponibilidade de bens, é possível, mediante aplicação do poder geral de cautela, deferir medida semelhante ao arresto, ao sequestro ou ao arrolamento de bens sem, porém, seguir os esquemas legais rígidos do CPC. Sobre o tema, é relevante transcrever comentário de Galeno Lacerda (2007b, p. 235) proferido em conferência do ano de 1976, em um encontro de magistrados:

Só para encerrar, um outro problema em relação aos arrestos-sequestros. Foram tipificados pelo Código, de um modo muito cerceador, que tem sido muito criticado. [...]

Efetivamente, a crítica procede. A função do processo é instrumental, é uma função adequada às necessidades emergentes do litígio, às necessidades das partes.

O processo não pode ser um instrumento de cerceamento, meramente formal, de prestação jurisdicional. [...]

É evidente que uma regulamentação excessivamente tipificadora do arresto, do sequestro e de outras medidas se torna cerceadora. A crítica procede, mas os senhores têm uma saída.

Quando os senhores entenderem que a cautela é necessária, mas que foge da tipificação do Código, basta que não batizem de arresto ou sequestro. Os senhores se valham do poder cautelar geral inominado, atípico. Então, considerarão uma medida

semelhante ao arresto, com a mesma finalidade, mas, devido aos pruridos formais do Código, não a batizarão de arresto. Poderão agir, pois, com ampla liberdade, com ampla discricção, tendo em vista a necessidade real das partes.

Quanto mais agirem dentro desta perspectiva, mais os senhores se engrandecem como juizes.

Ante essa possibilidade oferecida pelo poder geral de cautela, capaz de afastar as restrições que a tipologia do CPC possa estabelecer para a efetiva proteção cautelar, e considerando também que as tutelas de urgência devem ser entendidas como expressão da garantia constitucional de Jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) (BEDAQUE, 2006, p. 25, e THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 285), percebe-se que o intérprete deve conferir importante significado para a consagração de um conteúdo de medida cautelar (indisponibilidade de bens) na própria Constituição, com vistas em garantir o ressarcimento ao erário por dano decorrente de ato de improbidade. É preciso, nessa esteira, evitar as interpretações que, atrelando-a aos esquemas do CPC, reduzam ou retirem a eficácia dessa tutela de urgência.

Restringir a indisponibilidade de bens, de antemão, às hipóteses legais de arresto ou de sequestro, ou limitar a indisponibilidade, nos requisitos, nos efeitos e na forma de execução, a essas medidas cautelares típicas, seria *interpretar a Constituição de acordo com a lei*, reduzindo a eficácia do preceito constitucional e invertendo a hierarquia normativa. Na verdade, são o sequestro e o arresto que contemplam formas específicas de indisponibilidade de bens, ou seja, o gênero é a indisponibilidade de bens, do qual o arresto e o sequestro, tais como definidos no CPC, são espécies.

Arresto e sequestro são “[...] medidas cautelares que visam igualmente à constrição de bens para assegurar sua conservação até que possam prestar serviço á solução definitiva da causa [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 197). São medidas cautelares idênticas quanto à *materialidade* e quanto ao *procedimento* (GRECO FILHO, 2000, p. 175). A diferença básica está no objeto da constrição. No arresto, são apreendidos quaisquer bens do patri-

mônio do provável devedor, para que sejam, na eventual *execução* (cumprimento de sentença), convertidos em dinheiro, com o fim de satisfazer o crédito. No sequestro, apreende-se a própria coisa litigiosa, para garantir a sua entrega ao vencedor (GRECO FILHO, 2000, p. 175-176).

Como medidas cautelares de constrição do patrimônio, o arresto e o sequestro *retiram bens da livre disponibilidade material ou jurídica* do requerido, *para evitar a sua deterioração ou desvio* (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 241 e 251). Ora, é fácil perceber, assim, que o arresto e o sequestro previstos no CPC são medidas cautelares que têm como finalidade tornar *indisponíveis bens* do requerido. São, portanto, espécies de medida cautelar que contemplam indisponibilidade de bens.

Pode-se afirmar, dessa forma, que a indisponibilidade de bens própria da improbidade administrativa, justamente por ser prevista genericamente no § 4º do art. 37 da Constituição, abrange tanto a *técnica do sequestro* (apreensão de um bem específico, previamente identificado pelo requerente) quanto a *técnica do arresto* (constrição sobre quaisquer bens do requerido até o montante necessário para a recomposição do dano). Isso sem prejuízo, ainda, ante a generalidade da previsão constitucional, da possibilidade de adoção de providências inerentes ao arrolamento de bens (arts. 855 a 860 do CPC), ou outras *medidas adequadas* aptas a atingir o objetivo da indisponibilidade (garantir o ressarcimento – ou a perda patrimonial).

A disciplina da indisponibilidade de bens definida pela Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, não infirma essa conclusão.

Sobre isso, atente-se, inicialmente, que, ao contrário do que defende grande parte da doutrina⁵, os arts. 7º e 16 da LIA não estabelecem propriamente duas medidas cautelares distintas

⁵ Cf., entre outros: ALVES; GARCIA, 2004, p. 824-826; MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 438-458; PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 155; FIGUEIREDO, 2004, p. 67; BEDAQUE, 2003, p. 302; FERRAZ, 2003, p. 416-419.

e autônomas para hipóteses específicas. Outrossim, muito menos certo é identificar, na LIA, uma única medida cautelar com procedimento e efeitos restritos ao sequestro, a partir do que consta no art. 16 da Lei n. 8.429/1992 (VELLOSO FILHO, 2003, p. 122-128, e KRAMER, 2003, p. 189-194).

Repise-se: é de gênero e espécies a relação da indisponibilidade de bens com o arresto e o sequestro. A remissão do art. 16 da Lei n. 8.429/1992 ao sequestro previsto no CPC não determina restrição da medida de indisponibilidade de bens, nem representa a criação de uma medida cautelar distinta daquela enunciada no art. 7º da mesma Lei n. 8.429/1992.

A indisponibilidade de bens instituída pelo § 4º do art. 37 da Constituição tem sua complementação legal na medida genérica do art. 7º da LIA, segundo a qual a tutela cautelar de constrição *recairá sobre bens* (independentemente de identificação prévia desses bens) *que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial* (veja-se, sobre o acréscimo patrimonial, não sobre tal ou qual bem) *decorrente do enriquecimento ilícito*. É o bastante. Instituiu-se, com essa regra do art. 7º da LIA, em harmonia com o princípio da máxima efetividade da Constituição, uma medida cautelar ampla, que tem por finalidade resguardar o ressarcimento ao erário ou a perda do acréscimo patrimonial decorrente de enriquecimento ilícito.

Trata-se de medida ampla porque, segundo os parâmetros da Constituição e da LIA, e respeitados os direitos do requerido, podem ser adotadas todas as *medidas necessárias* (v.g., arts. 798 e 799 do CPC) para a adequada garantia do ressarcimento (ou garantia da perda patrimonial). Essas *medidas necessárias*, por sua vez, se referem tanto ao *conteúdo da decisão* quanto à *forma de execução* da tutela cautelar.

Sem dúvida, ante o contexto apontado, essa medida cautelar ampla pode ser efetivada mediante decisão judicial de conteúdo similar ao arresto do CPC, atingindo indistintamente quaisquer bens do patrimônio do requerido até o montante estimado do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito – com a identificação

dos bens que concretamente sofrerão a constrição apenas quando da *execução* da medida cautelar⁶. Contudo, a indisponibilidade em análise pode ser efetivada, também, mediante ordem similar à de sequestro, quando se indicar na decisão cautelar, de logo, o bem sobre o qual a constrição recairá. Pode a medida de indisponibilidade, ainda, conciliar as duas técnicas, identificando alguns bens a serem apreendidos e, ao mesmo tempo, determinando a localização e constrição indistinta de outros que sejam encontrados quando da sua *execução*, para complementar o valor estimado do dano ou do enriquecimento ilícito.

Além das referidas técnicas atreladas ao conteúdo da decisão, a decretação da indisponibilidade pode envolver, também, *medidas necessárias* para a adequada *execução*⁷ da constrição patri-

⁶ Na execução da medida cautelar de arresto, o oficial de Justiça, de posse do mandado correspondente, diligenciará para localizar bens do requerido, fazendo incidir a constrição sobre aqueles que encontrar, até o limite do crédito. Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 231-232) explica: “Manda o art. 821 que sejam aplicadas ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na Seção I do Capítulo II do Livro III.

Harmoniza-se, portanto, o instituto do arresto com o da penhora, já que aquele procura preparar esta, e nela virá a converter-se quando julgada procedente a ação principal (art. 818).

A forma de executar-se o arresto é, por isso, a mesma da penhora, ou seja, mediante a apreensão e depósito dos bens com lavratura do respectivo “auto” (art. 664), com os requisitos do art. 665. Emprega-se, quando necessário, a força policial (art. 579). Incidindo sobre imóvel, deverá ser registrado no Registro Imobiliário (art. 659, § 4º).

A maior diferença prática entre a execução das duas medidas reside no fato de que o arresto é executado de plano, sem prévia citação ou intimação do réu.

A decisão que decreta o arresto, na linguagem de PONTES DE MIRANDA, é mandamental. [...]

Não há, no mandado de arresto, preceito algum: nem a prévia intimação do réu para adimplir uma obrigação, pois na verdade nem sequer existe, de fato, da parte dele o dever jurídico acautelar os interesses do credor, nem a citação para solução do débito, pois não tende a ação cautelar à satisfação do crédito do autor. Não ocorre, tampouco, a concessão de um prazo para nomeação de bens pelo devedor”.

⁷ “Não é preciso, outrossim, que a lei declare esse caráter unitário do procedimento cautelar. A incidibilidade do aspecto cognitivo e executivo na espécie deriva de uma exigência lógica, pois, sem ela, nenhuma eficácia

monial. Contempla, assim, a possibilidade de investigação e de exame de bens do requerido, a fim de identificá-los para eventual constrição. Para isso, pode-se recorrer, na *execução* da medida, à quebra dos sigilos bancário e fiscal, a diligências para identificar veículos em nome do requerido ou a buscas nos cartórios de registro imobiliário.

Na *execução* da indisponibilidade de bens, de acordo com as circunstâncias e com o que o juiz entender adequado (v.g., CPC, arts. 798 e 799), o requerido pode continuar com a posse da(s) coisa(s), inclusive utilizando-a(s), desde que isso não resulte em perecimento. Nessa hipótese, a indisponibilidade implicará apenas a conservação e a proibição da alienação e da instituição de ônus, mas é possível também a entrega da coisa em depósito a um terceiro, bem como o bloqueio de ativos financeiros⁸.

223

prática teria a tutela preventiva ou de segurança. A imediata excecutoriedade, por isso, é inerente à essência das medidas cautelares. Sua função típica jamais será exercida senão mediante atuação do imediato efeito prático, o qual somente pode ser alcançado desvencilhando-o do procedimento comum da *actio iudicati*” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 286).

⁸ A indisponibilidade de bens em ações de improbidade pode ser executada por intermédio do sistema BACEN-JUD, para bloqueio de contas bancárias e de ativos financeiros do requerido até o limite do dano ou do enriquecimento ilícito. O Conselho da Justiça Federal (CJF), com a Resolução n. 524, de 28 de setembro de 2006 (publicada em 10.10.2006), explicitou que, em ações de improbidade, poderá o magistrado, via Sistema BACEN-JUD 2.0, solicitar o bloqueio/desbloqueio de contas e ativos financeiros (art. 1º). Deixou claro o CJF, ainda, que o bloqueio pode ser determinado inclusive de ofício pelo juiz, com *precedência sobre outras modalidades de constrição* (parágrafo único do art. 1º da Resolução n. 524/2006).

Com o sistema BACEN-JUD, garante-se, além de efetividade e celeridade, que a constrição patrimonial tenha, de logo, a exata medida da lesão ao patrimônio público ou do enriquecimento ilícito. Com efeito, não há, com a utilização do BACEN-JUD, o bloqueio indiscriminado de todas as contas do requerido. Na opção “bloqueio parcial”, a indisponibilidade fica limitada ao dano ao erário que se quer ver ressarcido, conforme dados a serem inseridos no Sistema pelo Judiciário. Ademais, o sistema permite a liberação automática e rápida de eventuais quantias bloqueadas a maior, ou de verbas alimentares, o que confere plena eficiência e legalidade à indisponibilidade assim efetuada.

A utilização do BACEN-JUD para efetivar medida de indisponibilidade de bens tem amparo, também, na inteligência que se extrai dos §§ do art. 16 e

Em suma, a indisponibilidade de bens vinculada à improbidade administrativa *é uma só medida cautelar* que contempla todas as possibilidades acima enumeradas, sempre com vistas na *adequada e efetiva* proteção da provável expropriação decorrente da condenação.

Pertinente, assim, a observação de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1999, p. 196):

Embora a Lei Federal n. 8.429/1992 não o mencione, aqui, conforme o caso, são admissíveis o arresto, o seqüestro, o arrolamento de bens, a busca e apreensão e o protesto contra a alienação de bens, estipulados respectivamente nos arts. 813, 822, 855, 839 e 867, todos do estatuto instrumental civil, que tem aplicação subsidiária.

Não se trata propriamente, porém, de aplicação subsidiária dos arts. 813, 822, 855, 839 e 867 do CPC – aos quais poderiam ser acrescentados os que tratam da exibição (art. 844 e 845 do CPC) –, mas sim de mera decorrência do caráter amplo da medida cautelar de indisponibilidade de bens, para a qual são admissíveis todas as *medidas provisórias adequadas* (v.g., CPC, art. 798) para a garantia do ressarcimento ao erário ou da perda patrimonial.

Estabelecidas essas premissas – que têm base na previsão constitucional da medida de indisponibilidade de bens e buscam conferir máxima efetividade para a norma do § 4º do art. 37 da Carta –, pode-se voltar ao art. 16 da Lei 8.429/1992. Esse dispositivo legal, no contexto aludido, nada mais faz do que explicitar algumas providências que *podem* ser adotadas, entre várias outras, para a indisponibilidade de bens acessória a ação de improbidade administrativa. Não se cuida no art. 16 da LIA de uma medida

do art. 7º da Lei n. 8.429/1992, combinados com a regra do § 4º do art. 37 da Constituição. Sobretudo quando se trata de desvio/apropriação de dinheiro, nada mais adequado e proporcional do que o bloqueio de ativos financeiros e de contas bancárias, via BACEN-JUD. O desvio de dinheiro público deve ser preferencialmente garantido por dinheiro do causador do dano, e não por bens outros de menor liquidez.

cautelar específica, diferentemente da indisponibilidade de bens do art. 7º da mesma lei. Trata-se apenas de algumas providências possíveis para a efetivação da indisponibilidade de bens.

No contexto normativo da tutela cautelar de indisponibilidade de bens, o § 1º do art. 16 da LIA, ao fixar que o *pedido de sequestro* será processado de acordo com os arts. 822 e 825 do CPC, apenas explicita que a medida poderá recair sobre bens identificados previamente (o que se denominou aqui de *técnica do sequestro*), sejam eles móveis, semoventes ou imóveis (CPC, art. 822, I), sejam frutos e rendimentos de imóvel (CPC, art. 822, II). Esclarece, também, que são possíveis (não obrigatórias) a entrega do bem a depositário (CPC, art. 825, *caput*) e a requisição de força policial pelo juiz (CPC, art. 825, parágrafo único). Não há nesse dispositivo, portanto, sobretudo considerando o que consta no art. 7º da LIA e no § 4º do art. 37 da Constituição, uma restrição da medida de indisponibilidade de bens aos casos em que seria possível o sequestro, segundo as hipóteses do CPC; ou mesmo uma restrição dos conteúdos possíveis da ordem de indisponibilidade. Continuam sendo viáveis todos os conteúdos e meios de *execução* acima sumariados, isolada ou conjuntamente, por força do art. 7º da LIA.

A ratificar o que se disse, sobre as consequências da remissão ao sequestro presente no § 1º do art. 16 da LIA, o § 2º do mesmo dispositivo fixa que, *quando for o caso* (relevando, assim, a possibilidade de adoção de *outras medidas adequadas* necessárias para garantir o ressarcimento ou a perda patrimonial), o pedido de *sequestro* incluirá a *investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior*. Ora, a *investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras* são providências mais adequadas às medidas cautelares típicas do arresto e/ou do arrolamento de bens, tal como previstas no CPC. A LIA elenca essas diligências no âmbito do *sequestro* referido no seu art. 16 justamente porque a indisponibilidade de bens pode, e muitas vezes até deve, conciliar técnicas e procedimentos próprios das várias medidas cautelares típicas do CPC.

Ademais, ainda que se pudesse ler o art. 16 da LIA como alguma forma de restrição sobre o conteúdo ou sobre os meios de execução da medida cautelar de indisponibilidade de bens, o poder geral de cautela seria suficiente, por si só, para permitir a adoção de outras *medidas provisórias adequadas* (CPC, art. 798), independentemente da tipificação legal, com vistas em garantir o futuro ressarcimento ao erário ou a perda patrimonial correspondente ao enriquecimento ilícito⁹.

A indisponibilidade de bens, portanto, pode ter conteúdo semelhante ao sequestro, ao arresto ou ao arrolamento de bens. Pode, também, conciliar as técnicas próprias de cada uma dessas medidas cautelares típicas, bem como associá-las a outras providências *adequadas* para as suas finalidades (v.g., CPC, art. 798), inclusive com a investigação e o bloqueio de contas bancárias e de ativos financeiros.

Deve-se esclarecer, nesse ponto, que a técnica de sequestro na indisponibilidade de bens não precisa estar (e na maioria das vezes efetivamente não está) vinculada à proteção de uma *tutela ressarcitória na forma específica*¹⁰, com vistas em garantir uma execução (cumprimento de sentença) para entrega de coisa certa. A técnica de sequestro, na indisponibilidade de bens, pode visar proteger um futuro *ressarcimento pelo equivalente em dinheiro*. Então, a constrição direta de coisa previamente determinada (técnica do sequestro) se dá apenas para fins de alienação futura, não para a reversão da coisa ao patrimônio do exequente. A técnica do sequestro é adotada apenas porque o bem havia sido previamente identificado e servia para a garantia.

Por seu turno, a técnica do arresto, pela sua natureza, sempre servirá a uma *tutela ressarcitória pelo equivalente monetário*.

Já a pesquisa patrimonial (quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo fiscal, requisição de informações e de documentos, diligências em cartórios e repartições públicas etc.) poderá ser destinada a encontrar e apreender uma coisa determinada, com o

⁹ Nesse sentido, a lição de Galeno Lacerda acima transcrita.

¹⁰ Cf., sobre a tutela ressarcitória, MARINONI, 2004, *passim*.

fim de garantir tutela ressarcitória na forma específica; mas, também, poderá visar à constrição indistinta dos bens do requerido que forem localizados, quando então servirá para resguardar uma tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.

Quando a forma de ressarcimento do dano ao erário for a específica, portanto, a medida de indisponibilidade de bens não poderá adotar a técnica do arresto, mas somente a do sequestro, atrelada ou não a prévia investigação patrimonial. Quando a forma de ressarcimento for pelo equivalente monetário, todas as técnicas da medida cautelar de indisponibilidade de bens serão possíveis.

4 Natureza da imputação e indisponibilidade de bens

227

Na esteira das conclusões acima expostas, percebe-se que a natureza da imputação do ato de improbidade não é essencial para definir os tipos de providências a serem adotadas a título de indisponibilidade de bens. A vinculação da técnica do sequestro à imputação de enriquecimento ilícito, de um lado, e da técnica do arresto à *acusação* de dano ao erário, de outro¹¹, reduz o alcance e a efetividade da medida de indisponibilidade de bens, e por isso deve ser afastada.

Deve-se esclarecer, inicialmente, que o ressarcimento de dano ao erário, em ação de improbidade, pode ocorrer mediante *tutela específica* ou *tutela pelo equivalente monetário*, de acordo com as circunstâncias¹². Na maioria das vezes, somente é possível o ressarcimento pelo equivalente em dinheiro. Porém, em certos casos, a forma específica de ressarcimento será viável e preferível. É o que pode ocorrer, por exemplo, nos casos em que o agente ímprobo concorre para a indevida incorporação de bem da *entidade pública* ao patrimônio de outrem (LIA, art. 10, I). Assim, de acordo com as circunstâncias, a tutela ressarcitória na forma

¹¹ Cf. ALVES; GARCIA, 2004, p. 826.

¹² Cf., sobre a classificação da tutela ressarcitória em “específica” e “pelo equivalente monetário”, MARINONI, 2004, p. 417 e ss.

específica, com a retomada do bem transferido ilícitamente, poderá ser o meio adequado e preferencial para a recomposição do dano.

Estabelecidas essas premissas, registre-se que quando *há ato de improbidade administrativa e, também, dano ao erário*, a ordem de indisponibilidade poderá se valer das técnicas do arresto e do arrolamento, com ordem judicial genérica, que alcance indistintamente os bens do requerido, e ampla investigação patrimonial no ensejo da *execução* da medida. Excetuam-se apenas as raras situações, acima mencionadas, em que o dano ao erário deva ser preferencialmente recomposto mediante tutela ressarcitória na forma específica.

228

Sem embargo, não está obstada, nos casos em que há dano ao erário, ordem judicial cautelar de indisponibilidade semelhante ao sequestro, que identifique bem sobre o qual recairá a constrição. Isso independentemente de se pretender uma tutela *específica* ou *pelo equivalente em dinheiro* (conforme se assinalou acima, a técnica do sequestro pode servir também a uma tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, que será a regra geral em ação de improbidade).

Havendo, por alguma forma, prévia ciência do requerente da existência de bens específicos em nome do requerido¹³, acaso seja adequada a constrição desses bens para o fim de garantir o ressarcimento do dano ao erário estimado na ação de improbidade, pode a medida de indisponibilidade utilizar a técnica do sequestro. Nessa hipótese, são indicados na decisão os bens previamente conhecidos, fazendo incidir sobre eles a medida de indisponibilidade, com ou sem a decretação da perda provisória da posse pelo requerido¹⁴.

¹³ V.g., em decorrência de pesquisa de bens realizada administrativamente, antes do ajuizamento da ação, ou mediante acesso a informações constantes em cadastros públicos que contenham dados sobre o patrimônio do requerido (art. 13 da Lei n. 8.429/1992).

¹⁴ A decisão, no que diz respeito à permanência do requerido na posse da coisa sequestrada ou arrestada, é também dependente da conveniência do caso concreto e de juízo de proporcionalidade, ou seja, a indisponibilidade de bens

Há, assim, plena compatibilidade da imputação de ato de improbidade que causou dano ao erário com medida de indisponibilidade de bens semelhante ao sequestro.

