

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**República Federativa do Brasil**  
**Ministério Público da União**

**Procurador-Geral da República**  
Roberto Monteiro Gurgel Santos

**Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União**  
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

**CÂMARA EDITORIAL DO BOLETIM CIENTÍFICO**

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (Coordenadora)  
Procuradora Regional da República

Marcello Paranhos de Oliveira Miller  
Procurador da República

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

Helder Santos Amorim  
Procurador do Trabalho

José Claudio Monteiro de Brito Filho  
Procurador Regional do Trabalho aposentado

**MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR**

Péricles Aurélio Lima de Queiroz  
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana  
Promotora de Justiça Militar

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub  
Procuradora de Justiça

Rose Meire Cyrillo  
Promotora de Justiça



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 8 – Números 30/31 – janeiro/dezembro 2009  
Brasília-DF



## **Boletim Científico**

### **Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU  
SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar  
70200-640 – Brasília-DF  
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185  
Home Page: <www.esmpu.gov.br>  
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>  
Hotsite: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2009. Todos os direitos autorais reservados.

#### **Secretaria de Ensino e Pesquisa**

Nelson de Sousa Lima

#### **Divisão de Apoio Didático**

Adriana Ribeiro Ferreira

#### **Núcleo de Editoração**

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefe do Setor de Revisão  
Constança Lazarin – Preparação de originais  
Lara Litvin Villas Bôas – Preparação de originais  
Renata Filgueira Costa – Preparação de originais

#### **Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato Cavalcante

#### **Diagramação**

Alice Corbett, Fernanda Soares, 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 / 3351-5200  
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**

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

---

#### **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília : ESMPU, ano 8, n. 30/31, jan./dez., 2009

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

---

## Editorial

O presente Boletim Científico da ESMPU conta com artigos que abordam três temas de grande importância para a atuação do Ministério Público, a saber, *conflito de atribuição entre ramos do Ministério Público, direitos sociais e recursos públicos e improbidade administrativa*.

O primeiro dos artigos – “Conflito de atribuição/competência no Ministério Público e respectiva solução” – após tecer análise acerca dos significados dos termos *atribuição* e *competência* e a respeito das soluções apontadas na Constituição para eventuais embates, debruça-se sobre o conflito de atribuições entre ramos do Ministério Público em procedimento não judicializado, o deslinde em ação cível originária, pelo Supremo Tribunal Federal e apresenta proposta que o autor entende como sendo aquela mais adequada à estrutura constitucional do Ministério Público.

Por sua vez, os artigos relacionados aos *direitos sociais e recursos públicos* voltam-se a pontos sempre presentes quando se discute a judicialização dos direitos sociais (e não mais a justiciabilidade, pois que não se trata de uma potencialidade e sim de uma possibilidade concreta), como as diretrizes fixadas na Constituição Federal e nos marcos regulatórios para a efetiva exigência da prestação do direito à saúde, qual o papel do Ministério Público na fiscalização da real implementação e adequação de política pública voltada para a prestação de direito social e, por fim, uma análise das transferências de recursos federais para municípios para realização do princípio federativo e como atuar quando se verifica o desvio de verbas públicas

destinadas à implementação de direito social básico e fundamental como a educação.

Nos artigos agrupados acerca do tema *improbidade*, várias são as facetas: o dano moral coletivo e sua indenização, análise das condutas previstas no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, questões processuais como a forma de interrupção do prazo para propositura da ação e análise do controle do licenciamento ambiental e o dever de realização de audiências públicas como marco da probidade da administração.

Com os textos apresentados nesses números, espera-se ampliar a discussão acerca de temas relevantes na atualidade, contribuindo dessa forma, para a efetividade do Direito no País.

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS  
Subprocurador-Geral da República

# Sumário

## **Ministério Público**

Conflito de atribuição/competência no Ministério Público e respectiva solução

*Francisco Dias Teixeira* ..... 11

## **Direitos Sociais e Recursos Públicos**

O delineamento das políticas públicas de saúde diante dos paradigmas fixados pela Constituição Federal de 1988

*Monique Cheker* ..... 53

Desvio de recursos federais da educação transferidos para os municípios: tipos de transferências e atribuições do Ministério Público Federal

*José Godoy Bezerra de Souza* ..... 79

A implementação dos direitos sociais e a atuação do Ministério Público

*Samira Engel Domingues* ..... 113

## **Improbidade Administrativa**

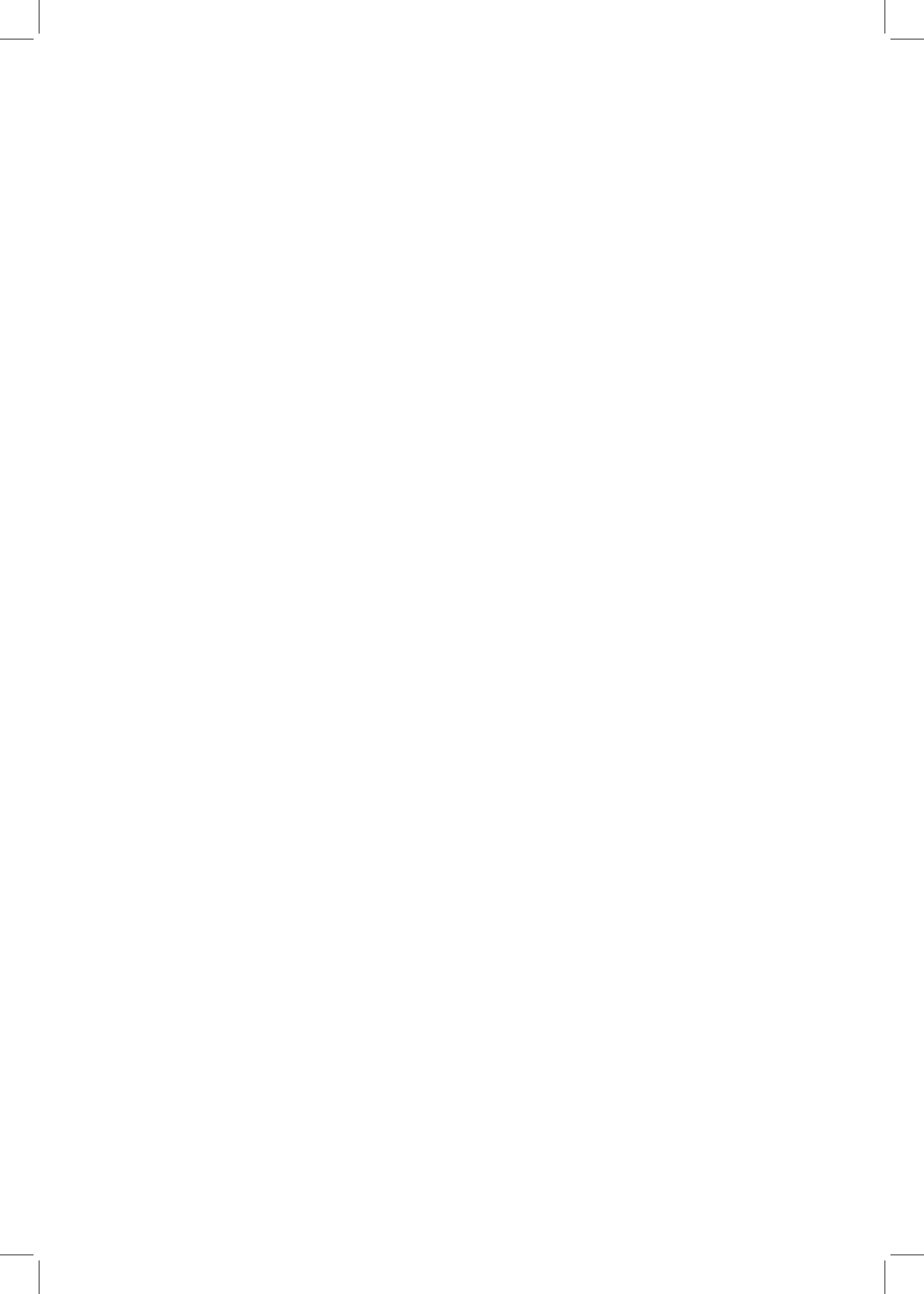
Do prazo previsto pelo art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992)

*Alexandre Senra* ..... 153

<b>Improbidade administrativa e dano moral coletivo</b>	
<i>Carlos Humberto Prola Júnior</i> .....	191
<b>O elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Doutrina e jurisprudência</b>	
<i>Raphael Otávio Bueno Santos</i> .....	235
<b>O protesto como forma de interrupção do prazo do art. 23 da Lei de Improbidade</b>	
<i>Rudson Coutinho da Silva</i> .....	271
<b>A improbidade administrativa e o controle do licenciamento ambiental à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública. O caso das audiências públicas</b>	
<i>Tiago Modesto Rabelo</i> .....	297



**Ministério Público**



# Conflito de atribuição/competência no Ministério Público e respectiva solução

Francisco Dias Teixeira\*

**Sumário:** 1 Atribuição e competência: vocábulos equívocos. 2 Atribuição e competência: proposta de significação. 3 Judiciário: competência e atribuição. 4 Conflito de competência e de atribuição: meios de solução. 5 Conflito de atribuição/competência no Ministério Público e respectiva solução. 6 Conclusão

## 1 Atribuição e competência: vocábulos equívocos

Costuma-se dizer que o vocábulo “competência” refere-se à atividade jurisdicional, enquanto “atribuição” diz respeito à atividade administrativa. Os dicionários jurídicos não estabelecem diferenciação conceitual rígida entre esses dois vocábulos.

Como exemplo da equivocidade semântica dos vocábulos *atribuição* e *competência*, cito três dicionaristas que parecem bastante representativos, inclusive sob o critério histórico.

Piragibe (1997) apresenta como sinônimo de *atribuição*: “Função, ocupação, competência”. E exemplifica: “este setor do serviço público tem a atribuição de selecionar candidatos para vários cargos”. *Competência* é “Capacidade, aptidão para alguma coisa”. E explica: “A competência dos órgãos jurisdicionais é a soma de atribuições que têm em matéria de prestação jurisdicional [...]”.

---

\* Francisco Dias Teixeira é Subprocurador-Geral da República.

Dessa forma, no vocábulo *atribuição*, *competência* aparece como sinônimo; no vocábulo *competência*, *atribuição* aparece como conteúdo material de *competência*, que, assim, apresenta um aspecto formal, abstrato. Entretanto, nada se diz quanto à natureza administrativa ou jurisdicional de uma e de outra, respectivamente.

De Plácido e Silva (1975) também dá como sinônimo de *atribuição* o termo *competência*, e, detendo-se na explicação do vocábulo “competência”, diz que esta pode ser administrativa ou judiciária.

Assim, De Plácido e Silva rompe duplamente aquela pretensa diferenciação semântica entre os dois vocábulos: primeiro, porque os adota mutuamente como sinônimo na entrada *atribuição*; segundo, porque divide a *competência* em “administrativa” e “judiciária” e não a restringe apenas à atividade jurisdicional, conforme insistem alguns doutrinadores.

Maria Helena Diniz (2005) apresenta explicação mais exaustiva e sistemática acerca desses vocábulos. No que interessa a este estudo, assim ela define *atribuição*:

1. *Direito administrativo*. Ato de conferir, ao titular de um cargo ou função pública, competência para exercer suas atividades ou poder específico para tomar conhecimento ou não de algum assunto administrativo. [...]. 4. *Direito processual*. Poder conferido a um magistrado para presidir uma causa e decidi-la, designando os limites da jurisdição.

E assim define *competência*:

[...]. 2. *Direito administrativo*. a) Aptidão de uma autoridade pública para a efetivação de certos atos; b) poder conferido a um órgão ou funcionário público para o exercício de determinados atos ou para apreciar e resolver certos assuntos. 3. *Direito processual*. É a medida da jurisdição; poder conferido ao magistrado para o exercício da jurisdição outorgada em razão da matéria, do lugar ou das pessoas. [...].

Observa-se também que essa dicionarista, rigorosamente, emprega os vocábulos *atribuição* e *competência* mutuamente como sinônimos. E ambos se referem tanto ao poder administrativo quanto ao jurisdicional.

Indo-se aos doutrinadores do direito processual e administrativo constata-se a mesma equívocidade.

Marques (2000, p. 154) anota que, para o jurista francês Leon Duguit “os órgãos da magistratura podem praticar *atos judiciários* e *atos jurisdicionais*, designando estes aos atos que derivam da função específica do Poder Judiciário”.

Poder-se-á dizer, com base nessa classificação, que os *atos jurisdicionais* são delimitados pela *competência* do juízo e os *atos judiciários* são delimitados pela *atribuição* do órgão judiciário. Com efeito, para Marques (2000, p. 156), *autonomia* “é a manifestação da capacidade do órgão para o governo, direção e controle de seus serviços, realizada por meio de atividade material e formalmente administrativa”, ou seja, *autonomia* é atributo de um órgão; *competência* relaciona-se com a função.

Transferindo-se para a seara do direito administrativo, encontra-se em Mello (2007, p. 140) o seguinte conceito de *competência*:

são *deveres-poderes* e pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos. No mesmo sentido é a doutrina de Meirelles (2004, p. 149).

Cretella Júnior (2000, p. 183) já se detém na diferenciação entre o significado de “atribuição e competência”. A “atribuição” é por ele definida indiretamente, nestes termos:

As *consequências da hierarquia* são inúmeras, devendo-se salientar, entre outras, a *unidade de direção*, a *vigilância dos superiores sobre os*

*inferiores, a substituição do inferior pelo superior, a revisão dos atos dos subordinados, a aplicação de sanções, o dever de obediência e a resolução dos conflitos de atribuição.*

Diante dessa afirmação, segundo a qual a “resolução dos conflitos de atribuição” é uma consequência da hierarquia, e, sendo a hierarquia atributo próprio da Administração, pode-se concluir que a “atribuição” diz respeito à atividade administrativa.

Todavia, logo adiante, ele admite o emprego do termo *competência* também para se referir à função administrativa. Com efeito, para este autor, competência “é o complexo de atribuições e de faculdades, das quais o sujeito é o Estado, que dizem respeito a cada cargo: não é, pois, qualidade jurídica, mas quantidade”, e “a *competência* requer sempre texto expresso de lei para que possa existir” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 279 -280).

O mesmo autor, ainda, citando René Foignet, diz que, nos países que admitem o contencioso administrativo, existem duas espécies de conflito:

- a) o *conflito de jurisdição*, que se verifica quando a luta de competência ocorre entre autoridades pertencentes à mesma ordem, ou seja, duas autoridades judiciárias ou duas autoridades administrativas [...];
- b) o *conflito de atribuição*, que ocorre quando as duas autoridades conflitantes pertencem a duas ordens diferentes, *uma à ordem judiciária*, outra, *à ordem administrativa*”.

Conclui-se, com base nessa citação, que os vocábulos “atribuição” e “competência” de nossa doutrina jurídica (seja qual for o ramo do Direito) não têm correspondência na doutrina administrativista francesa. Com efeito, pode-se extrair desses enunciados que, para o autor, “atribuição” diz respeito ao órgão (Executivo ou Judiciário) – daí o *conflito de atribuição* entre órgãos –; “competência” diz respeito ao agente estatal (quer pertença ao Executivo, quer

pertença ao Judiciário) – daí o *conflito de jurisdição* ou de *competência* entre agentes pertencentes a um mesmo órgão.

E a atividade legislativa (para ficarmos nas três funções estatais clássicas)? Ainda que nem os dicionaristas nem os doutrinadores se ocupem desse preciosismo conceitual ao se referirem à função legislativa, parece consensual nos meios jurídicos, e políticos, que o Legislativo, em sua função própria, detém *competência* e não *atribuição*.

Por sua vez, no direito constitucional não se constata a utilização do vocábulo “atribuição”, conforme se faz no direito processual e administrativo, mas emprega-se indistintamente o vocábulo “competência”, vocábulo este que os estudiosos do direito processual, geralmente, reservam apenas para o Poder Judiciário.

Assim é que Silva (1989, p. 428), tratando do direito constitucional, explica o significado do vocábulo *competências*: “as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”.

Indo-se à Constituição Federal – texto legal que, dada a sua finalidade de regular o exercício do poder, é a principal fonte normativa da competência/atribuição –, constata-se que o vocábulo fluente é “competência”. E esse vocábulo é empregado tanto em relação ao Judiciário quanto em relação ao Executivo e ao Legislativo, e tanto para se referir ao órgão estatal<sup>1</sup> como para se referir ao agente público<sup>2</sup>.

Poder-se-ia argumentar que a Constituição Federal – texto jurídico de conteúdo eminentemente político –, ao empregar o vocábulo “competência”, quer referir-se à parcela do poder (executiva, legislativa e judiciária) titulada por aqueles órgãos do Estado e, por consequên-

---

<sup>1</sup> Arts. 21; 22; 23; 24; 30; 49; 51; 52; 58, § 2º; 96; 102 etc.

<sup>2</sup> Art. 84.

cia, referir-se a esses órgãos de exercício do poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou a seus respectivos membros titulares, mas não à *função* estatal. Não procederia, porém, a argumentação.

É que a Constituição Federal não emprega o vocábulo “competência” somente em referência àqueles três clássicos e principais vértices do exercício do poder estatal; emprega-o também para se referir a *funções* de agentes públicos que são titulares daqueles órgãos estatais de exercício do poder.

Com efeito, relativamente ao Tribunal de Contas da União (órgão auxiliar do Congresso Nacional), ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional (órgãos de consulta do presidente da República), a Constituição Federal emprega o vocábulo “competência” (arts. 71, 90 e 91, § 1º, respectivamente). Da mesma forma, o faz relativamente ao Conselho Nacional da Magistratura e ao Conselho Nacional do Ministério Público (arts. 103-B, § 4º, e 130-A, § 2º, respectivamente), cujas funções, eminentes por certo, têm natureza administrativa e não participam, diretamente e em primeiro plano, do exercício do poder estatal, mas são meios para a viabilização desse exercício. Por outro lado, ao se referir às funções dos ministros de Estado, que são auxiliares do chefe do Executivo, também emprega o vocábulo “competência” (art. 87, parágrafo único).

Sabe-se, também, que a Constituição Federal não é um texto jurídico do qual se exige coerência técnica (ou científica, dizem alguns), conforme se espera de um texto doutrinário, mas, sendo ela uma “realidade jurídica”, a doutrina não pode ignorá-la em suas tentativas de sistematização da linguagem (instrumento do trabalho jurídico), sob pena de se tornar inútil.

Podem ser apresentadas as seguintes críticas à pretensa distinção semântica entre os vocábulos *atribuição* e *competência*,



segundo a qual o primeiro diz respeito à função administrativa e o segundo, à atividade jurisdicional:

- a) os vocábulos “atribuição” e “competência”, quer na linguagem comum<sup>3</sup>, quer na linguagem técnico-jurídica, muitas vezes, são tomados como sinônimos (usualmente, utiliza-se a palavra “competência” para se referir indistintamente a ambos os significados)<sup>4</sup>;
- b) dizer que “competência” refere-se à atividade jurisdicional não exprime toda a realidade do linguajar jurídico, pois, relativamente ao Legislativo, emprega-se o vocábulo “competência” para se referir às suas atividades-fim, e, com relação ao chefe do Executivo, usualmente, também se utiliza o vocábulo “competência” para se referir às suas altas funções;
- c) a Constituição Federal emprega o vocábulo “competência” tanto em relação ao Judiciário quanto em relação ao Executivo e ao Legislativo, e tanto para se referir ao órgão estatal como para se referir ao agente público e também para se referir à função pública.

---

<sup>3</sup> Por “linguagem comum” não nos referimos ao significado vernacular do termo. O que pretendemos exprimir é, tão somente, o significado no qual as pessoas em geral empregam o termo em sua comunicação despretenciosa de rigor técnico-jurídico, mesmo que o empreguem com significado jurídico.

<sup>4</sup> A mesma ambiguidade do vocábulo “competência”, observada nas linguagens coloquial e jurídica, é registrada no *Dicionário da Língua Portuguesa*, de Antônio Houaiss. V. “*Competência*. [...] 1. JUR aptidão de uma autoridade pública de efetuar determinados atos. 1.1. JUR qualidade legítima de jurisdição ou autoridade, conferida a um juiz ou a um tribunal, para conhecer e julgar certo feito submetido à sua deliberação dentro de determinada circunscrição judiciária. 1.2. JUR poder detido por um indivíduo, em razão do seu cargo ou função, de praticar atos próprios deste ou desta. [...]”. “*Atribuição*. [...] 2. responsabilidade própria de um cargo ou função; competência, prerrogativa [...]”. Assim: a linguagem comum, ainda que se pretenda jurídica, não estabelece diferença entre *competência* e *atribuição*.

Conclui-se, assim, a diferenciação entre os vocábulos “competência” e “atribuição”, de modo que o primeiro seja relacionado à atividade jurisdicional e o segundo, à atividade administrativa, não encontra respaldo nos dicionários jurídicos nem nas doutrinas constitucional e administrativista; também não tem apoio na Constituição Federal, que é a fonte normativa da competência/atribuição; finalmente, não é registrada nos dicionários vernaculares nem é adotada na linguagem comum. Encontra algum eco somente na doutrina processual, mas de forma bastante assistemática e equívoca. A ressonância dessa diferenciação semântica se faz mesmo é na linguagem judiciária ou forense.

Essa distinção, portanto, não é apropriada, já que não apresenta rigor técnico nem conteúdos semânticos delimitados nos dicionários especializados, na doutrina, na linguagem jurídica corrente nem em texto normativo.

## **2 Atribuição e competência: proposta de significação**

Pode-se concluir do acima visto que é adequado dizer que quaisquer agentes públicos, ao exercer um “poder” decorrente de suas funções legais ou regulamentares, desincumbe-se de uma “atribuição” ou “competência”, indistintamente, ainda que isso soe estranho no meio processual-forense, onde se procura fixar a ideia de que “competência” diz respeito ao poder jurisdicional e “atribuição” diz respeito ao poder administrativo (olvidando-se a “competência” legislativa).

Todavia, é certo que, na linguagem jurídica (quer prática, quer doutrinária) extraforense, procura-se também estabelecer distinção semântica entre esses dois vocábulos, ainda que de forma imprecisa, equívoca e assistemática, conforme acima visto. E, grosso modo, observa-se uma tendência em conferir maior

relevância ou “poder” decorrente do exercício de uma *competência* que ao “poder” decorrente do exercício de uma *atribuição*.

Conclui-se, assim, que no exercício de uma função pública na qual o agente aplica a lei segundo a sua compreensão, com alto grau de independência, não se sujeitando a vínculo hierárquico, ou se o vínculo for tênue, de modo que a autoridade superior lhe deixa significativa margem para o exercício da discricionariedade admitida em lei, ou ainda sujeito a vínculo predominantemente político, esse agente público exerce uma *competência*.

É atributo da *competência*, portanto, a *independência funcional* ou o poder discricionário, este, maior ou menor, em nome próprio ou por delegação, exclusivo ou partilhado com outra autoridade. O agente que detém *competência* compartilha, de alguma forma (legislativa, executiva ou judiciária), do exercício do poder do Estado, por meio de um dos órgãos de exercício do poder estatal (Legislativo, Executivo ou Judiciário, valendo-se da classificação tradicional<sup>5</sup>), ainda que não seja em primeiro plano, mas por meio de vínculo predominantemente político com o agente que se encontra no topo da hierarquia. O exercício de *competência* é incompatível com vínculo rígido de subordinação hierárquica, no sentido administrativo do termo, mas não com vínculo de subordinação política (ou fidelidade política), especialmente no Executivo.

Um critério objetivo para se definir “competência” como a função exercida pelo agente público é o fato de esta decorrer de lei; e isso se explica em razão de que, decorrendo de lei as suas “atri-

---

<sup>5</sup> Aqui incluiríamos o Ministério Público, conforme a seguir será brevemente sustentado, e é objeto de análise mais aprofundada em nosso artigo “O Ministério Público e o Poder” (*Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 7, p. 11-37, abr./jun. 2003).

buições”, elas não poderão ser afastadas ou modificadas por uma autoridade administrativa superior. O seu controle é *a posteriori* e exatamente no que diz respeito à legalidade.

Conforme visto, porém, não é sempre que a competência decorre de lei. Um ministro de Estado, por exemplo, detém “competência” no exercício de suas atribuições, ainda que estas estejam regidas por decreto e até mesmo estejam sujeitas a ordem verbal. Assim o é não apenas pelo fato de que seu “vínculo funcional” para com o chefe do Executivo é de natureza predominantemente política, e não hierárquica no sentido administrativo do termo, mas também porque, não obstante o ministro desempenhar suas funções sob a chefia do presidente da República, é a própria Constituição que estabelece a essencialidade delas (art. 76), sabido que o presidente da República não poderá comandar pessoalmente a administração do Estado em suas diversas áreas, quer por falta de conhecimento técnico, quer por limitação do tempo.

Ao contrário, se o agente – pertença ele a qualquer órgão de exercício do poder estatal – é incumbido de exercer determinada função ou praticar certos atos jungido a uma autoridade hierárquica que não pode apenas determinar previamente o conteúdo do ato a ser praticado pelo subalterno, mas também pode modificá-lo *ex officio*, esse agente é investido de *atribuição*.