Portanto, se há imputação de dano ao erário, a medida de indisponibilidade pode adotar as técnicas do arresto ou do sequestro, bem como a investigação patrimonial ampla e o bloqueio de contas bancárias e de ativos financeiros. A imputação de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário não limita, por si só, o alcance da medida cautelar de indisponibilidade.

Nesse ponto, cumpre destacar que os atos de improbidade que causam danos ao erário não são apenas aqueles enquadrados no art. 10 da Lei n. 8.429/1992. Além desses, que obviamente estão atrelados à lesão ao patrimônio público, condutas descritas nos arts. 9º e 11 da LIA também podem estar associadas a danos e, portanto, motivar condenação de ressarcimento ao erário¹⁵. Justamente por isso os incisos I e III do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 – que se referem, respectivamente, a condenação por atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 da LIA – preveem ressarcimento ao erário, na hipótese de haver dano.

Dessa forma, quando a imputação de improbidade administrativa se refere a ato enquadrado no art. 9º ou no art. 11 da LIA e que, também, tenha resultado em dano ao erário, serão aplicáveis as várias formas que a medida cautelar de indisponibilidade de bens pode assumir para garantir o ressarcimento.

Quanto às condutas do art. 9º da LIA, porém, são necessários mais alguns esclarecimentos. É que nesses casos pode haver um dano ao erário *decorrente* de um acréscimo patrimonial indevido em favor do requerido. O dano e o enriquecimento ilícito ensejam condenações a princípio distintas, ressarcimento e perda patrimonial (LIA, art. 12, I), e ambas podem estar resguardadas pela medida de indisponibilidade de bens (LIA, art. 7º), razão por

pode ensejar ou não a perda provisória da posse pelo requerido, a depender do caso concreto.

¹⁵ Cf. ALVES; GARCIA, 2004, p. 826-827 e 832, e MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 439.

que é preciso analisar a maneira adequada de efetivação da tutela cautelar nessas situações.

Sem dúvida, *pode haver enriquecimento ilícito que corresponda exatamente a um dano ao erário* (v.g., Lei n. 8.429/1992, art. 9º, XI¹⁶). Quando isso ocorre, a garantia do futuro ressarcimento do dano poderá ser a mesma garantia da futura perda patrimonial decorrente do enriquecimento ilícito. É que a *sanção de perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio do agente* terá conteúdo idêntico ao *ressarcimento do dano* (LIA, art. 12, I). Aí, seja com a reversão da coisa subtraída ao patrimônio público (ressarcimento na forma específica, sob a perspectiva do dano, e sanção patrimonial, sob a perspectiva do enriquecimento ilícito), seja mediante tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro¹⁷, uma só *medida executiva* será suficiente, ao mesmo tempo, para a recomposição do erário e para a perda dos bens ilicitamente incorporados ao patrimônio do réu.

Importa observar que a medida cautelar de indisponibilidade de bens, na situação indicada (LIA, art. 9º, XI), não precisa incidir sobre os bens que foram apropriados pelo agente ímprobo, ou seja, não é necessário restringir a medida cautelar de indisponibilidade à técnica do sequestro do bem que foi subtraído ou desviado do patrimônio público.

É certo que o ressarcimento/perda patrimonial poderá ocorrer na forma específica, hipótese em que não haverá distinção em relação ao que já se destacou acerca dos casos de ressarcimento na forma específica de dano ao erário dissociado de enriquecimento ilícito do agente público, mas também poderá ser mais adequada e efetiva a tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro¹⁸ (classificação adotada segundo a perspectiva do dano).

¹⁶ Trata-se de conduta semelhante ao crime de peculato (art. 312, CP; inciso I do art. 2º do Decreto-Lei n. 201/1967) – que certamente representa parcela considerável dos atos de improbidade.

¹⁷ Ver MARINONI, 2004, p. 417 e ss., sobre a classificação da tutela ressarcitória.

¹⁸ Cf. MARINONI, 2004, p. 423 e ss., sobre a escolha da tutela ressarcitória.

Quando o enriquecimento ilícito, a que corresponde também um dano ao erário, decorre da incorporação ao patrimônio do requerido de um bem identificado e infungível (como um veículo, por exemplo), a medida de indisponibilidade poderá adotar a técnica do sequestro (porque será possível e a princípio mais adequada a tutela ressarcitória na forma específica¹⁹, à qual corresponderá a sanção de perda patrimonial). Incidirá a medida cautelar justamente sobre aquilo que foi subtraído ou desviado do patrimônio público (no exemplo, sobre o veículo). A utilização da técnica do sequestro decorrerá não exatamente da natureza da imputação, de enriquecimento ilícito (LIA, art. 9º, XI), mas sim das circunstâncias do caso²⁰ e do princípio da proporcionalidade²¹, que indicariam que a tutela específica é a forma mais *adequada* de garantir o ressarcimento do dano e, também, a perda patrimonial, indissociáveis na situação²².

No entanto, mesmo nessas situações em que o enriquecimento ilícito decorre da incorporação ao patrimônio do requerido de um bem infungível pertencente à *entidade pública*, poderá ser necessário adotar a técnica do arresto e/ou a investigação patrimonial, associados ou não ao sequestro da coisa. Isso deverá ocorrer quando houver perecimento ou deterioração do bem público apropriado ou desviado pelo agente ímprobo (v.g., um carro que tenha sido seriamente danificado ou que tenha sido destruído) e também quando não se puder identificar ou localizar esse bem (porque o requerido deu a ele destinação ignorada). Aí, para

¹⁹ Cf. MARINONI, 2004, p. 423 e ss., sobre a escolha da tutela ressarcitória específica.

²⁰ Sabe-se exatamente qual bem foi suprimido do patrimônio público, e esse bem pode ser sequestrado para futuro ressarcimento (e perda patrimonial) na forma específica.

²¹ Seria incompatível com os fatos alegados na ação de improbidade fazer a medida de indisponibilidade recair sobre dinheiro ou sobre um imóvel em vez de incidir sobre o veículo identificado e passível de apreensão. A tutela ressarcitória específica será possível e preferível nas circunstâncias.

²² Cf., sobre a vedação de dupla condenação pelo mesmo fato, ALVES; GARCIA, 2004, p. 465.

garantir o ressarcimento (que precisará ser efetivado mediante tutela ressarcitória pelo equivalente monetário), o sequestro da coisa subtraída será impossível ou insuficiente, o que exigirá a adoção da técnica do arresto, da investigação patrimonial ou da técnica do sequestro meramente para fins de ressarcimento pelo equivalente, com a constrição de quaisquer bens suficientes para recompor o dano²³.

Observe-se, por outro lado, que nessa última hipótese a sanção de perda patrimonial ainda corresponderá ao ressarcimento do dano causado ao erário. A expropriação de bens para reparar o dano ao erário, tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro, também será uma medida de perda patrimonial pelo enriquecimento ilícito. Como é impossível ou insuficiente a reversão da coisa subtraída ao patrimônio público, a sanção de perda patrimonial será efetivada sobre o valor equivalente em dinheiro dos bens subtraídos.

Essas últimas considerações trazem luzes para o problema subsequente: *o enriquecimento ilícito que não corresponde a um dano ao erário*. De fato, na maioria das hipóteses previstas no art. 9º da LIA, o enriquecimento ilícito não gera um dano ao erário; ou, se gera, esse dano não tem correspondência direta com o acréscimo patrimonial ilícito (correspondência que ocorre na conduta do inciso XI do art. 9º da LIA, já abordada). Quando o agente recebe vantagem econômica para favorecer terceiro em contrato com a Administração, a comissão paga pelo beneficiário do ato de improbidade não representa um desfalque correspondente do patrimônio público. É certo que poderá haver também prejuízo, com o superfaturamento do contrato, por exemplo, mas aí o dano ao erário não corresponde ao enriquecimento ilícito do agente.

Quando há enriquecimento ilícito que não tem um correspondente exato de desfalque do erário, a condenação pela prática do ato de improbidade ensejará a perda dos valores indevidamente acrescidos ao patrimônio do agente, uma típica sanção. Contu-

²³ I.e., em valor correspondente àquele que o bem subtraído tinha quando apropriado pelo requerido, com os acréscimos moratórios e correções cabíveis.

do, mesmo sem a correspondência direta entre enriquecimento ilícito e dano, poderá haver prejuízo para o patrimônio público. Há, dessa forma, a possibilidade de dois itens autônomos na condenação: um referente ao acréscimo patrimonial indevido (sanção de perda patrimonial), outro referente ao prejuízo pelo patrimônio público (tutela ressarcitória).

Quanto ao dano ao erário, nessa hipótese, o ressarcimento pode ser resguardado mediante qualquer uma das técnicas da indisponibilidade de bens já apontadas. Quanto à perda patrimonial isolada, são necessárias explicações.

É errado atrelar a sanção de perda patrimonial à expropriação exata daquele bem que foi acrescido ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo. Muitas vezes, na verdade, não é sequer possível estimar a perda exatamente daquilo que foi acrescido. Imagine-se, por exemplo, que o servidor público receba de presente uma viagem internacional, em especial passagens e hospedagem, oferecida por uma empresa que tem interesses que podem ser afetados pelas atribuições desse agente (conduta subsumida ao inciso I do art. 9º da LIA).

Nessa hipótese, a sanção de perda patrimonial é isolada, independe da existência de dano ao erário. E será materialmente impossível a expropriação das passagens já utilizadas e da hospedagem já usufruída. Ora, nessa situação, a perda patrimonial somente poderá se efetivar mediante a expropriação do *valor equivalente* às passagens e à hospedagem do patrimônio do requerido.

Com efeito, quando o enriquecimento ilícito ocorrer mediante recebimento de bens fungíveis, como o dinheiro, que não possam mais ser destacados do restante do patrimônio do agente ímprobo; quando os bens infungíveis recebidos tiverem sido consumidos, perdidos ou deteriorados; ou quando a vantagem patrimonial decorre de *prestação negativa*, que evitou que o ímprobo realizasse despesas (ALVES; GARCIA, 2004, p. 464); a perda patrimonial prevista no inciso I do art. 12 da LIA (e no art. 6º da mesma lei) somente poderá se efetivar mediante condenação a devolver o *valor equivalente* ao benefício ilícito apurado.

Um adendo. Não parece certa a corrente que sustenta que, para a aplicação da sanção de perda patrimonial, devem ser considerados apenas os bens adquiridos pelo agente após o início da função pública, ou após a prática do ato de improbidade (ALVES; GARCIA, 2004, p. 464-465). Quando a sanção for aplicada mediante a perda de valores *correspondentes* à vantagem econômica ilícita, por ser impossível atingir o próprio bem ou a específica vantagem objeto do enriquecimento indevido, o patrimônio total do requerido deve estar sujeito à constrição, independentemente da data ou da licitude da aquisição da coisa. Como se tratará de perda de *equivalente monetário* ao enriquecimento, não haverá correlação entre o ato de improbidade e a aquisição da coisa objeto da constrição. De fato, a vantagem objeto do enriquecimento pode perecer, se deteriorar ou simplesmente ser consumida (relembre-se o exemplo das passagens e da hospedagem), quando então não haverá razão para cogitar da necessidade da aludida correlação, pois o benefício econômico ilícito não originará bens passíveis de expropriação. Logo, nas várias situações em que a sanção de perda patrimonial precisar incidir sobre o valor equivalente ao enriquecimento ilícito, todo o patrimônio do requerido, até mesmo os bens adquiridos licitamente e os bens adquiridos antes do ato de improbidade, podem ser atingidos pela medida de indisponibilidade²⁴.

Como se tratará de buscar bens no patrimônio do requerido para satisfazer perda patrimonial fixada pelo *valor equivalente* à vantagem indevida, não se buscará a reversão ou a expropriação de coisa específica, mas sim de todo e qualquer bem adequado para cumprir a sanção. Dessa forma, a garantia a ser conferida pela medida de indisponibilidade de bens não estará limitada à técnica do sequestro.

²⁴ Nesse sentido, em linhas gerais: MEDEIROS, 2003, p. 152-154. No Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade, em geral, da incidência da indisponibilidade sobre bens adquiridos antes do ato de improbidade: REsp n. 762.894/GO, rel. Min. Denise Arruda, *DJe* de 4 ago. 2008; REsp n. 806.301/PR, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 3 mar. 2008; REsp n. 702.338/PR, rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 11 set. 2008; REsp n. 1.081.138/PR, rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* de 29 out. 2008.

Se a perda patrimonial se efetivar pela expropriação do valor equivalente ao ganho patrimonial ilícito, será possível medida de indisponibilidade semelhante a arresto ou ao arrolamento, com vistas na constrição indistinta de quaisquer bens do requerido que possam ser alienados para o cumprimento da sanção. Será possível, também, ampla pesquisa patrimonial, para identificar bens passíveis de constrição, e, ainda, investigação e bloqueio de ativos financeiros e contas bancárias. A técnica do sequestro não estará afastada, mas, se utilizada, terá por finalidade apenas apreender bens específicos previamente determinados para expropriação futura (não, portanto, para a reversão ou perda do bem sequestrado), já que o cumprimento da sanção se dará pelo equivalente em dinheiro.

Percebe-se, portanto, que a indisponibilidade de bens pode recorrer a todas as técnicas necessárias, já apontadas, para garantir o ressarcimento ao erário e a perda patrimonial, sem se vincular diretamente ao tipo da imputação (LIA, arts. 9º, 10 ou 11). O tipo de imputação não representará, em si, uma limitação para a espécie de medida de indisponibilidade, que deverá ser eleita de acordo com a necessidade concreta da tutela (ressarcitória e/ou sancionatória) perseguida na ação.

5 O *periculum in mora*

Considerando a previsão constitucional da indisponibilidade de bens, a concessão dessa medida cautelar está condicionada apenas à demonstração da probabilidade da existência de um dano ao erário ou da existência de enriquecimento ilícito capitulados como improbidade administrativa.

O *periculum in mora* é ínsito à natureza da medida, considerando o contexto normativo que a legitima, pois identificado no caso concreto em face da só existência de indícios relevantes de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito²⁵. Não é preciso, portanto, para o deferimento dessa tutela cautelar, demonstrar

²⁵ Nesse sentido, por exemplo: BEDAQUE, 2003, p. 303; ZAVASCKI, 2006, p. 124.

que o requerido pretende dilapidar os seus bens ou demonstrar que outro evento específico qualquer está a ameaçar o futuro ressarcimento ou a sanção de perda patrimonial.

Esse não é, contudo, um entendimento pacífico²⁶. Na jurisprudência, há forte corrente exigindo, como condição da medida de indisponibilidade de bens, prova de conduta do réu ou de fato específico a demonstrar risco de ineficácia da *execução*²⁷.

É preciso repisar, contra essa corrente restritiva, que a indisponibilidade de bens é, por sua própria natureza, uma tutela preventiva, de urgência, instituída pela Constituição. Ao prever a indisponibilidade de bens para os responsáveis por atos de improbidade (CF, art. 37, § 4º), a Constituição – ante os relevantes valores em risco quando se trata de ato de improbidade administrativa (moralidade administrativa, higidez do patrimônio público) – pretendeu que, como regra, o futuro ressarcimento aos cofres públicos fosse garantido durante a tramitação da ação principal (e igual orientação deve ser estendida para a garantia da perda patrimonial decorrente do enriquecimento ilícito, em face da regra do art. 7º da LIA, a qual é coerente com os princípios constitucionais em jogo).

Para tanto, ressalvadas circunstâncias do caso concreto em sentido diverso, sempre submetidas à prudente análise do julgador, o *periculum in mora* emerge das provas de prejuízos ao erário ou de enriquecimento ilícito, sem a necessidade de que se demonstre intenção do requerido de ocultar o seu patrimônio.

Ressalvaram-se, acima, os casos em que as circunstâncias indiquem ser a medida de indisponibilidade desproporcional ou inútil. Assim, não se dispensa, a rigor, o *periculum in mora* para a

²⁶ Exigindo a prova de que o requerido tenha tentado alienar ou transferir seus bens: LEWANDOWSKI, 2003, p. 185; FERRAZ, 2003, p. 417.

²⁷ V.g., TRF 1ª Região, AG n. 2007.01.00.054455-1/DE, rel. Des. federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma, *e-DJF1*, p. 136, de 2 fev. 2009; TRF 1ª Região, AG n. 2007.01.00.021796-1/PI, rel. Des. federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma, *e-DJF1*, p. 103, de 12 dez. 2008; TRF 1ª Região; AG n. 2008.01.00.024413-0/PA, rel. Des. federal Assusete Magalhães, 3ª Turma, *e-DJF1*, p. 29, de 28 nov. 2008.

medida de indisponibilidade de bens. Esse requisito é presumido, mas pode ser considerado ausente pelo julgador de acordo com as peculiaridades da situação concreta. Por exemplo, quando as características ou o montante do dano indiquem ser desnecessária a constrição cautelar.

O que se sustenta é que, para a concessão da medida, não se deve exigir prova específica do risco de dano, porque ele é presumido pela Constituição e pela LIA, em face dos relevantes valores relacionados com a defesa da probidade administrativa. Demonstrado o *fumus boni juris*, ou seja, demonstrada a plausibilidade da imputação de ato de improbidade que tenha ensejado lesão ao patrimônio público e/ou enriquecimento ilícito, o ordenamento entende presente, a princípio, o *periculum in mora* necessário para a constrição cautelar.

Em reforço a essa tese, atente-se que, além de garantir a efetividade da pretensão principal, uma das funções das tutelas de urgência é evitar que o tempo necessário para o término do processo resulte em indevido prejuízo para o autor que aparenta (cognição sumária) ter razão²⁸. E o tempo do processo, nas ações de improbidade em que não há a indisponibilidade de bens, pode acabar por beneficiar os envolvidos nos atos de *corrupção*, em grave ofensa aos postulados de probidade e da moralidade administrativa que a Constituição consagra.

Sem a indisponibilidade de bens, os responsáveis pelos atos de improbidade, ao longo de todo o processo, podem auferir, por exemplo, os benefícios do enriquecimento indevido, ao contrário do que pretende a Constituição Federal (art. 37, § 4º) e em direta afronta à moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF). Da mesma forma, em se tratando de desfalque de recursos públicos (dano ao erário), o ordenamento exige, ante os interesses envolvidos, máxima efetividade para a tutela ressarcitória, o que também justifica a identificação do *periculum in mora* da só demonstração da *provável* existência do ato de improbidade.

²⁸ Trata-se do denominado “dano marginal”. Cf. CALAMANDREI, 2000, p. 37; BEDAQUE, 2006, p. 22.

Observe-se, por sua vez, que é irrelevante, para essa peculiar aferição do *periculum in mora*, o tempo transcorrido entre o requerimento da indisponibilidade e o ato de improbidade. A tutela cautelar em questão visa resguardar a recomposição do patrimônio público ou a sanção de perda patrimonial. Logo, o risco de dano tem relação com a eficácia da futura *execução* (cumprimento de sentença), não com o tempo eventualmente transcorrido para que o ilícito fosse identificado, apurado e levado a juízo. Assim, o risco, que é presumido, não é afastado ou minimizado pela demora no requerimento da medida de indisponibilidade – ao contrário, muitas vezes pode ser até reforçado.

Ainda sobre essa forma de divisar o *periculum in mora* na indisponibilidade de bens acessória à ação de improbidade, registre-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê diversas formas de tutela de urgência em que o *periculum in mora* é decorrência da própria demonstração de aparência do bom direito (*fumus boni juris*). Como exemplos, podem ser citadas:

- a) as liminares em ações possessórias, em que a prova do esbulho ou da turbação é suficiente para o deferimento da decisão sumária, já que a própria afronta ao direito do possuidor é considerada um risco de dano irreparável;
- b) as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal (arts. 125 e segs), em que o *periculum in mora* é ínsito à própria origem criminosa dos bens constrangidos, ou é decorrente somente do dano que o delito provocou para a vítima;
- c) as medidas cautelares previstas na legislação penal extravagante, como no art. 4º da Lei n. 9.613/1998 (lavagem de dinheiro) e no art. 60 da Lei n. 11.343/2006 (drogas), em que a apreensão de bens dos acusados ou investigados é determinada apenas para evitar o indevido proveito do crime antes do julgamento definitivo, independentemente de demonstração de risco de ineficácia do provimento final que eventualmente decretará a perda desses bens.

Mencione-se, aliás, que, muitas vezes, um fato ou complexo de fatos configura ao mesmo tempo crime e improbidade ad-

ministrativa, o que se denomina “incidência múltipla”²⁹. Nessas situações, eventualmente será possível a constrição de bens na esfera penal, com base nos dispositivos acima mencionados ou em outros similares. Ora, como a perda patrimonial e o ressarcimento são consequências secundárias no juízo criminal (v.g., CP, art. 91), percebe-se de logo que nada há de inovador, de excessivo ou de incoerente em reconhecer o *periculum in mora* nas ações de improbidade em face apenas da demonstração do fato ilícito, segundo os parâmetros aqui delineados. Isso tendo em vista que essa demanda de natureza civil, a ação de improbidade, é constitucionalmente prevista justamente para essas finalidades: ressarcimento ao erário e perda do acréscimo patrimonial ilícito.

Portanto, se o *periculum in mora* é presumido em diversas hipóteses similares previstas no ordenamento, em se tratando de ações de improbidade – mormente ante a previsão constitucional de indisponibilidade de bens (CF, art. 37, § 4º) e em interpretação coerente com o princípio da moralidade administrativa –, as provas do dano/enriquecimento e da responsabilidade do requerido devem ser consideradas suficientes para caracterizar o *periculum in mora* – ressalvadas indicações em sentido contrário decorrentes das circunstâncias do caso.

Ainda que sem reconhecer exatamente a tese aqui esposada, os precedentes abaixo entremostam o reconhecimento do *periculum in mora* em face apenas da comprovação do ato de improbidade:

PROCESSUAL. CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DE PROVENTOS SEM CONTRAPRESTAÇÃO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DECISÃO ESCORREITA.

1. A decisão concessiva de liminar que decretou a indisponibilidade de bens contém juízo de delibação sumária e provisória que, não esgotando a análise do mérito da irresignação, responde suficientemente a todos os argumentos dos agravantes, sem acar-

²⁹ Cf. ASSIS, 2000, p. 17.

retar dano irreparável, uma vez que permanecerão com a posse dos bens.