Com base nas premissas acima adotadas, conclui-se ser mais apropriado se falar em “competência legislativa” (própria, mas não exclusiva, do Legislativo), “competência judiciária” (própria, mas não exclusiva, do Judiciário) e “competência administrativa” (própria, mas não exclusiva, do Executivo) do que se falar em “competência jurisdicional” e “atribuição administrativa”. Por outro lado, a “atribuição” é sempre administrativa e, como tal, predominante no Executivo, mas também não é exclusiva dele.

O identificador da “competência” é, pois, o seu conteúdo político, no sentido amplo do termo, que, para os fins deste artigo, definiríamos como possibilidade de agir com convicção própria, em assuntos atinentes ao Estado e, conseqüentemente, intervir socialmente, em maior ou menor espectro. “Atribuição” concerne às tarefas, aos meios, aos instrumentos, para aquele agir.

Esquemáticamente, diríamos então:

#### *Competência*

- legislativa (predominante do Legislativo);
- administrativa (predominante do Executivo);
- judiciária (predominante do Judiciário).

#### *Atribuição*

- administrativa (predominante no Executivo, mas também existente no Legislativo e no Judiciário).

Adotada a sistematização conceitual acima proposta, segue-se que, ao lado do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, o Ministério Público também é titular de *competência*, afeta às suas funções institucionais (CF, art. 129) e distribuída a todos os seus membros, e *competência administrativa*, decorrente de sua natureza de órgão autônomo do Estado (art. 127, §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, entre outros dispositivos), titulada especialmente pelo procurador-geral, chefe simbólico da instituição no que diz respeito às atividades-fim e chefe efetivo no que diz respeito às atividades-meio. E, por óbvio, na qualidade de órgão público e em decorrência de sua autonomia administrativa, é titular de várias *atribuições* distribuídas entre os diversos funcionários de seu quadro administrativo, sujeitos a vínculos hierárquicos,

que se enfeixam também na figura do procurador-geral, como chefe administrativo desse órgão do Estado.

Elencamos as seguintes razões para serem adotadas as expressões e classificações acima sugeridas:

- a) os vocábulos “atribuição” e “competência” não representam conceito preciso nem mesmo na linguagem jurídica (seja na doutrina, seja nos dicionários, seja nos textos legais);
- b) na linguagem processual-forense, emprega-se o vocábulo “competência” para se referir à função jurisdicional e o vocábulo “atribuição” para se referir a *tudo o mais*. No entanto, além de não cobrir todo o universo jurídico (não abrange a função legislativa e não contempla as altas funções políticas do Executivo), esse uso não tem eco nem mesmo na linguagem jurídica extraforense;
- c) há uma certa tendência na linguagem jurídica, e mesmo coloquial, em se conferir ao vocábulo “competência” um estatuto superior ao do vocábulo “atribuição”. Assim, com esse conteúdo semântico, o vocábulo “competência” tanto é utilizado para se referir a funções legislativas quanto a funções executivas e judiciárias;
- d) o vocábulo “atribuição” resta bastante delimitado pelas balizas da hierarquia e pelo fato de se referir, sempre, a uma função administrativa, exatamente por ser esta regida pelo princípio da hierarquia, ou seja, “atribuição” corresponde à função administrativa sob vínculo hierárquico.

Em síntese, o que se propõe, de forma tanto sistematizada quanto possível, não se afasta do que já se entende de maneira generalizada e intuitiva: “atribuição” refere-se às fun-

ções acometidas aos agentes administrativos de menor escalão, que não detêm poder de decisão, pertençam ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário; “competência” diz respeito às funções acometidas aos agentes públicos situados no alto escalão daqueles órgãos de exercício do poder estatal, que detêm poder de decisão, maior ou menor, mas não estão submetidos a controle hierárquico de uma pessoa, senão a controles legais ou a vínculo predominantemente político.

### **3 Judiciário: competência e atribuição**

Relativamente ao Poder Judiciário, a Constituição Federal, quando dispõe sobre o exercício do poder de modo geral, emprega o vocábulo “competência” tanto em relação às funções jurisdicionais (arts. 102, 105, 108, 109 etc.) quanto em relação às funções políticas e às altas funções administrativas (art. 96).

No entanto, ao disciplinar a divisão de *competência* entre os vários ramos do Poder Judiciário nacional, a Constituição acaba por adentrar a seara processual, e, aqui, a Carta Política é obediente à linguagem processual-forense, empregando o termo “competência” exclusivamente para se referir à função jurisdicional.

Assim é que o art. 102, I, *o*, da CF diz que *competete* ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, “os *conflitos de competência* entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal” [g.n.]. Porém, na alínea *f* do inciso I do art. 102 da CF diz que ao STF compete processar e julgar, originariamente, “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” [g.n.].

Assim, quando se refere a *conflito* entre tribunais (alínea *o*), a Constituição qualifica-o como sendo de *competência*, mas quando se refere a *conflito* entre a União, os estados e o Distrito Federal, emprega apenas o substantivo *conflito*.

Todavia, por óbvio, um conflito entre unidades federadas só pode ser conflito de competência, e não de atribuição, quer se adote a terminologia da própria Constituição, quer se adote a linguagem técnico-jurídica em geral, quer se adote a linguagem comum. Percebe-se que o redator do texto constitucional não empregou a expressão “conflito de competência” por simples apego à convenção da linguagem processual-judiciária, que reserva a expressão “conflito de competência” para se referir à função jurisdicional. Assim, porque, evidentemente, não se trata de um conflito de atribuição, preferiu empregar apenas o vocábulo “conflito”, mas é de conflito de competência que se trata ali.

E isso não é somente porque se trata de um conflito sobre o exercício de “poderes” estatais, mas pela simples e formal razão de que a Constituição Federal emprega o termo “competência” para se referir ao exercício desses “poderes” (arts. 22 e 25, § 1º).

Já relativamente ao Superior Tribunal de Justiça, o art. 105, I, *d*, da CF diz que *competete* a esta Corte processar e julgar, originariamente, “os *conflitos de competência* entre quaisquer tribunais ressalvado o disposto no art. 102, I, *o* [...]” [g.n.]. E a alínea *g* estabelece a *competência* do STJ para julgar “os *conflitos de atribuições* entre autoridades administrativas e jurisdicionais da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas [leia-se, pertencente ao Executivo] de outro ou do Distrito Federal, ou entre estes e a União” [g.n.], ou seja: se o conflito envolver uma autoridade pertencente ao Judiciário, a competência para solucioná-lo será sempre do Superior Tribunal de Justiça.



Se o conflito envolver somente autoridades do Executivo ou do Legislativo, pertençam elas a estados-membros ou pertençam também à União ou ao Distrito Federal, portanto, a competência para dirimir o conflito, em tese, será do Supremo Tribunal Federal (com base na alínea *f* do inciso I do art. 102), independentemente do grau hierárquico da autoridade administrativa.

Isso permite duas conclusões: a) o conflito entre agentes que pertençam a entes federativos diversos, na realidade, é sempre um conflito entre os próprios entes federativos a que pertençam os agentes; b) o conflito entre dois entes federativos é sempre um conflito sobre o exercício de parcela do poder estatal e, portanto, é sempre um conflito de competência, mesmo que se trate de uma atividade administrativa. Bem por isso, a Constituição estabelece que “comepete” ao Supremo Tribunal Federal dirimi-lo.

Não há, pois, nenhuma razão lógico-jurídica nem política em se conferir competência ao Superior Tribunal de Justiça (e não ao STF) para dirimir conflito de “atribuição”, *v.g.*, entre autoridade administrativa de um estado-membro e autoridade judiciária da União; da mesma forma que não há razão semântica para denominar-se a essa disputa “conflito de atribuição”, já que também aqui haverá um conflito sobre o exercício de determinada parcela do poder estatal (de natureza administrativa) por entes federados diversos.

Não se pode cogitar como sendo a razão de tal competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça o caráter nacional e unitário do Judiciário brasileiro, porque, se fosse essa a razão, a competência do Superior Tribunal de Justiça seria somente relativa a conflito entre autoridades judiciárias de entes federativos diversos, e não entre autoridade judiciária de um lado e administrativa de outro.

Parece que a verdadeira “razão” é a obediência àquele vezo terminológico processual-forense, segundo o qual o vocábulo

“competência” só se refere à atividade jurisdicional, do contrário, trata-se de “atribuição”, e, tendo a função jurisdicional maior relevância no Judiciário, na hipótese de o juiz envolver-se num conflito de atribuição com autoridade administrativa de outro ente federativo, esse conflito passa a ser visto como sendo de menor relevância, sob a perspectiva do Judiciário, e, assim, a competência para dirimi-lo é do STJ e não do STF.

#### **4 Conflito de competência e de atribuição: meios de solução**

A respeito de conflito, diz Cretella Júnior (2000, p. 183-184): “*Conflito é a luta ou choque de competência para resolver determinado litígio*”.

O mesmo autor, porém, adverte:

No atual direito administrativo do Brasil, em que impera o sistema da jurisdição una, *conflito de atribuição* designa tão só luta de competência para o exercício ou desempenho de determinada *função* ou *tarefa*, da qual se afasta qualquer ideia de pretensão jurisdicional.

E, logo em seguida, afirma:

Quando surge *luta de competência* entre dois órgãos da Administração que se acham, ao mesmo tempo, com o direito de tomar ou não tomar conhecimento de determinado negócio, estamos diante do chamado *conflito de atribuição*, positivo, no primeiro caso, negativo, no segundo.

Como exemplo da equivocidade dos vocábulos “competência” e “atribuição” na doutrina brasileira, agora transportada para a expressão “conflito de competência/atribuição”, observa-se que, ao mesmo tempo em que este autor afirma que “atribuição” refere-se à função administrativa, diz, implicitamente, que “competência” é o aspecto material da “atribuição”, que é formal (*luta de competência* implica *conflito de atribuição*).

E assim elide totalmente aquela pretensa distinção segundo a qual o *conflito de competência* refere-se à atividade jurisdicional e o *conflito de atribuição*, à atividade administrativa.

O vocábulo “conflito”, na linguagem jurídica, pode designar dois fenômenos distintos: disputa entre duas ou mais pessoas sobre a titularidade de um bem da vida – o móvel desse conflito é o interesse –; disputa entre autoridades ou entidades públicas sobre a capacidade para atuar ante determinada situação concreta – o móvel desse conflito é o dever/poder, sem se olvidar que, na realidade, frequentemente, aqui também o interesse mistura-se ao dever ou se sobrepõe a este. No primeiro significado, a questão é de natureza processual e diz respeito à relação dos conflitantes com o bem em disputa<sup>6</sup>. Na segunda acepção, a questão é de natureza administrativa e constitucional e resolve-se pela normatividade que dispõe sobre a legitimação dos conflitantes para atuar diante de situações concretas. Cuida-se, aqui, pois, do “conflito” nesta segunda acepção.

Nesta acepção, o “conflito” usualmente é classificado como *conflito de competência* e *conflito de atribuição*, conforme visto no início deste texto.

Na sistematização conceitual aqui proposta, o *conflito de competência* sempre terá um conteúdo político, mais ou menos forte; já o *conflito de atribuição* (administrativa, por definição), que se trava

---

<sup>6</sup> Santos define o *interesse* como “razão entre o homem e os bens, ora maior, ora menor”, e assim explica o *conflito de interesse*: “Existe quando à intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe a intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, donde a atitude de uma tende à exclusão da outra quanto a este” (2004, p. 4); enquanto *jurisdição* “é a função do Estado destinada a compor conflito de interesses ocorrentes” (2004, p. 197); já *competência* “é a delimitação da jurisdição” (2004, p. 198). De modo semelhante, Marques (2000, p. 319-320) define a competência como: “o poder jurisdicional que a lei delimita, no tocante ao respectivo exercício, quando atua *hic et nunc* dentro do âmbito que lhe traçam as normas legais”.

internamente nos órgãos de exercício do poder estatal e em níveis hierárquicos inferiores, é de conteúdo administrativo-burocrático.

De acordo com a natureza do conflito, é o meio de resolvê-lo dentro do sistema jurídico.

Estabelecidas assim as definições, tem-se que o conflito mais fácil de se resolver juridicamente é o *conflito de atribuição*, conforme é intuitivo, pois disso se encarrega o agente público hierarquicamente superior àqueles conflitantes, os quais não dispõem de meios jurídicos para fazer valer seus respectivos pontos de vista. Isso porque, conforme dito, um conflito de atribuição só se verifica internamente num órgão autônomo do Estado, de modo que dentro desse mesmo órgão se possa solucionar o conflito, por meio do simples exercício do poder hierárquico.

No entanto, as mesmas funções que ensejam conflito de atribuição dentro de um órgão, se o conflito envolver órgãos distintos (o Judiciário e o Executivo, por exemplo), já não mais será de atribuição, e sim de competência, porque aí a disputa não se dá entre os agentes subalternos, porém, entre os próprios órgãos ou, mais precisamente, entre os seus titulares respectivos.

Por outro lado, nem sempre o conflito de *competência* ocorre entre órgãos autônomos diversos; pode também ocorrer internamente num órgão, em cujo seio existam vários agentes detentores de competências concorrentes, porque não vinculados hierarquicamente, ou esse vínculo é também de natureza política, conforme visto. No segundo caso, não obstante a autoridade manter vínculo hierárquico com seu superior, enquanto persista a investidura, ela dispõe de certa liberdade para escolher os meios legais de atuação, conseqüentemente, exerce poder, tem competência, e não apenas atribuição. Todavia, em ambos os casos, a solução do conflito deve ocorrer, ordinariamente, no âmbito do próprio órgão. No primeiro

caso, serve de exemplo o conflito de competência entre dois membros do Ministério Público da União; no segundo caso, o conflito de competência entre dois ministros de Estado.

Entretanto, verificado o conflito de *competência* entre dois órgãos autônomos do Estado ou entre dois entes federativos, somente o Judiciário poderá impor a respectiva solução. Do contrário, se um dos órgãos disputantes ou um terceiro órgão de natureza político-administrativa pudesse impor a solução ao outro, aquele que se obrigasse à solução imposta perderia a sua autonomia.

## **5 Conflito de atribuição/competência no Ministério Público e respectiva solução**

Diante dos expressos termos do art. 127, §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, da Constituição Federal e também em decorrência da forma de investitura do chefe dos Ministérios Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal e Territórios (no qual a participação do Executivo e do Legislativo se dá apenas por mecanismo de “freios e contrapesos”: art. 128, §§ 1º, 2º, 3º e 4º), parece não restar dúvida de que o Ministério Público brasileiro detém autonomia plena, tal qual a do Executivo, do Legislativo e do Judiciário<sup>7</sup>.

A peculiar natureza jurídico-política da autonomia desses órgãos de Estado (Legislativo, Executivo, Judiciário e Ministério Público) em relação a certos entes públicos que também se dizem “autônomos” (autarquias) decorre dos seguintes fatores, cumulativamente, além do fato de estarem previstos na Constituição Federal: têm competências para o exercício de funções estatais

---

<sup>7</sup> Por isso é que a CF, em seu art. 85, I, estabelece que atos do presidente da República que atentem contra o livre exercício do Ministério Público constitui crime de responsabilidade e o art. 130-A, § 2º, I, confere ao Conselho Nacional do Ministério Público competência para zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público.

próprias e indelegáveis, que se estendem, potencialmente, a todo o agir social (e não apenas sobre um específico ramo de atuação da sociedade); mantêm mecanismos de controle entre si, constitucionalmente previstos<sup>8</sup>. A autonomia desses órgãos do Estado não decorre da natureza de suas respectivas funções (legislar, administrar, julgar e fiscalizar), mas do regramento constitucional por meio do qual exercem suas funções<sup>9</sup>.

Disso decorre que o conflito de competência entre esses órgãos estatais somente poderá ser resolvido de modo imperativo pelo Judiciário, porque a solução de conflitos é a específica função desse órgão do Estado, e, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esses órgãos estatais são titulares de verdadeiros direitos constitucionais, que se opõem reciprocamente.

Na rotina administrativa do Ministério Público, poderá surgir conflito de atribuição, conforme nos demais órgãos de exercício do poder estatal, hipótese em que a solução será dada de acordo com as respectivas normas internas.

Semelhantemente é a solução do conflito de competência administrativa entre os diversos ramos do Ministério Público da União, pois nos termos do § 1º do art. 128 da Constituição Federal, “O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República [...]”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> V. o nosso artigo “O Ministério Público e o Poder”.

<sup>9</sup> O art. 2º da CF proclama que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Na realidade, a “independência” diz respeito ao exercício do poder pelos agentes membros desses órgãos. O órgão estatal é autônomo, porque independente é o Estado (v. o nosso artigo “Princípios Constitucionais do Ministério Público”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 2, jan./mar. 2002, e n. 10, jan./mar. 2004).

<sup>10</sup> O vocábulo “chefe”, aqui, tem dois significados: um simbólico, político, relativo às funções institucionais do MP, desempenhadas por seus membros; outro efetivo,

Já o eventual conflito de competência administrativa<sup>11</sup> entre os Ministérios Públicos dos diversos estados ou entre estes e um ramo do Ministério Público da União não encontra meio de solução previsto no âmbito do próprio Ministério Público, pois a Constituição Federal não instituiu um órgão administrativo de cúpula no Ministério Público brasileiro – mas dessa espécie de conflito – em tese possível de ocorrer – não se cuida aqui.

Uma espécie de conflito bastante frequente é aquela que diz respeito à atividade-fim, disputada por membros de Ministério Público afetos a entes federativos diversos. O Ministério Público, ainda que apresente um perfil constitucional unitário e nacional, também não dispõe de mecanismo constitucional para sua *solução*.

Com efeito, o órgão do Ministério Público brasileiro que dispõe de competência nacional mais ampla é o procurador-geral da República, mas essa amplitude diz respeito apenas à atuação judiciária (perante o Supremo Tribunal Federal), pois em termos político-administrativos, a Constituição confere-lhe chefia apenas do Ministério Público da União (art. 128, § 1º). Por outro lado, entre as competências do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º), não consta a de dirimir conflito de competência entre ramos ou membros do MP nem entre membros de ramos diversos.

Tem-se suprido esse vácuo normativo por meio de três normas constitucionais: o art. 102, I, *f* (que outorga ao STF competência para solucionar conflito entre entidades federativas diversas), o art. 105, I, *d* (que outorga ao STJ competência para solucionar conflitos de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos), e o art. 105, I, *g* (que outorga ao STJ competência para solucionar conflito de

---

administrativo, relacionado às atividades-meio da instituição.

<sup>11</sup> Utilizamos a expressão “competência administrativa” para nos referir à atividade-meio do MP, em oposição à atividade-fim, a que denominarei “competência política”.

atribuição entre “autoridades judiciárias de um estado e administrativa de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”).

Conforme se procurou demonstrar acima, abstraindo-se a questão relativa às competências e peculiaridades organizacionais, sob o aspecto da autonomia político-administrativa (autonomia), na Constituição de 1988, não há diferença entre o perfil do Legislativo, do Executivo, do Judiciário e do Ministério Público, enquanto órgãos de exercício do poder estatal.

Já no que se refere ao sistema federativo, há significativa diferença entre as estruturas do Legislativo e do Executivo, de um lado, e do Judiciário e do Ministério Público, de outro. Com efeito, a estrutura federativa é bem demarcada no que se refere ao Legislativo e ao Executivo, mas, quanto ao Judiciário e ao Ministério Público, são tênues os contornos federativos.

Em decorrência da extraordinária competência legislativa da União e da competência dos juízes estaduais para aplicar a lei federal, e, ainda, em consequência de nosso sistema recursal extremamente centralizado nos tribunais superiores, mantidos pela União, o Judiciário brasileiro sobrepõe-se à estrutura federativa, adquirindo conformação marcadamente unitária. Esse tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, respaldado na doutrina constitucional e processual<sup>12</sup>. E, conforme será visto, o mesmo se pode dizer do Ministério Público.

---

<sup>12</sup> Isso é afirmado exaustivamente no acórdão denegatório de medida liminar na ADIn n. 3.367-1/DF, rel. Ministro Cezar Peluso (em que a Associação dos Magistrados Brasileiros argui a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da EC n. 54/2005, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça), e também no acórdão concessivo de medida liminar na ADIn n. 3.854-1/DF, rel. Ministro Cezar Peluso, em que a AMB impugna a redação dada pela EC n. 41/2003 ao art. 37, XI, da CF. Nesta decisão liminar, o Supremo deu à norma introduzida ao art. 37, XI, pela EC n. 41/2003, interpretação conforme a Constituição e suspendeu a eficácia de resoluções do Conselho Nacional da Justiça, decidindo que, em decorrência do “caráter nacional e unitário” do Poder Judiciário brasileiro, é inconstitucional a emenda



Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 92, ao dispor sobre o Poder Judiciário, enuncia-o de “forma” una e, em seguida, enumera os seus diversos órgãos<sup>13</sup>.

Já relativamente ao Ministério Público, no art. 128, a CF não o enuncia de “forma” una, mas como sendo formado por diversos “Ministérios Públicos”<sup>14</sup>. Todavia, esta norma – digamos, estruturadora do MP – é antecedida por outra que estabelece como princípio do Ministério Público a unidade e a indivisibilidade, além da independência funcional (art. 127, § 1º)<sup>15</sup>.

Analisando-se as normas relativas ao Judiciário e ao Ministério Público na Constituição de 1988, observa-se a quase total simetria entre essas duas instituições, no que diz respeito a três pontos: a) unicidade, sobrepondo-se à federação; b) autonomia diante dos demais órgãos de exercício de poder do Estado; c) independência funcional de seus agentes-membros<sup>16</sup>.

---

constitucional que estabelece para o magistrado estadual teto de subsídio inferior àquele estabelecido para o magistrado federal.

<sup>13</sup> “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A - o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; IV - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

<sup>14</sup> “Art. 128. O Ministério Público abrange: I - O Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados”.

<sup>15</sup> Sobre a natureza, o alcance e a articulação desses princípios, v. nosso artigo “Princípios Constitucionais do Ministério Público”.

<sup>16</sup> A EC n. 45/2005, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, estabeleceu, expressamente, que o primeiro é órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A); já quanto ao CNMP, não ficou expresso que ele é órgão do MP (art. 128). Entretanto, analisando-se as normas relativas a esses conselhos, não se constata nenhuma diferença entre eles no que diz respeito ao vínculo com as respectivas instituições Judiciário e Ministério Público e – diga-se também – não há diferença entre eles quanto à forma de sua composição, à representatividade social e às competências (arts. 103-B e 130-A, respectivamente).

As diferenças entre esses dois braços do Estado, que são grandes, dizem respeito à natureza e ao volume das respectivas funções, e ao tamanho de suas estruturas respectivas. Disso poderão decorrer, e de fato decorrem, várias conseqüências no plano simbólico e político ou, mesmo, para determinados fins jurídicos. Entretanto, sobre aqueles três pontos, não se constata na Constituição Federal norma que estabeleça a diferenciação entre esses dois órgãos do Estado<sup>17</sup>.

Relativamente ao Judiciário, o próprio sistema processual – e, mais especificamente, o recursal – permite que os conflitos de competência política (jurisdicional) entre juízes de entes da federação diversos resolvam-se incidentalmente num processo. Em conseqüência, por vezes, confundem-se o conflito de “competência política” entre juízes pertencentes a entidades federativas diversas e o conflito de interesse entre as partes que reivindicuem a competência de um ou outro juiz para decidir a sua causa<sup>18</sup>.

Somente o conflito de competência administrativa entre juízes que pertençam a entes federativos diversos – o que é muito

---

<sup>17</sup> Conforme registrado na nota 12, na ADIn n. 3.854-1/DF, o STF, em medida cautelar, decidiu que, em decorrência do “caráter nacional e unitário” do Poder Judiciário brasileiro, é inconstitucional a emenda constitucional que estabelece para o magistrado estadual teto de subsídio inferior àquele estabelecido para o magistrado federal. Nesse mesmo acórdão, porém, houve declarações de voto no sentido de que o mesmo entendimento não se aplica ao Ministério Público, porque este não se reveste da unidade como “princípio estruturante da instituição”, e, dessa forma, “retroativamente”, fundamentou-se a decisão pela qual fora deferida medida liminar na ADIn n. 3.831-1, rel. Ministra Cármen Lúcia, em que o procurador-Geral da República arguia a inconstitucionalidade da Resolução n. 15/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, resolução esta que, exatamente em face do art. 37, XI, da CF, pretendia conferir tratamento unitário entre os membros dos Ministérios Públicos da União e os dos estados. Todavia, as mencionadas declarações de voto limitaram-se a afirmar que o MP não se reveste do mesmo caráter unitário do Judiciário e que este, diferentemente daquele, é um poder, mas não fundamentaram tais assertivas.

<sup>18</sup> A competência para dirimir esses conflitos de competência é do STJ (CF, art. 105, I, *d*).

improvável de se verificar, já que suas atividades administrativas são relativamente modestas e, praticamente, referem-se à gestão de seus recursos para o desempenho da função fim, jurisdicional – escapa, em tese, a esse meio dúplice de solução de conflitos, e, portanto, compete ao STF solucionar, em ação originária, com base no art. 102, I, *f*, da CF<sup>19</sup>.