2. Os fortes indícios da prática de improbidade administrativa justificam a combatida constrição material, haja vista seu escopo de preservar o resultado útil do julgamento de mérito.

3. Agravo a que se nega provimento.

(TRF 1ª Região, AG n. 2001.01.00.044851-3/RO, rel. Des. federal Hilton Queiroz, rel. convocado Juiz Jamil Rosa de Jesus, 4ª Turma, j. em 9 dez. 2003, publicado no de DJ em 2 fev. 2004, p. 12).

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. CAUTELAR. LIMINAR. FUMUS BONI IURIS PRESENTE. PERICULUM IN MORA. POSSIBILIDADE.

Sendo a indisponibilidade uma medida acautelatória e sendo o processo referente a ação civil por improbidade, naturalmente, demorado, manda o bom senso que havendo o fumus boni iuris, os bens dos requerido sejam postos em indisponibilidade, sob pena de, no final, ocorrer a possibilidade de não ter como ressarcir o erário. É medida de prevenção. [...]

(TRF 1ª Região, Agravo de Instrumento n. 2002.01.00.041958-1/GO, 2ª Turma, rel. Des. federal Tourinho Neto, publicado no DJ de 10 abr. 2003, p. 24).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. Pretendida revogação de liminar, que a decreta. Presença dos requisitos da concessão de liminar. Desnecessidade de se aguardar que o agente inicie a dilapidação do patrimônio. O periculum in mora emerge nos termos da inicial, da gravidade dos fatos e do montante dos prejuízos. Interpretação do art. 37, § 4º da Carta Magna. Pouco importa a origem lícita ou ilícita dos bens a serem bloqueados. Lei n. 8.429/1992. Agravo improvido.

(TJRS, AI n. 598.409.902/RS, 3ª C. Cív., rel. Des. Vasco Della Giustina, j. 9.12.1998).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCLUSÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO NO PÓLO ATIVO DA LIDE. POSSIBILIDADE. ART. 3º, § 3º, ART. 17 DA LEI Nº 8.429/1992.

INDISPONIBILIDADE LIMINAR DOS BENS DOS INVESTIGADOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA.

I – A inclusão da pessoa jurídica de direito público no pólo ativo do feito em que se discute a prática de atos de improbidade administrativa está fundada no art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992, sendo, portanto, perfeitamente cabível.

II – A decretação da indisponibilidade dos bens dos réus na ação de improbidade administrativa é cabível, em medida liminar, desde que presentes os seus requisitos autorizadores.

III – O *fumus boni iuris* revela-se presente na existência de fatos indícios da prática de atos de improbidade administrativa, colhidos pelo Ministério Público Federal.

IV – O *periculum in mora*, por sua vez, está consubstanciado na própria gravidade dos fatos descritos na exordial, bem como no risco de dilapidação do patrimônio da ré, a ensejar a decretação da indisponibilidade dos bens, como medida assecuratória do ressarcimento do erário público.

V – Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, AI n. 98.03.033747-5-SP, 2ª Turma, rel. Des. federal Aricê Amaral, *DJU* de 16 nov. 2000, p. 325).

241

6 Conclusões

Analisados os problemas propostos, é tempo de concluir, sumariando as conclusões mais relevantes deste estudo.

A Constituição prevê a medida de indisponibilidade de bens no combate à improbidade administrativa. Trata-se de medida que é, pela sua natureza, uma tutela de urgência. Já estão no texto constitucional o conteúdo e o objetivo desse provimento jurisdicional cautelar: tornar indisponíveis os bens do provável agente ímprobo para garantir o ressarcimento ao erário. Assim, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais determina que se compreenda e se aplique a indisponibilidade de

bens da forma que melhor garanta o ressarcimento ao erário.

A indisponibilidade de bens é medida cautelar ampla, que pode ter conteúdo semelhante ao sequestro, ao arresto ou ao arrolamento de bens. Pode, também, conciliar as técnicas próprias de cada uma dessas medidas cautelares típicas, bem como associá-las a outras providências *adequadas* para as suas finalidades, até mesmo com a investigação e bloqueio de contas bancárias e de ativos financeiros.

A indisponibilidade de bens pode recorrer a todas essas técnicas necessárias, para garantir o ressarcimento ao erário e a perda patrimonial, sem se vincular diretamente ao tipo da imputação (arts. 9º, 10 ou 11 da LIA). O tipo de imputação não representará, em si, uma limitação para a espécie de medida de indisponibilidade, que deverá ser eleita de acordo com a necessidade concreta da tutela (ressarcitória e/ou sancionatória) perseguida na ação.

Considerando a previsão constitucional da indisponibilidade de bens, a concessão dessa medida cautelar está condicionada apenas à demonstração da probabilidade da existência de um dano ao erário ou da existência de enriquecimento ilícito capitulados como improbidade administrativa. O *periculum in mora* é presumido, considerando o contexto normativo que legitima a medida cautelar. Não é preciso, portanto, para o deferimento da medida, demonstrar que o requerido pretende dilapidar os seus bens ou demonstrar que outro evento específico qualquer está a ameaçar o futuro ressarcimento ou a sanção de perda patrimonial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ASSIS, Araken de. *Eficiência civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: BUENO, Cássio Sacarpinella (coord.); PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Sacarpinella (coord.); PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

KRAMER, Evane Beiguelman. Considerações acerca do seqüestro de bens de que trata a Lei 8.429/1992: enfoque da questão sob a ótica da execução da sentença condenatória. In: BUENO, Cássio Sacarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 10. ed. v. 8, tomo I (arts. 796 a 812). Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

_____. Procedimentos cautelares – aspectos gerais. In: TESHEINER, José Maria Rosa (coord.); MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.); PORTO, Sérgio Gilberto (coord.). *Instrumentos de coerção e outros*

temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007b.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Sacarpinella (coord.); PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

244

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Processo cautelar*. 23. ed. São Paulo: LEUD, 2006.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A indisponibilidade de bens na Lei

8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Sacarpinella (coord.); PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Considerações sobre a prescrição da ação de improbidade administrativa

Reginaldo Pereira da Trindade

1 Considerações preliminares. 2 Generalidades. 3 Noções sobre prescrição. 4 Análise do dispositivo legal. 4.1 A insuficiente normatização legal. 4.2 Análise propriamente dita. 4.3 Causas que interferem no curso da prescrição e suas implicações nos apuratórios conduzidos pelo Ministério Público. 5 Conclusões.

1 Considerações preliminares

A Lei n. 8.429/1992, também conhecida por Lei de Improbidade Administrativa ou mesmo pela sigla LIA, representou considerável avanço na defesa do patrimônio público e da higidez dos princípios que regem a Administração Pública.

Por paradoxal que possa parecer, uma vez que fora aprovado no governo de um presidente que perdeu o mandato justamente por conta de improbidade, o normativo também impulsionou, a olhos vistos, o combate à maior ferida da nossa pátria: a corrupção administrativa.

Verdadeiro lugar-comum a afirmação de que a corrupção atingiu níveis preocupantes no Brasil. Seu combate, por conseguinte, exigirá esforços não apenas dos órgãos fiscalizadores (Ministério Público, organismos policiais, Tribunal de Contas, controladorias etc.), mas de toda a sociedade. Não por acaso, Maquiavel escreveu, há séculos, com absoluto acerto, que *não se encontram nem leis nem ordenamentos que bastam para frear uma corrupção generalizada*¹.

¹ Passagem citada no livro *Corrupção*, de José Antônio Martins. Colhem-se deste valioso opúsculo outros excertos que enaltecem a relevância da participação do cidadão nos rumos da comunidade: “Essa exigência de uma vida política ativa é um tema recorrente nos pensadores que defendem a democracia e a república, como foi o caso de Aristóteles, Maquiavel e Rousseau. É somente

De fato, ainda que se tratasse, a Lei de Improbidade Administrativa, de diploma isento de imperfeições, o que está longe de ser verdade, consoante se perceberá, nem assim ela bastaria, por si só, para desvanecer o processo de afronta ao patrimônio público.

No entanto, uma correta e eficaz aplicação da Lei n. 8.429/1992, ninguém há de duvidar, pode contribuir, em demasia, para o incremento dos mecanismos de proteção daqueles valores tão relevantes para a Administração Pública e para a própria sociedade.

Assim, escrevem-se estas breves linhas para refletir algumas considerações acerca de temática que, a despeito de sua relevância manifesta, não tem recebido a merecida atenção da doutrina e jurisprudência pátria, qual seja, a prescrição em matéria de improbidade administrativa.

Quiçá pela disciplina singela e lacunosa que lhe foi conferida pela Lei n. 8.429/1992, certo é que a doutrina não tem se dedicado a enfrentar os diversos problemas que a matéria suscita. Salvo honrosas exceções, poucos são os livros que abordam superficialmente (quando abordam) a prescrição na Lei de Improbidade Administrativa.

O papel da jurisprudência, à semelhança, ainda não logrou contribuir para uma aplicação mais consentânea do diploma normativo. Julgados vacilantes, interpretações equivocadas, não raro lastreadas em princípios e normas que não deveriam gozar

quando os cidadãos tomam parte na vida política, e interferem nos rumos da sociedade, que ela melhora. [...] Um pesquisador norte-americano, Mike Davis, demonstrou que os casos de corrupção aumentam à medida que as pessoas relaxam ou relegam a participação política para um plano inferior de sua vida. [...] Uma vez feita essa análise, cumpre lembrar, ainda, que o melhor remédio para a corrupção, prescrito desde a Antigüidade, é a participação política, o envolvimento com a *res publica*, com as coisas públicas, com aquilo que diz respeito a todos nós. Em sociedades que esquecem a esfera pública, o terreno já está preparado para a proliferação de casos de corrupção. Ao contrário, naquelas onde os indivíduos têm consciência de que devem tomar parte na esfera da vida que ultrapassa o *eu*, fazendo dela um *nós*, a corrupção e os corruptos correm sérios riscos. Não inventaram ainda nenhum remédio melhor do que o exercício da cidadania para dar conta das doenças políticas” (MARTINS, 2008, p. 122, 75, 83 e 116).

da primazia e deferência que lhe são atribuídas (ao menos na temática enfocada); enfim, forçoso é reconhecer, muito há, ainda, a ser trilhado.

Dessa sorte, busca-se, em última análise, colaborar, modestamente, para a rediscussão de relevante tema, que muito tem desafiado os operadores da LIA, sobretudo os membros do Ministério Público, de longe, os que mais têm manuseado a lei para defesa do patrimônio público.

Antes, porém, de ingressar no objeto propriamente dito desta exposição, procurar-se-á realçar alguns princípios e valores que muito servirão para construir as teses que serão defendidas ao longo de todo o texto.

249

2 Generalidades

A defesa do patrimônio público e dos princípios da Administração Pública, notadamente o da moralidade e probidade administrativa, recebeu grande atenção do Constituinte de 1988.

Com efeito, em várias passagens, a Carta da República demonstra sua preocupação com os atos atentatórios daqueles valores.

Tamanho foi o relevo dado pela Constituição Federal à probidade administrativa que sua ofensa constitui causa de inelegibilidade (art. 14, § 9º), de suspensão de direitos políticos (art. 15, V), de perda de cargo, emprego ou função pública (art. 37, § 4º) e pode até configurar crime de responsabilidade do presidente da República (art. 85, IV); isso para ficar apenas nos exemplos mais evidentes.

Não poderia ser diferente. Cuidam-se, o patrimônio público e os princípios regedores da Administração Pública, de alguns dos mais altos valores propugnados pela República Federativa do Brasil e, assim sendo, uma declaração, que pretende ser *Constituição cidadã*, não poderia relegá-los.

É que a corrupção administrativa, noção que sintetiza os maiores ultrajes àqueles dogmas, encontra-se na raiz das gran-

des chagas do país e que tanto assolam a população. A propósito, basta ver que o dinheiro locupletado contribui para a ausência ou deficiência de escolas, hospitais, estradas etc., aumentando, ainda mais, a distância abissal que separa ricos e pobres no Brasil.

Nesse contexto e para dar concretude à norma-matriz constitucional, expressa no art. 37, § 4^o, é que a Lei de Improbidade Administrativa foi aprovada e ingressou no ordenamento brasileiro.

Assim, inegavelmente, a interpretação e aplicação dos dispositivos legais hão de levar em conta, necessária e forçosamente, tais balizamentos; não fosse pela supremacia das normas e princípios constitucionais, ao menos pelo tratamento dispensado ao tema pelo legislador maior.

Nesse passo, dois princípios merecem referência expressa, por reforçarem a ideia que se está a defender.

O primeiro diz com o máximo aproveitamento das normas constitucionais, sobre o qual escreve Jorge Miranda:

Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é realizar a Constituição. (MIRANDA, 2003, p. 452, grifos do original)³.

Canotilho, outro mestre lusitano, citado por Alexandre de Moraes (2005, p. 10-11), também alude ao princípio da *máxima efetividade ou da eficiência*, pelo qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe con-

² “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”.

³ O Ministro Carlos Ayres Britto (2003, p. 198 e ss.) também defende a *eficácia máxima da Constituição como principal diretriz hermenêutica*.

ceda” e princípio da *força normativa da constituição*, assentando que “entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais”.

O segundo princípio, não menos relevante, estabelece a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Embora não previsto, de maneira expressa, no texto constitucional, cuida-se de proposição absolutamente fundamental na estrutura de qualquer sociedade política, verdadeira condição *sine qua non* da própria convivência em sociedade.

Nesse sentido, lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 67-68):

251

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

[...]

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado [grifos do original].

A Lei de Improbidade Administrativa integra um conjunto de diplomas normativos que se completam e que constituem um microsistema⁴ de proteção aos direitos ou interesses difusos, coletivos e

⁴ Sobre o microsistema coletivo, Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 163) esclarece: “Fala-se, mesmo, num microsistema processual coletivo, compos-

individuais homogêneos. Diversas outras leis compõem esse conjunto, entre as quais as mais relevantes são a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

A consequência que mais de perto interessa ao presente estudo diz com a circunstância de que eventuais lacunas ou pontos obscuros da LIA não de ser preenchidos ou aclarados com auxílio primeiro às demais normas e princípios que informam o sistema de proteção daqueles direitos coletivos e, somente após, poder-se-á socorrer o intérprete das demais normas que compõem o conjunto normativo.

252

O patrimônio público e a moralidade/probidade administrativa constituem direitos difusos por excelência, na medida em que pertencem à coletividade, a todos os indivíduos da sociedade e a ninguém ao mesmo tempo⁵.

A propósito, José Antônio Lisboa Neiva (2005, p. 36-37):

A ação de improbidade administrativa enquadra-se como ação coletiva, servindo para a tutela de interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas integrantes da sociedade, protegendo não apenas o patrimônio público, mas também a probidade administrativa.

Sendo a moralidade um valor socialmente difundido e, portanto, pertencente a toda sociedade, não há como deixar de enquadrar a tutela da probidade como uma proteção a interesse igual-

to, nuclearmente, pelas Leis n. 4.717/1965 (ação popular), 7.347/1985 (civil pública) e 8.078/1990 (consumidores), e, num plano complementar-integrativo, por leis voltadas a segmentos e interesses metaindividuais diferenciados, v.g.: investidores do mercado mobiliário (Lei n. 7.913/1989); deficientes físicos (Lei n. 8.953/1989); infância e juventude (Lei n. 8.069/1990); probidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) [...] Com isso, torna-se possível delimitar um objeto específico de estudo, o que conduz à possibilidade de afirmação da existência de um processo civil de interesse público. A aceitação da especificidade desse objeto de estudo é um primeiro passo para que o direito processual possa dar um tratamento teórico e metodológico diferenciado, adequando-se às questões surgidas dessa realidade”.

⁵ Não por outra razão Mauro Cappelletti, citado por Rogério Pacheco Alves (2006, p. 534), conceitua-os como “interesses em busca de autor (*interessi in cerca di autore*), porque não têm um proprietário, um titular, são difusos”.

mente difuso, eis que de natureza transindividual e com objeto incindível, na medida em que ambas, como já visto, encontram-se intimamente ligadas e a probidade, por sua vez, também é um valor protegido constitucionalmente.

Não se trata de interesses secundários do Estado, mas de interesses genuinamente primários⁶, pertencentes à sociedade como um todo. Não raro, as interpretações feitas quando da aplicação da LIA distanciam-se dessas noções básicas, sobretudo quando em jogo está a defesa do erário, nele reconhecendo mero interesse do ente público.

Com base nessa falsa premissa, chega-se a resultados ainda mais equivocados, negando-se ou mesmo restringindo-se a legitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público, para ficar num exemplo apenas.

Afirma-se tudo isso para assentar que, na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, há de se ter por base a primazia que a Constituição Federal conferiu aos valores nela protegidos; que em jogo encontram-se interesses de toda a sociedade e da própria República e, por isso mesmo, qualquer construção hermenêutica há de ser consentânea com essas diretrizes.

A importância conferida pela Constituição e leis do país à defesa da probidade e do patrimônio público aproxima-se do tratamento dispensado à matéria no âmbito internacional.

Diversos são os instrumentos de direito internacional que consagram e encarecem o combate à corrupção administrativa; justamente por reconhecerem seus efeitos extremamente maléficis para toda e qualquer sociedade.

A propósito, citam-se, sem qualquer pretensão de esgotar o elenco, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrup-

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 70) ensina-nos a respeito de um e outro interesse: “Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa”.

ção, Convenção Interamericana contra a Corrupção, Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional⁷.

Para finalizar este capítulo, resta pontuar que a Lei de Improbidade Administrativa mescla normas de conteúdo consideravelmente variado, podendo-se localizar, em seus dispositivos, regras e princípios de direito constitucional, direito administrativo, direito penal, direito processual etc. Esse caráter eclético pode justificar a atuação integradora de normas constantes dos mais diversos ramos das ciências jurídicas⁸.

254

3 Noções sobre prescrição

Clóvis Bevilácqua, notável civilista que merecidamente integrou a primeira composição da Academia Brasileira de Letras (D'AVILA, 2006, p. 193), define a prescrição como sendo “a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo” (apud MEDEIROS, 2003, p. 242).

Para Câmara Leal, prescrição é a “extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo

⁷ Diante de tantos instrumentos internacionais e sobretudo pelo clima de intolerância que reina na sociedade brasileira, já saturada do(s) cancro(s) legado(s) pela corrupção, não se pode deixar de lamentar a disciplina discreta da matéria constante do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover e apresentado ao Ministério da Justiça (versão de janeiro de 2007). No tocante à improbidade administrativa, a proposta limita-se, basicamente, a remeter à disciplina já existente na Lei n. 8.429/1992, deixando passar, assim, excelente oportunidade para aprimoramento de tão relevante diploma normativo.

⁸ Mônica Nicida Garcia (2004) chega a defender, com apoio na tradicional lição de Bilac Pinto, que a responsabilidade por conta do ato ímprobo constituiria um novo gênero ante os demais já conhecidos (responsabilidade criminal, civil, administrativa e política), justamente por não se amoldar, com precisão, a nenhuma daquelas.

lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso” (FIGUEIREDO, 2004, p. 327).

De forma geral, os doutrinadores apontam a prescrição como perecimento da ação, para divisá-la da decadência, que constituiria a perda do próprio direito. Os fins e limites do presente estudo não permitem ingressar em seara tão científica e de difícil solução. Contentar-se-á, assim, com a opinião consagrada na doutrina majoritária.

Advirta-se, não obstante, que a diferença entre prescrição e decadência não se mostra desprovida de corolários práticos. Com efeito, a distinção transpõe, e muito, os horizontes das discussões acadêmicas. Para se ter uma ideia, basta asseverar que, entre outras dessemelhanças, cuidando-se de prescrição, o prazo é passível de interrupção/suspensão, o que não ocorre com a decadência, cujo lapso flui intermitentemente.

Das diversas definições constantes da doutrina, podem-se apurar os elementos ou requisitos da prescrição, a saber: a) violação de direito que gera ação judicial em prol do prejudicado; b) a inércia do interessado; c) decurso de determinado prazo previsto na lei; d) a perda da possibilidade de ingresso da ação por conta da negligência do seu titular.

A doutrina também não diverge quanto à circunstância de que não basta o mero decurso do tempo para o perecimento da ação; senão o transcurso associado à *inércia do interessado*. Essa assertiva parece confirmar conhecido adágio, que sintetiza a sanção imposta ao negligente titular: *dormientibus non succurrit ius*.

A esse respeito, Emerson Garcia (ALVES; GARCIA, 2006, p. 515) pontua que “A prescrição, assim, fará com que a *inércia* e o decurso do lapso legal impeçam que o interessado venha a exercer seu direito, atuando como fator punitivo da negligência e assegurado da estabilidade nas relações sociais”⁹.

⁹ Sobre a inércia do interessado como elemento necessário para configuração da prescrição, consultem-se, ainda: COSTA, 2002, p. 200; BEZERRA FILHO, 2005, p. 239; MEDEIROS, 2003, p. 243; FIGUEIREDO, 2004, p. 327; MATOS, 2006, p. 798.

4 Análise do dispositivo legal

4.1 A insuficiente normatização legal

Num único artigo da Lei de Improbidade Administrativa enfeixa-se toda a disciplina legal de tão relevante tema:

Art. 23. 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 do 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.

Afirme-se, desde logo, a insuficiência da normatização legal. O dispositivo, razoavelmente lacunoso, passa ao largo de grandes questões que a matéria enfoca. O preceito não é condizente, inclusive, com a própria amplitude dada a outros temas constantes da própria lei, de que é exemplo o rol de entidades sob proteção legal (art. 1º).

O texto também não soluciona a hipótese de o terceiro participar ou mesmo beneficiar-se do ato de improbidade administrativa, nada havendo a disciplinar o prazo para a persecução.

Nessa hipótese, como parece intuitivo, a considerar que a caracterização da conduta do *extraneus*, partícipe ou beneficiário da improbidade pressuporá a conduta ilícita, prévia, paralela ou sucessiva, do agente público, a disciplina legal prevista para este se aplicará àquele¹⁰.

Curiosamente, o dispositivo em consideração mostra-se insuficiente até mesmo para abarcar todas as hipóteses descritas que estão contidas no conceito de agente público na própria LIA

¹⁰ Essa tese foi prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 965.340/AM, rel. Min. Castro Meira e do REsp n. 704.323/RS, rel. Min. Francisco Falcão (disponíveis em: <www.stj.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009).

(art. 2º), que, aliás, possui disciplina amplíssima, possivelmente sem paralelo no direito nacional¹¹.

Por conseguinte, não é preciso raciocinar muito para elencar diversas situações não abrangidas pelo superficial art. 23, o que impõe razoável esforço interpretativo do aplicador da lei.