No entanto, apesar da simetria entre o Judiciário e o Ministério Público, no que se refere à autonomia para o exercício de seus respectivos poderes políticos constitucionalmente previstos, o MP não poderá resolver os conflitos de competência entre os membros pertencentes a entes federativos diversos por essa via, já que não dispõe do “poder processual” relativo à disputa de interesse entre terceiros.

Por outro lado, não obstante o forte caráter unitário do Ministério Público brasileiro – a unidade é princípio constitucional do MP –, a Constituição Federal não lhe prevê um órgão central com poder para dirimir conflitos de competência política entre ramos pertencentes a entes diversos da federação.

Diferentemente do Judiciário e do Ministério Público, o Legislativo e o Executivo dos diversos entes federados são absolutamente autônomos entre si, no plano político-administrativo; a “unidade” entre eles é apenas aquela de natureza federativa (CF, art. 1º). Daí por que quaisquer disputas entre aqueles – Legislativo e Executivo de entes federativos diversos –, não resolvidas pela via da negociação, hão de sê-lo pelo Judiciário. É mesmo inconcebível, ainda que no plano teórico e especulativo, um órgão investido de poder para dirimir conflito entre aqueles órgãos afetos a entidade

---

<sup>19</sup> Conforme se viu, na hipótese de o conflito de competência administrativa (diz-se “conflito de atribuição”) ocorrer entre uma autoridade judiciária (juiz) e uma autoridade administrativa (autoridade não pertencente ao Judiciário) vinculadas a entes federativos diversos, ele será dirimido também em ação originária, porém, pelo STJ (art. 105, I, *g*).

federativa diversa, pois tal órgão haveria, necessariamente, de deter um poder político superior àqueles outros, e, assim, é a própria federação que seria abolida<sup>20</sup>. Isso, porém, não ocorre na solução do conflito pelo Judiciário, quer pela elementar razão de que é da própria essência da função jurisdicional a solução de conflitos – detendo ele o monopólio dessa atividade (art. 5º, XXXV), sem que isso lhe confira “superioridade” diante dos demais órgãos de exercício do poder estatal, apenas indicando a sua peculiar função –, quer pelo fato de que do Judiciário esperam-se decisões informadas, primordialmente, por argumentos técnico-jurídicos, sendo este saber a sua principal fonte de legitimidade.

Por isso que a Constituição Federal, em seu art. 102, I, *f*, outorga ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar, originariamente, “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”.

Surge, aqui, a questão consistente em saber se esses “conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal” são capitaneados somente pelo Executivo e pelo Legislativo ou também podem ser travados por membros do Judiciário e do Ministério Público de entes federativos diversos. A questão tem pertinência não apenas em razão do caráter unitário desses órgãos de exercício do poder, mas também pelo fato de que, dada a natureza de suas funções, não se vislumbra nelas, em si, possibilidade de disputa envolvendo o pacto federativo, mas apenas interesses/competências dos respectivos ramos da instituição.

Quanto ao Judiciário, parece que a Constituição não confere relevância federativa aos conflitos protagonizados por

---

<sup>20</sup> O Senado Federal, composto por representantes dos estados-membros e do DF, dispõe de algumas competências muito específicas sobre os entes federados (art. 52).

membros afetos a entes federativos diversos (em função administrativa), já que o art. 105, I, g, outorga competência ao STF para dirimi-los.

Parece claro que a finalidade da norma contida no art. 102, I, f, da CF é estabelecer uma instância para dirimir conflitos que digam respeito ao pacto federativo, pacto no qual, em nosso sistema constitucional, o Judiciário e o Ministério Público não têm protagonismo, dadas a conformação unitária desses órgãos de exercício do poder estatal e a natureza de suas funções, conforme já dito. Na realidade fática e também jurídica, são o Legislativo e o Executivo os protagonistas do pacto federativo, e, portanto, os respectivos conflitos são por eles capitaneados.

Admitindo-se que apenas o Legislativo e o Executivo podem ser agentes desse conflito, surge a questão consistente em saber se qualquer disputa envolvendo entes federativos diversos ou seus respectivos agentes é uma disputa federativa ou se apenas aquela disputa que, de algum modo, reflete no pacto federativo constitui uma disputa federativa, para sujeitá-la à competência do STF. Sabe-se que, por vezes, a disputa entre o Executivo de um estado-membro e o Executivo de outro estado-membro refere-se, por exemplo, a um simples e inexpressivo bem patrimonial.

No Supremo Tribunal Federal, a discussão vem desde a Constituição de 1967, cujo art. 119, I, d (na redação dada pela EC n. 1/69) continha preceito idêntico ao do art. 102, I, f, da Constituição de 1988<sup>21</sup>.

Foi ela objeto específico de decisão na Ação Cível Originária n. 359-8/SP, tendo por relator o Ministro Celso de Mello, na sessão

---

<sup>21</sup> Sobre essa discussão jurisprudencial, vide o acórdão proferido na Ação Cível Originária n. 360-1/SP, em 14.10.1987, rel. Ministro Néri da Silveira.

de 4.8.1993. A ementa desse acórdão é insuperavelmente sintética e clara, pelo que transcrevo o seguinte excerto:

[...]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na definição do alcance dessa regra de competência originária da Corte, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência às hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da federação.

Ausente qualquer situação que introduza a instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione a ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federado, deixa de incidir, ante a inocorrência dos seus pressupostos de atuação, a norma de competência prevista no art. 102, I, *f*, da Constituição.

[...] <sup>22</sup>.

Discutia-se na ACO n. 359-8/SP a competência jurisdicional relativa a uma ação de execução por quantia certa promovida por uma sociedade de economia mista do Estado de São Paulo contra o Estado do Maranhão. Com base em tais premissas, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a competência era do juízo estadual de 1ª instância, no caso, do Estado do Maranhão.

Todavia, o objeto específico deste artigo diz respeito ao conflito que envolve membros de Ministérios Públicos vinculados a entes federativos diversos. Diferentemente do conflito jurisdicional, que pode ser suscitado tanto pela autoridade judiciária quanto pelas partes – já que poderá ser, e normalmente é, do interesse das partes que o processo tramite num ou noutra juízo –, o conflito entre membros do Ministério Público, em princípio, não interfere

---

<sup>22</sup> Participaram do julgamento os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, sob a presidência do Ministro Octavio Gallotti, sendo unânime a votação.

no processo e, conseqüentemente, não afeta o interesse das partes, senão do Ministério Público como instituição. Trata-se de um conflito que envolve, exclusivamente, os membros dos MPs; portanto, refere-se ao poder (ou atribuição/competência) para o exercício de uma função. Daí por que não compete ao juízo que detém jurisdição para decidir a lide conhecer desse conflito.

Por outro lado, o art. 105, I, g, da Constituição Federal confere ao Superior Tribunal de Justiça competência para julgar originariamente conflito de atribuição que envolva ao menos uma autoridade judiciária. E membro do Ministério Público não é autoridade judiciária e sim *ministerial*. Já na hipótese de se tratar de conflito jurisdicional – entre duas autoridades judiciárias –, compete também ao STJ solucioná-lo, mas por força da alínea *d* do inciso I do art. 105 da CF, salvo se um dos conflitantes for tribunal superior, hipótese em que a competência é do STF (art. 102, I, *o*). Entretanto, se o conflito se trava entre membros do MP de entes federativos diversos e diz respeito a atribuição/competência para ajuizar uma ação, por óbvio não há conflito entre autoridade judiciária.

É certo que, instaurada a ação, poderá surgir conflito entre, por exemplo, membro do Ministério Público Federal e membro do MP de um estado sobre a atribuição/competência para atuar no processo. Nessa hipótese, têm-se duas soluções possíveis: ou (a) se entende que o interesse/legitimidade processual do MP repercute no interesse material do ente federativo a que ele está afeto e, assim, repercute na competência jurisdicional prevista no art. 109 da CF – hipótese em que surge um conflito de competência jurisdicional, a ser resolvido pelo Judiciário, ou (b) se entende que o interesse/legitimidade de um ou de outro ramo de MP não afeta a competência jurisdicional – hipótese em que se tem um conflito entre membros de MPs, não competindo ao Judiciário resolvê-lo naquele processo.

Há, porém, uma tendência em resolver esses conflitos no âmbito do processo em que ele surge. Essa prática é de tal modo consagrada que, muitas vezes, o conflito é anterior a qualquer atuação do Judiciário e do envolvimento de interesse de terceiros; é apenas institucional-ministerial. E a ação é ajuizada como forma de levar o conflito ao Judiciário, dando-se-lhe uma aparência de jurisdicionalidade, de modo que venha a ser solucionado pelo STJ ou pelo STF, e procrastinando a solução da lide principal.

É que, não obstante a autonomia do Ministério Público em relação aos demais órgãos de exercício do poder estatal e a sua conformação nacional e unitária, a Constituição Federal não prevê um órgão com poder para dirimir conflitos de atribuição/competência que transborde um ente da federação<sup>23</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem oscilado quanto à competência daquela Corte para dirimir conflito de atribuição/competência entre membros do Ministério Público afetos a entes federativos diversos.

Inicialmente, na linha da jurisprudência relativa à competência do STF para o processo e julgamento de causas envolvendo interesse de entes federativos diversos – em que a jurisprudência se firmou no sentido de que essa competência não se estende a quaisquer ações, mas apenas àquelas em que exista relevante questão federativa (ACO n. 359-8/SP) –, o STF também não se reconheceu competente para dirimir conflito envolvendo membros

---

<sup>23</sup> O § 1º do art. 128 da CF estabelece que “O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República [...]”. Assim, na condição de chefe administrativo, poderá ele dirimir conflito entre os diversos ramos do MP da União, mas não entre estes e o MP de um estado-membro. A EC n. 45/2004, ao instituir o CNJ, conferiu ao procurador-geral da República um novo poder sobre os MPs estaduais, consistente na escolha de um membro destes para compor o CNJ (art. 103-B, XI, mas continua ele sem o poder para dirimir conflitos).



de MP para ajuizar ação, porque – entendeu o STF – se trata, no caso, de mera divergência de interpretação jurídica diante de um fato dado, sem que isso fira interesse federativo.

Nesse sentido foi o precedente mais antigo que localizei, sob a vigência da Constituição de 1988. Refere-se à Petição n. 1.503-6/MG, que teve como relator o Ministro Maurício Correia, sessão de 3.10.2002. Tratava-se de conflito negativo de atribuição para ajuizar ação penal, suscitado pelo procurador-geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, em face do Ministério Público Federal naquele estado. O conflito foi suscitado com fundamento na alínea *f* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal e em procedimento que tramitava naqueles ramos do MP. O então procurador-geral da República emitiu parecer pelo conhecimento do conflito de atribuição. O relator, porém, invocando os precedentes relativos às ACOs n. 359 e 417, afirmou que não caberia ao Supremo Tribunal Federal, por força daquela norma constitucional, solucionar “toda e qualquer controvérsia entre a União e os Estados, ou destes entre si”, e, no caso em exame, “a controvérsia não fer[iria] questão de ordem política nem traduz[iria] interesses contrapostos capazes, ainda que de forma potencial, de vulnerar os valores que informam o pacto federativo”. Após diversas considerações sobre a insuficiência das normas constitucionais relativamente à competência para dirimir o conflito, o relator concluiu pela competência do Superior Tribunal de Justiça, por força da alínea *d* do inciso I do art. 105 da Constituição Federal, e, nesses termos, foi a decisão do STF, por unanimidade de votos.

Na mesma linha foi a decisão proferida na Ação Originária n. 765-1/SP, que teve como relator o Ministro Carlos Britto, sessão de 4.8.2005. O conflito de atribuição foi suscitado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (na pessoa de seu procurador-geral) em face do Ministério Público Federal naquele estado, sem prévia

judicialização da questão objeto do conflito, remetendo, assim, os autos extrajudiciais diretamente ao Supremo Tribunal Federal para dirimir o conflito, com fundamento na alínea *f* do inciso I do art. 102 da CF. Instado o Procurador-Geral da República a se manifestar sobre o conflito, na pessoa de Cláudio Fonteles, este, preliminarmente, arguiu que competia ao PGR dirimir o conflito e pediu para que lhe fossem devolvidos os autos. O relator, assentando inicialmente que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que, nos termos da alínea *g* do inciso I do art. 105 da CF, não competia àquela Corte conhecer de conflito de atribuição entre membros do Ministério Público, mas, por outro lado, invocando o acórdão proferido na Petição n. 1.503, concluiu que, nos termos da alínea *f* do inciso I do art. 102 da CF, não competia ao Supremo Tribunal Federal conhecer do conflito e, assim, votou pela remessa dos autos ao STJ, para dirimir o conflito (em sentido contrário, pois, da jurisprudência do próprio STJ), voto que foi acolhido por unanimidade.

A partir de então, a jurisprudência do STF modificou-se.

Vejamos algumas outras decisões do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso daqueles precedentes.

Petição n. 3.528-3/BA, relator Ministro Marco Aurélio, sessão de 28.9.2005. Em autos judicializados, mas sem que houvesse denúncia, foi suscitado *conflito de atribuição* pelo Ministério Público do Estado da Bahia em face do Ministério Público Federal naquele estado. O relator anotou que ambos os juízes entendiam que a atribuição cabia ao Ministério Público estadual, portanto, não se poderia falar sequer em conflito jurisdicional virtual, pelo que não se aplicava analogicamente a alínea *d* do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. O relator consignou ainda que o Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos

Fonteles, ao ser instado a se manifestar sobre o conflito, decidiu o mesmo. Entretanto – prosseguiu o relator –, não compete ao PGR decidir tal conflito, porque, nos termos do § 1º do art. 128 da CF, referida autoridade não dispõe de poder de ingerência nos Ministérios Públicos estaduais. Assim, o STF, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, entendeu tratar-se de um conflito de atribuição entre membros do MP de entes federativos diversos e decidiu por votação unânime.

Petição n. 3.631-0/SP, relator Ministro Cezar Peluso, sessão de 6.12.2007. Nesse caso, antes de instauração da ação penal, o Ministério Público de Mato Grosso do Sul arguiu, perante o juízo, falta de atribuição para a persecução penal, indicando para tanto o Ministério Público do Estado de São Paulo. O membro do Ministério Público de São Paulo, após concluída a investigação, também arguiu falta de atribuição para apresentar a denúncia e suscitou o *conflito de atribuição* perante o juízo, requerendo a remessa dos autos ao STJ para dirimi-lo. O STJ, em acórdão do qual foi relatora a Ministra Laurita Vaz, entendeu que, a teor da alínea *g* do inciso I do art. 105 da CF, não competia àquela Corte dirimir o conflito, porque este não era de natureza jurisdicional, e remeteu os autos ao STF, com fundamento na alínea *f* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal. No STF, o relator, Ministro Cezar Peluso deixou assentado que, realmente, se tratava de conflito de atribuição entre membros do MP e conheceu do conflito, com base no mencionado dispositivo constitucional. Divergiu o Ministro Carlos Britto, em cujo voto afirmou que a CF não outorga competência nem ao STF nem ao STJ para dirimir o conflito, mas, por aplicação analógica da alínea *d* do inciso I do art. 105 da CF, a competência caberia ao STJ.

Tem-se, pois, que, embora a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja no sentido de que compete àquela Corte

Constitucional dirimir conflito de atribuição/competência entre membros do Ministério Público de entes federativos diversos – tenha o conflito surgido em autos judiciais, tenha surgido em autos administrativos, no âmbito do próprio Ministério Público –, essa jurisprudência não é muito sólida, não apenas em face dos precedentes em sentido contrário, relativamente recentes, mas também porque dela diverge o Ministro Carlos Ayres Britto.

Ademais, leem-se nos próprios votos que admitem a competência do STF ponderações quanto à insuficiência da norma constitucional (art. 102, I, *f*) para respaldar essa competência. Concluem por aceitá-la com base em premissas negativas: a) alíneas *d* e *g* do inciso I do art. 105 da CF não outorgam ao Superior Tribunal de Justiça essa competência, porque a competência daquela Corte de Justiça refere-se a conflitos em que ao menos um dos conflitantes seja autoridade judiciária; b) § 1º do art. 128 da Constituição Federal não outorga ao procurador-geral da República essa competência, porque seu poder de chefia estende-se somente ao Ministério Público da União. Assim, diante da lacuna legislativo-constitucional e do postulado segundo o qual toda controvérsia jurídica tem que encontrar um meio de solução no ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal decide por solucionar o conflito.

## **6 Conclusão**

Realmente, dada a inexistência de norma constitucional clara que preveja uma instância para dirimir o conflito de atribuição/competência entre membros do Ministério Público afetos a entes federativos diversos, o mais adequado é que esse conflito seja dirimido pelo Supremo Tribunal Federal, não apenas porque a alínea *f* do inciso I do art. 102 da CF dá um certo respaldo a essa competência, mas, principalmente, porque a questão é de natureza eminente-

temente constitucional, e, sendo assim, que a Corte Constitucional a decida de pronto, em ação/petição direta.

Todavia, além da controvérsia técnico-jurídica sobre essa competência, conforme acima visto, há um problema jurídico-prático. É que, na realidade, a decisão do Supremo Tribunal, eminente que é a sua autoridade, é também inexecutável.

Com efeito, o § 2º do art. 127 da Constituição Federal assegura ao Ministério Público a garantia da autonomia funcional, significando isso que este órgão do Estado, no exercício de suas funções institucionais, não se vincula a determinação de outro órgão de exercício do poder estatal, ainda que seja o Judiciário, mas agirá segundo as normas legais e regulamentares próprias. Os mecanismos de controle do exercício desse poder que o Ministério Público detém são aqueles próprios aos demais órgãos de exercício de poder, chegando, eventualmente, até a responsabilidade penal, mas não é possível a execução de uma ordem para que, por exemplo, o Ministério Público (afeto a qualquer ente federativo) promova uma ação.

Assim, dirimido o conflito de “atribuição” (que – vê-se agora com maior clareza –, na realidade, é de competência), na hipótese de aquele ramo do Ministério Público que antes houvera declinado da atribuição persistir em omitir-se, não há meio processual de se tornar efetiva a decisão do Supremo Tribunal Federal.

E ainda. Admitindo-se que a ação venha a ser proposta pelo ramo do Ministério Público que o STF teve por titular da atribuição/competência e perante o juízo que aquela mesma decisão declarou competente para o processo e julgamento da questão – hipótese mais provável de acontecer –, estará preclusa toda a discussão relativamente à competência jurisdicional ou poderá o juízo, que não participara daquele conflito – e portanto, não teve oportunidade de prestar suas informações –,

declarar-se incompetente, ressuscitando, em essência, a mesma questão, mudando-se, agora, somente os seus personagens: de membros do Ministério Público para membros do Judiciário?

Admitamos a hipótese de esse conflito surgir num procedimento judicializado (tal como um inquérito policial), mas no qual ainda não se iniciou uma ação, e, adotando-se a tese segundo a qual, no conflito de atribuição, para apresentar a denúncia, há um conflito virtual de competência jurisdicional para recebê-la, conclui-se pela competência do Superior Tribunal de Justiça para decidir o conflito, com fundamento no art. 105, I, *d*. Admitamos – conforme comumente ocorre – que esse conflito se dê entre membro do Ministério Público de um estado e membro do Ministério Público Federal, e que o membro do MP considerado titular da atribuição pelo STJ promova a ação perante o juízo “virtualmente” competente. Essa “virtualidade” concretiza-se, tornando o juiz competente para o caso, ou a competência poderá vir a ser questionada posteriormente, chegando agora ao próprio Supremo Tribunal Federal, por se tratar de matéria constitucional (a competência da justiça federal)?

Tais dúvidas deixam claro que, além da questão relativa à competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir conflito de atribuição/competência entre membros do MP com base no art. 102, I, *f*, da CF, é de todo inconveniente que essa competência seja outorgada ao Judiciário.

A competência para solucionar conflito de competência/atribuição entre membros do Ministério Público pertencentes a entes federativos diversos há de se situar dentro do próprio MP, em face da autonomia constitucional da instituição e também porque isso se ajusta ao perfil unitário do Ministério Público nacional.

A objeção que se podia apresentar, ao nosso entender, era quanto à conveniência de se criar um órgão do Ministério

Público, de nível nacional, com função exclusiva para dirimir conflito de atribuição entre membros do Ministério Público de entes federativos diversos. A objeção agora ficou superada com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe de poderes para resolver questões de natureza administrativa, financeira e institucional no âmbito de todos os ramos do MP, e com legitimidade para tal, em face de sua composição. Tenho, assim, que seria adequado e desejável uma norma constitucional outorgando ao CNMP competência para dirimir conflito de atribuição/competência entre membros de Ministérios Públicos afetos a entes federativos diversos.

É certo que se podem apresentar objeções a essa solução, mas, certamente, serão menores do que as que se apresentam ao sistema atual.

De imediato, é de se afastar a ponderação relativa à sobrecarga de funções do CNMP. É que a função já existe e é exercida pelo STF, que também já dispõe de muitas funções.

Por outro lado, ainda que, na concepção constitucional atual, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional da Magistratura sejam mais ou menos simétricos, e ao CNM não compete solucionar conflito de competência entre juízes, essa simetria não é um dogma. No atual quadro, conforme se disse acima, o Judiciário já dispõe de órgão e mecanismo para dirimir conflito de competência entre membros da magistratura, fazendo-o nos autos protagonizados pelas partes. O MP, dadas a natureza e a peculiaridade de suas funções, não dispõe desse mecanismo. Necessariamente tem que se valer de procedimento próprio – ou da ficção da conflito virtual de jurisdição – para resolvê-lo. Assim, em face dessas mesmas peculiaridades, creio que seja o Conselho Nacional do Ministério Público o órgão mais adequado

para dirimir conflito de atribuição/competência entre membros do Ministério Público afetos a entes federativos diversos.

## **Referências**

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas-SP: Millennium, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

PIRAGIBE, Clóvis C.; MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe. *Dicionário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. São Paulo: Companhia Forense, 1975.

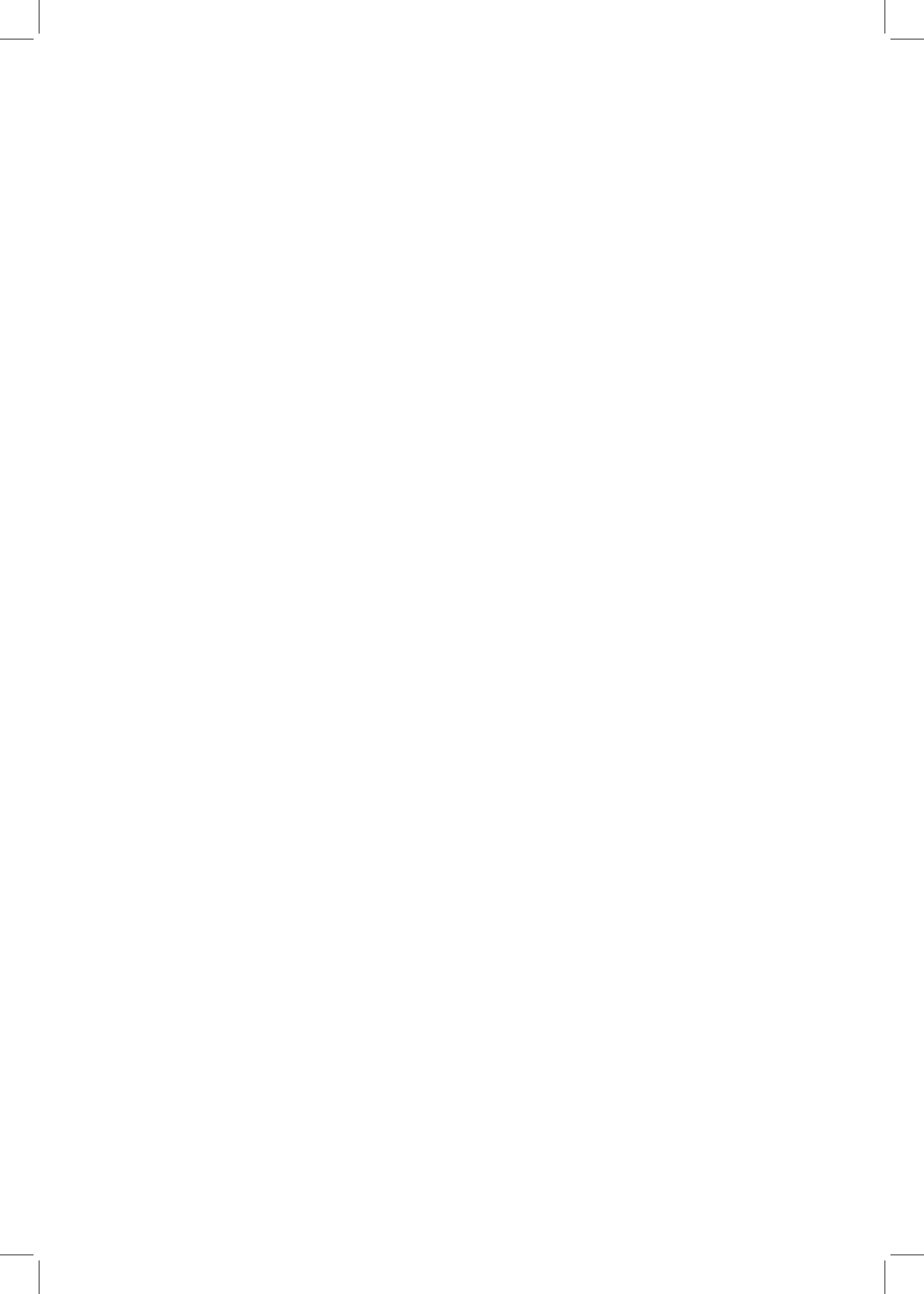
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios constitucionais do Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília: ESMPU, n. 2, jan./mar. 2002.



\_\_\_\_\_. O Ministério Público e o poder. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília: ESMPU, n. 7, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Princípios constitucionais do Ministério Público, ainda. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília: ESMPU, n. 10, jan./mar. 2004.



# Direitos Sociais e Recursos Públicos



# O delineamento das políticas públicas de saúde diante dos paradigmas fixados pela Constituição Federal de 1988

Monique Cheker\*

**Sumário:** 1 Introdução e panorama. 2 Políticas públicas. 3 Saúde e direitos fundamentais: relação entre as normas constitucionais. 4 Legitimidade do Poder Judiciário para fazer com que o Estado cumpra o seu dever constitucional de implementar políticas públicas diante de situações violadoras dos direitos fundamentais. 5 A repetida omissão estatal. O caso dos centros especializados no tratamento de câncer. 6 Os custos da saúde. A “reserva do possível” ante a dignidade da pessoa humana – limite à restrição dos direitos fundamentais. 7 Conclusão.

## 1 Introdução e panorama

Nada pode ser escrito sobre direito da saúde sem a íntima compreensão de que a Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> trouxe paradigmas específicos para o tema e, assim, toda a matéria infraconstitucional deverá passar por esse filtro constitucional.<sup>2</sup>

---

\* Monique Cheker é Procuradora da República em Cascavel-PR.

<sup>1</sup> Lembra Schier (1999, p. 104) que: “Dessa idéia de preeminência normativa da Constituição, em um segundo momento projetada para o Direito Constitucional enquanto realidade sistemática, pode-se pensar a categoria da Filtragem Constitucional”.

<sup>2</sup> Sobre o tema *direito à saúde de acordo com a Constituição Federal*, no qual é feita uma abordagem da assistência à saúde na antiguidade – Grécia, Roma – na época medieval – 600/1500 d.C. – Renascentismo – 1500/1750 – Iluminismo – 1750/1830, na Revolução Industrial, no período das Grandes Guerras, na Constituição imperial, de 1824, e nas demais, de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 –, tomou-se por base a obra de Raeffray (2005).

Até a Carta Magna de 1988, o sistema de saúde possuía caráter contributivo, o que gerava uma “divisão da população brasileira em dois grandes grupos (além da pequena parcela da população que podia pagar os serviços de saúde por sua própria conta): previdenciários e não-previdenciários”<sup>3</sup>. Na CF/1967, após a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de

---

<sup>3</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2003, p.14. Disponível em: <<http://www.conass.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009. Neste documento, destaca-se que: “Essa divisão, profundamente injusta do ponto de vista social, separava a população brasileira em cidadãos de 1ª e de 2ª classe. Os de 1ª classe, representados pelos contribuintes da previdência, tinham, mesmo com as dificuldades inerentes ao sistema de então, um acesso mais amplo à assistência à saúde dispondo de uma rede de serviços e prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares providos pela previdência social por meio do INAMPS. Os de 2ª classe, representados pelo restante da população brasileira, os não-previdenciários, tinham um acesso bastante limitado à assistência à saúde – normalmente restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais” (*Ibidem*, p. 14). Ainda, segundo Raefray (2005, p. 208-209 e 232): “Diante de tal quadro, a maior parcela dos gastos do setor saúde era alocada para o setor privado e a Previdência Social, maior financiadora da medicina curativa, dispndia mais de 80% de seus recursos em convênios com hospitais de fins lucrativos. Essa política impossibilitava a adequada distribuição dos serviços de saúde, beneficiando, ao contrário, as multinacionais responsáveis pelos medicamentos e equipamentos, os donos das casas de saúde e os médicos não assalariados – remunerados pelos serviços prestados. [...] Além da insuficiência (apesar de seu vulto) para o atendimento satisfatório da população, os recursos canalizados para o setor de assistência médica da previdência social não se originam da tributação geral, isto é, não provêm do orçamento da União. A assistência médica da previdência social é custeada – todos o sabem – por contribuições dos segurados e das empresas, destinadas, como previsto na Constituição, à cobertura dessa e das demais prestações previdenciárias”. A segunda parte da citação foi feita em referência à Nascimento (1977). São, ainda, elucidativas as palavras de Carvalho e Santos (2006, p. 33-34): “Aqueles que tinham uma força de trabalho deveriam ter garantida uma assistência ambulatorial e hospitalar, mediante contribuição direta para o seguro social público; os demais – trabalhadores informais e não-trabalhadores, crianças, deficientes, idosos etc. –, se não pudessem arcar com os custos das despesas em hospitais privados, ficavam ao desamparo público, cabendo-lhes a assistência humanitária das santas casas”.

1969, a questão da assistência à saúde foi tratada nos art. 8º, XVII, c, § 2º e 165, IX, XV, XVI e § 1º<sup>4</sup>.

A Constituição Federal de 1988, além de delinear as esferas da Saúde, Previdência e Assistência Social, em um ramo global da Seguridade Social, firmou em seção própria, no art. 196, que a

saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Principalmente em virtude dessa importância constitucional, de todo um feixe de normas próprias, que forma um *regime verdadeiramente diferenciado*, pode-se firmar a existência de um *direito sanitário* como ramo e com importância peculiar<sup>5</sup>. Sem

---

<sup>4</sup> “Art. 8º Compete à União: [...] XVII – legislar sobre: [...] c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registro públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; [...] Parágrafo único. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal. [...] Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] IX – higiene e segurança no trabalho; [...] XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; [...] XVI – previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado; [...] Parágrafo único. Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.”

<sup>5</sup> Conforme bem destacado pela doutrina, o direito sanitário é possuidor de conceitos e especificidades próprias. Assim, “é o Direito Sanitário que definirá, através de seu conjunto normativo, quais as medidas necessárias para a contenção de uma determinada epidemia, ou quais os medicamentos que devem ser disponibilizados em determinados hospitais, ou ainda qual o estatuto jurídico do embrião produzido *in vitro*” (ATH, 2007, p. 89). Há quem faça a distinção entre direito sanitário e direito da saúde, cujo objeto é mais amplo e complexo. “Nesse sentido, o direito da saúde é uma interseção entre o direito positivo e a saúde, entendida esta como todos os aspectos concernentes à vida, bem-estar físico e mental do indivíduo e da sociedade, serviços públicos e privados relativos à saúde, controle de doenças, de epidemias, e as relações jurídicas não apenas

dúvida, tal ramo irá tangenciar outras searas, como, *v.g.*, o próprio direito do consumidor, sem perder, porém, suas características próprias as quais, inclusive, influenciarão aquelas.

O art. 196 da CRFB/1988 direcionou a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 – LOS –, que, em seu art. 2º, § 1º, esclareceu que o chamado *dever do Estado* significa a formulação de execução de políticas econômicas e sociais que objetivem os fins supramencionados.

Dessa forma, note-se, o Estado tem o dever constitucional de formular as referidas “políticas econômicas e sociais”, o que demanda uma série de articulações nas esferas de competência e atribuição de cada ente federativo. Nessa linha, o art. 15 da LOS fixa as atribuições comuns, e os arts. 16, 17 e 18, respectivamente, as competências da União, estados e municípios<sup>6</sup>.

Importante, também, a definição da política de financiamento do Sistema Único de Saúde, a qual sofreu influxos a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 29/2002, ao acrescentar o § 2º ao art. 198 da CRFB/1988, o qual dispôs sobre as bases de financiamento nas ações e serviços de saúde.

---

entre cidadão e Estado, mas também dos indivíduos entre si [...] O direito sanitário tem objeto mais restrito. Sua função, enquanto segmento do ordenamento jurídico, é um controle via exercício do poder de polícia de todas as atividades públicas e privadas que tenham qualquer potencial repercussão na Saúde Pública” (CARVALHO, 2004, p. 12).

<sup>6</sup> No âmbito municipal, as políticas são aprovadas pelo Conselho Municipal de Saúde (CMS); no âmbito estadual, são negociadas e pactuadas pela Comissão Intergestores Bipartite (CIB) (composta por representantes das secretarias municipais de saúde e secretaria estadual de saúde) e deliberadas pelo Conselho Estadual de Saúde (CES) (composto por vários segmentos da sociedade: gestores, usuários, profissionais, entidades de classe etc.); e, por fim, no âmbito federal, as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) (composta por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde). Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.



Por sua vez, as denominadas *políticas de saúde*, no âmbito das intervenções na área da saúde, dizem respeito às diversas formas de fornecimento das mais variadas prestações médicas ou curativas por parte do Sistema Único de Saúde (SUS). Podem ser citadas, a título exemplificativo, as que demandam maior atenção do Poder Judiciário, quais sejam: o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior, entre outras<sup>7</sup>.

Igualmente, tais políticas podem ser analisadas sob seis aspectos: pelo prisma da *segurança* de determinado produto; da *eficácia* – efeito global que pode ser alcançado de uma intervenção aplicada em condições ideais; da *efetividade* – demonstração do real efeito da intervenção quando utilizada nas circunstâncias usuais, na prática do dia a dia; da *eficiência* – considerando não apenas a efetividade de cada intervenção, mas também os recursos necessários para que ela seja implementada; da *disponibilidade* para as pessoas que necessitam e, por fim, a *distribuição* das tecnologias e prestação de serviços, que deve considerar quem ganha e quem perde na escolha de uma intervenção ao invés de outra<sup>8</sup>.

Pelo pouco que foi exposto até o presente momento, nota-se a pertinência de abordar o tema relativo à saúde com o de *políticas públicas*, principalmente numa época em que muito se dis-

---

<sup>7</sup> Discriminação dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no despacho de 5 de março de 2009, que convocou a Audiência Pública na área da Saúde, realizada entre os dias 27 de abril até 8 de maio de 2009.

<sup>8</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. Avaliação econômica em saúde: desafios para gestão no Sistema Único de Saúde/Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

cute acerca das possibilidades e limites de intervenção do Poder Judiciário nas escolhas políticas dos órgãos públicos, tema, afinal, que será examinado no presente trabalho.

Far-se-á menção, também, aos custos da saúde, até porque as intervenções judiciais nessa área – entre as quais se cita como exemplo o fornecimento de medicamentos excepcionais – afetam o seu próprio financiamento<sup>9</sup>.

Por fim, em conjugação com os ditames estabelecidos pelo art. 196 da CRFB/1988, isto é, do “acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”, abordar-se-á o tema da dignidade da pessoa humana, fundamento da própria República Federativa do Brasil.

## 2 Políticas públicas

A par das revoluções de base que a Constituição Federal de 1988 trouxe na área da saúde e que irão ser comentadas, sustenta-se que o próprio conceito contemporâneo de *políticas públicas* não pode ser o mesmo do desenvolvido até a Segunda Guerra Mundial, momento no qual os modelos de democracia, com poucas exceções,

voltavam-se à obtenção de consensos apenas formais – eleitorais e representativos –, enquanto os modelos desenvolvidos a partir de então prestigiam a obtenção de consensos substantivos – procedimentais e participativos (MOREIRA NETO, 2008, p. 54)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> “Levantamento do Ministério [da Saúde] mostrou que, de janeiro a julho de 2008, o governo federal gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos. Esse valor cresce a cada ano. Em 2007, foram R\$ 15 milhões, em 2006, R\$ 7 milhões e, em 2005, R\$ 2,5 milhões. Em três anos o aumento chegou a 1.920%. Além dos gastos diretos, grande parte dos recursos despendidos com ações judiciais pelos estados é oriunda de repasses do ministério para os mesmos”. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

<sup>10</sup> O mesmo autor, ainda, salienta que o “desperdício, malversação, corrupção, ineficiência e omissão do Estado-administrador são mazelas da Administração para as quais

Em termos formais, a expressão *políticas públicas* pode ser entendida por “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas<sup>11</sup> para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>12</sup>.

Quanto às escolhas das políticas públicas pelo administrador, dois aspectos devem ser relevados: primeiro, há áreas sensíveis eleitas pela Constituição Federal que diminuem a margem de discricionariedade do administrador<sup>13</sup>. Tais áreas não são necessariamente delimitadas pelo tema (relevante ou não), mas, sim, por uma mera opção constitucional. Assim, a saúde, no caso da CRFB/1988, foi eleita como dever obrigatório do Estado, mas poderia não o ser ou

---

os controles juspolíticos tradicionais da democracia representativa se mostram cada vez mais insuficientes” (p. 60). E, segundo sustenta Paulo Bonavides (2003), dentro da chamada democracia participativa, a voz suprema e os olhos atentos do povo soberano devem estar presentes em todas as questões vitais da ação governativa.

<sup>11</sup> Conforme bem dispõe o art. 1º da Lei n. 8.080/1990, a normatização estatal regula as ações e serviços de saúde também praticados por pessoas naturais e jurídicas de direito privado. Tal aspecto é enfatizado por Carvalho e Santos (2006, p. 20-21): “O princípio constitucional de que a ‘assistência à saúde é livre à iniciativa privada’ não tem o condão de retirar dos poderes públicos imanente na área da saúde. Qualquer banco, fábrica ou escola precisa cumprir não só as exigências legais para obter autorização de instalação e funcionamento como manter-se em conformidade com as normas existentes no desempenho de suas atividades. E o setor de saúde não pode ficar imune a essa normatividade, ou livre dela, ainda mais em se tratando de uma área considerada de ‘relevância pública’ pela Constituição”.

<sup>12</sup> O referido conceito é de Maria Paula Dallari Bucci e foi citado por Ana Paula de Barcellos no texto *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o conceito político-social e o controle jurídico no espaço democrático* (SOUZA NETO e SARMENTO, 2007, p. 600).

<sup>13</sup> Mesmo que se entenda como atividade discricionária, no dizeres de Mello (2006, p. 32-33), o administrador deve tomar a melhor opção: “Mas, caberia perguntar: quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade? [...] a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionariedade*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*”.

ser em menor grau. Exemplo disso é a educação básica, a qual o constituinte optou por elegê-la como obrigatória e gratuita.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 59, de 2009)<sup>14</sup>.

A partir disso, conclui-se que *colocar todos os direitos ou temas em um mesmo nível, sem análise das valorações do constituinte originário, é absolutamente equivocado*.

Referente ao segundo aspecto, as políticas públicas devem guardar consonância com essas valorações (campo do dever ser). Aqui, a opção é apenas a de como fazer. A avaliação de uma escolha boa ou ruim, por parte do administrador, sem dúvida, será matéria de prova. O máximo que se pode dizer é que há uma mera presunção relativa de eficiência do administrador, a qual, entretanto, poderá sucumbir diante dos fatos postos (campo do ser).

### **3 Saúde e direitos fundamentais: relação entre as normas constitucionais**

Conforme já exposto na introdução do presente trabalho, a saúde recebeu na CRFB/1988 ampla proteção que se inicia logo no art. 1º ao eleger, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, seguido do art. 3º, ao apontar que constitui objetivo da República a promoção do bem

---

<sup>14</sup> O art. 6º da EC n. 59, de 11 de novembro de 2009, *DOU* 12 nov. 2009, dispõe que: “O disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União”.

de todos. Por sua vez, o art. 5º, relativo aos direitos e garantias fundamentais, assegura a inviolabilidade do direito à vida e, já no dispositivo seguinte (art. 6º) o direito à saúde é qualificado como direito social.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, foi chamado a se manifestar sobre o direito à saúde, como, por exemplo, no tema de concessão de medicamentos, tendo entendido tratar-se de direito fundamental que assiste a todas as pessoas, sendo consequência constitucional indissociável do direito à vida. A saber:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANOIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. *O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível* assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se *como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida*. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem

por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. – O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes” [destacou-se]<sup>15</sup>.

Por outro lado, o acesso em si aos medicamentos é parte significativa do exercício do direito à saúde, que, por sua vez, é corolário do direito à vida, conclusão lógica encontrada no texto constitucional.

Deve-se frisar que esse acesso não é a qualquer medicamento, a qualquer tratamento, mas “[a]o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> STF, RE-AgR n. 393.175/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.12.2006, *DJ* de 2 fev. 2007, p. 00140. Ement. Vol.-02262-08, p. 01524.

<sup>16</sup> STJ, RMS n. 20.335/PR, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10.4.2007, *DJ* de 7 maio 2007, p. 276, LEXSTJ vol. 214, p. 64. Precedentes: RMS n. 17.449/MG, *DJ* 13

Ora, nos termos do § 1º do art. 5º da CRFB/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A respeito da interpretação que pode ser retirada do mencionado dispositivo, cabe citar Mello (p. 255):

[...] Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, não obstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.

[...]

A existência dos chamados conceitos vagos, fluídos, ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluído que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável<sup>17</sup>.

Igualmente, merecem transcrição os ensinamentos de Silva (1998, p. 150), específicos sobre a efetividade do direito à saúde:

[...] não incluímos aqui (entre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral) nem o direito à saúde (artigo 196) nem o direito à educação (artigo 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito e, se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.

O fato é que o art. 196 da CRFB/1988 não é norma programática. Nele, tanto o direito individual quanto o coletivo são assegurados, considerando que o primeiro possui a natureza jurídica de direito público subjetivo.

---

fev. 2006; RMS n. 17.425/MG, DJ 22 nov. 2004; RMS n. 13.452/MG, DJ 7 out. 2002.

<sup>17</sup> In: *Revista de Direito Público*, p. 57-58.

A referida posição foi exarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das Suspensões de Tutela (STA) n. 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança (SS) n. 2.361, 2.944, 3.345, 3.355 e 3.724; e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Sobre o assunto, vale a pena transcrever a seguinte passagem:

Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição<sup>18</sup>.

*Ad argumentandum*, mesmo que se classifique o art. 196 da CRFB/1988 como uma simples norma programática, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que isso não pode significar a omissão do dever constitucional nela insculpidos, *in verbis*:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da

<sup>18</sup> STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º abr. 2010.



organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.<sup>19</sup>

A título de curiosidade – até porque é inegável que o direito à saúde está enquadrado no rol dos direitos fundamentais e, com isso, possui aplicabilidade direta e imediata<sup>20</sup> –, no que diz respeito à abrangência do referido dispositivo, Sarlet (2006) afirma que:

<sup>19</sup> STF, RE-AgR n. 271.286/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000, *DJ* de 24 nov. 2000, p. 00101, Ement Vol. 02013-07, p. 01409.

<sup>20</sup> “A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/1988). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais” – STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Ministro Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º abr. 2010.

Em que pese a circunstância de que a situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º.

Importante destacar que o direito à saúde está ligado intimamente à dignidade da pessoa humana, sendo este

valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais (SARLET, 2007, p. 45).

E, por sua vez, *a dignidade da pessoa humana é, reconhecidamente, um limite à restrição dos direitos fundamentais*. Sobre o tema, faz-se mister ressaltar os ensinamentos de Sarlet (2007):

Neste mesmo contexto – ou seja, no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear – que aqui não poderá ser desenvolvida – é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legitimamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa

humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial.

Contudo, a forma de tutela do direito à saúde e seus limites estão sujeitos a diversos fatores. Abordar-se-ão, a seguir, apenas dois: legitimidade do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas e os custos da saúde.

#### **4 Legitimidade do Poder Judiciário para fazer com que o Estado cumpra o seu dever constitucional de implementar políticas públicas diante de situações violadoras dos direitos fundamentais**

Um forte argumento contra a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas diz respeito à falta de legitimidade democrática, ou seja, o magistrado não possuiria autorização popular para assim agir.

Contudo, tal pensar, *data venia*, peca por sustentar um pensamento abolicionista, no sentido de tentar afastar completamente a atividade jurisdicional da regulação política e social, até porque, pela expressão do argumento, a legitimidade existe ou não. Ora, o inciso XXXV do art. 5º da CRFB/1988 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, o magistrado, posto no cargo de acordo com os ditames da Constituição Federal, atuará dentro de seara reservada para ele por essa mesma Carta Maior, de forma que a equação ficaria delineada da seguinte forma: não cabe àquele Poder fazer ingerências políticas, salvo nos casos de lesão ou

ameaça a direito. E essa atuação será *fundamentada*, pautada na lei e na Carta Magna, *que possui legitimidade democrática*.

A propósito, é pertinente transcrever doutrina sobre o tema:

O aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas, preconizado agora por inúmeros juristas no exterior e no Brasil, não deve ser entendido como a substituição do político e do administrador pelo *juiz*, mas, precisamente, no reconhecimento de que cabe a este zelar pelo *Direito* e não apenas pela *lei*, como se preferiu enfática e exemplarmente declarar na Constituição espanhola em seu art. 103.1: a *submissão da Administração à Lei e ao Direito*. (MOREIRA NETO, 2008)

Deve-se frisar, ademais, que o Poder Judiciário só poderá intervir caso reste comprovada ação e/ou omissão estatal lesivas em áreas eleitas pelo legislador ou constituinte, até porque, caso contrário, nem haveria que falar em *direito* ou *dever*.

Por fim, a título de informação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, fez-se a seguinte distinção: (1) quando o Poder Judiciário cria política pública; (2) quando o Poder Judiciário apenas determina “o efeito cumprimento de políticas públicas já existentes”<sup>21</sup>.

A segunda hipótese seria de mais fácil solução e ocorreria, por exemplo, quando aquele órgão determinasse o fornecimento de medicamentos presentes na lista do Sistema Único de Saúde. O caso difícil ficaria por conta da primeira hipótese e, ao final e em síntese, o referido Ministro concluiu:

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de

---

<sup>21</sup> STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1<sup>o</sup> abr. 2010.

recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada<sup>22</sup>.

Ora, na linha do que se sustenta, comprovada a omissão administrativa em não rever os protocolos clínicos ou outra que afete diretamente o fornecimento dos medicamentos, o ente público deverá sofrer intervenção judicial e realizar a prestação de forma compulsória.

## **5 A repetida omissão estatal. O caso dos centros especializados no tratamento de câncer**

Com base na ideia exposta, qual seja, de que há de se comprovar ação ou omissão estatal apta a reverter a presunção relativa de uma atuação eficaz no âmbito das políticas públicas – campo reservado primariamente ao administrador –, cita-se o exemplo do tratamento oncológico custeado pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No caso dos medicamentos oncológicos, a exemplo do que ocorre nos medicamentos excepcionais, não existem listas oficiais nem o fornecimento daqueles se dá por meio de programas. O SUS não distribui nem fornece medicamentos antineoplásicos diretamente ao paciente. Estes devem estar matriculados em hospitais devidamente credenciados e habilitados em oncologia, a integrar a alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1<sup>o</sup> abr. 2010.

<sup>23</sup> “Segundo os princípios e diretrizes de regionalização, descentralização e hierarquização do SUS, destaca-se que a Rede de Atenção Oncológica é organizada e controlada pelas Secretarias Estaduais de Saúde. A Portaria SAS/MS n. 741, de 19 de dezembro de 2005 (disponível em: <[www.saude.gov.br/SAS](http://www.saude.gov.br/SAS)>), atualiza as normas de credenciamento e habilitação na alta complexidade em oncologia e define os cri-

Ademais, a tabela que pauta o procedimento do SUS não está baseada em medicamentos, mas em situações tumorais específicas que orientam a codificação desses procedimentos.

Tal opção, registre-se, advém principalmente da complexidade dos tratamentos relativos ao câncer, os quais devem ser adequados a cada caso específico e reavaliados de acordo com a resposta dada, pelo paciente, a cada medicamento. A avaliação, por óbvio, somente pode ser feita pelo hospital que está em contato com o enfermo.

Feita a opção de tratamento, haverá ressarcimento pelo SUS, por meio do gestor estadual, ao respectivo hospital. Isso é feito, no caso cirúrgico e iodoterápico, via Autorização de Internação Hospitalar (AIH), do Sistema de Informações Hospitalares e, no caso do radioterápico e quimioterápico, via Autorização para Procedimentos de Alta Complexidade (APAC).

Dessa forma, sempre quando um determinado paciente, posto em tratamento nos chamados Centros Especializados em Oncologia, necessita ser submetido a um esquema terapêutico não abrangido pelo SUS, as respectivas Secretarias de Estado, em síntese, apontam que *a legislação vigente preconiza que a responsabilidade do fornecimento do medicamento supra é dos serviços de oncologia de cada hospital, nos termos da Portaria SAS/MS n. 741, de 19 de dezembro de 2005*<sup>24</sup>.

---

térios de classificação dos hospitais como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) e Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON)” – Nota Técnica n. 1.206, Coordenação-Geral da Média e Alta Complexidade, Ministério da Saúde.

<sup>24</sup> “Caso o estabelecimento – Centros de Referências – faça a opção por tratamento fora do protocolo, é de sua inteira responsabilidade fornecê-los” – Despacho proferido pela Secretaria de Saúde do Estado do Paraná (SESA), que indeferiu medicamento de câncer solicitado pelo paciente – Procedimento Administrativo n. 1.25.002.000244/2010-28, Procuradoria da República do Município de Cascavel/PR. Os diversos despachos proferidos possuem o mesmo conteúdo, apesar de serem escritos de formas diferentes.