Essa interpretação e integração da disciplina legal há de ser permeada pela magnitude dos valores protegidos pela LIA e, acima de tudo, pela reverência conferida à matéria pela Constituição Federal.

A não ser assim, estar-se-á amesquinhando o relevo dado à defesa do patrimônio público e à moralidade/probidade administrativa, valores tão enaltecidos pelo Constituinte de 1988 e reforçados pela vigorosa disciplina aprovada pelo Legislador de 1992.

257

4.2. Análise propriamente dita

Cuida-se, a disciplina legal, inegavelmente, não de decadência, mas de prescrição.

Não fosse a circunstância de referir-se diretamente à *perda da ação*, o que, segundo a doutrina francamente majoritária, significa tratar-se de lapso prescricional, o próprio nome do capítulo em que inserto o dispositivo (*Capítulo VII – Da Prescrição*) afasta maiores questionamentos a respeito.

O cânone legal contempla duas situações diversas: no inciso I estão as hipóteses em que a investidura do agente público opera-se a título precário (mandato, cargo em comissão ou função de confiança); no inciso II, o provimento é definitivo, ou, pelo menos, não transitório (cargo efetivo ou emprego).

¹¹ “Deixou a lei de fixar prazos prescricionais para os ilícitos imputados a outras categorias de agentes públicos que não se enquadrem nos casos elencados nos incisos I e II do art. 23. E há inúmeros agentes públicos que escapam àqueles casos – convindo lembrar que a Lei de Improbidade Administrativa adotou conceito extremamente amplo de agente público em seu art. 2º, que abrange ‘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’ (PRADO, 2001, p. 210).

Na primeira hipótese, o lapso prescricional foi estabelecido em termos fixos: um quinquênio após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança. Na segunda, o normativo remete a disciplina da matéria para o “prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público”.

O tratamento díspar não é imune a críticas.

Ora, a fixação, em termos definidos para a primeira hipótese e, por assim dizer, maleáveis para a segunda, pode redundar em situações bastante inusitadas. Imagine-se o caso de uma determinada lei municipal de localidade longínqua da federação que não contemple a disciplina ou, o que é pior, que estabeleça prazos mais largos de prescrição.

Nessa última hipótese, poder-se-ia chegar a odioso discrimen: um mesmo ato de improbidade praticado, por exemplo, pelo prefeito, em conluio com agente administrativo municipal, sujeitar a consumação da prescrição a tratamento diverso. Nesta singela e corriqueira situação, o ato de improbidade deste último estaria sob a égide de uma disciplina mais rigorosa, no tocante ao lapso prescricional, do que o do primeiro, não obstante sua responsabilidade infinitamente menor.

Ademais, não se mostra de bom tom a remessa feita pela norma legal. Para uma lei nacional da relevância da LIA, mais sensato seria a disposição única a reger, uniformemente, todas as situações; aplicando-se, indistintamente, à generalidade de agentes públicos municipais, estaduais e federais.

No entanto, enquanto o aprimoramento legal não sobrevém, cumpre extrair do normativo, tal qual se encontra posto, as consequências jurídicas possíveis para correta aplicação da lei, sempre tendo por bússola os princípios e valores que se procurou assentar ao início destas linhas.

4.2.1 Alguns complicadores por trás do inciso I

O inciso I suscita polêmica em hipótese bastante factível: em caso de prática de improbidade durante a primeira investidu-

ra e reeleição de titular de mandato eletivo, o prazo prescricional contar-se-á do término do primeiro mandato ou do segundo?

Conquanto defenda que se trata, uma e outra investidura, de individualidades distintas e que auferem legitimidade em origem diversa, sendo o novo mandato resultado de nova e distinta vontade popular, Emerson Garcia (ALVES; GARCIA, 2006, p. 517) entende 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”.

O ilustre membro do Ministério Público do Rio de Janeiro lista diversos argumentos que alicerçam sua conclusão¹². Entre tantos, destaca-se aquele que, acredita-se, seja o principal móvel da fixação do *dies a quo* da prescrição e que justifica, também, a contagem do prazo a partir do término do último mandato: a potencial influência do detentor do mandato eletivo na apuração, a impor que a contagem do prazo somente se dê após seu afastamento definitivo do cargo.

Assim, cuidando-se de mandatos sucessivos, em que o titular foi reeleito, a contagem do prazo quinquenal da LIA há de ser feita após o término da última investidura.

¹² “Em abono dessa conclusão, podem ser elencados os seguintes argumentos: a) o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992 fala em exercício de mandato, o que afasta a possibilidade de se atrelar o lapso prescricional ao exercício do mandato durante o qual tenha sido praticado o ato; b) a reeleição do agente público denota uma continuidade no exercício da função em que se deu a prática do ilícito, o que, apesar da individualidade própria de cada mandato, confere unicidade à sua atividade; c) as situações previstas no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992 tratam de vínculos de natureza temporária, estando o lapso prescricional atrelado à sua cessação, o que somente ocorrerá com o término do último mandato; d) a associação do termo *a quo* do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a tese de que a prescrição somente deve se principiar com o afastamento do agente; e e) a sucessão temporal entre os mandatos não pode acarretar a sua separação em compartimentos estanques, pois consubstanciam meros elos de uma corrente ligando os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade” (ALVES; GARCIA, 2006, p. 517).

Em sentido semelhante, Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 248), do Ministério Público Federal:

Em tempos de reeleição, o mais razoável é considerar-se como marco inicial do prazo prescricional o término do segundo mandato. É que, interpretando-se teleologicamente a previsão legal, conclui-se que o objetivo é resguardar a aplicação da Lei – evitar a impunidade –, e isto somente pode ser assegurado quando cessa a influência do cargo.

A questão, conquanto tormentosa, ainda não mereceu a atenção devida dos tribunais. Em julgado da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a Corte assentou, por maioria, tese oposta à ora defendida, é dizer, havendo sucessão de mandatos, o lapso principia-se pelo término do primeiro¹³.

260

A saída engendrada neste escrito, embora seja a mais apropriada em se tratando de reeleição para cargo no Poder Executivo, pode revelar-se problemática se se cuidar de renovação de mandato para o Legislativo.

É que a reeleição nos cargos executivos está limitada, constitucionalmente, a dois mandatos sucessivos, mas, para o Parlamento, não existe limitação similar. Assim, em tese, aplicando-se aos cargos do Legislativo a saída alvitrada, poder-se-á ter situação inusitada de um ato de improbidade praticado há vários anos ser apurado muito tempo depois¹⁴.

No entanto, à míngua de melhor saída diante do reconhecidamente lacunoso tratamento legal dispensado ao assunto e à vista dos princípios norteadores do tema, mesmo para os cargos do Poder Legislativo aquela solução (contagem do prazo prescri-

¹³ Há voto vencido proferido pelo Juiz federal convocado Reynaldo Fonseca, no mesmo sentido da tese que se está a defender; citando, inclusive, em abono, o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (AC n. 2007.33.07.000529-6/BA, disponível em: <www.trf1.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009).

¹⁴ Não são incomuns sucessivas reeleições de parlamentares para as mais diversas câmaras do país. Imaginando-se a hipótese de um parlamentar reeleger-se duas, três ou mais vezes para o mesmo cargo no Poder Legislativo, chegar-se-ia à possibilidade de um ato de improbidade praticado durante a primeira investidura vir a ser alvo de ação judicial muitos anos depois, quiçá dezenas de anos mais tarde.

cional somente após o transcurso do último mandato) revela-se a mais consentânea com a disciplina constitucional e legal de tão relevante matéria¹⁵.

Já se disse anteriormente que o preceito legal não engloba todas as situações possíveis, máxime em razão do descompasso entre a limitada previsão do art. 23 em cotejo com a amplitude do elenco de agentes públicos abarcados pela lei (art. 2º).

Assim, forçosamente há de se conferir, sobretudo à disciplina do inciso I, interpretação extensiva para alcançar, também, outras categorias de agentes públicos não atingidos expressamente pela lei.

Também defendendo a interpretação extensiva, Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 248):

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).

Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p. 335), do Ministério Público de São Paulo, por seu turno, esclarece, em nota de rodapé, que

A expressão “mandato” alcança todos aqueles que exercem mandatos públicos por eleição, designação, ou nomeação (Prefeitos, Vereadores, Deputados, Conselheiros de sociedades de economia mista, membros de Conselhos Tutelares etc.).

Ele também defende que os contratados sob regime temporário (CF, art. 37, IX), os convocados e requisitados e os delegados de função pública igualmente se sujeitam ao prazo do inciso I da Lei n. 8.429/1992, *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*, opi-

¹⁵ A contagem do prazo prescricional no caso de mandatos sucessivos suscita vários outros questionamentos que, dados os estreitos contornos do presente trabalho, não podem ser percorridos. A propósito, confirmam-se as situações trazidas por Emerson Garcia (ALVES; GARCIA, 2006, p. 517-518).

nião que é compartilhada por Emerson Garcia (ALVES; GARCIA, 2006, p. 518).

Se a prescrição estabelecida para mandatos, cargos em comissão e funções de confiança suscita tanta celeuma, não é muito diferente no que toca à aplicação do inciso II. O próximo ponto demonstrará, em cores vivas, esta assertiva.

4.2.2. Alguns complicadores por trás do inciso II

O preceito legal estabelece a prescrição para os cargos e empregos públicos, cuja estabilidade do agente, senão definitiva, é maior do que a prevista para aquelas investiduras tratadas no dispositivo precedente.

262

O singelo tratamento legal estabelece verdadeira *norma prescricional em branco*¹⁶, mandando aplicar o lapso previsto em lei própria *para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público*; disposição que, como já se disse, tem o demérito de possibilitar que uma mesma infração aos valores defendidos pela LIA possa subordinar-se a prazos prescricionais diversos.

A integração do dispositivo pela norma de regência impõe a consulta aos diplomas reguladores da matéria em cada ente federativo. Em se tratando de agentes públicos federais, a disciplina encontra previsão na Lei n. 8.112/1990:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º. O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

¹⁶ Expressão utilizada pelo Promotor de Justiça em Goiás Umberto Machado de Oliveira.

§ 2º. Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º. A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º. Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Assim posta a disciplina legal da matéria no âmbito federal, pode-se rapidamente inferir as principais regras balizadoras da prescrição da improbidade em se tratando de cargo ou emprego público federal: 1) o prazo prescricional é de cinco anos; 2) o marco inicial da contagem do prazo é o dia em que o fato se tornou conhecido; 3) o início da apuração do fato interrompe a prescrição, reiniciando-se a contagem após a conclusão do inquisitivo, com a decisão final proferida pela autoridade competente.

A despeito da expressa remessa feita pelo art. 23, II, da LIA e da clareza e taxatividade com que o tema foi tratado no tocante ao *dies a quo* de contagem do lapso prescricional, muitos autores ousam defender que o marco inicial do prazo é a data da ocorrência do ato de improbidade administrativa¹⁷.

Os defensores dessa tese normalmente não chegam a declinar as razões que devem conduzir o aplicador da lei ao afastamento da regra de contagem de prazo estabelecida na Lei n. 8.112/1990, não explicando o porquê de se prestigiar a data da ocorrência da infração em detrimento daquela em que o ilícito se tornou conhecido.

Exceção há de ser feita à doutrina de Wolgran Junqueira Ferreira (1994, p. 245-246), que, citando Cretela Júnior, esclarece:

10. Quando, quer na esfera administrativa, quer na esfera penal, a falta é tipificada como crime, conta-se a prescrição a partir da

¹⁷ Nesse sentido, entre tantos: PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1997, p. 203. TOLOSA FILHO, 2003, p. 165-166; PRADO, 2001, p. 209. Preconizando o termo inicial da prescrição a partir da ocorrência do ilícito ao menos para o terceiro que participe da prática ímproba: MATTOS, 2006, p. 812.

consumação do fato; quando se trata, porém, de ilícito administrativo, os dispositivos estatutários fixam a fluência do prazo prescricional a partir do momento da ciência do fato pela autoridade competente para aplicar a pena, sendo que a abertura do processo administrativo interrompe a prescrição.

11. A interpretação extensiva dos dispositivos estatutários, que cominam a pena de demissão, em casos de ilícito administrativo puro, conduz inevitavelmente o intérprete a equiparar este tipo ao ilícito penal, para efeitos de prescrição, contando-se neste caso, o prazo prescricional “a partir do fato” e não “a partir da ciência do fato”, e, como consequência, a abertura do processo administrativo não interrompe a prescrição.

264

[...]

13. O critério estatutário, fixando a prescrição a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa, leva à tese absurda da imprescritibilidade de inúmeras faltas administrativas, pois, em tese e na prática, por esse critério, o funcionário de conduta funcional irrepreensível, depois de leve infração, fica durante toda a vida à mercê da Administração, que pode aplicar-lhe penas, até a de suspensão, muitos anos depois, quando a sanção já perdeu todo o significado.

14. Nos Estatutos omissos quanto ao início da prescrição, deve ser adotada, por analogia, a regra do Código Penal, ou seja, a prescrição deve fluir a partir do momento da consumação do ilícito e nunca a *die scientiae*.

Apesar de sedutores, os argumentos não são bastantes a afastar a rigidez e cogência do art. 142, § 1º, da Lei n. 8.112/1990; máxime porque a remessa a essa normatização é ordenada, expressa e taxativamente, pela LIA no dispositivo em apreço.

A contagem do prazo prescricional a partir da ciência do fato, e não de sua consumação, era defendida inclusive no regime revogado, em que o anterior estatuto dos servidores sequer estabelecia regra expressa a respeito, consoante escólio de Caio Tácito (*apud* COSTA, 2002, p. 210):

O poder disciplinar, em que repousa a estabilidade das instituições administrativas, somente se poderá exercer, como é elemen-

tar, a partir do momento em que a falta se torne conhecida pela autoridade. Desde que, pelas circunstâncias de fato, a violação a dever funcional se acoberte no sigilo, subtraindo-se ao conhecimento normal da administração, não se configura a noção de inércia no uso do poder disciplinar, que caracteriza a prescrição.

[...]

Entendo, assim, que o curso da prescrição estabelecida no art. 213 do Estatuto deve se iniciar a partir da data em que o fato se tornar conhecido, embora já anteriormente consumado.

Ademais, o marco inicial da prescrição a partir da ciência do ato de improbidade não conduz, necessariamente, à imprescritibilidade da infração¹⁸. O que acontece, unicamente, é a não fixação apriorística do *dies a quo* da fluência do prazo, o qual permanece na dependência de a Administração (ou o Ministério Público) tomar conhecimento do ilícito.

A jurisprudência pátria tem enaltecido a data do conhecimento da infração como termo inicial de contagem do prazo para prescrição da improbidade administrativa. A tese já encontrou eco no STJ (REsp n. 965.340/AM, rel. Min. Castro Meira; disponível em: <www.stj.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009) e no TRF da 1ª Região (AG n. 2007.01.00.051140-2/PI, rel. Rosimayre Carvalho; AC n. 1999.43.00.000250-0/TO, rel. Hilton Queiroz; AC n. 2006.36.00.007921-2/MT, rel. Reynaldo Fonseca; todos disponíveis em: <www.trf1.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009).

No entanto, o desenterrar da doutrina de Cretela Junior, antes referida, serviu bem ao propósito de suscitar dois pontos tormentosos: 1^o) a aplicação, ou não, das regras de direito penal que disciplinam o instituto da prescrição; 2^o) a possibilidade, ou não, de estabelecimento de causas interruptivas da fluência da prescrição do ato de improbidade administrativa.

¹⁸ A regra geral é a prescritibilidade das infrações; homenagem à estabilidade das relações jurídicas e até para que o tempo não seja o verdugo e sim o elemento de segurança de toda a sociedade (MATTOS, 2006, p. 805). Aliás, em se tratando de patrimônio público, a própria Constituição Federal é expressa quanto a isso, ressaltando, como imprescritíveis, apenas as ações de ressarcimento do erário (art. 37, § 5^o).

Do primeiro, cuidar-se-á prontamente. O último, por sua importância inquestionável¹⁹, merecerá considerações mais densas em capítulo específico a seguir.

O socorro às normas e institutos de direito penal, mormente se em detrimento de regras específicas previstas no direito administrativo, revela-se problemático.

Está certo que a consulta à lei penal é ordenada pela própria Lei n. 8.112/1990 (art. 142, § 2º, já transcrito acima). No entanto, a remessa há de se limitar ao quanto ordenado pelo Estatuto dos Servidores, ou seja, apenas os *prazos prescricionais* da lei penal serão aplicáveis às infrações disciplinares capituladas também como crime.

266

Esse entendimento é compartilhado por Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 249), que menciona até julgado do Supremo Tribunal Federal em que se assentou que “Na hipótese de a infração disciplinar constituir também crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação”²⁰.

Noutro precedente do STF, citado por José Armando da Costa (2002, p. 211), o Pretório Excelso entendeu que a remessa feita pela lei administrativa à lei penal não tinha o condão de alterar o *dies a quo* para contagem do lapso prescricional. É dizer, prestigiou a disciplina específica constante do próprio estatuto administrativo. A conferir:

¹⁹ Atrave-se a dizer que esse assunto – existência, ou não, de causas interruptivas da prescrição – consiste no maior desafio hermenêutico a ser enfrentado pelos operadores da LIA no tocante ao assunto que se aborda, notadamente pelos membros do Ministério Público, que, diariamente, recebem representações, mormente as oriundas de órgãos públicos, sobre fatos que, se já não prescreveram, estão bem próximos de serem alcançados por aquele fenômeno extintivo. Construir uma teoria sólida, inclusive com respaldo jurisprudencial, que viabilize a salvação dessas apurações, é preciso.

²⁰ No mesmo sentido, decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: AG n. 2007.01.00.034188-7/MT, rel. Saulo Casali e AG n. 2007.01.00.025317-0/MT, rel. Rosimayre Carvalho; ambos disponíveis em: <www.trf1.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009.

Mas, ainda que se pretenda invocar o Direito Penal como subsidiário, por que contar necessariamente o prazo prescricional desde a prática da infração?

Ao fim das contas, o Direito Penal não elimina a possibilidade de a prescrição ser contada desde a data em que o fato se tornou conhecido. Bastaria lembrar que o art. 111, d, do Código Penal, que estabelece esse dies a quo para os denominados *crimina occulta*, isto é, aqueles cuja prova pode dormir nos registros públicos.

Há quem defenda²¹ que o aproveitamento das normas penais há de transpor a mera aplicação dos prazos prescricionais, aplicando-se, às infrações administrativas que também configurarem crimes, toda a disciplina própria constante do Código Penal (interrupção e suspensão da prescrição, prescrição da pena em concreto etc.).

No entanto, essa tese não resiste aos explícitos e cogentes termos da Lei n. 8.112/1990, que manda consultar a lei penal apenas no tocante aos *prazos prescricionais* e, sobretudo, porque regula as demais situações relativas à prescrição de maneira satisfatória (marco inicial da contagem do prazo, causas de interrupção etc.); não rendendo espaço, por conseguinte, para a integração por outros diplomas normativos.

Ademais, a independência entre as esferas penal e administrativa, bem assim o tratamento específico e singular dado,

²¹ Emerson Garcia (ALVES; GARCIA, 2006, p. 519-520), por exemplo, chega ao extremo de listar dez razões distintas que, a seu juízo, justificariam a aplicação, *in totum*, do sistema de prescrição previsto na lei penal. Na verdade, ainda que a aplicação esteja circunscrita ao prazo prescricional previsto na lei penal, mesmo assim situações inusitadas podem ter lugar. Pense-se, *verbi gratia*, na hipótese de o ato de improbidade análogo a um crime cuja pena, por ser branda demais, prescreva em dois anos (emprego irregular de verbas ou rendas públicas, CP, art. 315; condescendência criminosa, CP, art. 320; advocacia administrativa, CP, art. 321, *caput*, etc). Nessa hipótese, o intérprete poderá se deparar com uma infração administrativa, cuja disciplina relativa à prescrição é remetida à lei penal, justamente na lógica pressuposição de que o regime será mais gravoso; mas, não obstante, o lapso ser inferior à metade do quinquênio previsto para as demais infrações que não constituam crimes!

tanto pelo Código Penal, quanto pela Lei n. 8.112/1990 à prescrição, recomenda que a aplicação das normas previstas naquele se atenha aos limites impostos por esta.

4.3. Causas que interferem no curso da prescrição e suas implicações nos apuratórios conduzidos pelo Ministério Público

Assentou-se acima que o prazo prescricional é passível de sofrer interferências em seu curso; sendo esta, justamente, uma das diversas circunstâncias que o distanciam do prazo decadencial, não sujeito a qualquer incidente dessa natureza.

268

Tais incidentes referem-se às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Uma e outra categoria dizem com eventos que interferem na normal fluência do fenômeno prescricional. A divisá-las, o fato de que, na interrupção, uma vez ocorrida, o prazo volta a correr por inteiro após o evento que lhe deu causa, desprezando-se o tempo já decorrido; enquanto, na suspensão, aproveitase o tempo que já havia sido transposto antes de sua ocorrência.

Um singelo exemplo deixará tudo mais claro.

Num prazo de cinco dias, sobrevém uma causa de interrupção no terceiro dia. Assim, quando houver a superação da causa interruptiva, novo prazo integral de cinco dias deverá fluir. Em contrapartida, se a causa for de suspensão, após superada, deverão decorrer apenas dois dias para a prescrição consumir-se.

A prescrição também pode subordinar-se a causas obstativas de seu curso, as quais agem antes mesmo do início do prazo. Na Lei n. 8.112/1990, existe uma causa impeditiva expressa da prescrição, qual seja, a ciência da infração, conforme já se tratou acima.

Não se voltaria ao tema não fosse para pontuar que o prazo prescricional para o Ministério Público conta-se a partir do dia em que o *Parquet* tomar ciência oficial do ato de improbidade administrativa²².

²² Em hipótese na qual a ciência ministerial ocorreu em momento posterior à ciência da improbidade pela Administração, o Tribunal Regional Federal da 1ª

O Ministério Público, ninguém ousa duvidar, é o órgão que mais tem acessado a via da ação civil de improbidade administrativa e mesmo da ação civil pública para defesa do patrimônio público, da moralidade/probidade administrativa e dos direitos e interesses difusos e coletivos em geral.

Essa Instituição, que tanto prestígio auferiu da Constituição Federal de 1988, tem sido frequentemente demandada para velar pelos mais caros valores da sociedade brasileira, sendo depositária das esperanças de uma sociedade mais justa e equânime.

Não raro, mesmo os demais órgãos colegitimados à defesa dos direitos difusos e coletivos, como, por exemplo, os entes federativos, que poderiam, eles próprios, adotar as medidas devidas, inclusive as judiciais; preferem submeter a questão ao Ministério Público.

Assim, o Ministério Público tem-se tornado panaceia para todos os males que afligem a sociedade, o que tem gerado um agigantamento de tarefas que dificulta, em demasia, o representante ministerial desincumbir-se de todas com a desenvoltura que dele se espera e no prazo exíguo fixado na lei.

Demais disto, não é incomum que as questões cheguem ao Ministério Público muito tempo após sua ocorrência, para não dizer após a fluência integral do prazo prescricional. Essa situação é ainda mais corriqueira em se tratando de irregularidades comunicadas por órgãos e instituições públicas.

Essas considerações pragmáticas, acrescidas do relevo que a Constituição Federal conferiu à defesa do erário e dos princípios da Administração Pública, do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que também direciona o sistema de aplicação da LIA, enfim, de todo o arcabouço constitucional e legal que informa o combate à corrupção administrativa, au-

Região assentou que o lapso prescricional começava a fluir pela primeira data; sendo certo que, se fosse o caso, poder-se-ia apurar a responsabilidade da autoridade administrativa que não levou, anteriormente, ao conhecimento do *Parquet* as irregularidades, tampouco adotou, ela mesma, as providências judiciais devidas (AG n. 2004.01.00.043967-0/MT, rel. Alexandre Vidigal; disponível em: <www.trf1.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009).

toriza construções hermenêuticas que busquem, senão elastecer diretamente o prazo prescricional, ao menos possibilitar que o Ministério Público tenha mais condições de bem desempenhar seu relevante papel em tema de improbidade administrativa.

Diversos fatores podem ser elencados em arrimo a essa tese.

Em primeiro lugar, a circunstância eloquente de que a própria LIA remeteu a inteira disciplina da matéria à lei específica²³; sendo que esta, no âmbito federal (Lei n. 8.112/1990), estabelece o fator impeditivo da fluência da prescrição que se está a defender. É dizer, a prescrição somente flui a partir do momento em que o fato se tornar conhecido (art. 142, § 1º).

270

A não ser assim, ter-se-ia hipótese imponderável de a contagem do prazo prescricional ser menos rigorosa para a Administração que para o Ministério Público, numa séria inversão de valores, na medida em que aquela, por estar mais próxima da infração, possui maiores condições de conhecimento do fato ímprobo e, conseqüentemente, de sua apuração.

Ademais, frequentemente a improbidade é apurada por órgão que não possui legitimidade para a postulação judicial, como o Tribunal de Contas da União (TCU). Essa circunstância reforça a tese de que, apenas quando a questão aportar no Ministério Público, é que o prazo ministerial para adoção das medidas previstas em lei poderá ter início.

O argumento é robustecido pelo fato de que a própria lei que rege a atuação do TCU (Lei n. 8.443/1992) estabelece que a representação formulada tramitará sob sigilo, até final deliberação da Corte (art. 55).

Além disso, é utópico pensar que uma licitação irregular, por exemplo, por ser pública (pressupondo obedecido o princípio da publicidade), já redundaria no automático conhecimento, pelo *Parquet*, da irregularidade. Pensar assim é, no mínimo, desconhe-

²³ Repare-se que, *in casu*, tem-se situação diametralmente diversa da referida no § 2º. Com efeito, neste, a remessa à lei penal é específica quanto ao prazo da prescrição, aplicando-se a disciplina própria do estatuto administrativo aos demais institutos, segundo se demonstrou anteriormente.

cer todas as dificuldades que circundam a atuação ministerial na defesa dos mais altos valores da República e, acima de tudo, fechar os olhos para os princípios e regras que norteiam tão importante matéria.

A problemática não encontraria solução, aliás, em muitos casos, sequer seria amenizada diante da possibilidade de interrupção da prescrição com a abertura do procedimento na instância administrativa, uma vez que muitas vezes os apuratórios desenvolvidos nos órgãos administrativos demoram mais que o quinquênio para aportarem no Ministério Público²⁴.

Não bastasse, a considerar que, para a Administração, a contagem do prazo inicia-se com o efetivo conhecimento da infração (art. 142, § 1º), não aplicar regra semelhante para o Ministério Público consistiria odiosa desigualdade, tratando-se hipóteses muitas próximas por parâmetros distintos.

Os intérpretes mais afoitos ainda ponderarão que a Lei de Improbidade Administrativa, à semelhança do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, manda aplicar a legislação de regência apenas em relação ao prazo de prescrição (art. 23, II), pelo que os demais institutos previstos no estatuto administrativo (contagem do prazo, causas interruptivas etc.) não se aplicariam aos casos de apuração de improbidade pelo Ministério Público.

No entanto, não se pode equiparar situações diversas. A remessa feita pela LIA à legislação administrativa própria distancia-se, tanto quanto o céu da Terra, daquela outra feita pelo art. 142, § 2º da Lei n. 8.112/1990, que determina a aplicação dos prazos prescricionais previstos na legislação penal àquelas infrações administrativas capituladas como crimes.

A solução é muito simples: enquanto a remessa no estatuto de servidores federais é feita aos prazos da lei penal, mas aquele diploma preserva a si a disciplina completa da matéria, com

²⁴ No sentido de que o prazo de prescrição da improbidade é interrompido pela abertura de sindicância ou processo administrativo, arestos do TRF1: AC n. 2003.30.00.000654-6/AC, rel. Ney Bello e AC n. 2003.41.00.004388-7/RO, rel. Tourinho Neto; ambos disponíveis em: <www.trf1.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009.

previsão do início da contagem do prazo da prescrição, causas de interrupção etc., semelhante situação não se tem em relação à remessa feita pela LIA.

De fato, na LIA, inexistente regramento mínimo a respeito da prescrição dos atos de improbidade praticados por detentores de cargos ou empregos públicos. Assim, aplicável, por todas as razões expostas acima, *mutatis mutandis*, o regime integral da prescrição, tal qual se encontra posto na Lei n. 8.112/1990, de molde a abarcar, além do prazo, os demais institutos que norteiam a prescrição, como início da contagem do lapso a partir da ciência da infração, causas de interrupção etc.

272

Por fim, a noção de prescrição passa, necessariamente, pela fluência do tempo, aliada à *inércia do titular do direito ou de quem pode acionar o Poder Judiciário para resguardar o interesse*.

Assim, se o Ministério Público ainda não tomou conhecimento oficial da ocorrência do ato de improbidade administrativa, é certo que o prazo prescricional para que o *Parquet* possa apurar o ilícito e adotar as medidas devidas não pode iniciar seu curso. Entendimento contrário conduziria ao absurdo de a prescrição ser levada a efeito apenas pela fluência do tempo, podendo ser taxado de inerte órgão que sequer soube da violação do direito.

Semelhantemente à aplicação do fator impeditivo de fluência da prescrição previsto no estatuto dos servidores (art. 142, § 1º), também o regime de interrupção previsto na Lei n. 8.112/1990 se aplica à prescrição dos atos de improbidade praticados por detentores de cargo ou emprego público.

A disciplina prevista na Lei n. 8.112/1990 a respeito é a constante dos §§ 3º e 4º do art. 142, os quais estabelecem que “A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente” e que “Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção”.

Obviamente que tais preceitos precisam ser adaptados à sistemática ministerial de apuração dos atos de improbidade administrativa. Por exemplo, a interrupção, para o Ministério Pú-

blico, operar-se-á com a abertura do inquérito civil ou do procedimento preparatório²⁵, que são os instrumentos pelos quais o *Parquet* pode valer-se para apuração dos desmandos²⁶.

Os mais apressados dirão que a aplicação de ambos os parágrafos, é dizer, com a interrupção do prazo prescricional mediante a abertura do inquisitivo e reinício do lapso somente após a decisão final adotada pelo representante ministerial, pode redundar em causa de imprescritibilidade da infração, em ofensa à Constituição Federal, que somente a prevê para o ressarcimento do dano (art. 37, § 5º).

Não é bem assim.

O prazo interrompe-se à vista da abertura do inquérito civil ou procedimento preparatório, voltando a fluir após a decisão final do representante ministerial ou mesmo após o transcurso do prazo para conclusão do apuratório²⁷, na hipótese de aquela decisão não ocorrer nesse intervalo.

Pode-se aplicar ao caso, pela semelhança evidente, a juris-

²⁵ Usa-se essa terminologia para abranger todas as demais apurações feitas pelo Ministério Público diversas do inquérito civil, como procedimentos investigatórios, procedimentos administrativos, peças de informação ou quaisquer outras nomenclaturas utilizadas nos mais diversos ramos da instituição e pelos mais variados promotores e procuradores do país.

²⁶ Em sentido contrário ao defendido no texto, ou seja, sufragando tese pela qual a abertura de inquérito civil ou procedimento preparatório pelo Ministério Público não interrompe a prescrição da improbidade, acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferido no julgamento do Agravo n. 2006.01.00.015253-1/RO, rel. Maria Lúcia Gomes; disponível em: <www.trf1.gov.br>; acesso em 28 fev. 2009.

²⁷ No caso do Ministério Público Federal, o prazo para conclusão do inquérito civil é de um ano e de 60 dias para o procedimento preparatório, denominado procedimento administrativo (Resolução n. 87, de 3.8.2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal). Está certo que se prevê a possibilidade de prorrogação de um e outro inquisitivo (arts. 15 e 4º, § 1º, respectivamente). No entanto, para efeito de reinício da prescrição, o prazo para conclusão do apuratório seria apenas o relativo ao primeiro período, findo o qual o lapso voltaria a correr normalmente. Se se aguardasse a conclusão do inquérito civil ou procedimento administrativo, aí sim, poder-se-ia ter hipótese inconstitucional de imprescritibilidade do ilícito, justamente porque bastaria a ocorrência de sucessivas prorrogações (não vedadas pelo normativo) para protelar *ad eternum* o desate da questão.

prudência do Supremo Tribunal Federal relativa à interrupção dos processos administrativos disciplinares, cujo lapso prescricional reinicia-se após o transcurso do prazo para conclusão do inquisitivo (140 dias), mesmo que não tenha sobrevivido, no período, decisão final da autoridade administrativa.

Observe-se:

Prescrição. Processo Administrativo. Interrupção. A interrupção prevista no § 3º do art. 142 da Lei n. 8.112, de 11.12.1990 cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena – arts. 152 e 167 da referida Lei – voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional. Precedente: Mandado de Segurança n. 22.728-1/PR, Pleno, rel. Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13.11.1998 (STF, RMS n. 23.436/DF, 2ª Turma, DJ de 15 out. 1999, rel. Min. Marco Aurélio).

274

Prescrição. Processo Administrativo. Instauração. A instauração de comissão de inquérito interrompe o quinquênio prescricional. Conforme precedente, este apenas volta a correr uma vez encerrado o prazo de cento e quarenta dias para a conclusão do processo administrativo (STF, MS n. 23.176/RJ, Pleno, DJ de 10 set. 1999, rel. Min. Marco Aurélio)²⁸.

A tese de aplicação do regime de interrupção do lapso prescricional previsto na Lei n. 8.112/90 à Lei de Improbidade Administrativa goza de simpatia na doutrina especializada ou, pelo menos, em parte dela²⁹.

²⁸ Ambos os precedentes referidos por Aluizio Bezerra Filho (2005, p. 243).

²⁹ A doutrina também reconhece a possibilidade de interrupção da prescrição pela citação válida, cujos efeitos retroagem à data da propositura da demanda, nos exatos termos do art. 219, § 1º, do CPC. No mesmo sentido, o art. 17 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em outubro/2004, na cidade de Caracas/Venezuela e, ainda, o art. 9º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado por Ada Pellegrini Grinover (versão de janeiro/2007). A hipótese não reclama maiores considerações, visto que é aplicada à generalidade das ações e consolidada, até mesmo no STJ, com a edição da Súmula n. 106. Aquele superior sodalício, inclusive, já afirmou, em mais de uma ocasião, a aplicação da tese às ações de improbidade administrativa (REsp n. 761.972/RS, rel. Min. Luiz Fux; REsp

Com efeito, Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 245-246) ensina:

[...] entendemos cabível a interrupção pela prática de qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato, seja em província administrativa – mediante instauração de sindicância, procedimento administrativo, processo administrativo-disciplinar ou inquérito policial – ou judicial, por meio de justificação judicial ou outra qualquer cautelar, desde que estreitamente vinculada ao objeto da futura ação e efetivamente necessária à sua propositura, e, g., quando nesse procedimento vem a ser identificada a autoria.

Não seria razoável, outrossim, tipificando ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade, que não tendo havido inércia no concernente à atividade persecutória, que fluísse o prazo prescricional, desconsiderando-se um dos requisitos básicos da prescrição.

275

Já Aluísio Bezerra Filho (2005, p. 240), conquanto não faça alusão à sistemática de interrupção da Lei n. 8.112/1990, assevera que o lapso pode ser interrompido em face da representação escrita, formulada por qualquer pessoa na forma prevista no art. 14 da Lei de Improbidade Administrativa, fazendo coro, de qualquer sorte, àqueles que sustentam a possibilidade de reconhecimento de causas de interrupção não previstas expressamente na Lei n. 8.429/1992.

Esses dois autores reforçam a possibilidade de reconhecimento da causa de interrupção do lapso prescricional, mencionando a previsão contida na Lei n. 9.873/1999 (art. 2^o, II)³⁰, que estabelece como causa interruptiva, entre outras, *qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato*.

A referência àquele normativo é válida por reforçar não ser crível que a prescrição tenha seu curso ininterrupto, a despeito

n. 798.827/RS, rel. Min. Denise Arruda; disponíveis em <www.stj.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009); postura da qual não discrepou o Tribunal Regional Federal da 4^a Região (AG n. 2005.04.01.020796-8, rel. Marga Inge Barth Tessler; disponível em: <www.trf4.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009), tampouco o Tribunal Regional Federal da 1^a Região (AC n. 2001.38.00.032267-2/MG, rel. Hilton Queiroz; disponível em: <www.trf1.gov.br>; acesso em: 28 fev. 2009).

³⁰ Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 246) também faz expressa referência ao contido na Lei n. 8.112/1990.

da apuração encetada pelo Ministério Público. Serve de parâmetro interpretativo, mas jamais há de ser aplicada diretamente, uma vez que, conquanto estabeleça prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, a própria lei exclui a possibilidade de sua incidência às *infrações de natureza funcional* (art. 5º).

Não se desconhece que algumas vezes se levantam contra a inclusão de causas interruptivas da prescrição da improbidade administrativa previstas em outras normas legais, mesmo na Lei n. 8.112/1990.

276

Os arautos dessa restritiva tese argumentam que a Lei de Improbidade Administrativa insere-se no que os administrativistas chamam de direito administrativo sancionador, é dizer, aquele ramo próprio do direito administrativo voltado à aplicação das sanções aos administrados em função de prática infracional.

Sendo aquele ramo próximo do direito penal e inexistindo – como não existe mesmo – norma expressa na Lei de Improbidade Administrativa acerca de possibilidade de interrupção de sua fluência, o aplicador da lei não poderia valer-se de outros textos normativos para suprir o hiato da Lei n. 8.429/1992.

Ademais, também reforçam que a prescrição é instituto que favorece o réu, não sendo possível o emprego da analogia, interpretação extensiva ou qualquer outro recurso apto a integrar a lacuna da Lei n. 8.429/1992 em prejuízo do demandado; construção essa que restringe, diga-se mais uma vez, o recurso a causas de interrupção não previstas expressamente na LIA.

Com o devido respeito, interpretações desse jaez pecam por conferir primazia à interpretação literal³¹ e dar destaque maior aos interesses do agente ímprobo, olvidando que existem outros interesses e valores, tão ou mais relevantes, que norteiam – ou devem nortear – qualquer interpretação a propósito.

Ora, o direito sancionador não pode ser o único a informar a interpretação. Não pode o intérprete, máxime diante de uma norma

³¹ Interpretação literal do art. 23, II, da LIA, que se limita a remeter, para a lei específica, o prazo prescricional.

eclética como a Lei n. 8.429/1992, abeberar-se apenas de um único ramo do direito, esquecendo que este é um todo único, em que as normas se entrelaçam. Cuida-se, em última análise, de *não se ler o direito em tiras*, na feliz expressão do Ministro Eros Grau.

A interpretação há de ser, forçosamente, sistemática e teleológica, permeada pelos valores referidos ao início desse escrito (relevância dada à matéria pela Constituição Federal³², supremacia do interesse público sobre o particular. Cuida-se o patrimônio público de direito difuso cujos interessados são a generalidade das pessoas que convivem na sociedade etc.). Qualquer interpretação que relegue a importância dada pela Carta republicana à defesa do patrimônio público não poderá ser aceita³³.

Disso não se distancia o entendimento de Aluizio Bezerra Filho (2005, p. 241), para quem

a melhor interpretação é a que preserva o interesse público, aquele que é submetido a um regime jurídico de ordem pública, resguardado por normas que primam pela supremacia do

277

³² Em verdade, o combate à corrupção e a necessidade de se estabelecer mecanismos para evitar sua impunibilidade pelo decurso da prescrição transborda os limites do Estado brasileiro, consistindo preocupação universal. Com efeito, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu art. 29, alude a *prazo de prescrição amplo*; a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional fala em *prazo de prescrição prolongado* (art. 11, item 5) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais diz, taxativamente: “Qualquer regime de prescrição aplicável ao delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá permitir um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito” (art. 6º; grifo nosso). Definitivamente, não se há de fechar os olhos, no país, para essa global preocupação em não permitir que atos graves, como a improbidade administrativa, retem impunes pela ação do tempo.

³³ Pertinente, neste passo, a lição de Luís Roberto Barroso (1999, p. 134-135): “O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. [...] No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado”.

interesse público sobre o particular e, principalmente, pela indisponibilidade do direito vindicado.

Ademais, sentido algum haveria interromper-se a prescrição na seara administrativa (Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 3º), em que, até mesmo, pode ocorrer a apuração de atos de improbidade (Lei n. 8.429/1992, arts. 14 a 16), e não se permitir semelhante incidente quando o apuratório ocorrer em sede ministerial. Interpretação nenhuma resistiria a esta flagrante desarmonia do sistema.

Mesmo o direito penal, *ultima ratio* e cujas normas e princípios servem de manancial para o direito administrativo sancionador, admite a existência de causas interruptivas, suspensivas e até impeditivas do fluxo prescricional, malgrado sob previsão expressa.

278

Por fim, cumpre salientar que a disciplina relativa à interrupção do lapso prescricional à vista da abertura de inquérito civil ou procedimento preparatório pelo Ministério Público também se aplica aos atos de improbidade perpetrados por detentores de mandatos, cargos em comissão ou funções de confiança; prestigiando-se, ainda mais, a visão conjunta do sistema, pela aplicação da regra, inclusive, às hipóteses do art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa.

5 Conclusões

De tudo quanto foi escrito, pode-se inferir que:

- a) a Constituição Federal, na esteira do movimento internacional, conferiu relevância ímpar ao combate à corrupção administrativa;
- b) a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) veio regulamentar a promessa constitucional, tratando, com o rigor esperado pelo Constituinte de 1988, os atos atentatórios ao patrimônio público e aos princípios da Administração Pública;
- c) esse diploma normativo propiciou inegável avanço na defesa daqueles altos valores, mas ainda se ressentiu de interpretações

- mais consentâneas com os interesses que ele visa proteger;
- d) a interpretação de tão importante diploma normativo há de ser informada, necessariamente, pela primazia conferida pela Constituição Federal à defesa da probidade administrativa; bem assim pelo consagrado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, que também norteia a aplicação da Lei 8.429/1992;
 - e) a Lei n. 8.429/1992 tratou de maneira insuficiente o instituto da prescrição para ação de improbidade administrativa, hiato a ser preenchido mediante processo de interpretação/integração, sistemática e teleológica, que preserve todos esses valores;
 - f) a prescrição do ato de improbidade administrativa praticado por detentor de mandato, cargo em comissão ou função de confiança opera-se em cinco anos, iniciando-se o prazo a partir do término da investidura;
 - g) havendo reeleição para mandato sucessivo no Poder Executivo ou Legislativo, aquele prazo iniciar-se-á após a última investidura, mesmo que o ato de improbidade administrativa tenha sido cometido durante a primeira (ou anterior) investidura;
 - h) o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992 aplica-se extensivamente para alcançar outras categorias de agentes públicos não previstas expressamente, cuja investidura seja também precária;
 - i) cuidando-se de ato de improbidade praticado por ocupante de cargo ou emprego público, deve-se aplicar o sistema de prescrição previsto na lei própria para faltas disciplinares puníveis com demissão;
 - j) no âmbito federal, o art. 23, II, da Lei de Improbidade Administrativa é integrado pelo art. 142 e seus parágrafos da Lei n. 8.112/1990; aplicando-se à primeira não apenas o prazo prescricional de cinco anos, mas os demais institutos que informam aquele sistema, notadamente a contagem do lapso a partir do conhecimento da infração e a interrupção da contagem mediante a instauração do apuratório devido;
 - k) a contagem do prazo prescricional para o Ministério Públi-

- co somente se inicia quando o *Parquet* toma conhecimento oficial do ato de improbidade; sendo interrompido diante da instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório e voltando a ter curso, por inteiro, após a deliberação do membro oficiante ou após o transcurso do prazo previsto na norma administrativa própria para a conclusão do apuratório (o que ocorrer primeiro);
- l) a remessa à lei penal prevista pelo art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990 é igualmente aplicável aos atos de improbidade que também configurem crimes, mas, nesse caso, apenas o prazo de prescrição constante da lei repressiva é que se aplicará à improbidade, uma vez que os demais institutos aplicáveis (início da contagem do prazo prescricional, causas de interrupção etc.) serão os previstos na própria Lei n. 8.112/1990;
 - m) a sistemática de interrupção da prescrição prevista na Lei n. 8.112/1990 aplica-se, também, aos detentores de mandato, cargo em comissão e função de confiança que tenham praticado atos de improbidade, haja vista a ausência de qualquer regramento a respeito no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1990 e todos os valores e princípios que circundam a temática;
 - n) o combate à corrupção, esse câncer que tantas mazelas tem provocado na sociedade brasileira, exigirá esforços de todos. Os operadores da lei, aplicando a norma com um mínimo de sensibilidade para todos os valores que ela busca resguardar, voltando a interpretação, em última análise, para o interesse público, já estarão dando contribuição inestimável àquele fim.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEZERRA FILHO, Aluizio. *Lei de improbidade administrativa aplicada e comentada*. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 704.323/RS. Relator Ministro Francisco Falcão. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 761.972/RS. Relatora Ministra Denise Arruda. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 965.340/AM. Relator Ministro Castro Meira. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo n. 2004.01.00.043967-0/MT. Relator Alexandre Vidigal. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

281

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo n. 2006.01.00.015253-1/RO. Relatora Maria Lúcia Gomes. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo n. 2007.01.00.025317-0/MT. Relatora Rosimayre Carvalho. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo n. 2007.01.00.034188-7/MT. Relator Saulo Casali. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo n. 2007.01.00.051140-2/PI. Relatora Rosimayre Carvalho. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 1999.43.00.000250-0/TO. Relator Hilton Queiroz. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 2001.38.00.032267-2/MG. Relator Hilton Queiroz. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 2006.36.00.007921-2/MT. Relator Reynaldo Fonseca. Disponível em:

<www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 2007.33.07.000529-6/BA. Relator Reynaldo Fonseca. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo n. 2005.04.01.020796-8. Relatora Marga Inge Barth Tessler. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

282 COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

D'AVILA, Luiz Felipe. *Os Virtuosos – os estadistas que fundaram a República brasileira*. São Paulo: A Girafa, 2006.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. Bauru/SP: Edipro, 1994.