O fato é que o ente estatal, em sua argumentação, sustenta que o hospital de câncer, no momento em que adquiriu o *status* de um Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia<sup>25</sup> (CACON), assumiu, também, o ônus de arcar com os adequados esquemas terapêuticos em cada caso específico, com lucro em alguns e prejuízo em outros.

Entretanto, dois pontos devem ser destacados: primeiro, muitas vezes não há discordância entre o Sistema Único de Saúde e o hospital especializado em relação a qual medicamento adotar. Um exemplo marcante é a utilização do *Mabthera* para tratamento de Linfoma Não Hodgkin que não era abarcado pelos esquemas oficiais, mas de eficácia comprovada<sup>26</sup>. A controvérsia diz respeito à responsabilidade de custos; segundo, independentemente disso e a par do dever constitucional do fornecimento de medicamentos, os centros especializados são qualificados para atuarem no tratamento de câncer e devem ser fiscalizados pelo Estado. Fora

---

<sup>25</sup> “A Secretaria de Estado da Saúde é o ente responsável pela inclusão de estabelecimentos de saúde na Rede de Atenção Oncológica. Lembra-se que, após a escolha dos estabelecimentos, conforme as normas e respeitados os parâmetros da Portaria SAS/MS n. 741/05, a Rede de Atenção Oncológica deve ser pactuada na respectiva Comissão Intergestores Bipartite (CIB), ou seja, as secretarias de saúde credenciam os estabelecimentos e o Ministério da Saúde os habilita em portaria ministerial específica” – Nota Técnica n. 1.206, Coordenação-Geral da Média e Alta Complexidade, Ministério da Saúde.

<sup>26</sup> Em 28 de março de 2007, foi protocolada, sob o número 25.000.048405/2007.34, demanda na antiga Comissão de Incorporação de Novas Tecnologias (CITEC) para a possível incorporação do medicamento Rituximabe (Mabthera) para tratamento de Linfoma Não Hodgkin. Em 24 de julho de 2007, a dra. Maria Inez Pordeus Gadelha proferiu o seguinte despacho: “a solicitação em pauta é pertinente e admissível para avaliação pela CITEC, além de urgente”. *A urgência, aparentemente, não era considerada e o procedimento – pelo menos documentalmente –, após isso, ficou estagnado.* Como notoriamente se veiculou na *Revista VEJA* de 6 de maio de 2009, a então candidata ao cargo de Presidente da República, Dilma Houssef, realizou um tratamento com o medicamento *Mabthera*. Já em agosto de 2010, foram publicadas as Portarias SAS/MS – n. 420 e 720 – que instituíram os valores mensais para a inclusão do tratamento de quimioterapia de Linfoma Difuso de Grandes Células B com o Rituximabe.

as omissões na revisão dos protocolos clínicos, aqui reside outra omissão que destaco a seguir.

Se há sempre uma argumentação estatal no sentido de que o centro especializado desprezita o seu dever de arcar com os adequados esquemas terapêuticos, dever-se-ia instituir, no mínimo, uma fiscalização em torno daqueles e, como corolário, os descendiamentos dos centros que não suprem o seu dever de assistência. Ademais, se o Estado arca com algo que entende indevido – ao financiar tratamentos de câncer fora dos protocolos sem se achar responsável –, outro caminho seria a utilização de ações de ressarcimento<sup>27</sup>.

Veja-se que, por enquanto, não é o objetivo fixar opinião acerca de quem deveria ser responsabilizado. O que se quer deixar claro é que, por conta da discordância e desse jogo de “empurra-empurra” entre o Sistema Único de Saúde e o hospital, no que tange à responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos de alto custo para os pacientes de câncer, estes são os verdadeiramente prejudicados.

Acerca da matéria, merecem transcrição os ensinamentos de Pereira (2006, p. 468-469) a respeito da teoria dos deveres de pro-

---

<sup>27</sup> “O Pacto pela Saúde, publicado por meio da Portaria GM/MS n. 399, de 22 de fevereiro de 2006, redefine as responsabilidades de cada gestor, fortalecendo a descentralização de atribuições do Ministério da Saúde para os estados e para os municípios e estabelece que os gestores, além de fiscalizar os recursos, devem monitorar e fiscalizar os contratos e convênios com os prestadores de serviços contratados e conveniados, monitorar e fiscalizar a execução dos procedimentos realizados em cada estabelecimento por meio das ações de controle e avaliação; definir a programação físico-financeira por estabelecimento de saúde; observar as normas vigentes de solicitação e autorização dos procedimentos hospitalares e ambulatoriais; processar a produção dos estabelecimentos de saúde; realizar o pagamento aos prestadores de serviços; implementar auditoria sobre toda a produção de serviços sob sua gestão, tomando como referência as ações previstas no plano estadual/municipal de saúde, em articulação com as ações de controle, avaliação e regulação assistencial” – Ofício GS n. 1.439 – Ministério da Saúde – Secretaria de Atenção à Saúde.



teção do Estado, formada na compreensão da relação entre este e os particulares:

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa noção está ligada à idéia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos [destacou-se].

Assim, presente o binômio *dever* – inalienável e impostergável<sup>28</sup> – e *omissão*, resta configurada a responsabilidade estatal no fornecimento de medicamentos.

## **6 Os custos da saúde. A “reserva do possível” ante a dignidade da pessoa humana – limite à restrição dos direitos fundamentais**

Um argumento mais convincente de limitação à responsabilidade estatal é a reserva do possível, de forma que a implementação de políticas públicas na área de saúde demanda alocação de recursos e o ente estatal não poderia satisfazer a todas as necessidades. Em suma:

[...] em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e

---

28 Expressão utilizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-AgR n. 271.286/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000, DJ 24 nov. 2000, p. 00101, Ement. Vol.-02013-07 p. 01409.

não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.<sup>29</sup>

No entanto, o mínimo existencial, do qual o direito à saúde faz parte, não pode ser vilipendiado pela dita “reserva do possível”, como bem salientado por Torres (2008, p. 81-82), literalmente:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discriminabilidade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias etc.) [destacou-se].

Sem dúvida, não se ignoram as recomendações no sentido de que os medicamentos, tendo em vista a limitação orçamentária estatal:

devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas *preferências arbitrárias ou injustificadas* por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no País. (LIMA, 2008) [destacou-se].

Contudo, paralelamente presentes as ações ou omissões estatais danosas aos direitos fundamentais, ninguém pode se valer da própria torpeza e deixar de prestar a assistência fixada na própria Constituição Federal por motivos financeiros, sem antes apresentar contraprovas várias da eficaz gestão pública. Entretanto, na prática, o ente estatal, sob a alegação abstrata de *não substituição do administrador pelo Poder Judiciário*, pratica atos irregulares ou per-

---

<sup>29</sup> STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º abr. 2010.

manece omissa em seus deveres – conforme os exemplos mencionados acima – e tenta criar um escudo insustentável. E, no atual desenvolvimento do direito constitucional e dos direitos humanos, tentativas como essas não devem prosperar.

## 7 Conclusão

No que se pode chamar de paradigmas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cite-se o art. 196 ao dispor que:

saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Igualmente, o art. 1º, ao eleger como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, seguido do art. 3º, que institui como objetivo da República a promoção do bem de todos. Por sua vez, o art. 5º, relativo aos direitos e garantias fundamentais, assegura a inviolabilidade do direito à vida e, já no dispositivo seguinte – art. 6º –, o direito à saúde é qualificado como direito social.

A partir disso, pode-se traçar uma boa relação entre direitos fundamentais e saúde pública. A delimitação do tema em sede constitucional, sem dúvida, limita o campo de atuação (ou melhor: de não atuação) do administrador, pois ações e omissões indevidas que causem lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo público, como é o caso da saúde, deverão ser prontamente repelidas.

Entre os diversos exemplos possíveis, citou-se o caso da *não revisão periódica das listas de medicamentos* e a *omissão estatal na fiscalização da atuação dos centros especializados no tratamento de câncer*.

Brevemente, sustentou-se que, presente o binômio acima referido, qual seja, ação ou omissão irregulares e danosas, a reserva do possível, sob pena de se violar o princípio comezinho de que ninguém pode se valer da própria torpeza, não poderá ser óbice à efetivação dos direitos fundamentais.

## **Referências**

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o conceito político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARRETO, Vicente Paulo de. (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. Brasília: CONASS, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. *Avaliação econômica em saúde: desafios para gestão no Sistema Único de Saúde/Ministério*

da Saúde, Secretaria Executiva, Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca e TIMM, Luciano Benetti. *Direito sanitário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CARVALHO, Guido Ivan de e SANTOS, Lenir. *SUS – Sistema Único de Saúde*. Campinas, SP: UNICAMP, 2006.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos e DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito Público*, 57-58.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos e DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, L. G. e Silva. A medicina previdenciária e a nova instituição de assistência médica. Brasília: Discurso na VI Conferência Nacional de Saúde, 1977.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

# Desvio de recursos federais da educação transferidos para os municípios: tipos de transferências e atribuições do Ministério Público Federal

José Godoy Bezerra de Souza\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Transferências feitas para os municípios aplicarem em educação. 2.1 Transferências constitucionais. 2.2 Transferências legais. 2.3 Transferências ilegais. 3. Desvio de recursos da educação e atribuições do Ministério Público Federal. 3.1 Consequências cíveis e penais. 3.2 Análise dos arts. 109 e 129 da Constituição Federal e arts. 6º e 37 da Lei Complementar n. 75/1993. 3.3 As transferências da educação e o Supremo Tribunal Federal. 3.4 As transferências da educação e o Superior Tribunal de Justiça. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

A educação recebeu, na Constituição de 1988, a conformação de direito público subjetivo e foi tratada como dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade e consistindo num processo de aprendizado que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Segundo Bulos (2007, p. 1363), “A educação é o caminho para o homem evoluir. Por isso, é um direito público subjetivo, e, em contrapartida, um dever do Estado e do grupo familiar”.

---

\* José Godoy Bezerra de Souza é Procurador da República no Município de Arapiraca-AL.

A natureza jurídica do direito à educação, além de caracterizar-se como direito social, apresenta-se na classificação dos direitos fundamentais em gerações, do francês Karel Vasak (cf. SAMPAIO, 2004, p. 259), como um direito da segunda geração ou um direito à prestação positiva, pois, para sua incrementação, o Estado necessita despende recursos financeiros. Sampaio alerta para o fato de os direitos fundamentais de segunda geração serem divididos em direitos sociais e direitos econômicos, definindo aqueles da seguinte forma:

Os direitos sociais propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, com o reconhecimento do direito ao lazer e o direito de não haver discriminação (SAMPALIO, 2004, p. 262-263).

De acordo com o art. 23, inciso V, da Constituição Federal, é da competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios proporcionar meios de acesso à educação. Trata-se de competência comum material, ou seja, cabe a todos os entes federativos promover materialmente a educação.

Tal dispositivo não faz uma divisão sobre a atuação de cada ente, prevendo, em seu parágrafo único, que lei complementar fixará as normas para cooperação na atuação concorrente das matérias nele listadas. O art. 211 da CF/88, porém, já estabelece as normas gerais de atuação dos entes federativos em educação, nos seus §§ 1º, 2º e 3º:

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.



§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Vê-se que o constituinte preferiu determinar áreas prioritárias para atuação dos entes federativos em matéria de educação, estabelecendo para a União a função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Na Constituição também foram estabelecidas algumas transferências da União para os municípios aplicarem obrigatoriamente em educação, conforme a seguir destacado:

- a) o art. 159, inciso I, alínea *b*, estabelece que parte do produto arrecadado pelo imposto sobre a renda e provento de qualquer natureza será destinada aos municípios, formando o chamado Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Como o art. 212 estabelece que 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos obtidos pelos municípios – seja com seus próprios impostos, seja com as transferências feitas pela União e pelos estados – deverão ser aplicados em educação, tal percentual do FPM caracteriza-se como verdadeira transferência para a educação;
- b) os §§ 5º e 6º do art. 212 estabelecem que os municípios receberão quotas dos recursos da contribuição social do salário-educação proporcionais ao número de alunos matriculados na educação básica e
- c) o art. 60, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), alterado pela Emenda Constitucional n. 53/2006, estabelece que a União complementarará os

recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) sempre que o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, ou seja, quando os recursos do ente federativo, já contando com a arrecadação dos seus próprios impostos e com as transferências a que tem direito, não atingirem o valor mínimo por aluno, terá direito à complementação da União.

Buscando atender o dispositivo constitucional do § 1º do art. 211, a União, além das transferências constitucionais acima citadas, realiza transferências de recursos por meio do Ministério da Educação e da autarquia a ele vinculada – o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) –, com base em leis e em normas infralegais (decretos, portarias e instruções normativas), aos municípios, por meio de programas nacionais relacionados à educação. São exemplos desses programas: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), Programa Nacional de Transporte Escolar (PNATE), entre outros.

Tais recursos são enviados por meio de transferências diretas, também chamadas de fundo a fundo, ou mediante convênios e contratos de repasse.

O objetivo deste artigo é apontar as formas de transferências de recursos federais da educação para os municípios, classificando-as quanto aos objetivos, à legislação utilizada e ao enquadramento financeiro-orçamentário. Trataremos também das consequências jurídicas nos casos de desvios desses recursos, seja no âmbito criminal, seja no civil, distinguindo, a partir da classificação feita inicialmente, qual órgão do Ministério Público tem atribuição para atuar e qual órgão do Judiciário tem competência para julgar os gestores responsáveis por tais desvios.

## **2 Transferências feitas para os municípios aplicarem em educação**

### **2.1 Transferências constitucionais**

A classificação orçamentária das transferências em voluntárias e obrigatórias mostra-se pouco relevante para o presente estudo, visto que não tem sido utilizada para delimitar as atribuições dos órgãos do Ministério Público nos casos de desvios de recursos da educação. Assim, não faremos maiores inclusões ao tema, limitando-nos a transcrever o art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que faz referência às citadas transferências:

Art. 25. Considera-se 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.

As transferências constitucionais para a educação feitas pela União, classificadas como obrigatórias, são basicamente três: a prevista no art. 159, inciso I, alínea *b*, que forma o FPM, principal fonte de renda da maioria dos municípios brasileiros; a transferência de parte da contribuição social salário-educação e a complementação do FUNDEB prevista no inciso V do art. 60 do ADCT.

Do FPM, estabelecido nos termos do art. 159, inciso I, alínea *b*, 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos são destinados à educação, conforme já explicado. A prestação de contas dos recursos recebidos por meio do FPM ocorre perante os Tribunais de Contas dos estados (TCE) ou dos municípios, onde houver. A União figura como mera arrecadadora dos recursos repassados, pois eles pertencem originariamente aos municípios.

De acordo com os §§ 5º e 6º do art. 212 da Constituição, os municípios receberão parte dos recursos da contribuição social salário-educação, na proporção da quantidade de alunos matriculados no ensino básico. Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pelas Leis n. 9.424/1996 e 9.766/1998, e pelo Decreto n. 6.003/2006.

Do montante arrecadado é deduzida a remuneração da Receita Federal do Brasil (RFB), correspondente a 1% (um por cento), a título de taxa de administração. O restante é distribuído em quotas, em que 30% (trinta por cento) são repassados aos municípios, por meio de créditos automáticos, nos termos do § 1º do art. 15 da Lei n. 9.424/1996, e devem ser aplicados no financiamento da educação básica.

A prestação de contas ocorre perante as Cortes de Contas dos estados e municípios, onde houver. Também, nesse caso, a União funciona como mera arrecadadora e distribuidora dos recursos repassados aos municípios, a quem realmente pertencem, tendo estes entes a obrigação de aplicá-los na educação básica.

A terceira transferência constitucional para educação é a prevista no art. 60, inciso V, do ADCT, que estabelece que a União complementarará os recursos do FUNDEB sempre que o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

O FUNDEB foi criado pela Emenda Constitucional (EC) n. 53/2006 e regulamentado pela Lei n. 11.494/2007, substituindo o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), criado pela EC n. 14/1996.

O FUNDEB consiste em um fundo contábil de cada estado da federação. É composto, nos termos do art. 3º da Lei n. 11.494/2007, por 20% (vinte por cento) dos seguintes recursos: parcela estadual e municipal do ICMS, do FPE, do FPM, do IPVA, do ITCMD, e por 50% (cinquenta por cento) do ITR devido aos municípios.

O objetivo do FUNDEB é a manutenção e o desenvolvimento da educação básica pública e a valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração. Observado o disposto na Lei n. 11.494/2007, nos estados onde as receitas citadas não atingirem o valor mínimo definido nacionalmente por aluno, haverá complementação da União no seu fundo. Sobre o FUNDEB, Saviano (2008, p. 92) comenta que:

No entanto, é forçoso reconhecer que se trata de um fundo de natureza contábil que não chega a resolver o problema do financiamento da educação. Na verdade, os valores indicados no quadro, se efetivamente aplicados, melhoram o financiamento da educação comparativamente a situação atual. Mas não têm força para alterar o *status quo* vigente [...].

Atualmente, apenas os Estados de Alagoas, do Amapá, da Bahia, do Ceará, do Maranhão, do Pará, da Paraíba, de Pernambuco e do Piauí recebem a complementação da União, cuja previsão de recursos para o ano de 2010 foi de R\$ 6.861.110.170,32 (seis bilhões, oitocentos e sessenta e um milhões, cento e dez mil, cento e setenta reais e trinta e dois centavos), nos termos da Portaria Interministerial n. 1.227/2009.

Em relação à prestação de contas do FUNDEB (que substituiu o FUNDEF), vale destacar que Fernandes (2005, p. 572) entende que não é da competência do TCU apreciá-la. No entanto, o próprio TCU, por meio da IN/TCU n. 60/2009, estabeleceu que é sua competência fiscalizar a aplicação de recursos do FUNDEB nos estados em que a União realize a complementação de recursos.

## 2.2 Transferências legais

As transferências legais, instituídas normalmente via lei ordinária, no âmbito de programas específicos do Ministério da

Educação, visam fortalecer áreas relacionadas ao ensino, caracterizando-se como transferências obrigatórias. Geralmente são realizadas por meio de repasses diretos, chamados de fundo a fundo, sem a celebração de convênios ou de outro instrumento, ou seja, os recursos são repassados automaticamente pelo FNDE às secretarias municipais de educação. Ressalte-se que todas as transferências diretas são criadas por lei, o que não ocorre com todas as transferências realizadas pelos convênios.

As duas principais transferências legais realizadas pelo FNDE são feitas por meio do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE), por isso ambas foram escolhidas para serem detalhadas.

O PNAE foi criado em 1955, pelo Decreto n. 37.106/1955, e tem por objetivo propiciar, por meio de transferência de recursos financeiros, a alimentação escolar de todos os alunos da educação básica. Em 1994, o programa ganhou *status* legal com a promulgação da Lei n. 8.913/1994, porém os recursos ainda eram repassados aos entes da federação por convênios. Somente em 1998, com a edição da Medida Provisória n. 1.784/1998, é que os repasses passaram a ocorrer de forma direta.

Atualmente, o programa está regulamentado pela Lei n. 11.947/2009, estabelecendo o art. 4º os seus objetivos, conforme transcrição abaixo:

Art. 4º O Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE tem por objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo.

O FNDE transfere aos estados e municípios, por meio do PNAE, o valor diário de R\$0,30 (trinta centavos) por aluno matriculado. No caso de alunos indígenas ou quilombolas, o valor aumenta para R\$0,60 (sessenta centavos) e para alunos matriculados em escolas de período integral, o valor é de R\$0,90 (noventa centavos), nos termos da Resolução/FNDE n. 67/2009. Segundo o *site* do FNDE<sup>1</sup>, a previsão de repasse por meio deste programa em 2010 foi de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais).

Outro importante programa de transferência de recursos para a educação é o Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE), criado em 2004 pela Lei n.10.880/2004. O seu objetivo é garantir, por meio de assistência financeira em caráter suplementar, aos estados, Distrito Federal e municípios<sup>2</sup> o acesso e a permanência dos alunos do ensino fundamental público, residentes em área rural e que utilizem transporte escolar, nos estabelecimentos escolares.

O programa é operacionalizado por transferências diretas realizadas pelo FNDE em favor das secretarias estaduais e municipais de educação. O valor pago por aluno matriculado da zona rural varia entre R\$ 120,73 (cento e vinte reais e setenta e três centavos) e R\$ 172,24 (cento e setenta e dois reais e vinte e quatro centavos) por ano, de acordo com a Resolução/FNDE n. 69/2009. A previsão de repasse para 2010 foi de R\$ 655.000.000,00 (seiscentos e cinquenta e cinco milhões de reais), de acordo com o *site* do FNDE<sup>3</sup>.

Tanto no PNAE como no PNATE a prestação de contas é apresentada ao FNDE, podendo o TCU também julgá-las, nos termos dos arts. 8º e 10 da Lei n. 11.947/2009 e art. 6º, §§ 2º e 4º, da Lei n. 10.880/2004.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br>>, acesso em: 25 mar. 2010.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Consulta realizada em 25.3.2010.

### 2.3 Transferências infralegais

A União realiza também transferência de recursos aos municípios e a outros entes para serem aplicados em educação, por meio de programas criados por normas infralegais, com base no art. 211, § 1º, da CF/88. Esses recursos são transferidos por meio de convênios ou contratos de repasses com os entes federativos, com fulcro na Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) n. 01/1997.

Normalmente, a base legal para tais transferências é o Plano Plurianual (PPA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), que, de forma genérica, destinam recursos para os referidos programas. Trata-se de transferências voluntárias, nos termos do art. 25 da LRF.

Entre os programas criados por normas infralegais, destacamos o Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (PROINFÂNCIA), criado pela Resolução/FNDE n. 06/2007 e que tem como objetivo a cobertura de despesas de investimentos em construção, reforma, equipamentos e mobiliários para creches e escolas públicas das redes municipais e do Distrito Federal, nos termos do art.1º da citada resolução.

Citamos também o programa Caminho da Escola, criado pela Resolução/FNDE n. 03/2007, que objetiva renovar a frota de veículos escolares.

Nos termos do art. 71, inciso VI, da CF/88, cabe ao TCU fiscalizar os recursos repassados por meio de convênios ou outros tipos de ajuste.



### **3 Desvio de recursos da educação e atribuições do Ministério Público Federal**

#### **3.1 Consequências cíveis e penais**

O desvio dos recursos da educação repassados pela União aos municípios, lamentavelmente, não é algo raro no Brasil. Apesar de a educação ser uma das políticas governamentais mais importantes do país, são constantes os casos de malversação dos seus recursos, especialmente pelos gestores municipais, sejam prefeitos, sejam secretários de educação ou outros agentes públicos.

Para demonstrar tal afirmação, realizamos pesquisa nos procedimentos administrativos existentes na Procuradoria da República no Município de Arapiraca-AL e nas ações judiciais ajuizadas pelo Ministério Público Federal perante a justiça federal de Arapiraca<sup>4</sup>, no ano de 2009, e constatamos o seguinte: dos 337 (trezentos e trinta e sete) procedimentos administrativos existentes, 85 (oitenta e cinco) tratam de alguma irregularidade na aplicação de verbas da educação enviadas a municípios pela União<sup>5</sup>; das 21 (vinte e uma) ações de improbidade administrativa propostas pelo MPF em 2009, 14 (quatorze) tratam do mesmo tipo de irregularidade, e das 10 (dez) ações penais propostas pelo MPF em 2009 por crimes de responsabilidade de ex-prefeitos, 6 (seis) tratam também de desvio de verbas da educação.

Na seara penal, o desvio dos recursos da educação pode caracterizar os seguintes crimes:

- a) *Apropriação, desvio ou utilização indevida, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos, desde que haja*

---

<sup>4</sup> A escolha da PRM e da justiça federal de Arapiraca-AL se deu pelo fato de o autor atualmente exercer o cargo de Procurador da República na referida PRM.

<sup>5</sup> Pesquisa realizada em 25.3.2010.

*participação de prefeito* – caracterizam os crimes previstos nos incisos I ou II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967. Apesar da semelhança com o crime de peculato (CP, art. 312), aqueles contêm diferenciações que os tornam crimes especiais em relação a este. Sobre o inciso I, Silva (2004, p. 331-332) aduz que:

O crime aqui descrito consiste no desvio ou na apropriação de bens públicos em proveito de terceiros que não a coletividade que efetivamente deve ser a destinatária dos recursos públicos. Trata-se de figura semelhante ao peculato previsto no artigo 312 do Código Penal, importando apenas três diferenciações: a primeira, com relação ao sujeito ativo, que só pode ser o chefe do Poder Executivo municipal; a segunda, com relação a não-existência da modalidade culposa, punível apenas o fato doloso; e, por último, que a apropriação refere-se a bens móveis e imóveis, e o peculato estaria adstrito somente à caracterização no caso de bens móveis; portanto este tipo penal é um alargamento do peculato que lhe é originário.

A pena para estes crimes varia entre 2 (dois) e 12 (doze) anos de reclusão, nos termos do § 1º do art. 1º do referido decreto-lei.

b) *Desvio, aplicação indevida ou em desacordo com os planos e programas a que se destinam, de rendas ou verbas públicas, subvenções, auxílio, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, desde que haja participação de prefeito* – caracterizam os crimes previstos nos incisos III ou IV do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967. Aqui, o crime caracteriza-se pela aplicação dos recursos em desacordo com a destinação prevista em lei, porém em finalidade pública, embora diversa da prevista. A pena para estes crimes varia de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção, nos termos do § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967.

É importante salientar que, de acordo com o art. 29 do Código Penal, existindo a participação do prefeito em quaisquer dos crimes

citados acima com outras pessoas, todos responderão nos termos do Decreto-Lei n. 201/1967.

Ressaltamos também que o fim do mandato não impede o ajuizamento ou a continuidade da ação penal, nos termos da Súmula n. 164 do STJ, *in verbis*: “Prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201, de 27.2.1967”.

c) *Apropriação das verbas públicas da educação ou desvio em proveito próprio ou alheio, sem a participação do prefeito* – caracteriza o crime previsto no art. 312 do Código Penal, com pena que varia entre 2 (dois) e 12 (doze) anos de reclusão. Sobre os sujeitos desse crime, Nucci (2008, p. 1056) informa que “o sujeito ativo somente pode ser o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou o particular prejudicado”. Ressalte-se que nada impede a participação de pessoa estranha à Administração, nos termos do art. 29 do Código Penal.

d) Caso seja dada às verbas ou rendas públicas da educação aplicação diversa da estabelecida em lei, sem a participação do prefeito, caracteriza-se o crime previsto no art. 315 do Código Penal, com pena de 1 (um) a 3 (três) meses de detenção ou multa. Nesse caso, ao contrário do art. 312, os recursos são desviados da sua finalidade original, mas são aplicados em outra finalidade pública.

Já na seara cível, o desvio de recursos públicos da educação pode caracterizar atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA, Lei n. 8.429/1992). Mais uma vez, algumas situações merecem ser analisadas:

- a) Caso o agente público se aproprie de verbas públicas destinadas à educação, o ato se caracterizará como ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito, nos termos do art. 9º da LIA, no *caput* ou nos seus incisos, sujeitando o infrator às penas do art. 12, inciso I da mesma lei.
- b) Caso o agente público desvie em proveito alheio verbas da educação, o ato se caracterizará como ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, nos termos do art. 10 da LIA, no *caput* ou nos seus incisos, sujeitando o infrator às penas do art. 12, inciso II.
- c) Caso o agente público desvie os recursos da educação, aplicando-os em finalidade pública diversa da prevista na lei, o ato se caracterizará como ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, inciso I, da LIA, sujeitando o infrator às penas do art. 12, inciso III.

Sobre os referidos atos de improbidade, Neiva (2009, p. 56, 59 e 98) comenta que:

O ato ímprobo por enriquecimento ilícito do agente é, por excelência, a conduta que melhor se ajusta à idéia de ausência de caráter, deslealdade à Instituição e desonestidade que envolve o conceito de improbidade, sendo indiscutivelmente o fato mais grave e apenado com maior rigor no art. 12 da Lei.

[...]

O art. 10 da LIA disciplina a improbidade administrativa que causa lesão ao erário, com perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei.

[...]

O art. 11 é de aplicação subsidiária ou residual, caso inexista adequação típica do atuar do agente nos arts. 9º e 10 desta Lei, envolvendo conduta necessariamente dolosa que atenta contra os princípios da Administração Pública, com qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

d) Em qualquer uma das hipóteses tratadas, o agente público está obrigado a ressarcir o erário pelos prejuízos causados, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88 e do art. 18 da LIA.

Por fim, ressaltamos que o agente responde concomitantemente pelo crime e pelo ato de improbidade, sem que haja caracterização de *bis in idem*, e, caso o prefeito ainda se encontre no mandato, apenas em relação ao crime ele possui foro privilegiado, conforme julgamento recente do STJ, *in verbis*:

Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Prefeito. Aplicação da Lei n. 8.429/1992 e do Decreto n. 201/1967 de forma concomitante. Ato ímprobo que também pode configurar crime funcional. Inexistência de *bis in idem*. Juízo singular cível e Tribunal de Justiça. Inaplicabilidade do precedente do STF (Reclamação n. 2.138/RJ) *in casu*.

[...]

4. A Lei n. 8.492/1992, em seu art. 12, estabelece que “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito” [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato ímprobo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.

5. O *bis in idem* não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em

decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).

*6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl n. 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que “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”, não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles.*

[...]

(REsp n. 1.066.772/MS, Primeira Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 25.8.2009, DJe de 3 set. 2009).

### **3.2 Análise dos arts. 109 e 129 da Constituição Federal e arts. 6º e 37 da Lei Complementar n. 75/1993**

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 acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

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;

[..]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Existe grande discussão sobre a competência para o processo e julgamento das ações penais e de improbidade administrativa que versam sobre o desvio de recursos da educação enviados pela União aos municípios, gerando, conseqüentemente, a mesma discussão sobre os órgãos do Ministério Público com atribuição para promover tais ações.

De acordo com o art. 109, incisos I e IV, da CF/88, sempre que a União tiver interesse no feito como parte ou terceiro interveniente, ou o crime for praticado contra seus bens, serviços ou interesses, compete à justiça federal julgar o feito. O primeiro caso trata da competência cível e o segundo, da penal. A grande discussão gira em torno do alcance das referidas expressões, tema que iremos tratar nos próximos itens à luz do entendimento jurisprudencial.

Quanto à atuação do Ministério Público, o art. 129, incisos I e III, da CF/88 lhe confere legitimidade para propor a ação penal e a ação civil pública para proteger o patrimônio público e social. Essas atribuições são repetidas no art. 6º, incisos V e VII, alínea *b*, da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e no art. 25, incisos III e IV, alínea *b*, da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), aplicável aos promotores de Justiça. Tais atribuições englobam, portanto, a ação penal nos crimes de desvio de verbas da educação e as ações de improbidade sobre o mesmo assunto.

Outra questão debatida é a definição do órgão do MP com atribuição para propor referidas ações, impasse que remete à discussão sobre competência judicial. O art. 37, inciso I, da LC n. 75/1993 estabelece que os procuradores da República atuarão perante a justiça federal (existem exceções na mesma lei que não se

aplicam aos casos aqui discutidos, como a prevista no inciso II do mesmo artigo), bem como os promotores de Justiça exercerão suas funções perante a justiça comum estadual, portanto, regra geral, o MPF atua perante a justiça federal (ao menos nos cargos iniciais da carreira) e o Ministério Público estadual, perante a justiça estadual. Por isso a importância de determinar-se a competência judicial para o processo e julgamento das ações que tratam de desvios de recursos da educação transferidos pela União aos municípios, e, assim, praticamente resolver a discussão sobre as atribuições do MP.

### 3.3 As transferências da educação e o Supremo Tribunal Federal

Quanto à transferência constitucional feita por meio do FPM (CF/88, art. 159, inciso I, alínea *b*), não existem maiores discussões, sendo pacífico o entendimento de que cabe à justiça estadual processar e julgar ações que tratem de desvios de tais recursos, sem distinção, se aplicados na educação ou não, com particularidades referentes aos recursos destinados aos fundos estaduais FUNDEF/FUNDEB, que veremos adiante. Sobre o assunto, o STF possui alguns acórdãos dos anos 1970 e 1980, tais como o RHC n. 58.201, de 16.9.1980, o RE n. 80.302, de 6.4.1976, e o RE n. 75.491, de 17.8.1973, que, mesmo não tratando especificamente de educação, registram a posição do STF. Ressalte-se que o assunto não sofreu modificação, mesmo com a nova Constituição.

Quanto ao desvio dos recursos provenientes da contribuição social salário-educação enviados aos municípios, referentes às quotas, as quais estes entes têm direito, não encontramos jurisprudência do STF sobre o assunto. Entretanto, no HC n. 74.788/MS e no RE n. 353.151/SE ficou decidido caber à justiça



federal julgar casos de desvios de recursos do salário-educação da quota federal enviados aos municípios.

Entendemos que cabe ao MPE promover, perante a justiça estadual, as ações penais e de improbidade por desvios de recursos advindos da quota do salário-educação destinados aos municípios, pelo mesmo motivo que a ação por eventuais desvios de recursos do FPM é da atribuição do MPE, pois, nesse caso, a União é mera arrecadadora da parcela dos municípios, realizando o repasse de forma automática. Inclusive a prestação de contas de tais recursos ocorre perante as Cortes de Contas dos estados ou dos municípios que as possuam.

Em relação ao FUNDEF, como foi criado pela EC n. 53/2006 e regulamentado pela Lei n. 11.494, de 20.6.2007, não foi encontrada jurisprudência específica alguma no STF, porém são encontrados diversos julgados sobre o FUNDEF, fundo que o antecedeu. O STF posicionava-se no sentido de separar as atribuições para propor a ação penal e a ação de improbidade administrativa, ou seja, a ação penal seria proposta pelo MPF, mesmo não existindo complementação da União, e a ação de improbidade, pelo MPE, ressaltando-se que todas as decisões se referem ao Estado de São Paulo, que não recebe complementação da União. Todavia, no ACO n. 1.079, o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática, entendeu que a ação cível também era da atribuição do MPF. Seguem abaixo decisões sobre o FUNDEF:

DECISÃO. Vistos. Trata-se de conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal suscitado pelo Procurador-Geral da República, em que se discute a quem caberia investigar possíveis desvios e emprego irregular de verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), no Município de São Bernardo do Campo-SP. [...] Na esfera penal, verifíco que o caso específico é peculiar, demandando uma análise mais minuciosa da compe-

tência criminal da Justiça Federal, tratada no artigo 109, IV, da Constituição Federal (“Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: [...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União [...]”). *Entendo que o interesse de que trata o dispositivo supra não se restringe ao aspecto econômico, podendo justificá-lo questões de ordem moral.* Nesse sentido, Vladimir Souza Carvalho destaca que o prejuízo para a União que justifica a competência da Justiça Federal em matéria criminal “é econômico e/ou moral. Econômico, quando lesa o patrimônio do ente federal. Moral, quando vulnera seu serviço ou interesse” (Competência da Justiça Federal. 6. ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 360). No que concerne ao aspecto econômico, vale destacar que o FUNDEF, no Estado de São Paulo, não recebe recurso da União a título de complementação. [...] *De toda sorte, o interesse moral da União no fundo é evidente.* O FUNDEF [...] foi implantado no Brasil pela Emenda Constitucional n. 14/1996 e regulado pela Lei n. 9.424/1996. [...] Em 2007, foi sucedido pelo FUNDEB [...] A principal diferença entre os fundos é que o FUNDEF permitia investimentos apenas no ensino fundamental, ao passo que o FUNDEB também destina recursos à educação infantil, ao ensino médio e à educação de jovens e adultos. No que concerne à finalidade desses fundos, relaciona-se diretamente com o papel que a União desempenha no âmbito educacional, o qual é definido no artigo 211, § 1º, da Constituição, *in verbis*: “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;” (grifou-se). *É que o FUNDEF, sucedido pelo FUNDEB, foi criado exatamente com os objetivos delineados no dispositivo supra, a saber: redução das desigualdades regionais relacionadas à educação (promoção da equidade), por meio do estabelecimento de um patamar mínimo de investimento por aluno; justiça social; melhoria na qualidade de ensino; e valorização do magistério, através da alocação prioritária de recursos na remuneração e qualificação dos professores. Outros dispositivos constitucionais demonstram o relevante papel da*

*União em matéria de ensino. O artigo 23, inciso V, da Constituição da República estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”. O ensino, em todos os seus níveis, é tratado de forma tão relevante pela Constituição que um dos casos de intervenção federal nos Estados e destes nos Municípios ocorre quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita estadual ou municipal em sua manutenção (artigos 34, inciso VII, “e”, e 35, inciso III, da CF/88). Ademais, de acordo com o art. 2º, § 4º, da Lei n. 9.424/1996 – revogado pela Lei n. 11.494/2007 –, competia ao Ministério da Educação e do Desporto – MEC realizar, anualmente, censo educacional, cujos dados seriam publicados no Diário Oficial da União e constituiriam a base para fixar a proporção da distribuição dos recursos no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal. Destaco, ainda, que a Lei n. 9.424/1996 deixa evidente o papel de fiscalização da União na sua correta aplicação, o que não se restringia aos casos em que a União repassava recursos ao fundo a título de complementação. [...] Destarte, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e fiscalização dos recursos do FUNDEF, daí o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal. Em casos análogos, inclusive referentes a Municípios do Estado de São Paulo, onde da mesma forma não havia complementação com verbas federais, já se manifestaram, em decisão monocrática, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Joaquim Barbosa: “[...] Bem examinados os autos, há que se reconhecer que a competência é do Ministério Público Federal. [...]*

Ainda que neste caso o Estado de São Paulo não tenha recebido complementação de verbas federais para o FUNDEF, o que afastaria a possibilidade de lesão direta a bens da União, não se pode descartar tenha sido lesado algum interesse federal que não ostente caráter exclusivamente financeiro, destacando-se o decidido pelo STF na ADI 1.749 (Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 15.4.2005, Ementário 2.187-1) [...]

*E, se há possibilidade de um interesse maior da União ter restado malferido, face a suposta aplicação irregular por Município das verbas do FUNDEF, a competência do Ministério Público Federal se impõe, seja na órbita cível ou criminal, à luz do previsto no art. 109 da Constituição de 1988.*

[...] Isso posto, conheço do conflito para declarar a atribuição do Ministério Público Federal (Procuradoria Regional da República da 3ª Região), para onde deverão ser remetidos os presentes autos” (ACO n. 1.079/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 19.5.2009, grifou-se). “DECISÃO:

[...] Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV da CF). [...]

*Evidentemente, em relação a eventual ato de improbidade administrativa atribuível ao Prefeito de Mirassol, a correspondente ação cível será da atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo, dada a ausência de previsão de competência da Justiça Federal para tanto (art. 109 da Constituição da República). Eventual interesse da União no feito, por ela manifestado nos respectivos autos, é que poderá acarretar o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Do exposto, nos termos do art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, resolvo o presente conflito no sentido de determinar a atribuição do Ministério Público Federal para atuar em matéria criminal. Remetam-se os autos à Procuradoria Regional da República no Estado de São Paulo” (ACO n. 1.313/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 1º.12.2009, grifou-se). “DECISÃO: [...] No que concerne à competência da Justiça Federal na esfera cível, somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou oponente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição, [...] Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra, comentando o dispositivo, ensinam que ele “adota o critério *ratione personae* para atribuir à Justiça Federal a competência para processar e julgar as causas em que a União tiver interesse e nessa condição figurar como autora, ré, assistente ou oponente no processo” (Comentários à Constituição do Brasil. v. 4. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 333). No âmbito cível, a razão de agir estaria no interesse em recuperar os recursos públicos indevidamente desviados e em punir o agente público pelo ato de improbidade a que deu causa. Neste caso, a princípio, a União não teria legítimo interesse em agir e, portanto, não figuraria como autora, ré, assistente ou oponente, pois, como antes visto, além de não lhe pertencerem os recursos desviados, tampouco o ato de improbidade é imputável a agente público federal. [...] O resultado, então, seria a possibilidade de propositura de*

ação penal pelo Ministério Público Federal e de improbidade administrativa pelo *Parquet* do Estado de São Paulo. Ante o exposto, conheço do presente conflito para determinar a atribuição do Ministério Público Federal em matéria criminal e do Ministério Público do Estado de São Paulo no âmbito cível. Remetam-se os autos à Procuradoria-Geral da República, ora suscitante. Publique-se. Brasília, 8 de março de 2010. Ministro Dias Toffoli Relator (ACO n. 1.285, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 8.3.2010, *DJe*-046, Divulg. 12.3.2010, Public. em 15 mar. 2010).

O Tribunal resolveu conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, no sentido de reconhecer a atribuição do primeiro para propor ação de improbidade administrativa contra ex-Prefeito de cidade paulista a respeito de aplicação do [...] FUNDEF. Considerou-se que os recursos em questão, durante a gestão do citado ex-Prefeito, não continham complementação de verbas federais [...] ACO n. 1.156/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.7.2009 (ACO-1156).

Analisando as decisões acima, com o devido respeito, há de se discordar dos posicionamentos adotados, tanto em relação à determinação de competência da justiça federal, mesmo quando não existia complementação da União no FUNDEF, quanto à separação da competência para processar e julgar ação criminal e cível.

Nos estados nos quais não havia complementação da União no FUNDEF, o fundo era composto apenas por impostos estaduais e municipais e por uma parcela dos recursos transferidos pela União aos estados e municípios, por meio dos fundos constitucionais, tais como FPE, FPM, IPI e IPI exportação.

O entendimento pacífico do STF é que o desvio desses recursos não atrai a competência da justiça federal nem tampouco a atuação do MPF. Ora, tais recursos pertencem originariamente aos estados e municípios, ressaltando-se, inclusive, que à União, nos termos do art. 160 da CF/88, é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos das transferências mencionadas, salvo as restritas exceções previstas no seu parágrafo

único. Vê-se, portanto, que, conforme reconhecido pelo próprio STF, não existe interesse financeiro da União que atraia a competência da justiça federal, tampouco a atribuição do MPF.

Quanto aos argumentos de que existiria um interesse moral da União, tendo em vista a sua responsabilidade de promover a redução das desigualdades regionais relacionadas à educação, conforme previsto no § 1º do art. 211 da CF/88, entendemos que, ante importância do tema educação, todo o Estado brasileiro tem interesse moral na sua promoção, de acordo com o art. 23, inciso V, da CF, e não apenas a União, esta somente promove a equidade quando efetua a complementação, bem como quando cria programas buscando atender a alunos de todo o país, como o Programa Nacional de Alimentação ou de Transporte Escolar.

Imaginar que apenas a União tem interesse moral nos objetivos do FUNDEF, fundo criado por emenda constitucional, é reduzir de forma equivocada a importância de estados e municípios, ferindo os princípios da unidade federativa.

Outro equívoco consiste em separar as atribuições do MP para promover as ações penal e cível, sendo aquela para o MPF e esta para o MPE, vislumbrando na ação cível apenas o aspecto financeiro do ressarcimento e olvidando a punição estabelecida pela improbidade administrativa, pois, até mesmo por conveniência, quem apura e processa a ação penal deve também promover a ação cível e vice-versa, tendo em vista a semelhança das duas, especialmente dos tipos penais do Decreto-Lei n. 201/1967 e dos arts. 312 e 315 do CP com os tipos previstos nos arts. 9º a 11 da LIA.

E não é só a conveniência que justifica a tramitação das ações no mesmo órgão judicial, com atribuições para o mesmo órgão do MP em promovê-las. A argumentação do STF para tal separação consiste no fato de o inciso IV do art. 109 da CF/88 (que trata da

ação criminal) ter previsão específica que justifica a competência da justiça federal, tendo em vista o interesse moral da União, bem como o inciso I do mesmo artigo (que trata da ação cível) traçar que somente há atração da competência federal quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente. Ora, a própria construção jurídica usada para fundamentar a competência em matéria criminal, que reputamos equivocada, já demonstra que haveria interesse da União. Se existe interesse, ela é parte material na ação, não ficando relegada a competência da justiça federal apenas nos casos em que a Advocacia-Geral da União (AGU) toma a iniciativa de intervir como parte processual para justificar a competência federal. Além do que, quando o MPF promove a ação cível, o faz como substituto processual da União.

Ademais, se tal entendimento fosse levado às últimas consequências, chegaríamos ao palco de só existirem ações de improbidade na justiça federal propostas ou aderidas pelos órgãos da AGU, e estes, por se tratarem de órgãos despidos de garantias constitucionais como a independência funcional e a autonomia administrativa, poderiam, a despeito do real comprometimento dos seus membros, ser utilizados pelo chefe do Executivo como máquina contra adversários políticos, fazendo prosperar apenas as ações de seu interesse, manietando de forma inconstitucional o trabalho do MPF.

Portanto, defendemos que se o STF entende existir interesse da União para justificar a competência da justiça federal, posição que discordamos quando não existir complementação da União, a mesma posição deve ser adotada em relação à ação cível.

Outra observação a ser feita quanto às decisões do STF é em relação ao FUNDEB. Em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli faz referência ao FUNDEB como fundo sucessor do FUNDEF, ressaltando como principal diferença entre eles o fato

de aquele ter maior abrangência, atingindo, além do ensino fundamental, o ensino médio, infantil e a educação de jovens e adultos. Todavia, outras considerações devem ser feitas sobre tal fundo. Destacamos como diferença entre eles o disposto no inciso X do art. 60 do ADCT, incluído pela EC n. 53/2006. Segundo tal dispositivo, aplica-se à complementação da União ao fundo o que dispõe o art. 160 da Constituição, ou seja, à União é vedada retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos da complementação, salvo as restritas exceções previstas no parágrafo único do citado artigo.

Este dispositivo, inicialmente, nos leva a imaginar que haveria mudança em relação ao órgão do MP com atribuição para atuar na circunstância de desvios de seus recursos e que seria atribuição do MPE atuar, mesmo que houvesse complementação da União, tendo em vista que tal complementação se incorporaria ao patrimônio dos estados e municípios, assim como ocorre nos fundos de participação como o FPE e FPM, considerados receitas originárias de estados e municípios.

No entanto, analisando a EC n. 53/2006 como um todo, logo se nota que tal forma de pensar não procede, pois, nos citados fundos, em que parte da receita de impostos federais pertence aos demais entes da federação, vê-se que a União atua como mera arrecadadora e distribuidora dos recursos, papel totalmente diferente do exercido na complementação do FUNDEB, já que neste a União atua cumprindo os papéis constitucionais estabelecidos no art. 23, inciso V, qual seja, o de promover a educação, e no § 1º do art. 211, praticando função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência financeira, tanto que, nos termos do inciso VIII do art. 60 do ADCT, com a redação dada pela EC n. 53/2006, os recursos transferidos como



complementação da União podem fazer parte do percentual de 18% (dezoito por cento) a que a União está obrigada, pelo art. 212 da CF/88, a investir no desenvolvimento do ensino.

Quanto aos casos de desvios de recursos transferidos aos municípios por meio das transferências legais e infralegais, o STF, com base no fato de os municípios prestarem contas dos recursos recebidos perante órgão federal (TCU e/ou Ministério da Educação/FNDE), sem fazer distinção se se trata de transferência direta ou por convênio, tem entendido que o MPF tem atribuição para promover as ações cíveis ou penais perante a justiça federal, conforme transcrição que segue:

Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal pelo crime de malversação de verbas públicas recebidas, sob condição, da União e sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União. Incidência do art. 109, IV, da CF, que prevê a competência da justiça federal para processar e julgar prefeitos municipais por infrações praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União (no caso, trata-se de verbas *concedidas* a município pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE sujeitas à prestação de contas ao Ministério da Educação e a julgamento pelo Tribunal de Contas da União) [...] (STF, HC n. 78.728/RS, Segunda Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 23.2.1999, DJ de 16 abr. 1999).

Mais uma vez, temos críticas ao posicionamento do STF, se não pela conclusão, mas pela fundamentação, pois entendemos que a prestação de contas não é o único fato relevante para fins de determinação de competência, tendo em vista que outros motivos importantes devem ser levados em consideração, tais como o fato de tratar-se de programas criados pela União, no cumprimento do seu papel constitucional estabelecido no § 1º do art. 211 da CF/88, por meio de resoluções, portarias, decretos ou, até mesmo, leis ordinárias, que, neste

caso, não são leis nacionais, mas leis de interesse predominantemente do ente federativo União, com finalidades específicas, como transportar os alunos que residem na zona rural até as escolas ou transferir recursos financeiros a fim de que os alunos recebam a quantidade de calorias necessárias para o seu desenvolvimento, por meio da merenda escolar.

### 3.4 As transferências da educação e o Superior Tribunal de Justiça

O posicionamento do STJ não destoava do adotado no STF quando se trata da competência para processar e julgar ações que versem a respeito de desvio de verbas do FPM, sendo pacífico que é da competência da justiça estadual, senão vejamos:

Processual penal. Competência. Crime cometido em tese por ex-prefeito. Parcelas do Fundo de Participação dos Municípios – FPM decorrentes de recursos tributários federais.

1. Não é da competência da justiça federal o processo e julgamento de crimes praticados na aplicação de recursos financeiros do Fundo de Participação dos Municípios transferidos e incorporados ao patrimônio dos municípios.

[...]

(CC n. 15.887/TO, Terceira Seção, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 8.5.1996, *DJ* de 1º jul. 1996, p. 23981).

Quanto ao FUNDEB, o STJ entendeu, em decisão de 4.6.2009, que, não existindo complementação da União, a competência para a ação penal é da justiça estadual – igual posicionamento era adotado em relação ao FUNDEF –, conforme segue:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. MALVERSAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEB. PREFEITO MUNICIPAL. NÃO-COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDO PELA UNIÃO. NOVA

SISTEMÁTICA TRAZIDA PELA LEI N. 11.494/2007. PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 208/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

[...]

(CC n. 88.899/MG, Terceira Seção, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 13.5.2009, *DJe* de 4 jun. 2009).

Entretanto, quanto à competência para a ação cível por ato de improbidade, o STJ entendeu que a justiça federal só era competente caso a União interviesse no feito. Transcrevemos abaixo decisão nesse sentido e remetemos o leitor ao tópico anterior, em que nos posicionamos contrários ao entendimento:

PROCESSO CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA CONTRA EX-PREFEITO ACUSADO DE MALVERSAÇÃO DAS VERBAS DESTINADAS AO FUNDEF – AUSÊNCIA DE ENTE FEDERAL NA LIDE – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

[...]