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

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

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Proibidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A concomitância entre ações de natureza coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de

Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, José Antônio. *Corrupção*. São Paulo: Globo, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

283

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEIVA, José Antônio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói/RJ: Impetus, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Início do prazo prescricional nas ações de
improbidade administrativa
(crítica ao inciso I do art. 23 da
Lei n. 8.429/1992)

Tarcísio H. P. Henriques Filho

Introdução. 1 A prescrição. 2 Prescrição e decadência. 3 O tratamento da prescrição no direito penal. 4 O tratamento da prescrição na Lei n. 8.429/1992. 5 O inciso I do art. 23. 6 O inciso II do art. 23. 7 O entendimento jurisprudencial. 8 Proposta de alteração na interpretação do prazo inicial da prescrição. 9 Considerações finais.

A prescrição dá efeitos concretos e práticos ao princípio da segurança jurídica¹.

É fundamental que exista no ordenamento jurídico uma regra que impeça a continuidade ou a sobrevivência de um conflito de interesses e que forneça um marco temporal a partir do qual não se possa mais buscar em juízo a proteção jurídica para o interesse ou a pretensão, com o que se viabiliza a desejada consolidação dos direitos.

Esse marco temporal é fornecido pelas regras de prescrição.

A fixação adequada desses prazos serve à ordem jurídica, impedindo a perpetuação dos conflitos sociais e estabilizando as relações jurídicas². Dessa forma, o instituto acaba fazendo com

¹ Emerson Garcia (2006, p. 515 e ss.) afirma, com propriedade, que a prescrição é “um imperativo de ordem pública” e “fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada”. Tais considerações, ainda na lição do mesmo doutrinador, partem “da premissa de que uma pretensão lícita visa à recomposição da ordem jurídica por uma ação ou omissão antecedentes” e que “todo aquele que contribui para a permanência de uma situação de desequilíbrio, não adotando as medidas necessárias à sua eliminação, deixa de cooperar para a estabilidade da ordem pública”.

² É o que diz Garcia (2006, p. 515): “tendo por objetivo estabilizar as relações jurídicas incertas, evitando que controvérsias sejam perpetuadas, terminou-

que, como Garcia (2006, p. 515) afirma de modo preciso, “a inércia e o decurso do prazo legal impeçam que o interessado venha a exercer seu direito” e atua como “fator punitivo da negligência e assegurador da estabilidade nas relações sociais”.

Nessa linha de avaliação, a prescrição pressupõe a inércia do titular do direito, e só ela – a inércia – pode legitimar e justificar o reconhecimento dos efeitos jurídicos do instituto e provocar, como consequência, a morte do direito de ação.

A precisa definição desse marco temporal, contudo, é fundamental para que os interesses possam encontrar a devida e adequada proteção assegurada pela jurisdição e para que as questões levantadas pelo decurso do tempo possam ser enfrentadas pelos operadores do direito de modo adequado e em sintonia com a natureza dos interesses envolvidos.

1 A prescrição

De maneira geral, a prescrição pode ser definida como instituto de direito processual que, nas palavras de Cretella Júnior (1981, p. 12), é “figura categorial” que “repointa em vários ramos do Direito, definindo-se genericamente como ‘a perda do direito de punir, em decorrência do tempo’”. Para Câmara Leal, citado por Figueiredo (2000, p. 292), prescrição é “a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”.

Como leciona Fink (2005, p. 140),

a prescrição, como instituto relevante para a estabilidade e consolidação dos direitos, tem exatamente a função de impor certo lapso de tempo para que as relações jurídicas sejam objeto de discussão entre as partes destas relações.

O Professor Cretella Júnior (1962, p. 150-151) apresentava uma interessante distinção para a questão da prescrição. Segundo ele,

-se por fixar lapsos temporais dentro dos quais haveriam de ser exercidas determinadas pretensões”.

Marcello Caetano distingue a prescrição da pena da prescrição da infração, explicando que a primeira se dá quando a sanção foi aplicada, mas deixou de ser executada durante tantos anos quantos a lei fixou e que a segunda ocorre quando o fato não é punido dentro de certo número de anos decorridos a contar da sua comissão, para concluir que, dentro do sistema português, o princípio consagrado é o da prescribibilidade, havendo, entretanto, certas faltas de natureza imprescritível.

A mesma distinção pode ajudar na compreensão do dispositivo do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, que também trata de casos de “extinção da ação administrativa e da condenação, ou melhor, da aplicação da pena” (BRANDÃO CAVALCANTI, 1956, p. 455 e ss.).

O primeiro caso, a “extinção da ação administrativa”, envolve o falecimento da possibilidade de a Administração apurar a responsabilidade do agente público pelo ato de improbidade administrativa e levantar as próprias circunstâncias desse ato. O segundo caso, envolvendo a “extinção da condenação” ou “da aplicação da pena”, acarreta para a Administração a impossibilidade de aplicar as sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 ao agente responsável pelo ato de improbidade.

O efeito do reconhecimento da prescrição é, nessa linha, a extinção da ação repressiva, “tornando nula a aplicação legal” das sanções previstas em lei.

Esse efeito, como defendemos, deve ter como marco temporal, ao contrário do que estabelece o inciso I do mencionado art. 23, a data em que o “ato ou fato” (CRETELLA JÚNIOR, 1962, p. 151) torna-se conhecido pela Administração.

Essa extinção do direito de ação não se confunde com a extinção do próprio direito.

2 Prescrição e decadência

A decadência importa na extinção do próprio direito.

Alguns autores classificam o prazo para propositura da ação de improbidade administrativa como prazo decadencial. É o caso, por exemplo, de Santos (2002, p. 115):

As ações destinadas à aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa têm prazo decadencial de cinco anos, após o término do exercício do mandato de cargo em comissão ou de função de confiança [...]. Tratando-se, todavia, de faltas disciplinares, puníveis com demissão a bem do serviço público nos cargos efetivos ou emprego, o prazo decadencial será o previsto em lei específica, desde que, evidentemente, não sejam efeitos secundários de condenação judicial.

A melhor doutrina, contudo, classifica esse prazo como prazo prescricional.

Por todos, Garcia (2006, p. 520) aduz, comentando o art. 23 da Lei de Improbidade, que

288

[...], a disciplina do lapso prescricional variará conforme o vínculo com o Poder Público seja, ou não, temporário. Em essência, qualquer relação jurídica laborativa é temporária, já que a perpetuidade é incompatível com a natureza humana. No entanto, para fins desta exposição, consideramos temporários aqueles vínculos de natureza mais tênue, com duração predeterminada ou passíveis de serem dissolvidos a qualquer tempo, *ad nutum* do agente responsável pela admissão [...].

4 O tratamento da prescrição no direito penal

A prescrição no direito penal, na linha do que leciona o Professor Espínola Filho (1976, p. 400), lançando mão de clássica distinção forjada por Manzini, “representa uma renúncia do Estado à pretensão punitiva, ou ao poder efetivo de punir”.

Diz ainda o referido doutrinador, que

[...] a prescrição [...] é, concernente ao conteúdo material da relação processual ou da relação executiva [...], com o que é dado o reconhecimento de fato jurídico a um fato natural [...], verificamos o seguinte: praticado o crime, e, em consequência, ficando o agente sujeito a sofrer a ação da justiça punitiva do Estado, que logo deve movimentar-se, para apurar-lhe a responsabilidade e lhe impor a pena, permanece ele, de fato, livre, e, se se consumir o tempo da prescrição, a impunidade, até então um mero estado de fato, se transforma em estado de direito pela inércia de quem tinha o direito de puni-lo, no movimentar a ação, em forma a

efetivar a condenação, antes de operar-se aquela transformação pelo decurso do tempo^{3 4}.

Na mesma linha de pensamento, a prescrição nos casos de improbidade administrativa importa no “reconhecimento de fato jurídico a um fato natural”, visto que, uma vez apurada ou verificada a prática da ação ímproba, fica o agente público “sujeito a sofrer a ação da justiça punitiva do Estado” e à aplicação das sanções relacionadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

O Estado tem, nesse aspecto, tempo certo para apurar a “responsabilidade e [...] impor a pena” ao agente, com a proposição da ação de improbidade administrativa, sem o que terá lugar a prescrição ou o reconhecimento da impunidade, já que “[...] o [...] mero estado de fato, se transforma em estado de direito pela inércia de quem tinha o direito de puni-lo, no movimentar a ação, em forma a efetivar a condenação”.

É certo que o problema da prescrição traz muitas questões. Para os fins deste trabalho, contudo, interessa avaliar a eficácia do critério temporal utilizado para demarcar o termo inicial de contagem do prazo prescricional.

O critério utilizado pelo Direito Penal para fixação do começo do prazo prescricional é o “dia quando terminou a atividade

³ ESPÍNOLA FILHO, 1976, p. 401. Na página 488, mais detalhadamente, o mencionado doutrinador acrescenta que “Na realidade, o que se observa é que, encontrando-se o autor da infração da lei penal num estado de fato de não punição efetiva, até quando sobre ele incida a força coativa do poder punitivo do Estado, e o submeta a uma pena concreta, esse estado de fato se transforma no estado de direito de não ser mais punido, se essa força não se manifestou, executando a sua sujeição a tal pena, dentro num certo lapso de tempo, no qual se consuma a prescrição”.

⁴ Espínola Filho, em outra passagem da obra mencionada, menciona lição de Costa e Silva, acrescentado que “hoje, se reconhece como imprópria a linguagem, pela qual se fala em prescrição do crime, da ação penal ou da condenação. O que é objeto da prescrição ‘é o direito que o Estado tem de punir, de impor e executar a pena’. Pelo que explica: “Transcorrido certo espaço de tempo, previamente fixado pela lei, renuncia o Estado ao direito de punir fatos criminosos antes praticados. A cessação do poder punitivo do Estado, em consequência do lapso de tempo decorrido, é o que se chama – prescrição criminal’ (Código Penal do Brasil comentado, volume 2º, 1939, página 371)”.

criminosa do réu, na infração que lhe acarreta a punição” (ESPÍNOLA FILHO, 1976, p. 491). Considerando a natureza do fato típico, o autor ainda faz a seguinte distinção:

Tratando-se de crime consumado simples, é o dia da sua perpetração. No caso de crime permanente, no dia em que se registrou o final da prática criminosa do agente; como, no caso do crime contínuo, é o dia em que se completou a ação criminosa, com a realização do último desses delitos, sucessivos, ex intervallo, ao qual a unidade de intenção dá o caráter unitário, considerando um crime só. No caso de tentativa, o em que foi interrompida a atividade criminosa (ESPÍNOLA FILHO, 1976, p. 491).

290

O art. 111 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 7.209/1984, fixando critérios legais para definição do “termo inicial da prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final”, dispõe que:

Art. 111. A prescrição, [...] começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;

II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Esse artigo repete quase literalmente o antigo art. 111 da Parte Geral do Código Penal de 1940, sendo a única diferença a disposição do inciso III, que na redação anterior mencionava, além dos “crimes permanentes”, os crimes continuados.

Nos três primeiros incisos o legislador adota como critério para contagem do prazo prescricional a data em que o fato criminoso foi praticado.

É plenamente possível a opção por um ou outro critério temporal.

A despeito da opção legislativa, por exemplo, não há

qualquer impedimento para que o início de contagem do prazo prescricional tenha como marco a data em que se tenha tomado conhecimento do fato criminoso, e isso é demonstrado com os casos relacionados no inciso IV do mencionado art. 111 do Código Penal⁵.

A utilização desse critério ou marco temporal seria, aliás, mais coerente com a eficiência que se deseja para a ação de controle dos atos administrativos.

A Lei n. 8.429/1992, nesse aspecto, não levou em consideração esse outro critério temporal, limitando-se a disciplinar a contagem do prazo prescricional com base na natureza do vínculo que o agente tem com o Poder Público, sem fazer qualquer tipo de distinção.

Esse tratamento legal cria uma indesejável e socialmente nociva possibilidade de prescrição em casos envolvendo agentes públicos mais graduados.

4 O tratamento da prescrição na Lei n. 8.429/1992

⁵ Comentando esse dispositivo do Código Penal, Alberto Silva Franco (1997, p. 1.736) assevera que “por exceção, nos delitos de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento de registro civil, o fluxo prescricional não se inicia na data de consumação dessas figuras criminosas, mas do dia em que tais delitos se tornaram conhecidos da autoridade pública. Embora ambos os crimes sejam instantâneos, possuem eles efeitos permanentes, posto que perduráveis no tempo. Nesses casos, se aplicada a regra geral (da data da consumação), o agente poderia retardar indefinidamente o conhecimento da infração, enquanto a prescrição estaria correndo, para consumir-se, talvez, antes mesmo de descobertos o crime e o seu autor”. Sobre o mesmo dispositivo, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Desembargador Onei Raphael, declara o seguinte: “Doutrina Antônio Rodrigues Porto no seu livro *Da Prescrição Penal*, [...], que ‘o início do prazo prescricional conta-se, em regra, do dia em que foi praticado o crime, ou seja, do dia em que se consumou’. O Código estabeleceu no art. 111, *d*, duas exceções, em que o início do prazo é contado, não do dia da prática delituosa, mas da data do conhecimento do crime: [...]. Neles, a ciência do fato que dá início à prescrição entende-se com relação a qualquer autoridade pública que possa tomar as providências regressivas (1). O simples uso do documento, mesmo ostensivo, não marca o início do prazo prescricional (2). Segundo Nelson Hungria, tais exceções cuidam de crimes que, embora instantâneos, criam uma situação antijurídica” (RJTJSP 81/355).

A despeito de posições doutrinárias isoladas, a Lei n. 8.429/1992 tem a natureza de uma ação civil de reparação de danos e “provocadora de outras conseqüências” (DELGADO, 2002). Delgado chega a apontar que a lei em questão

cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a administração pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal⁶.

Citando doutrina de Andreucci, Delgado ainda acrescenta que

[...] A improbidade administrativa, na sistemática jurídica em vigor, instituída pela Lei n. 8.429/1992, é tratada apenas no aspecto cível, não tendo o legislador se preocupado, até o momento, com a abordagem criminal do tema, não obstante algumas tentativas mais recentes de se reconhecer caráter penal às sanções fixadas.

Tem-se resolvido a questão criminal, com essa lacuna, na análise dos dispositivos já existentes no Código Penal e na legislação complementar, buscando-se a subsunção das condutas em estudo às normas atinentes aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração.

Isto faz com que nem sempre, em atenção ao princípio da reserva legal, se consiga obter a efetiva punição do funcionário ímprobo⁷.

⁶ No mesmo artigo (2002), o autor afirma com propriedade que o legislador constituinte adotou “uma terceira espécie, a ação civil de reparação de danos ao erário público, com conseqüências não penais propriamente ditas, apenas, visando o ressarcimento ao erário dos danos que contra si foram praticados e aplicando, aos infratores, sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública”.

⁷ No mesmo artigo mencionado, Delgado colaciona lição de Flávio Sátiro Fernandes, apontando que “a Lei n. 8.429/1992 não se preocupa em definir crimes. Os atos tipificados nos arts. 9, 10 e 11 não constituem crimes no âmbito da referida lei. Muitas das condutas ali descritas são de natureza criminal, assim definidas, porém, em outras leis, [...]. Não sendo crimes, têm, contudo, uma sanção, de natureza política ou civil, cominada na lei sob comentário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

Com isso, assumindo a lei natureza não penal, afirmamos, com a melhor doutrina, que aquela busca viabilizar condições para “punir ilícito administrativo, com reparação de danos” e “constitui um novo mecanismo de direito destinado a combater a corrupção” (DELGADO, 2002, p. 13).

O que dificulta esse intento legislativo é a disciplina do prazo prescricional, uma vez que o artigo da Lei n. 8.429/1992 que trata do prazo prescricional tem a seguinte redação:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito 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 público.

Na avaliação desse dispositivo, a doutrina nacional tem-se limitado a ressaltar

que os prazos prescricionais [...] referem-se a todas as sanções cominadas para os atos de improbidade administrativa elencadas no art. 12 da LIA, com exceção do ressarcimento integral do dano ao Erário (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 190)⁸.

Pazzaglini Filho (2002, p. 190-191), por exemplo, assevera que

[...] as ações de improbidade administrativa [...] têm dois tempos de prescrição. O prazo prescricional é de cinco anos para serem ajuizadas contra agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargos de comissão ou de função de confiança, contado a partir do

⁸ Pazzaglini Filho, Elias Rosa e Fazzio Júnior aduzem que (1999, p. 213) “a dicção do art. 23, I, deixa claro que, no caso de agentes públicos comissionados ou exercentes de funções de confiança, a ação poderá ser proposta ainda que o agente público já esteja fora da Administração, posto que o termo *a quo* é, precisamente, o término do exercício. Já no caso do exercício de cargo efetivo ou emprego, o termo inicial da prescrição obviamente será a data em que o agente consumou a prática do ato de improbidade administrativa. Também será alcançado o agente que deixou de estar em atividade, mesmo aposentado ou em disponibilidade”.

término do mandato ou do exercício funcional. O prazo prescricional, em relação aos demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, é o estabelecido em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Na mesma linha, Sarmiento (2002, p. 212 e 213) assevera que

[...] Na primeira hipótese, a prescrição quinquenal começa a fluir após o término do mandato eletivo (presidente e vice-presidente da república, senador, deputado, governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito, vereador) do cargo em comissão ou de função em confiança. Nada impede, porém, que a ação de improbidade seja proposta no curso das atividades funcionais dos agentes públicos. [...] Na segunda hipótese, a prescrição da improbidade administrativa dos funcionários efetivos da União coincide com o prazo prescricional previsto para a demissão a bem do serviço público, que é de cinco anos a partir do dia em que o fato se tornou conhecido, nos termos do art. 142 da Lei n. 8.112/1990. Quando se tratar de servidores estaduais e municipais, é preciso analisar os prazos prescricionais das leis específicas, embora quase todas sigam o padrão do Regime Jurídico dos Servidores Federais. [...] Essas regras não valem para as ações civis públicas que visam à aplicação de sanções indenizatórias. [...] A prescrição quinquenal só abriga a perda do cargo público, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios [...] ⁹.

Esse dispositivo legal vincula o prazo prescricional à natureza do vínculo do agente público com a Administração ¹⁰ e

⁹ Figueiredo (2000, p. 293) também diz que a “prescrição aludida refere-se à ação para a perda da função e suspensão dos direitos políticos. Em relação ao ressarcimento do dano, incide a norma constitucional do art. 37, § 5º, da Lei Maior”.

¹⁰ Nesse sentido a lição de Nobre Júnior (2003): “A prescrição, para o ajuizamento de ações destinadas à aplicação das sanções mencionadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, rege-se conforme o vínculo do agente para com a Administração Pública. Se o liame do agente decorrer de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança, o direito de ação prescreve em cinco anos depois do respectivo exercício. Se titular de cargo efetivo ou emprego, a prescrição se consumará nos termos do prazo previsto para a

determina que sua fluência seja diferente: no caso do inciso I, a contagem começa com a dissolução do aludido vínculo e, no caso do inciso II, remete as demais situações funcionais aos prazos prescricionais estabelecidos para “faltas disciplinares”.

Esse regramento distinto acaba criando alguns casos interessantes, sobretudo quando o mesmo ato de improbidade administrativa é praticado com o envolvimento de agentes nas duas situações estabelecidas nos incisos indicados.

5 O inciso I do art. 23

No caso do inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, como redigido, a norma faz com que a contagem do prazo prescricional dependa de um fator pouco objetivo para os fins e interesses que a própria lei protege e torna frequente o reconhecimento da prescrição nos casos concretos. Tal fato impede a adequada coibição dos atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos que podem causar mais danos aos interesses públicos: os agentes políticos e os servidores graduados da Administração que exercem cargos em comissão ou em função de confiança.

Para esses servidores, assim, a regra é a criação de uma situação que leva à impunidade.

É certo que parte da doutrina vê acerto nesse dispositivo. Garcia (2006, p. 516), por exemplo, elogiando a redação dada ao mencionado inciso I, chega a consignar que

[...] é possível dizer que, tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança), [...], o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução. Com isto, confere-se aos legitimados um eficaz mecanismo para a apuração dos ilícitos praticados, pois, durante todo o lapso em que os agentes permanecem vinculados ao Poder Público, ter-se-á a prescrição em estado latente, a depender da implementação de uma condição suspensiva (dissolução do vínculo) para

apuração das faltas disciplinares puníveis com demissão, o qual, na Lei n. 8.112/1990 (art. 142, I), é de cinco anos”.

o seu início, o que permitirá uma ampla investigação dos fatos”. Sarmiento (2002, p. 212), na mesma linha, diz que o dispositivo legal

[...] adotou essa sistemática a fim de evitar que o servidor investigado possa interferir na livre apuração dos atos de improbidade administrativa. Há o risco de que a autoridade crie embaraços à instrução processual, omitindo informações, forjando provas, destruindo documentos e outros artifícios para encobrir o ato de corrupção. Por isso, o legislador estabeleceu o período de cinco anos após a exoneração ou o término do mandato para que as comissões de inquérito e os órgãos de controle pudessem realizar auditorias, procedimentos administrativos, inquéritos civis, ou propor ação civil pública.