3. A malversação de verbas destinadas ao FUNDEF prejudica o desempenho de competência atribuída à União pelo art. 211 da Constituição da República.

4. Em matéria penal, a competência é da Justiça Federal, a teor da Súmula 208/STJ.

5. Em matéria cível, entretanto, a jurisprudência majoritária da Primeira Seção é no sentido de entender que a competência da Justiça Federal só se faz presente quando estiver no processo ente federal, o que inócorre na espécie.

[...]

(CC n. 64.749/PR, Primeira Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 28.3.2007, *DJ* de 16 abr. 2007, p. 155).

Não encontramos decisão do STJ que trate da competência para processo e julgamento de ações que versem sobre desvios de verbas da quota dos municípios do salário-educação.

Em relação ao desvio de verbas da educação repassadas aos municípios por transferências legais e infralegais, destacamos, inicialmente, o posicionamento do STJ por meio das Súmulas n. 208<sup>6</sup> e 209<sup>7</sup>, que, assim como no STF, emprestam relevo definitivo ao fato de as prestações de contas serem apresentadas perante órgãos federais, como o TCU e/ou FNDE. Para evitar repetições, remetemos mais uma vez o leitor ao tópico anterior, em que consta nosso posicionamento sobre o tema.

De certa forma, a aplicação das referidas súmulas remete à justiça federal a competência para conhecer as ações que versem sobre desvios das transferências citadas, pois, em ambas, a prestação de contas é apresentada perante o FNDE, podendo o TCU também julgá-las.

Nas transferências legais é possível verificar que o STJ entende que tanto a ação penal quanto a ação cível, por desvio dos seus recursos, devem tramitar perante a justiça federal, com atuação do MPF. Nesse sentido, citamos o HC n. 28.292/PR, relator Ministro Paulo Gallotti, em que o tema foi enfrentado, e o STJ decidiu que o desvio de recursos do PNAE atrairia a competência da justiça federal. No REsp n. 799.511/SE, relator Ministro Luiz Fux, sem enfrentar o tema, em ação de improbidade promovida pelo MPF, também de verbas do PNAE, o tribunal não fez ressalvas à competência da justiça federal.

---

<sup>6</sup> Súmula n. 208: compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

<sup>7</sup> Súmula n. 209: compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Nas transferências infralegais também não é diferente, e no R.Esp n. 809.088, relator Ministro Francisco Falcão, o STJ considerou correta a situação de ação de improbidade proposta pelo MPF na justiça federal contra ex-prefeito acusado de desvio de verbas de convênio firmado com o FNDE. O HC n. 62.998/RO, abaixo transcrito, demonstra que o mesmo entendimento prevalece quanto à ação penal:

PROCESSUAL PENAL. CRIME EM PROCESSO DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93. PROGRAMA FUNDESCOLA. SUJEIÇÃO AO CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. VERBA NÃO INCORPORADA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na linha do entendimento inserto nos enunciados n. 208 e 209 da Súmula deste STJ, compete à Justiça Federal processar e julgar crimes de desvio de verbas oriundas de órgãos federais, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União e não incorporadas ao patrimônio do Município.

2. Sendo o Programa FUNDESCOLA vinculado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), eventual fraude em processos licitatórios para sua implementação deverá ser examinada pela Justiça Federal.

[...]

(HC n. 62.998/RO, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 15.2.2007, *DJ* de 12 mar. 2007, p. 282)

#### **4 Conclusão**

Mencionamos que, em uma análise financeiro-orçamentária, as transferências de recursos da União para os municípios aplicarem em educação classificam-se em transferências voluntárias e obrigatórias, porém traçamos que tal classificação não era relevante para os fins deste trabalho, por isso demos ênfase às formas

de transferências e listamos as constitucionais, legais e infralegais, como classificação de maior relevo, especialmente levando em consideração os objetivos e a legislação aplicável a cada transferência, em que podemos coligir os elementos necessários para apontar qual órgão do MP tem atribuição de promover as ações em casos de desvios destas verbas e qual órgão do Judiciário é competente para conhecê-las.

Conforme apresentado, existem 3 (três) tipos de transferências constitucionais de recursos da União para os municípios aplicarem em educação: a realizada por meio do FPM, a transferência de parte dos recursos da contribuição social salário-educação – em que eventuais desvios urgem ao MPE promover a responsabilização dos culpados perante a justiça estadual – e a complementação do FUNDEB, que entendemos caber ao MPF e à justiça federal analisarem os desvios eventualmente ocorridos, patente que é o interesse federal, sendo a complementação uma forma de a União cumprir o que determinam o § 1º do art. 211 e o *caput* do art. 212 da CF/88.

Todavia, quando não houver complementação da União no FUNDEB/FUNDEF, não há que se falar em competência da justiça federal nem em atribuição do MPF para propor a ação penal, pois não existe interesse econômico da União, e todo o Estado brasileiro tem interesse moral no desenvolvimento da educação, não apenas a União, como se tem manifestado o STF.

Defendemos que as atribuições do MPF, caso haja complementação, abrangem tanto a ação penal como a ação de improbidade, e, nesta última, a atribuição do MPF não fica condicionada à adesão da União no polo ativo da demanda, sob pena de inviabilizar a atuação ministerial.

Quanto às transferências legais e infralegais, cabe ao MPF promover as ações de responsabilização civil e/ou penal por eventuais desvios, sendo da competência da justiça federal conhecer tais ações, tendo em vista os objetivos, a forma como foram criadas e o fim a que se destinam, já que a União, promovendo a educação, nos termos do inciso V do art. 23 da CF/88, cumpre o papel que lhe foi determinado pelo § 1º do art. 211 da CF e aplica o percentual mínimo no desenvolvimento do ensino estabelecido no art. 212 da Constituição.

Acrescentamos ao que foi dito acima sobre o entendimento do STF de separar as atribuições para atuar, no caso do FUNDEB/FUNDEF, estabelecendo ao MPF a atuação na esfera penal e ao MPE na esfera cível, que tal posicionamento leva em consideração apenas o ressarcimento ao erário, e, realmente, como os recursos desses fundos pertencem aos entes federativos, mesmo com complementação, o ressarcimento em casos de desvios deve ser feito ao ente federativo prejudicado, porém, nesses casos, o STF olvida as punições pela improbidade praticada e o interesse da União nessa punição, pois os recursos transferidos não atingiram os fins a que eram propostos. A ação cível, em caso de complementação da União nos fundos, só deve ser proposta perante a justiça estadual quando não for possível atingir as punições dos arts. 9º a 11 da LIA, ou seja, quando se buscar apenas o ressarcimento.

Esperamos ter trazido luzes a um assunto tão complicado como as transferências federais de recursos da educação e ter colaborado no debate sobre as atribuições do MP e a competência judicial para a promoção e julgamento das ações que versem sobre desvios de recursos da educação, pois a indefinição desta matéria é propícia à impunidade dos responsáveis, seja pela prescrição, seja pela nulidade de processos tramitados em diversas instâncias.

## Referências

- BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa legislação comentada artigo por artigo*. Niterói: Impetus, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAVIANO, Demerval. *Da nova LDB ao FUNDEB*. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2008.
- SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 6. ed. Campinas: Millennium, 2004.



# A implementação dos direitos sociais e a atuação do Ministério Público

Samira Engel Domingues\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O obstáculo das normas programáticas. 3 O obstáculo da discricionariedade administrativa. 4 O obstáculo da separação dos poderes. 5 O obstáculo orçamentário. 6 A atuação do Ministério Público na implementação dos direitos sociais. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

Os direitos sociais são constitucionalmente previstos como *fundamentais* (CF, Título II, art. 6<sup>º</sup>) e, em razão dessa natureza, possuem *aplicação imediata* (CF, art. 5<sup>º</sup>, § 1<sup>º</sup>). Assim, diante dos objetivos, dos fundamentos<sup>1</sup> e, inclusive, do preâmbulo, expostos na Constituição da República Federativa do Brasil, elaborada pelo poder constituinte originário<sup>2</sup>, o controle da implementação desses direitos não deveria ensejar tantas discussões e obstáculos.

---

\* Samira Engel Domingues é Procuradora da República no Município de Cáceres-MT.

<sup>1</sup> A Constituição institui como objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3<sup>º</sup>). Consolida, ainda, como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a *dignidade da pessoa humana*, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art.1<sup>º</sup>). Contempla, outrossim, como escopo fundamental, a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4<sup>º</sup>, I).

<sup>2</sup> O parágrafo único do art. 1<sup>º</sup> da Carta Magna dispõe que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Entretanto, segundo considerável parcela da doutrina e jurisprudência tradicionais, a execução dos direitos sociais consiste em opção política dos administradores públicos, como representantes da população brasileira, e não em um *dever*, que, não sendo cumprido em tempo e modo razoáveis, pode ser exigido, inclusive, judicialmente.

Ainda, é argumentado que as normas constitucionais que consagram os direitos sociais são, em regra, programáticas, o que exigiria, para a implementação desses direitos, a elaboração de normas que detalhassem a sua execução. Além disso, é mencionado que o princípio constitucional da separação dos poderes impediria a apreciação pelo Poder Judiciário da omissão administrativa, pois o mérito de suas escolhas, ou seja, a oportunidade e a conveniência, seria ínsito à sua função, juntamente com a prerrogativa de escolher as prioridades públicas (principalmente pela legitimidade conferida pelo cargo eletivo). Por fim, a disponibilidade orçamentária (ausência, insuficiência de previsão ou disponibilidade de caixa) inviabilizaria eventual cumprimento de uma condenação de fazer que tivesse como objeto a implementação desses direitos.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar os obstáculos apresentados à implementação dos direitos sociais, tais como as normas programáticas, a discricionariedade administrativa, a separação dos poderes e a reserva do financeiramente possível, bem como as possíveis atuações do Ministério Público, notadamente no âmbito extrajudicial, a fim de garanti-los. Cumpre ressaltar que o presente estudo não tem por fim esgotar o tema ou as inúmeras discussões e abordagens a ele ínsitas, mas apenas traçar algumas reflexões, considerando, ainda, seguindo os ensinamentos de Norberto Bobbio, que *a busca das condições para a realização dos direitos proclamados é mais importante* do que a

busca de fundamentos para que o reconhecimento desses direitos seja ampliado, considerando que a maioria dos governos concorda com uma declaração de direitos comum<sup>3</sup>.

## 2 O obstáculo das normas programáticas

As normas programáticas são consideradas, essencialmente, como programas a serem cumpridos pelos órgãos públicos para que os objetivos do Estado sejam concretizados (SILVA, 2002, p. 138).

De acordo com a doutrina prevalente, apresentam como características principais: a generalidade de seu objeto ou programa (o que exigiria uma complementação normativa ou institucional)<sup>4</sup>, o conteúdo informativo da concepção de Estado e de sociedade adotados no país, a aplicabilidade imediata<sup>5</sup> (mesmo que restrita), a imposição de deveres aos poderes estatais, o estabelecimento de parâmetros de interpretação do direito, a criação de direitos subjetivos negativos (impedindo comportamentos contrários aos programas instituídos) e a impossibilidade de os direitos assegurados serem tutelados positivamente (DOMINGUES, 2003).

Não obstante tal entendimento, diversos doutrinadores têm-se dedicado na redefinição dessas normas, notadamente no que concerne à aplicabilidade. Entre eles, Santos (1988, p. 145 e 152) ressalta

---

<sup>3</sup> Segundo Bobbio (1992, p. 24), “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições”.

<sup>4</sup> Esta complementação institucional seria efetivada por meio de providências de infraestrutura.

<sup>5</sup> Esta característica impõe a invalidade das normas conflitantes, se hierarquicamente inferior, ou de publicação anterior, no caso de igual hierarquia, e obstam que leis integrativas sejam revogadas sem que novas sejam publicadas, evitando vazios normativos.

a necessidade de ser superado o entendimento de que as normas programáticas ensejam direitos subjetivos apenas na medida em que são regulamentadas, destacando a diferença existente entre a função das normas integrativas, de pormenorizar os direitos descritos nas normas programáticas, e a eficácia já existente nessas normas. Atenta, ainda, para a gravidade da violação de uma norma de natureza programática, pois, diversamente da transgressão de uma regra, resulta no desrespeito de todo um sistema de comandos. Ademais, no próprio sistema foram previstos instrumentos constitucionais para superação da inércia legislativa, tais como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Cumprido considerar que o ordenamento é uno e indivisível. Assim, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento com os métodos do direito de integração (analogia, princípios gerais do direito, costumes e equidade), os meios para o cumprimento das normas mais vagas podem ser extraídos.

Segundo os ensinamentos do ex-Ministro Eros Roberto Grau, “um texto de direito isolado, destacado, despreendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”. Por conseguinte, o ordenamento não pode ser interpretado “em tiras” (GRAU, 2002, p. 34), sendo a norma construída, pelo intérprete, a partir dos elementos contidos nos textos das regras e dos princípios e no caso concreto. Com isso, é formada uma moldura<sup>6</sup> que abrange algumas soluções a serem ponderadas. O juiz, como último intérprete, tem por fim apontar a solução mais adequada.

Diante do exposto, conclui-se que, em sendo implementada uma solução pertencente à moldura “definitiva”, não haverá interesse jurídico na exigência de postura diversa. Entretanto, não seria

---

<sup>6</sup> Referido jurista faz analogia com a teoria kelseniana, cuja interpretação ocorre entre as possibilidades contidas no(a) texto (moldura) normativo(a).

a ausência de densidade de significado de uma escusa motivo para o descumprimento de seu comando.

Diniz (1997, p. 118-119), acerca do tema, em análise do art. 205 da CF, menciona:

[...] Essa norma programática poderá dar origem a um direito subjetivo? Poderiam os pais acionar o Estado para obter, por exemplo, a construção do prédio escolar, num local ermo, sem quaisquer recursos? Poderia o Judiciário eximir-se de prolatar uma sentença nessa hipótese? Parece-nos que não ante a *proibição do non liquet*, logo *não poderia negar a prestação jurisdicional, alegando que não haveria omissão estatal na construção daquela escola*, porque a norma constitucional teria tão somente eficácia negativa, no que atina ao legislador, por proibir edição de lei ordinária contrária ao comando. Assim sendo, *o magistrado não poderá entender inaplicável a norma programática por falta de legislação; terá que analisar cada caso concreto, ante o fim social tutelado constitucionalmente, visto que, na realidade fática, podem ocorrer situações que geram direitos subjetivos*<sup>7</sup>.

Assim, este poder, por ser o guardião maior da justiça e da democracia, ao negar vigência às normas programáticas:

[...] atenta contra a hierarquia das normas constitucionais, compromete a independência do Poder Judiciário, concedendo poder excessivo ao Legislativo, e ignora as prescrições do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que direciona toda a interpretação jurídica<sup>8</sup>. Descumpre, portanto, a Constituição e a legislação ordinária, às quais deve obediência (DOMINGUES, 2003, p. 26).

Ainda consoante observado por Santos (1988, p. 146):

---

<sup>7</sup> Cumpre observar que Silva (2002, p. 150) não inclui as normas que dispõem sobre o direito à saúde e à educação entre as normas programáticas: “*Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma*” (grifo nosso).

<sup>8</sup> Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nem se diga que há conceitos vagos ou indeterminados na Constituição, o que impossibilitaria ou dificultaria a aplicação do direito. Não é exato. Tal afirmação não passa de preconceito reiteradamente afirmado. O Judiciário nunca se negou a conferir definição objetiva a tais termos.

### **3 O obstáculo da discricionariedade administrativa**

De acordo com Di Pietro (2001, p. 17-65), na obra *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, o modelo de Estado adotado delimita o âmbito da discricionariedade do administrador e, como consequência, o alcance do controle das condutas administrativas.

No Estado de Direito, como reação ao Absolutismo, as leis tinham por fim regular minimamente (para não atingir o bem maior da liberdade) o convívio social e proteger os cidadãos em face do Estado. Assim, justamente para cumprir com seu escopo, as leis deveriam ser interpretadas literalmente. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, percebeu-se que não existia liberdade sem igualdade e participação política. Para tanto, direitos sociais foram consagrados e o Estado passou a também ter por função implementá-los para garantir tais valores, que se resumem no valor maior da dignidade da pessoa humana, conceito também desenvolvido historicamente.

Diante desta alteração significativa, meras regras não seriam suficientes para sustentar constituições estáveis, o que ensejou a normatização de princípios e regras mais vagas. Por conseguinte, critérios de interpretação e integração foram desenvolvidos, e o juiz passou a assumir função diversa daquela que o considerava “mera boca da lei”, pois teria que conjugar todo um sistema de normas, seus objetivos, fundamentos, dentro da realidade social, com o novo compromisso de aproximação de uma justiça material.

Tendo o Judiciário como função verificar se determinado comportamento é condizente com o direito posto, quando provocado, sendo, ainda, consagrado constitucionalmente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o controle jurisdicional dos atos e omissões administrativas mostra-se ínsito ao sistema. Destarte, apenas o alcance do controle dos atos administrativos discricionários<sup>9</sup> deve ser debatido e não a sua possibilidade.

No mesmo sentido, o posicionamento de Cintra (1978, p. 60): “[...] de que vale subordinar os atos políticos ao princípio da legalidade se retira a esse princípio a garantia do controle jurisdicional?”

A doutrina tradicional concebe a discricionariedade como

capacidade de determinação do sentido de uma noção deixada imprecisa pela lei, havendo nisso a possibilidade de escolher entre as diversas soluções a melhor, ou a que for julgada melhor, por motivos de conveniência, de oportunidade, de interesse público” (STASSINOPOULOS, Michel *apud* MARCHESAN, 1998, p. 86).

A imprecisão legislativa teria origem em normas que versam assuntos políticos, em normas vagas, em normas alternativas (contêm mais de uma opção), em normas facultativas de ação e em normas imprecisas quanto ao modo. Assim, eventual controle deve ser restrito à competência, à forma e à finalidade da conduta administrativa, não podendo abranger o mérito.

Entretanto, acredita-se, em uma redefinição do alcance da discricionariedade, que esta consiste em campo de liberdade situado dentro de uma moldura jurídica conformada por normas, por princípios, por fatos, pelas causas de densificação dos conceitos vagos e

---

<sup>9</sup> A moderna doutrina entende ter sido referida classificação superada pela inexistência de absoluta oposição entre ato vinculado e ato discricionário, pois todos os atos conteriam aspectos discricionários (momento oportuno para a realização do ato) e aspectos vinculados (competência).

pelas causas determinantes de discricção. Resultaria, portanto, em “possibilidade de livre opção entre indiferentes jurídicos (alternativas igualmente lícitas para a conduta administrativa) *em concreto*” (NOVAIS, 1996, p. 34)<sup>10</sup>.

Como mencionado, diante de normas postas, dotadas de vocábulos com um mínimo de densidade de significado (ampliado diante do contexto fático e jurídico), todo este contexto compõe uma moldura jurídica a ser analisada. Esta apresentará campos de *certeza positiva* (soluções adequadas à finalidade da norma) e de *certeza negativa* (soluções inadequadas), que consistem em limites à interpretação e, portanto, à discricionariedade. Entre ambos, situam-se os casos discutíveis, em uma zona de elasticidade nebulosa. Apenas neste campo se concentram os elementos de discricção, o que não se confunde com a norma vaga como um todo, permitindo um juízo de preferência do administrador.

Consoante observado por Figueiredo (1998, p. 138), o juízo “Deve percorrer na trilha do exame até o momento em que, quer a decisão *a*, quer a decisão *b*, sejam ambas possíveis, por não se poder mais discernir qual a melhor”.

No que concerne à ausência de previsão legal acerca do momento mais oportuno de agir, cumpre apontar que os atos considerados vinculados também são dotados de certa discricionariedade nesta característica. Assim, pertencendo a escolha ao grupo de indiferentes jurídicos, a eleição administrativa deve ser respeitada. No entanto, tendo decorrido prazo razoável, o descumprimento torna-se inconstitucional<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> No mesmo sentido, Figueiredo (1998, p. 164) aduz que “[...] se afirmam discricionários os atos em que o administrador tem opções indiferentes, pois, se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal”.

<sup>11</sup> “A discricionariedade que pode ser reservada ao administrador não se refere ao ‘se’, nem ao ‘quando’ da implementação da política pública, mas tão-somente ao ‘como’” (PORT, 2005, p. 186).



No voto do ex-Ministro Anselmo Santiago, proferido no Recurso Especial n. 79.761/DF, os limites da discricionariedade são destacados:

Atualmente convivemos com uma discricionariedade mitigada pelos princípios da moralidade pública, da proporcionalidade e da razoabilidade.

[...] Vale dizer que o importante é verificar a medida de discricionariedade conferida ao administrativo especialmente no que se refere ao fato de poder implementar a previsão legal apenas ao tempo em que julgar conveniente, o que, afinal, poderá nunca ocorrer.

[...] A Administração não pode abusar do poder discricionário que detém [...]. A falta de interesse da Administração há de ser bem fundamentada, sob pena de configurar-se em casuísmo ou discriminação indevida.

[...] Por isso mesmo, a motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato (pressuposto de direito) e os fatos (pressuposto de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para o controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade.

[...] o administrador não comprovou o interesse público, alegando, apenas, em seu benefício, a aplicação da discricionariedade administrativa, o que não basta a configurar a razoabilidade da medida<sup>12</sup>.

Diversamente, a escolha da forma de execução, ou seja, da melhor alternativa técnica para o cumprimento da obrigação, de acordo com parâmetros de razoabilidade, eficiência e demais elementos conformadores da moldura jurídica, em regra, persiste no âmbito da discricionariedade administrativa, como corolário do princípio da separação dos poderes:

Com efeito, o modo de execução da obrigação imposta deve ser sujeito à apreciação de conveniência e oportunidade pelo administrador, salvo aquelas raras hipóteses em que só existe uma alternativa viável capaz de atingir o esperado (GOMES, 2003, p. 166).

---

<sup>12</sup> STJ, Recurso Especial n. 79.761/DF, 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 29.4.1997, DJ de 9 jun. 1997.

Dessarte, verifica-se que o ordenamento estabelece comandos prioritários, não deixando à escolha do administrador público a opção quanto ao cumprimento, exceto quanto aos campos de incertezas mencionados:

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração (FRISCHEISEN, 2000, p. 95).

Do contrário, o direito posto não cumpriria com o seu escopo garantista, e o princípio constitucional da segurança jurídica também seria ameaçado:

não há como conceber a possibilidade de que a contrariedade à Constituição mereça, em algum instante, a convalidação. [...] não há segurança maior para as relações jurídicas do que o convencimento geral de que nunca poderão ser considerados válidos qualquer norma ou ato administrativos contrários à Constituição (CORREIA, 2002, p. 42).

#### **4 O obstáculo da separação dos poderes**

O inciso XXXV do art. 5º da CF prevê, também como direito fundamental, que ameaça ou violação alguma de direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Assim, foi reservado a este poder, em um sistema de freios e contrapesos (controle recíproco), segundo o modelo de Estado Democrático de Direito, a função de zelar pela devida observância da lei pelos demais poderes.

Como observado, de nada adiantaria a elaboração de leis e a promulgação da Constituição se não houvesse um poder cuja função fosse restaurar a legalidade em caso de lesão. Não se trata, como afirmado por alguns, do “governo dos juízes”, mas de sim-

ples cumprimento de dever constitucional. Atenta-se, ainda, para o fato de que ao Legislativo sempre restará a opção de alteração do ordenamento posto a fim de equilibrar a distribuição de forças entre os poderes constituídos.

Mister apontar, quanto ao controle da implementação de políticas públicas e o referido princípio, que as decisões proferidas em mandado de segurança determinam uma obrigação de fazer ou não fazer aos administradores públicos, e “nunca se falou em indevida intromissão da ordem judicial em matéria que lhe era estranha” (CORREIA, 2002, p. 48-49).

O processo judicial<sup>13</sup> também representa, na atualidade, instrumento de atuação política, sendo uma das formas de participação popular no controle da Administração Pública, notadamente por meio das ações coletivas:

Acredito que estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fa-lo-á instrumento de atuação política. [...] Cumpre proteger o indivíduo e a coletividade não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 95 *apud* GOMES, 2003, p. 257).

O Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, assumiu notável função no controle da implementação das políticas públicas, constituindo “mais um elo no sistema de freios e contrapesos aos arbítrios e omissões estatais” e tornando-se “efetivo instrumento de aperfeiçoamento do regime democrático” (PACCAGNELLA, 1999, p. 190).

---

<sup>13</sup> Consistem em fases do direito processual o sincretismo, a autonomia e a instrumentalidade (efetividade).

## 5 O obstáculo orçamentário

Na medida em que a implementação dos direitos sociais gera custos significativos ao Estado, importante perquirir acerca do alcance da discricionariedade administrativa nesta seara e a medida na qual as normas que direcionam a gestão e o dispêndio público, com a capacidade financeira do ente público, limitam o controle jurisdicional e do Ministério Público.

Diversas são as normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam a matéria. Consoante o disposto no art. 167 da Constituição Federal, é vedado o “início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (inciso I), a “realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais” (inciso II), a “realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital [...]” (inciso III), a “abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes” (inciso V), bem como a “transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa” (inciso VI).