Em outro ponto, Garcia assevera que essa disciplina do prazo prescricional é muito mais “*severa*” do que a disposição contida no inciso II do art. 23 da mesma lei, que não utiliza como critério a “temporalidade do vínculo” do agente público com a Administração. Diz o autor que

[...] óbice a tal solução reside na sua maior severidade, pois o termo a quo do lapso prescricional coincidirá com a cessação da relação de emprego, enquanto que, em relação aos demais servidores, o prazo começará a fluir da prática do ato de improbidade (GARCIA, 2006, p. 522).

Tal avaliação positiva do dispositivo desse inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 só faz sentido quando o Poder Público realiza ou cria condições para uma “ampla investigação” dos atos administrativos após a quebra ou interrupção do vínculo do agente público com a Administração, o que tornaria concreta a possibilidade de coerção daqueles atos que divirjam da normalidade administrativa. Não é isso o que vemos acontecer.

Na prática, é muito mais frequente a formação de condições concretas para a convalidação do prazo prescricional, e isso com a decisiva permissão dos próprios dispositivos da Lei n. 8.429/1992. Como diz Martins Júnior (2002, p. 336), com propriedade,

O prazo quinquenal do art. 23, I, é excessivamente curto se se levar em conta a complexidade 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.

A relevância da questão, nesse caso do inciso I, está na possibilidade que a situação normativa abre para uma limitação efetiva da ação dos órgãos de controle da Administração e para, como consequência, a criação de um grande obstáculo para a sanção dos casos de improbidade administrativa, numa direção contrária à do interesse na coibição de atos dessa natureza.

Como acrescenta boa parte da doutrina, nesse aspecto, a “associação do termo *a quo* do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos”, e essa situação reforçaria a “tese de que a prescrição somente deve se principiar com o afastamento do agente” (GARCIA, 2006, p. 617).

297

Vincular o início do prazo prescricional ao “afastamento do agente”, contudo, tem provocado problemas maiores, o que justifica a alteração da regra contida no mencionado inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, fazendo com que a mesma disciplina dada aos agentes públicos seja aplicada aos agentes políticos ou servidores ocupantes de cargo em comissão ou em função de confiança.

A prática nacional, com efeito, exige uma mudança na interpretação desse dispositivo e torna essencial, até para a necessária aplicação dos demais dispositivos da lei, vincular o termo *a quo* do prazo de prescrição a outra condição objetiva, que pode ser, por exemplo, como defendemos, o momento de conhecimento do ato ímprobo pela própria Administração. Este seria um marco mais lógico e racional para estabelecimento do início do prazo prescricional.

Considerando os interesses tutelados pela Lei n. 8.429/1992, e na linha do que defendia Nelson Hungria, fatos que “criam uma situação antijurídica”¹¹ deveriam ser tratados como exceção.

¹¹ RJTJSP 81/355.

6 O inciso II do art. 23

A regra do inciso II do art. 23, de forma mais técnica, determina que o prazo prescricional dos atos ímprobos praticados por servidores efetivos seja o mesmo estabelecido para os casos de “demissão a bem do serviço público” (GARCIA, 2006, p. 518 e 519)¹².

Sem que a lei em questão faça tal referência à demissão “a bem do serviço público”, o prazo prescricional relativo à demissão do servidor regulará os casos de improbidade administrativa¹³, e esse critério, ao contrário do que acontece no caso dos agentes submetidos ao regramento do inciso I do art. 23, torna mais lógica, segura e racional a ação de coibir a prática do ato de improbidade administrativa.

Interessante, nesse ponto, a pertinente observação de Martins Júnior (2002, p. 336):

No cotejo com a Lei Federal n. 8.112/1990, aplicável no âmbito federal, a ação disciplinar tem prazos variados de prescrição (art. 142, I a III, § 2º), prevendo que o termo a quo da prescrição é a data do conhecimento do fato (art. 142, § 1º), interrompido pela instauração de sindicância ou processo disciplinar até a decisão final e recomeçando a partir do dia em que cessar a interrupção (art. 142, §§ 3º e 4º). À minguia de preceito específico na Lei Federal n. 8.429/1992, e além do art. 219 do CPC, o termo a quo da prescrição e sua interrupção regulam-se pela lei específica de cada esfera de governo relativa ao poder disciplinar, pois a maté-

¹² O art. 23 da Lei n. 8.429/1992 fala em “prazo prescricional previsto em lei específica”, que, segundo Garcia, seria “aquela [lei] que instituiu o regime jurídico da categoria a que pertença o ímprobo, mas nada impede que haja previsão diversa em legislação esparsa”.

¹³ É esse o caso da regra jurídica contida no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 – Estatuto Jurídico dos Servidores Federais, que não utiliza a expressão “demissão a bem do serviço público” e se limita a mencionar o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a aplicação da sanção de demissão. Tal situação, na linha do que defendemos, faz presumir que o termo inicial do prazo de prescrição nos casos da ação por ato de improbidade praticado por agente político – casos previstos no inciso I do art. 23 da Lei de Improbidade – deve ser um fator objetivo, como nos casos envolvendo os demais agentes públicos.

ria foi remetida a ela, que, por vezes, remete à prescrição penal (art. 142, § 2º) e – é lógico – às suas respectivas causas de interrupção¹⁴.

Considerando que as sanções relacionadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 podem ser classificadas entre aquelas de “cunho pecuniário” (FERRAZ, 2003, p. 420) e as de “cunho tipicamente administrativo”, Ferraz (2003, p. 420-421) faz algumas considerações que merecem ser reproduzidas:

[...] para as sanções que não a perda da função pública, o prazo prescricional da ação será de cinco anos, contados da data em que poderia ser proposta (princípio da *actio nata*), isto é, a partir da data em que o fato se tornou conhecido (não pendendo causa interruptiva ou suspensiva), a não ser que o agente responsabilizado seja detentor de mandato, cargo em comissão ou função de confiança (nessas hipóteses o *dies a quo* será o subsequente ao término do respectivo exercício, não pendendo causa interruptiva ou suspensiva);

para a sanção de perda da função pública (não atrelada esta a exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança, hipóteses para as quais o *dies a quo* será o subsequente ao término do respectivo exercício), a ação prescreverá, no plano federal, em cinco anos (mas será necessário verificar para as demais unidades políticas da Federação como a matéria lá foi regulada), contados a partir da data em que o fato se tornou conhecido (não pendendo condição interruptiva ou suspensiva).

Interessante observar aqui os casos em que o próprio regime jurídico do servidor público determina a aplicação do sistema penal de prescrição quando a falta administrativa constituir também crime ou contravenção.

É o caso, por exemplo, do art. 244, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que determina que “a falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este”.

¹⁴ As de “cunho pecuniário” seriam “perda de bens ou valores, ressarcimento integral do dano, pagamento de multa” e as de “cunho tipicamente administrativo” seriam as seguintes: “penas disciplinares, proibitivas de contratação e vedatórias de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais”.

Nesses casos, como aponta a melhor doutrina, a prescrição do ato de improbidade administrativa será regulamentada pela lei penal¹⁵, até o momento em que for “ajuizada a ação civil ou deflagrado o procedimento disciplinar”, momento que serviria para fazer cessar “a influência das normas que regem a prescrição no âmbito penal” (GARCIA, 2006, p. 519-520).

Se, nessas circunstâncias, o legislador estabelece critérios específicos para contagem da prescrição, nada impede que se dê aos agentes políticos “no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança” um tratamento legal distinto do que hoje se encontra no inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992. É essa a nossa proposta.

300

¹⁵ Garcia, na obra citada, chega a sugerir a aplicação integral do sistema de prescrição do direito penal, relacionando dez argumentos para tanto: “A uma, a independência entre as instâncias cível e penal não tem esteio constitucional, o que afasta a possibilidade de considerá-la elemento estruturante da própria função jurisdicional. A duas, os limites da interpenetração entre as instâncias devem ser traçados pelo legislador infraconstitucional. A três, inexistente qualquer óbice à utilização, no âmbito cível, do sistema regente da prescrição na seara penal, argumento que se robustece em se tratando de direito sancionador. A quatro, em múltiplas hipóteses, a atividade persecutória do Estado gera efeitos unos e indivisíveis, fazendo com que a jurisdição cível se mantenha adstrita ao que foi deliberado na penal [...]. A cinco, na situação ora estudada, a aplicação do sistema haverá de ser integral, o que alcança as causas de interrupção e de suspensão da prescrição, isto sob pena de uma simbiose estrutural entre as esferas cível e penal, com o conseqüente surgimento de um *tertium genus*. A seis, efetivada a prestação jurisdicional no âmbito cível e sendo posteriormente reconhecida a prescrição, ainda que retroativa, no juízo penal, poderá o interessado utilizar-se das ações autônomas de impugnação para desconstituí-la, as quais sempre terão por termo final a coisa julgada. A sete, a possibilidade de ocorrência da prescrição retroativa efetivamente dificultará a visualização do lapso prescricional *ex ante*, no entanto, foi esta a opção política do legislador. A oito, o simples ajuizamento da ação civil ou a instauração do processo disciplinar não tem o condão de estancar a aplicação do sistema regente da prescrição no âmbito penal, isto porque é a punibilidade do crime e não o início de uma atividade cognoscitiva que norteia a sua utilização. A nove, restará sempre a possibilidade de perquirição da falta residual, considerada como tal aquela conduta que desborde o espectro de subsunção ao tipo penal. A dez, este entendimento tem sido prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça”.

7 O entendimento jurisprudencial

As decisões judiciais existentes dão interpretação literal ao disposto no inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992. Nesse sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL RESPEITADO.

I – Ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada contra ex-prefeito cujo mandato se encerrou em 31.12.1996, sendo que a ação foi proposta em 20.11.2001.

II – O prazo prescricional para o exercício dessa pretensão, fora dos casos de ressarcimento ao erário, é de cinco anos, contados do término do mandato do ex-prefeito, nos termos do que dispõe expressamente o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992. Precedentes: REsp n. 680.677/RS, rel. Min. Humberto Martins, *DJ* de 2 fev. 2007; REsp n. 689.875/RS, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 12 fev. 2007.

III – Agravo Regimental improvido.

(STJ, AGREsp n. 916.524, Primeira Turma, rel. Francisco Falcão, *DJ* de 31 maio 2007)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. LEI N. 8.429/1992. PRESCRIÇÃO AFASTADA. PROPOSITURA DA AÇÃO. ART. 219, § 1º, DO CPC. CITAÇÃO. FORO PRIVILEGIADO AFASTADO PELA ADIN 2.797. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.

1. Ainda que inexistente a notificação prévia prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, a citação tem o condão de interromper o prazo prescricional, retroagindo, nos termos do art. 219, § 1º, do CPC, à data da propositura da ação.

2. O prazo prescricional para o exercício dessa pretensão, fora dos casos de ressarcimento ao erário, é de cinco anos, contados do término do mandato do ex-prefeito (art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992).

3. Se o ex-prefeito teve seu mandato encerrado em 31.12.1996, e ajuizada a ação contra ele em 11.5.2001, não está prescrita a

pretensão do Ministério Público para processá-lo por ato de improbidade.

4. Em razão do julgamento da ADIN n. 2.797 pelo STF, na qual restou declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, os autos devem retornar ao juiz de primeira instância, a quem caberá dar o impulso oficial para o processamento da ação movida em face do ex-prefeito. Recurso especial provido.

(STJ, REsp n. 680.677, Segunda Turma, rel. Humberto Martins, DJ de 2 fev. 2007)

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA CITAÇÃO À DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. SÚMULA N. 106/STJ. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. ART. 17, § 7º, DA LEI N. 8.429/1992.

1. A propositura da ação de improbidade administrativa não interrompe o prazo prescricional se o autor, no caso o Ministério Público, não pede a notificação prévia criada pela medida provisória que alterou o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1991.

2. O prazo prescricional da ação de improbidade administrativa é de cinco anos a contar do término do mandato do agente público.

3. 'Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.' (SÚM. 106/STJ)

Recurso especial conhecido e provido, para afastar a prescrição.

(STJ, REsp n. 752.015, Segunda Turma, rel. Humberto Martins, DJ de 30 out. 2006)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO.

1. O termo final para que seja intentada ação civil pública contra ex-prefeito é, nos termos do art. 23 da Lei n. 8.249/1992, de cinco anos a contar do término do mandato.

2. É válida para efeitos de interrupção da prescrição a citação válida do réu em ação civil pública, ainda que o Juízo não houvesse

determinado a notificação prévia prevista no art. 17 do mesmo diploma legal.

3. Recurso especial provido.

(STJ, REsp n. 665.130, Segunda Turma, rel. Castro Meira *DJ* de 2 jun. 2006)

No que se refere aos casos dos servidores de cargo efetivo, cujo prazo prescricional se encontra disciplinado no inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, a jurisprudência tem fixado o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO.

1. Tratando-se de imputação de ato de improbidade contra servidor público efetivo, a contagem do prazo prescricional se rege pelo inciso II do art. 23 da Lei de Improbidade que, por consequência, remete às balizas do art. 142 da Lei n. 8.112/1990. Na hipótese de ato punível com demissão, o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos (inciso I), cuja contagem tem curso a partir do conhecimento do ato pela Administração (§ 2º). Tendo este ocorrido com a conclusão do relatório da Controladoria-Geral da União, que data de 2003, não há falar-se no implemento do lapso quinquenal se a ação de improbidade foi proposta em 2006.

2. O trancamento prematuro da ação de improbidade somente pode se dar com a demonstração de que ela não se baseia em ato que se repute de improbidade; quando a ação se apresente manifestamente improcedente; ou, ainda, quando a via eleita não se apresentar adequada, conforme a norma do § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, o que não se evidencia nos autos, considerando a existência de relatório investigativo do órgão de controle administrativo da União, que aponta, mesmo que de forma indiciária, a participação do réu em atos administrativos irregulares, que podem se traduzir em atos de improbidade.

3. Agravo de instrumento não provido.

(TRF 1ª Região, AG n. 200701000262117, Terceira Turma, rel. Des. federal Olindo Menezes, *DJ* de 23 nov. 2007)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. ART. 23, INCISO II, DA LEI 8.429/1992. REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES CIVIS DA UNIÃO. ART. 142 DA LEI N. 8.112/1990. PARTICULARES. EXTENSÃO. DEFESA PRELIMINAR. ART. 17, § 7º, DA LIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ART. 535. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ.

1. O inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 dispõe que o prazo prescricional para a ação de improbidade é o previsto “em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”.

2. O ato de improbidade administrativa, em qualquer das modalidades previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação dos princípios da Administração Pública), constitui transgressão disciplinar punível com a pena de demissão, o que fixa o prazo prescricional, na esfera federal, em cinco anos, a partir da data em que o fato se tornou conhecido, conforme inciso VI do art. 132, c/c § 1º do art. 142, ambos da Lei n. 8.112/1990.

3. Se alguém estranho ao serviço público praticar um ato de improbidade em concurso com ocupante de cargo efetivo ou emprego público, sujeitar-se-á ao mesmo regime prescricional do servidor público. Precedente.

4. O acórdão recorrido foi enfático em consignar que “o primeiro fato que veio à tona, que foi de pronto conhecido, foi a tentativa do levantamento da quantia de R\$ 1.257.960,04, em 12 de fevereiro de 1996” e que “os demais fatos só vieram a ser conhecidos depois, com a investigação criminal”. Afirmou, ainda, que a “ação veio a ser proposta no dia 14 de fevereiro de 2001. Logo, dentro do prazo”. Assim, deve ser reconhecida a prescrição apenas do ato tentado, já que os outros foram descobertos durante a instrução criminal, após o dia 14.2.1996.

5. “Em que pese o rito específico contido no § 7º do art. 17 da Lei de Improbidade, que prevê a notificação do requerido para manifestação prévia, sua inobservância não tem o efeito de invalidar

os atos processuais ulteriores, exceto se o requerido sofrer algum tipo de prejuízo” (REsp n. 619.946/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 2 ago. 2007).

6. Assertiva de nulidade do acórdão suscitada por João Lira Tavares afastada. Ausência de omissão no aresto recorrido, que concluiu pela participação efetiva do recorrente na prática dos atos ímprobos, resultando na percepção de valores em detrimento do erário público.

7. Reexame do quantum fixado a título de multa civil obstada pela Súmula n. 7/STJ. Infirmar a premissa de que João Lira Tavares tinha acesso ao produto do crime por outros meios, além de simples depósitos bancários, demandaria o reexame das circunstâncias de fato e de prova dos autos.

305

8. Cabe à parte indicar com precisão os dispositivos de lei que julga violados, sob pena de inadmissão do recurso por deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula n. 284/STF. No recurso especial de Antônio de Azevedo Lira, não se apontou (sic) os dispositivos de lei federal que, supostamente, amparam a alegação de *bis in idem* na condenação.

9. A falta de prequestionamento impede o conhecimento do recurso especial, nos termos da Súmula n. 211/STJ. No apelo de Jorge Secaf Neto, indicou-se contrariedade ao art. 692 do CPC, dispositivo não examinado na Corte de origem.

10. Recurso especial de Melcon Astwarzaturian provido em parte e dos demais litisconsortes conhecidos em parte e providos também em parte, todos apenas para reconhecer a prescrição do ato de improbidade na sua forma tentada.

(STJ, REsp n. 965.340, Segunda Turma, rel. Castro Meira, DJ de 8 out. 2007)

8 Proposta de alteração na interpretação do prazo inicial da prescrição

As imprecisões e insuficiências da norma jurídica, além da própria ineficácia da tutela dos interesses e a clara impunidade dos agentes ímprobos, tornam essencial o trabalho hermenêutico.

A norma jurídica não é algo completo e deve ser “complementada” pelo intérprete. Na fundada avaliação de Dobrowolski (2002, p. 108), devemos

[...] conceber a validade do Direito em conexão com a certeza jurídica e com a aceitabilidade racional. Percebe-se que a justificação das interpretações desempenha um papel-chave, até porque ela é necessária para o funcionamento adequado da sociedade. A legitimidade da decisão só pode ser avaliada e é plenamente satisfeita a expectativa de certeza jurídica, quando a interpretação (ou decisão) se submete ao marco legal, após ter sido observado o discurso (argumentação) racional e respeitado o código de valores dominante. Para serem aceitáveis, as interpretações têm que ser tanto racionais (legalidade e racionalidade) quanto razoáveis (conteúdo material, valores).

306

A efetividade das disposições da Lei n. 8.429/1992, nesse aspecto, torna necessária uma interpretação “racional” e “razoável” do inciso I do art. 23.

Isso é essencial para um melhor aprimoramento dos instrumentos de combate à improbidade administrativa, que só acontecerá com uma modificação do critério para contagem do termo inicial do prazo prescricional para os casos disciplinados no mencionado inciso I do art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

Nossa proposta é fazer tal contagem a partir do momento em que o ato de improbidade administrativa se torna conhecido, estendendo a disciplina do inciso II do mencionado art. 23 aos agentes que hoje têm sua situação jurídica disciplinada pelo inciso I do mesmo artigo.

Como já afirmamos acima, a prescrição pressupõe a inércia do titular do direito e só essa situação pode legitimar e justificar o reconhecimento dos efeitos jurídicos do instituto da prescrição.

Quem não é inerte não pode sofrer as consequências da prescrição.

A mesma observação deve ser feita para os casos em que a Administração desconhece a existência do ato de improbidade praticado por seus agentes.

Na verdade, a natureza da prescrição importa na ideia de se estabelecer uma “reprimenda à desídia dos legitimados à propo-

situra da ação” (GARCIA, 2006, p. 518). Essa desídia não existe quando o designado legitimado não tem nem pode ter o necessário conhecimento dos fatos envolvidos no ato de improbidade administrativa e ante tal fato não tem condições concretas de adotar providências para coibir a prática do ato de improbidade ou de buscar reparação e sanção para os mesmos atos.

Além disso, devemos observar que a relevância dos interesses protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa torna tal alteração fator essencial para pôr fim à ineficácia dos demais dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, fazendo prevalecer o desejo de todos de que a ação administrativa seja escorreita e livre dos interesses inconfessáveis de seus agentes ímprobos, até porque é a ação administrativa correta, observante do interesse público, que permite a construção do Estado Democrático de Direito e da República que almejamos.

307

9 Considerações finais

É bem certo que a jurisprudência atual segue firme na contramão do que aqui se defende.

De fato, vêm os tribunais assumindo postura pragmática, aplicando aos casos de improbidade que lhes são submetidos à apreciação a exata letra do inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, de modo a considerar como sendo o termo inicial da prescrição o fim do mandato no curso do qual o agente praticou o ato ímprobo sob persecução.

A discussão acadêmica, porém, não pode se conformar com a opção feita pelo Estado-Juiz, em sua missão de interpretar a norma, até porque nenhum entendimento jurisprudencial é *perene*. O que não raro se tem é posição firme, *rebus sic stantibus*.

Voltando os olhos para o tempo em que se editou a Lei n. 8.429/1992, o que se vê é que, à época, não admitia a Ordem Constitucional a reeleição. Observe-se que, no momento em que se deu a discussão legislativa que culminou com a aprovação do texto da Lei de Improbidade, tinha-se um cenário no qual o agente público titular de mandato não poderia ser reconduzido ao car-

go eletivo. Isso diminuía em muito as chances de se manipular a máquina estatal com o escopo de acobertar os atos perpetrados em detrimento da probidade.

De fato, até meados de 1997, a Ordem Constitucional vedava a reeleição. Dispunha até então o Texto Magno, em seu art. 14, § 5º:

§ 5º São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 16/1997, o apontado dispositivo constitucional foi alterado, passando a admitir a reeleição, uma única vez, nos seguintes termos:

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 16, de 1997)

Bem se vê que hoje o cenário jurídico-constitucional não mais se compatibiliza com a letra do art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, cujo teor pode pôr a salvo de quaisquer sanções políticas e administrativas o agente político que, no primeiro mandato, pratica atos de improbidade. Com efeito, a investidura em novo mandato acaba por deflagrar o prazo prescricional ao cabo do qual restará fulminada a pretensão estatal punitiva dos atos de improbidade, deixando o autor da prática ilícita livre para continuar traindo o mandato que lhe foi confiado.

Como sabemos, a Administração Pública tem como um de seus princípios norteadores o da publicidade de seus atos. A simples razão da existência desse princípio de envergadura constitucional já autoriza a exegese segundo a qual o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação por atos de improbidade deve ser o momento em que se tornou pública a ilicitude perpetrada.

O Estado-Juiz, assim nos parece, não pode interpretar a

norma de modo a aplicá-la contra o bem jurídico que teve por fim proteger. Na verdade, nos casos de improbidade em que o agente trai o mandato que lhe foi conferido, a higidez que a Carta da República reclama para a ordem política não comporta outra interpretação que não a aqui defendida.

Não é por outra razão que o egrégio TSE não vem considerando, em alguns casos, a ruptura da sociedade conjugal como razão bastante para afastar de algumas candidaturas o obstáculo de que cuida o art. 14, § 7º, da Constituição Federal, que considera inelegível, no “território de jurisdição” do titular, o próprio cônjuge. Em verdade, a Corte Eleitoral Superior, atenta à necessidade de se reinterpretar o Texto Magno, concluiu por dar ao apontado preceito constitucional interpretação ampliativa, em franca opção à tutela da probidade administrativa. A esse respeito, eis a decisão:

RECURSO ESPECIAL. INELEGIBILIDADE. PARENTESCO. CÔNJUGE. SEPARAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. CURSO. PRIMEIRO MANDATO. TITULAR. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Se a separação ocorreu no curso do mandato, mesmo que neste mesmo período tenha o ex-cônjuge passado a manter união estável com terceira pessoa, este somente será elegível caso o titular se desincompatibilize do cargo seis meses antes do pleito.

Em outros termos, o TSE promoveu a releitura do Texto Magno, de modo a conferir ao bem jurídico tutelado pela norma do art. 14, § 7º, uma maior proteção. Ora, se à norma constitucional se conferiu interpretação ampliativa, prestigiando-se a sua teleologia com fito de melhor ajustar a proteção ao bem jurídico que o dispositivo em comento tem por fim tutelar, não há razão plausível para não se reajustar a interpretação que vem sendo dada ao art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, em favor do art. 15, V, da Carta da República, ainda que em prejuízo da sua literalidade.

Com isso, malgrado haja posição firme das Cortes brasileiras, cumpre aos agentes processuais, com atuação em feitos nos quais se busca a tutela da probidade pública, propugnar pela alteração nos rumos da jurisprudência posta, de modo a garantir que o agente ímprobo que traiu o mandato que lhe fora confiado

seja afastado do cenário político, em obséquio à forma proba com que se deve conduzir no trato com a coisa pública.

Bibliografia

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prescrição da falta administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 70, n. 544, jan. 1981.

310

_____. *Direito administrativo do Brasil*. Processo administrativo. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

DELGADO, José Augusto. *Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa*, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A justificação do direito e sua adequação social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ELIAS ROSA, Márcio Fernando; PAZZAGLINI FILHO, Marino; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*, aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 5. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FINK, Daniel R. *Ação civil pública*. Prescrição. Breves notas e reflexões.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte Geral. 6. ed., v. 1, t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

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

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos*. Exposição no Curso de Especialização em Direito, UFRN, 23 ago. 2003.

311

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolau Dino Castro E.; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes (Orgs.). *Improbidade administrativa – 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

A atuação da CGU na fiscalização dos convênios federais firmados com prefeituras

Isabela de Holanda Cavalcanti

1 O município na organização político-administrativa brasileira. 2 Transferências de recursos aos municípios. 2.1 Transferências constitucionais. 2.2 Transferências legais. 2.3 Transferências voluntárias. 3 O Controle exercido pela CGU sobre a aplicação de recursos repassados pela união aos municípios. 3.1 Do programa de fiscalização a partir de sorteios públicos. 4 Conclusão.

1 O município na organização político-administrativa brasileira

O Estado brasileiro constitui-se em uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal – reza o art. 1º de nossa Carta Política. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende, portanto, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos, esclarece a Constituição em seu art. 18.

A União é a entidade federal autônoma formada pelo agrupamento dos estados. À União cabe exercer as prerrogativas de soberania do Estado brasileiro e representá-lo em suas relações internacionais. Por sua vez, os estados e o Distrito Federal são dotados tão somente de autonomia, possuindo seu próprio governo e competências exclusivas.

Pela primeira vez na história constitucional brasileira, a Carta de 1988 incluiu as divisões políticas do estado – os municípios – no rol de entidades integrantes da federação. Veja-se que os municípios não têm território próprio, uma vez que o compartilham com o estado no qual se inserem. Por essa e outras razões, sua posição como ente federativo é questionável (SILVA, 1995).

Contudo, a autonomia política, administrativa e financeira dos municípios é indubitável e encontra-se estabelecida nos

arts. 29 e 30 da Constituição Federal. A autonomia municipal compreende, na lição de José Afonso da Silva (1995, p. 591): a) *auto-organização*, mediante a elaboração de lei orgânica própria; b) *autogoverno*, pela eletividade do prefeito e dos vereadores; c) *normatização própria*, mediante a elaboração de leis municipais sobre os assuntos de interesse local e em caráter suplementar das legislações federal e estadual; d) *autoadministração*, para manter e prestar os serviços públicos de interesse local e exercer as competências conferidas diretamente pela Constituição.

Entre as competências destinadas expressamente pela Constituição aos municípios, destacam-se a manutenção de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental e a prestação de serviços de atendimento à saúde da população, com a previsão de cooperação técnica e financeira da União e do Estado (incisos VI e VII do art. 30).

2 Transferências de recursos aos municípios

Os entes federativos necessitam de recursos financeiros para desempenhar suas competências constitucionais e atingir os seus fins.

Os municípios contam com as receitas resultantes da arrecadação dos tributos de sua competência (CF, art. 156), com as rendas originárias da exploração de seu próprio patrimônio e com as transferências de recursos federais e estaduais.

Por sua vez, as transferências de recursos realizadas pela União podem ser classificadas em constitucionais, legais ou voluntárias, conforme veremos a seguir.

2.1 Transferências constitucionais

Depois de criar o Sistema Tributário Nacional e fixar a competência tributária de cada ente federativo, a Constituição trata da discriminação de rendas entre União, estados, Distrito Federal e municípios.

A discriminação constitucional de rendas é expressão genérica que combina a) a atribuição de competência ou de fontes próprias de receita e b) a participação de uma entidade na receita tributária da outra.

Pela atribuição de competência, divide-se o próprio poder de instituir e cobrar tributos, entregando-se a cada um dos entes federativos parcelas do próprio poder de tributar. Os arts. 153 a 156 da Constituição tratam da atribuição de competência tributária à União, estados, Distrito Federal e municípios (MACHADO, 2001, p. 31).

Pela distribuição de receitas, o que se divide entre as entidades federativas é o produto da arrecadação do tributo por uma delas instituído e cobrado. Ainda com José Afonso da Silva (1995, p. 664): “essa cooperação financeira entre as entidades autônomas da Federação, chamada federalismo cooperativo, integra a fisionomia do federalismo contemporâneo”.

Assim é que os municípios participam em impostos de competência da União e dos Estados, quais sejam, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR); Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias (ICMS) (CF, art. 158).

Os municípios também obtêm receitas provenientes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), composto por 22,5 % do produto da arrecadação do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) arrecadados pelo governo federal, a quem cabe realizar a partilha das receitas tributárias mais expressivas.

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF) foi instituído pela Emenda Constitucional n. 14, de 12.9.1996, que alterou o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Foi sucedido pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), criado pela Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006 e regulamentado pela Medida Provisória n. 339, de 29.12.2006.

Por determinação constitucional, o FUNDEB destina-se à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação. Consiste em um fundo de natureza contábil constituído por recursos provenientes de receitas tributárias, com complementação da União sempre que, no âmbito de cada estado e do Distrito Federal, os recursos do fundo não forem suficientes para perfazer o valor mínimo por aluno definido nacionalmente.

A fiscalização da aplicação dos recursos do FUNDEB foi atribuída aos tribunais de contas dos estados e municípios, cuja atuação é pontual e dependente de provocação. Lamentavelmente, por falta de previsão legal, o Ministério da Educação não exerce qualquer controle preventivo nem realiza qualquer tipo de auditoria em relação às verbas do FUNDEB.

Cabe fazer algumas considerações no que tange à competência para o processamento de ações de improbidade em caso de desvio de verbas do FUNDEB. Atualmente, a jurisprudência dominante é no sentido de determinar a competência da Justiça Federal para o julgamento das causas relacionadas ao FUNDEB nos casos em que há complementação da União.

Entretanto, à primeira vista, os recursos transferidos parecem diluir-se no fundo e incorporar o patrimônio municipal, situação retratada pela Súmula n. 209 do STJ: “compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”. De qualquer maneira, o tema não se encontra esgotado, merecendo maior estudo e reflexão por parte dos operadores jurídicos.

2.2 Transferências legais

São previstas em leis específicas e destinam-se a custear serviços públicos e programas nas áreas de saúde, educação e assistência social. A legislação determina as formas de habilitação e repasse, a aplicação dos recursos e as regras para a prestação de contas. As transferências legais podem ser automáticas ou fundo a fundo, conforme o instrumento exigido pelo ato normativo.

As transferências automáticas são realizadas mediante o depósito em conta-corrente específica e prescindem da realização de convênios ou contratos. Dirigem-se à descentralização de recursos em programas na área de educação: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE); Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM) e Programa de Apoio a Estados e Municípios para a Educação Fundamental de Jovens e Adultos (EJA).

Os aludidos programas têm como base legal a Medida Provisória n. 2.178-36/2001 e outros atos normativos. Por sua vez, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), autarquia vinculada ao Ministério da Educação, é o órgão responsável pela normatização, assistência financeira, coordenação, acompanhamento, cooperação técnica e fiscalização da aplicação dos recursos. Os valores transferidos são depositados em contas abertas pelo FNDE em instituições financeiras oficiais.

Finalmente, as transferências fundo a fundo também dispensam a celebração de convênios. São geralmente utilizadas nas áreas de assistência social e de saúde e caracterizam-se pelo repasse de recursos diretamente de fundos da esfera federal para fundos da esfera municipal (GESTÃO DE RECURSOS FEDERAIS, 2005).

Exemplo desse tipo de transferência é a realizada pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), criado pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993) para financiar as ações governamentais da área de assistência social. Os recursos são repassados para os Fundos Municipais de Assistência Social e devem ser mantidos em contas específicas para cada programa ou ação. A prestação de contas é feita ao Fundo Nacional de Assistência Social.

Diante da evidente natureza federal dos recursos e da competência fiscalizatória mantida pela União, as transferências legais, sejam automáticas, sejam fundo a fundo, ensejam a competência da Justiça Federal, aplicando-se a Súmula n. 208 do Superior Tribunal de Justiça: “compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante o órgão federal”.

2.3 Transferências voluntárias

Conforme define a Lei de Responsabilidade Fiscal, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (Lei Complementar n. 101/2000, art. 25).

As transferências voluntárias são, em regra, viabilizadas por meio de convênios ou contratos de repasses e destinam-se à consecução de obras ou serviços de interesse recíproco dos entes envolvidos, com contrapartida do município, sendo ele corresponsável pela aplicação e fiscalização dos recursos. Observe-se que os valores transferidos são reservados para o alcance de objetivo específico, sendo vedado ao executor desviá-los para outra finalidade.

Segundo regulamentação da Secretaria do Tesouro Nacional, o convênio é o instrumento que disciplina a transferência de recursos públicos de órgão da Administração Pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação (Instrução Normativa STN n. 1, de 15.1.1997, art. 1º, § 1º, I).

O órgão conveniente ou o município que receber os recursos é obrigado a apresentar prestação de contas final do total dos recursos recebidos ao órgão ou entidade concedente, a quem compete decidir sobre a regularidade, ou não, da aplicação dos recursos transferidos. De qualquer modo, a manifestação do concedente não exclui a atuação do sistema de controle interno da Administração Pública federal e o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União.

Por sua vez, o contrato de repasse é o instrumento utilizado para a transferência de recursos da União, destinados à execução de programas governamentais, para estados, Distrito Federal e municípios, por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais.

O contrato de repasse está previsto no Decreto n. 1.819, de 16.2.1996 e a ele são aplicáveis as disposições da Instrução Normativa STN n. 1, de 15.1.1997. Para que ocorra a intermediação, exige-se que o ministério descentralizador dos recursos celebre com a instituição financeira um instrumento de cooperação, no qual são previstos os limites dos poderes outorgados. A fiscalização da aplicação dos recursos será realizada pela instituição mediadora, se previsto no instrumento de cooperação, além do órgão gestor do programa.

São viabilizados pelos contratos de repasse diversos programas nas áreas de infraestrutura, saneamento básico e agricultura familiar, destacando-se o papel da Caixa Econômica Federal como o principal agente financeiro nessa modalidade de transferência.

Finalmente, a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, introduziu o termo de parceria, instrumento firmado entre o Poder Público e as entidades classificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e execução de atividades consideradas de interesse público.

Por força da Instrução Normativa STN n. 1/1997, as transferências voluntárias exigem sempre a prestação de contas perante o órgão federal concedente. Destarte, é cabível a aplicação da Súmula n. 208 do Superior Tribunal de Justiça e a fixação da competência federal para apreciação da matéria, como amplamente aceito pela jurisprudência.

Entretanto, é possível utilizar outro critério para a determinação da competência, além da origem dos recursos e do órgão responsável por sua fiscalização: trata-se de examinar se as verbas são destinadas à consecução de obras e serviços de competência da União ou de competência do município (a exemplo dos convênios para construção de creches ou obras de saneamento básico). Neste último caso, é possível sustentar a inexistência de interesse direto da União a justificar a competência da Justiça Federal para apreciação da matéria¹.

¹ STF, RE n. 232.093-8, 1ª Turma, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 28.3.2000.

3 O controle exercido pela CGU sobre a aplicação de recursos repassados pela união aos municípios

Segundo Emerson Garcia (2006), a necessidade de serem estabelecidos meios de controle da atividade estatal é correlata à própria concepção de Estado Democrático de Direito. Com efeito, a máxima de que todo aquele que atua em nome de outro deve prestar contas de sua atuação é conhecida desde os primórdios da democracia. Odete Medauar (1993) recorda que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, continha em seu art. 15 o seguinte preceito: “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

320

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 644-645) conceituou o controle administrativo como

todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito. Sob ambos esses aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo sua finalidade plena, que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2001, p. 587) integra os princípios da Administração Pública ao seu conceito de controle administrativo, definindo-o como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Existem vários critérios para classificar as espécies de controle da Administração Pública. Entre as várias tipologias encontradas na doutrina especializada, escolheu-se a classificação do controle administrativo segundo a localização do órgão que o realiza, por ser a que mais atende à finalidade do presente estudo.

Segundo esse critério,

quando o agente controlador integra a própria Administração, se está diante de um *controle interno*, exercido pela própria Administração sobre seus órgãos e suas entidades da Administração indireta. Se o controle é efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração, qualifica-se como *controle externo*, situando-se nesta espécie o controle realizado por instituições políticas, por instituições técnicas e por instituições precipuamente jurídicas (DI PIETRO, 2001, p. 457).

A Constituição de 1988 lançou as bases do controle interno e externo da Administração Pública em seus arts. 70 a 75. No âmbito do Poder Executivo federal, o estabelecimento de um sistema de controle interno iniciou-se com a criação da Secretaria Federal de Controle Interno, inicialmente vinculada ao Ministério da Fazenda (Medida Provisória n. 480, de 27.4.1994). Em seguida, foi instituída a Corregedoria-Geral da União, na estrutura da Presidência da República, órgão com funções típicas de controle interno, mas ainda voltadas prevalentemente ao plano correcional (Medida Provisória n. 2.143, de 2.4.2001).

Quase um ano depois, o Decreto n. 4.177 de 28.3.2002 integrou a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI) à estrutura da então Corregedoria-Geral da União. O mesmo decreto transferiu para o órgão as competências de ouvidoria-geral, até então vinculadas ao Ministério da Justiça.

A Medida Provisória n. 103, de 1º de janeiro de 2003, convertida na Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, alterou a denominação do órgão para Controladoria-Geral da União (CGU), assim como atribuiu ao seu titular a denominação de Ministro de Estado do Controle e da Transparência. As competências da CGU encontram-se estabelecidas no art. 17 do referido diploma legal, com a redação conferida pela Lei n. 11.204/2005, que consolidou suas principais funções – controle, correição, prevenção da corrupção e ouvidoria:

Art. 17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de

suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.

Atualmente, a Controladoria-Geral da União constitui o órgão de controle interno, por excelência, da Administração Pública federal e sua atuação tem-se estendido ao controle da aplicação dos recursos federais repassados pela União aos municípios por meio de transferências legais e voluntárias, registrando-se que, no caso dos convênios, sua atuação é suplementar à fiscalização efetuada pelo órgão ou entidade concedente.

322

3.1 Do programa de fiscalização a partir de sorteios públicos

Além de ações de controle provocadas por demandas internas oriundas da análise dos próprios servidores da CGU e das fiscalizações realizadas para atender a requisições e pedidos de entes como o Ministério Público e o Congresso Nacional, periodicamente, a CGU efetua fiscalizações em estados e municípios pelo chamado Programa de Fiscalização a partir de sorteios públicos.

A Portaria CGU n. 247, de 20.6.2003, instituiu o mecanismo de sorteio público para a definição dos municípios onde será objeto de fiscalização a aplicação de recursos públicos federais. A CGU considera que os sorteios, realizados em média a cada dois meses pela Caixa Econômica Federal, constituem mecanismo que atende aos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente os da impessoalidade, moralidade e publicidade. São sorteados a cada vez 60 municípios. Em cada um deles, os auditores examinam contas e documentos e realizam a inspeção física de obras e serviços em andamento.

Em sua 23ª edição, realizada em 9.5.2007, o Programa de Fiscalização por Sorteios revelou a prática de graves irregularidades na aplicação de recursos transferidos pela União para os muni-

cípios. A CGU fiscalizou a aplicação de R\$ 368 milhões em 60 municípios de todo o país e, como nas edições anteriores, constatou fraudes em licitações, uso de notas “frias”, sobrepreço e pagamento por serviços não realizados, entre outros problemas. Por sua vez, somente cinco dos 60 municípios contemplados na 24ª edição do Programa de Fiscalização por Sorteios (24.07.2007) não apresentaram indícios de irregularidades em processos licitatórios.

Com o 27º sorteio, realizado em 29.10.2008, o programa já chegou a 1.461 municípios (26,25% dos municípios brasileiros), fiscalizando recursos totais de aproximadamente R\$ 9 bilhões. Até o final de 2009, o programa de sorteios terá totalizado 1.641 fiscalizações, o equivalente a quase 30% dos municípios. O cronograma prevê prazo de aproximadamente dois meses e uma semana entre o sorteio e a homologação dos relatórios.

O mecanismo de sorteios públicos constitui iniciativa inédita e louvável, porém necessita de urgente aperfeiçoamento. Com efeito, é discutível que a seleção dos municípios auditados seja realizada por sorteio em detrimento do emprego de uma metodologia de planejamento fundada em indicadores concretos. Por sua vez, os agentes de fiscalização têm demonstrado pouca preocupação em reunir elementos de prova de suas constatações, limitando-se a formar dossiês com cópias dos processos licitatórios e de prestação de contas.

O Tribunal de Contas da União realizou auditoria operacional destinada a avaliar o desempenho do sistema de controle interno na fiscalização da aplicação de recursos públicos. O relatório de conclusão apontou as falhas encontradas no programa de sorteios da Controladoria-Geral da União.

Em primeiro lugar, o tribunal verificou que os municípios com mais de quinhentos mil habitantes não são incluídos nos sorteios, o que implicaria a exclusão de 14 bilhões de reais por ano do foco de atuação da CGU. Em seguida, foram identificadas falhas nos relatórios elaborados por seus agentes de fiscalização. Constatou-se em mais da metade dos municípios fiscalizados (54%) a ocorrência de irregularidades graves; entretanto, somen-

te 3% dos relatórios resultaram na reunião de elementos suficientes à imputação de débitos.

O TCU determinou à Controladoria-Geral da União estender o programa de sorteios a todos os municípios, redimensionando-se, caso necessário, a quantidade de municípios a serem fiscalizados em cada sorteio, de acordo com sua capacidade operacional (Acórdão n. 412/2007, Plenário, processo n. 015.390/2005-1).

O tribunal ainda recomendou à CGU que passasse a detalhar, em normativo interno, o conteúdo dos relatórios e respectivos documentos de suporte referentes ao programa de sorteios, de modo que seus destinatários, seja o TCU, seja o órgão concedente, ou o Ministério Público Federal tenham condições de exercer suas atribuições com o mínimo esforço adicional, em benefício da racionalidade administrativa.

324

4 Conclusão

O controle eficaz da aplicação dos recursos transferidos aos municípios depende do aperfeiçoamento dos mecanismos de fiscalização e de maior intercâmbio entre os órgãos de fiscalização.

Nesse cenário, a Controladoria-Geral da União pode desempenhar o papel de parceira do Ministério Público Federal na apuração das diversas irregularidades praticadas na execução dos instrumentos de repasse de recursos federais. Para tanto, é necessária maior sintonia entre os órgãos na busca de uma cooperação efetiva, que não se limite ao mero encaminhamento de cópias de procedimentos fiscalizatórios.

Por sua vez, o Ministério Público Federal precisa munir-se de técnicas e instrumentos mais modernos e eficientes com o fim de melhor utilizar as conclusões das fiscalizações da CGU. Nesse âmbito, ressalta-se a importância da criação e disseminação de assessorias voltadas à pesquisa e análise de dados técnicos, a exemplo da ASSPA/PGR (Assessoria de Pesquisa e Análise da Procuradoria-Geral da República), diretamente subordinada ao

gabinete do procurador-geral da República.

A ASSPA foi criada pela Portaria PGR n. 381, de 31 de agosto de 2006 e tem a missão precípua, entre outras, de propor estrutura nacional mínima para o gerenciamento de informações em suporte às atividades institucionais do Ministério Público Federal. A Assessoria destina-se a auxiliar técnica e operacionalmente as atividades institucionais do Ministério Público Federal e embriões foram implantados em diversas procuradorias da República no território nacional.

A expansão e o fortalecimento do corpo técnico do Ministério Público Federal é um dos grandes desafios que se apresentam à instituição, a fim de fazer face às contingências do mundo contemporâneo. Uma vez consolidado seu papel como instituição fundamental ao Estado de Direito, cabe ao Ministério Público Federal modernizar sua atuação, buscando a eficiência na prestação de seus serviços à sociedade, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

325

Referências

CANDEIA, Remilson Soares. *Convênios celebrados com a União e suas prestações de contas*. São Paulo: NDJ, 2005.

CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

GESTÃO DE RECURSOS FEDERAIS. *Manual para os agentes municipais*. Controladoria-Geral da União, Brasília-DF, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.