Ainda, consiste em infração administrativa (Lei n. 10.028/2000, art. 5º, III) deixar de expedir ato sobre a limitação de empenho, quando o limite estabelecido for alcançado.

No que concerne a esta limitação, consoante apontado por Gomes (2003, p. 141):

[...] a própria Lei Complementar n. 101/2000 previu que “não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente” incluindo-se aqui aquelas assim definidas pelo Poder Judiciário diante do caso concreto, e cuja decisão deve ser cumprida pelo administrador, sob pena

de cometer crime de responsabilidade. No mesmo sentido, em que pesem as inúmeras limitações relativas a despesas com pessoal, ressaltou-se que não serão computadas as despesas “decorrentes de decisão judicial”.

Com isso, evidente que não se obstaculizou o controle da omissão administrativa, não obstante as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 9º, § 2º, da Lei n. 101/2000 e art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967).

Por fim, inúmeros são os comandos previstos na Lei Complementar n. 101/2000:

Art. 8º [...]

Parágrafo único. Os recursos vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de<sup>14</sup>:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 45. Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após

---

<sup>14</sup> “Art. 16 [...]. § 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias”. Segundo decisão, em sede liminar, do e. Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.238, no que tange ao art. 15 da referida lei (que considera irregular a geração de despesa ou assunção de obrigação dissonante de seus arts. 16 e 17): “[...] objetivam tornar efetivo o cumprimento do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária, tal como previsto no art. 165 da CF, não inibindo a abertura de créditos adicionais previstos no art. 166 da CF”.

adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

Assim, constata-se que, a despeito de a atividade orçamentária apresentar conteúdo essencialmente político, sendo o direcionamento dos recursos públicos decididos significativamente pelo Executivo após audiências públicas e participação popular, segundo ponderações, em grande medida, discricionárias, diversos princípios e normas, inclusive criminais<sup>15</sup>, foram sendo elaborados com o fim de incutir maior racionalidade e eficácia às escolhas, impondo limites significativos à margem de discricionariedade<sup>16</sup>. Como será exposto, eventuais decisões judiciais também apresentarão restrições a serem consideradas.

Segundo o disposto no art. 2º da Lei n. 4.630/1964, o orçamento público consiste em documento que contém a discriminação da receita e da despesa de forma que evidencie a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo.

A despeito de significativa parcela doutrinária conceituar o orçamento como simples peça contábil autorizadora de gastos públicos, em uma interpretação holística do tema, acredita-se que

---

<sup>15</sup> Constituem crimes: *art. 359-D do Código Penal* (“ordenar despesa não autorizada por lei: pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”); *art. 10, itens 2, 3, 4, 6 e 7, da Lei n. 1.079/1950* (“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: [...] 2) Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; 3) Realizar o estorno de verbas; 4) Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo de lei orçamentária; [...] 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; 7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;”).

<sup>16</sup> A concepção atual no direito das finanças é de significativa margem de discricionariedade na elaboração do orçamento, o que, como discutido anteriormente, desconsidera muitos fatores de limitação das decisões do administrador.

este programa financeiro, a partir do momento em que assume a forma legal, gera obrigações ao Poder Público. E tanto é assim que diversas sanções criminais e administrativas foram impostas.

O orçamento tem por desafio atender as necessidades criadas pela conjuntura econômica sem ultrapassar os limites impostos pela moldura jurídica, conforme aduzido, bem como demonstrar, ainda, o custo da implementação dos objetivos traçados no plano de governo e evidenciar se as prioridades na alocação das dotações estão dispostas segundo o determinado pela Constituição, pelos seus princípios e pelas demais normas do ordenamento, o que inclui o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias<sup>17</sup>. Não pode o orçamento, em um Estado Democrático de Direito, ser um fim em si mesmo, devendo ser um importante instrumento de concretização do interesse público.

A discussão acerca da vinculação da lei orçamentária<sup>18</sup> resulta do dissenso no que concerne à sua natureza, se lei em sentido formal (mero “ato-condição”, por faltar-lhe as características legais da generalidade e abstração, sendo apenas limitativa das despesas públicas) ou lei em sentido material (impositiva).

---

<sup>17</sup> “Não se defende aqui que toda previsão orçamentária deva ser estritamente cumprida, exigência impossível frente às contingências sociais, e que certamente causaria o dispêndio desnecessário dos recursos públicos. Ademais, tal posicionamento atentaria contra o princípio da flexibilização. Acredita-se ser a lei orçamentária lei material que obriga o administrador a respeitá-la a princípio, sendo-lhe facultada a sua modificação pelos mecanismos de retificação [...], bem como a sua não implementação mediante justificativa razoável no sentido de que a concretização de determinado projeto não se mostra mais adequado ou necessário à consecução do interesse público” (DOMINGUES, 2003, p. 89 e 93).

<sup>18</sup> A generalidade das categorias de previsão das dotações, que permite significativa flexibilidade alocativa, a possibilidade de abertura de créditos adicionais, dentro do limite previsto na lei, sem a necessidade de autorização legislativa, e a possibilidade de utilização da “reserva de contingência” tornam, ainda, permanente notável margem de discricionariedade administrativa.

No entanto, o entendimento no primeiro sentido desconsideraria todo o trabalho de diagnóstico das necessidades básicas da sociedade, a legitimação dos gastos públicos e o respeito ao que foi discutido pela sociedade civil e o governo. Ainda, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, diante da atribuição de responsabilidade ao administrador que descumprir a lei orçamentária e as metas previstas na lei de diretrizes orçamentárias, “o orçamento deixa de ser peça financeira e programática para ser instrumento permissivo de controle” (OLIVEIRA, 2002, p. 14). Este, por conseguinte, poderá ocorrer em dois âmbitos, o da *elaboração da lei orçamentária e o da execução orçamentária*.

No primeiro, caso não seja elaborada norma orçamentária que preserve as prioridades constitucionais, o que for divergente, desproporcional e não razoável poderá ser impugnado:

*O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada. Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a acumulação de pedidos em ação civil pública, um referente à obrigação de não fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte (FIGUEIREDO, 1996, p. 27) (grifo nosso).*

No mesmo sentido, será legítimo o controle da omissão do Executivo:

[...] em relação à reserva do montante necessário à implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, revelar-se evidente e inequívoca. [...] a omissão do Executivo, quando da elaboração das leis orçamentárias [...] implica violação do direito público subjetivo negativo dos indivíduos de verem afastadas medidas que coartem ou impeçam a implementação das mencionadas políticas.



Ora, se as políticas públicas dependem de recursos orçamentários para sua viabilização, é claro que, não reservar os devidos recursos, significa impedir a efetiva implementação. [...] a ausência de provisão mínima de recursos orçamentários revela-se uma afronta incontestada ao princípio da proporcionalidade (PORT, 2005, p. 196).

No que concerne à execução orçamentária, como mencionado, entende-se que a lei orçamentária vincula o administrador público em considerável medida, o que é diluído pela generalidade das categorias de previsão das dotações, que permite significativa flexibilidade de alocação. Assim, passível de apreciação jurisdicional o descumprimento injustificado e não razoável da lei.

Tendo em vista que toda lei orçamentária deverá prever uma categoria de despesa para o atendimento das “sentenças judiciais”, não deixará aquela de ser cumprida diante das decisões judiciais que impõem a implementação “imediate” de direito social. No entanto, existe a possibilidade de a decisão judicial, ou o seu conjunto, ensejar dispêndio superior ao previsto na referida dotação. Nesse caso, a possibilidade, em um contexto de planejamento e escassez de recursos, de o administrador público cumprir as decisões sem violar a legislação financeira pertinente consiste em tormentosa questão doutrinária.

Nesse contexto, a tese da “reserva do financeiramente possível” foi desenvolvida, sendo defendido que os direitos sociais deveriam ser implementados gradualmente, na medida da disponibilidade financeira do Estado.

Cumprido, assim, analisar a medida desta disponibilidade financeira no orçamento. Preliminarmente, necessário se faz mencionar que, como alternativa ao cumprimento das decisões judiciais que exigem dispêndio em programas não alcançados pela lei orçamentária e, por conseguinte, que ultrapas-

sam as dotações previstas na categoria das “sentenças judiciais” e das respectivas categorias de programação (verbas destinadas a determinado programa), pode ser feito uso da “reserva de contingência”<sup>19</sup>, prevista justamente para viabilizar o princípio da flexibilidade orçamentária diante do princípio da legalidade. Assim, os casos fortuitos podem ser contemplados sem que seja necessária permissão legislativa posterior.

Ademais, outra opção seria a utilização do remanejamento de verbas previstas nas categorias, com a possibilidade de cancelamento total ou parcial de programas de menor prioridade (como os destinados à propaganda institucional do governo) para a transposição do crédito para a categoria de programação determinada judicialmente, que exigir satisfação imediata<sup>20</sup>.

Ainda, existem os instrumentos de retificação do orçamento<sup>21</sup>, por meio da abertura de créditos adicionais, a fim de que despesas não previstas ou insuficientemente dotadas sejam efetivadas (Lei n. 4.320/1964, art. 40)<sup>22</sup>, não sendo estes limi-

---

<sup>19</sup> A Lei de Responsabilidade Fiscal, no entanto, prevê: “Art. 5<sup>ª</sup> O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

[...] III - conerá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias [...]”.

<sup>20</sup> Importante salientar que a doutrina majoritária entende que ao Judiciário não cabe este remanejamento, ínsito à discricionariedade administrativa.

<sup>21</sup> O § 1<sup>º</sup> do art. 43 da Lei n. 4.320/1964 descreve os recursos que podem ser utilizados para a abertura de créditos suplementares e especiais (“recursos disponíveis”).

<sup>22</sup> Os créditos adicionais são classificados (Lei n. 4.320/1964, art. 43) em suplementares (abertos por decreto do Poder Executivo, mediante prévia autorização legislativa e identificação dos recursos disponíveis para utilização, quando da necessidade demonstrada de aumento de dotação orçamentária insuficiente para a efetivação do programa previsto – CF, art. 167, V), especiais (também abertos por decreto do Executivo, mediante prévia autorização legislativa e identificação dos recursos disponíveis, a fim de atender programas não previstos no orçamento,

tados pelas exigências previstas nos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme decidido em sede liminar pelo e. Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>.

Por fim, em casos de decisões judiciais de menor urgência, a opção poderá ser a determinação de pagamento por intermédio de precatórios (em obrigação de dar) ou a inclusão da despesa para cumprimento no exercício posterior (caso de *impossibilidade circunstancial*), a fim de ser devidamente prevista a dotação específica e suficiente na lei orçamentária subsequente.

Atenta-se, ainda, para o fato de que, em regra, a lei orçamentária prevê a abertura de créditos suplementares, uma das modalidades de créditos adicionais, até determinada porcentagem para alguns grupos de despesas, subatividades ou subprojetos, especificando, ainda, a origem dos recursos, como, por exemplo, a anulação parcial de dotações, desde que esta não ultrapasse determinado valor de cada subprojeto objeto da anulação e/ou a reversa de contingência.

Desse modo, enquanto as dotações destinadas a suprir as despesas oriundas das condenações judiciais, as possibilidades de uso da reserva de contingência e a autorização para abertura imediata de créditos adicionais não forem esgotadas e as providências previstas no Anexo de Riscos Fiscais não tiverem sido efetivadas, não há de se acolher a escusa da indisponibilidade de meios materiais para o cumprimento de decisões judiciais. Trata-se de campo pertinente ao financeiramente possível<sup>24</sup>. Ressalta-se que essas duas últimas dotações são próprias para suprir a insuficiência de recursos em

---

cuja necessidade é identificada durante o exercício financeiro) e extraordinários (abertos, por meio de medida provisória, para o atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes, não dependendo, portanto, de prévia autorização legislativa).

<sup>23</sup> *Apud* nota 15.

<sup>24</sup> Dispõe o § 3º do art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal que: “A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos

determinado item de despesa orçamentária, o que ocorre, no caso em tela, com o item das sentenças judiciais.

No que concerne à abertura de crédito adicional, quando atingido o limite legal especificado para a sua abertura automática, questão a ser analisada consiste na necessidade de autorização legislativa quando existente decisão judicial e a única alternativa para o cumprimento consistir em abertura de crédito.

Constata-se, portanto, que a *disponibilidade de caixa* não se confunde com a *disponibilidade orçamentária*. A disponibilidade de recursos (disponibilidade de caixa), advinda, por exemplo, com o excesso de arrecadação (“recursos disponíveis” descritos no § 1º do art. 43 da Lei n. 4.320/1964), não estará vinculada a autorizações de despesas (indisponibilidade orçamentária). Por conseguinte, em princípio, necessário se faz autorização legislativa para o dispêndio, em consonância com o princípio da legalidade.

O modelo jurídico norte-americano, em casos como o que se apresenta, permite a realocação dos recursos pelo juízo. Caso a necessidade não seja premente, possível será a responsabilização do Estado, a fim de constar na lei orçamentária subsequente a dotação necessária. Existe, ainda, a alternativa da determinação para que o Legislativo autorize a realocação a fim de sanar a omissão orçamentária inconstitucional ou ilegal (indicação da modalidade de “recursos disponíveis”), fixando-se prazo razoável. Caso mantenha-se inerte, caberia ao Judiciário suprir a omissão, como ocorre nos julgamentos dos mandados de injunção, ou mesmo, em sendo o ato ilegal, anulá-lo, sendo a legitimidade ainda mais inquestionável nas hipóteses de *periculum in mora*.

---

contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem”.

Independentemente da opção, o Judiciário deverá garantir o direito apontando. Parcela da doutrina entende que não cabe ao juízo indicar a forma de obtenção dos recursos, bastando determinação de obrigação de fazer, cabendo ao administrador buscar a solução e, caso necessário, pleitear autorização legislativa apenas por formalidade, pois, na hipótese de indeferimento, estará respaldado por decisão judicial para o remanejamento necessário. Outros, diversamente, entendem ser dever do juízo indicar a origem do recurso.

Eros Roberto Grau, em parecer proferido acerca do assunto, menciona que o caso envolve um conflito entre o *princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário* e o *princípio da legalidade da despesa pública*, em que o intérprete tem que atribuir maior peso a um deles<sup>25</sup>. No caso de impossibilidade absoluta de conjugação, por ser o cumprimento das decisões judiciais princípio constitucional orgânico, este deve prevalecer.

Assim, em caso extremo, a legalidade formal (art. 85, VI, art. 166, art. 167, II, V e VI, art. 169 e art. 38 do ADCT, todos da Constituição de 1988) cederia à legalidade material, não sendo exigida a autorização legislativa<sup>26</sup>.

Martins (1993, p. 288-289), por sua vez, considera:

Ora, no momento em que uma decisão judicial determine que seja paga certa importância contra o rígido orçamento aprovado, à

---

<sup>25</sup> Referido jurista considera que no sistema brasileiro também vige o princípio da sujeição do Legislativo às decisões do Poder Judiciário, o que impede a recusa ao cumprimento da ordem sem justificativa plenamente comprovada ao tribunal competente que a autorize, sob pena de incorrer em crime de desobediência. Deverá ser cabalmente demonstrada a inexistência de solução diversa.

<sup>26</sup> “Não merece acolhida a alegação de que não teria o Judiciário legitimação para determinar que seja cumprida hipótese contrária à vontade do Poder Legislativo. Na distribuição constitucional dos poderes foi atribuída ao Judiciário, com a previsão do controle de constitucionalidade das leis, a função de dizer o direito em última instância. É o que ocorre no caso em tela” (DOMINGUES, 2003, p. 119, nota 306).

evidência, impõe uma condição de impossível cumprimento pelo Poder Executivo, visto que não pode alocar recursos fora dos estritos termos das diversas leis orçamentárias. [...]

À evidência, não pode a autoridade desobedecer à decisão judicial. [...] Não pode o Poder Executivo cumprir decisão para a qual não tenha recursos alocados, mas não está o vencedor na lide, mesmo que provisoriamente, sujeito a esperar o ano seguinte, *podendo o juízo determinar, se recursos não houver no orçamento, que o Legislativo supra, com autorização e fontes de recursos, os meios necessários para o cumprimento de decisão judicial* (grifo nosso).

Como apontado, seriam hipóteses extremas, tendo em vista que, em regra, a compatibilidade será possível. Quanto às normas previstas nos arts. 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, essas visam, essencialmente, à observância dos princípios da legalidade, do equilíbrio econômico-financeiro e do planejamento, sendo direcionadas ao administrador público, em respeito ao que foi discutido no processo de elaboração orçamentária. Não contemplam, portanto, situações emergenciais e prioritárias envolvendo bens jurídicos de valor indiscutível, em que as limitações deverão ser flexibilizadas, caso impossível a compatibilização.

Quanto ao inciso II do § 1º, dificilmente a despesa resultante de decisão judicial será incompatível com os objetivos prioritários e as metas estabelecidas no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias, visto que nestes as prioridades estabelecidas na Constituição não podem ser desconsideradas. Ainda, caso a decisão não seja proferida no último ano do plano, o Executivo terá certo prazo para cumprir as demais metas previstas e, diante da impossibilidade, terá como escusa a preeminência do programa criado para atender aos ditames judiciais. Entretanto, em sendo o cumprimento da decisão óbice para a implementação de outras metas de grande interesse social, o que dificilmente ocorrerá, devido à generalidade das metas e previsões, referido fato deverá

ser demonstrado no processo a fim de que os bens sejam devidamente sopesados.

Por fim, existem as opções de obtenção de empréstimos, a emissão de moeda (mesmo sem o correspondente lastro), a emissão de títulos da dívida pública (que, para se tornar interessante para compra, exige altas taxas de juros) e o aumento de tributos ou a criação de novos, que devem ser evitados ou utilizados com a máxima cautela.

Ocorrerá a exaustão orçamentária (absoluta ausência de recursos orçamentários para o atendimento das demandas judiciais) a partir do esgotamento da dotação específica para o atendimento das despesas advindas das condenações judiciais, da reserva de contingência, dos limites para abertura de créditos adicionais, das “reservas disponíveis” e das alternativas aduzidas no Anexo de Risco Fiscal. O cancelamento de programas de menor prioridade não se mostrará mais viável, por restarem apenas programas de igual hierarquia. Foi demonstrado, de modo cabal, que as renúncias de receitas são legítimas e necessárias, não havendo disponibilidade de caixa ou opção razoável para tanto (DOMINGUES, 2003, p. 120).

Desse modo, o administrador deverá demonstrar as circunstâncias concretas que inviabilizam a prestação constitucional, pois, segundo o disposto no art. 333, II, do CPC, a ele cabe a prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, sendo observado que “*quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida*” (AMARAL, 2000, p. 183 *apud* TORRES, 1999, p. 188) (grifo nosso).

Do exposto, conclui-se que a realidade econômica e social não pode ser ignorada na seara da implementação dos direitos sociais. No entanto, a reserva do financeiramente possível não se mostra tão limitada quando divulgada.

## 6 A atuação do Ministério Público na implementação dos direitos sociais

O Ministério Público, dentro de suas “novas” atribuições constitucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), passou a ser “agente político constitucionalmente qualificado à interferência na condução do poder político estatal” (GOMES, 2003, p. 19); “interferência no modo de conduzir os assuntos e interesses do Estado e dos cidadãos”, o que não se confunde com o caráter político-partidário. Dessarte, a partir da Constituição Cidadã, a “atuação política do Ministério Público faz-se por meio do uso do processo [e medidas extrajudiciais]<sup>27</sup> como instrumento político de participação” (MAZZILLI, 1998, p. 52-53).

Na própria Carta Maior foram previstos, na reconstrução das funções institucionais do *Parquet*, para o cumprimento de sua vocação de defesa de direitos: o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [...] aos direitos assegurados na Constituição, devendo ser promovidas as medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II); a abertura de inquérito civil e eventual ajuizamento de ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III); a ação direta de inconstitucionalidade e representação para fins de intervenção da União e dos estados; o funcionamento perante o Tribunal de Contas (CF, art. 129, III e IV e art. 130) e o Conselho de Gestão Fiscal (Lei n. 101/2000,

---

<sup>27</sup> “Longe de ser mera tautologia, a diferença de denominação entre instrumento pré-processual e extraprocessual revela a maneira como encaramos o inquérito civil e o procedimento administrativo: se exclusivamente como uma preparação à ação civil pública ou como um instrumento destinado a contribuir, ele próprio e de forma útil, para um equacionamento da controvérsia capaz de assegurar efetividade ao direito ou interesse coletivo lesado ou ameaçado” (GAVRONSKI, 2009, p. 1).



art. 67). Por fim, ressalta-se que ato do presidente da República que atente contra o livre exercício do Ministério Público constitui crime de responsabilidade (CF, art. 85, II).

Assim, diante da ampliação significativa da legitimidade do Ministério Público, principalmente no campo extraprocessual, referida instituição tornou-se também representante do povo perante o próprio Estado que integra, garantindo o seu acesso à “ordem jurídica justa”, sendo, ainda, fator de equilíbrio entre as partes, na atuação como fiscal da lei:

É mais consentâneo com as altas responsabilidades e com a isonomia assegurada constitucionalmente entre os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário que ele disponha não apenas de instrumentos de demanda perante este último para assegurar a efetividade aos direitos e interesses cuja efetividade deve promover, mas também de instrumentos capazes de, por sua própria e conclusiva atuação, alcançar o mesmo objetivo, escolhendo entre aqueles mais adequados frente ao caso concreto e qualificando a resposta do Ministério Público à sociedade. Privilegia-se, assim, o Ministério Público resolutivo, ou seja, comprometido com a efetiva solução dos problemas e conflitos que lhe são apresentados, em detrimento do Ministério Público meramente demandista, que vê na judicialização – e na conseqüente transferência de responsabilidade ao Poder Judiciário – sua única opção (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 8-9).

Por meio do inquérito civil<sup>28</sup>, o Ministério Público exerce sua função investigativa, angariando provas e outros elementos a fim de identificar os fatos lesivos ou ameaçadores aos bens jurídicos que tutela<sup>29</sup>, bem como os respectivos responsáveis, com o escopo de

---

<sup>28</sup> Instrumento de atuação previsto no art. 129, III, da CF, no art. 8º, § 1º, e art. 9º da LACP, no art. 25, IV, e art. 26 da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei n. 8.625/1993), no art. 6º, VII, art. 7º e art. 8º da LC n. 75/1993 e na Resolução n. 23/2007 do CNMP.

<sup>29</sup> Como o patrimônio público e social, o meio ambiente, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, os interesses individuais indis-

formar sua convicção. Para tanto, poderá requisitar informações, exceto aquelas reservadas à jurisdição, a órgãos públicos e privados, a pessoas físicas e jurídicas, estipulando prazo para a resposta. A recusa injustificada (no prazo legal de dez dias ou em eventual prazo ampliativo) ao fornecimento de elementos indispensáveis à propositura de ação civil pública constitui crime previsto no art. 10 da LACP. Outrossim, será cabível mandado de segurança com o escopo de garantir o direito líquido e certo da instituição à informação, bem como ação de responsabilização por improbidade administrativa diante da violação aos princípios da Administração Pública.

Referido inquérito consiste, portanto, em procedimento administrativo inquisitivo, informal, a despeito de escrito, de titularidade exclusiva do Ministério Público, de instauração facultativa, com publicidade que pode ser mitigada por meio da decretação do sigilo (em analogia ao art. 20, CPP).

Terminada a instrução, os elementos poderão ensejar recomendação, termo de ajustamento de conduta, ação civil pública e/ou ação de responsabilização por improbidade administrativa.

No que concerne ao procedimento administrativo (CF, art. 129, VI, e LC n. 75/1993, art. 8<sup>o</sup>):

Entendeu-se não haver diferença substancial entre os instrumentos de atuação em exame (inquérito civil e procedimento administrativo), visto que ambos se prestam a coletar elementos para a eventual propositura de ação judicial, expedição de recomendações e celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). A instauração de um ou de outro ficaria ao juízo do membro, sendo conveniente em razão da maior complexidade do tema e/ou da amplitude de interessados, instaurar-se o Inquérito Civil Público (ICP). Entendeu-se também que o PA deveria ser instaurado quando não

---

poníveis, difusos e coletivos, os relativos às comunidades indígenas, à família, à criança e ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas, ao consumidor, entre outros.

existissem elementos suficientes à instauração do ICP, pois haveria uma certa gradação de menos para mais entre o PA e o ICP<sup>30</sup>.

Uma diferença formal entre referidos instrumentos consiste na exigência de portaria para a instauração de inquérito civil, ato necessário no procedimento administrativo se esta for feita de ofício, pois, nas hipóteses de representação, o despacho determinando a autuação e a instauração pode ser feito no próprio documento protocolado. Por fim, segundo o previsto no art. 26, § 2º, III, do CDC, o inquérito civil obsta a decadência do direito de reclamação pelos vícios aparentes do serviço ou produto, não havendo previsão quanto ao procedimento administrativo.

Cumprir observar que, muitas vezes, a simples instauração, seguida do despacho e da expedição de ofício nos inquéritos civis e procedimentos administrativos, revela-se suficiente para o cumprimento espontâneo da lei pelos envolvidos.

A recomendação (com previsão no art. 6º, XX, da LC n. 75/1993, no art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n. 8.625/1993, e no art. 201, VIII e § 5º, do ECA), por sua vez, consiste em

ato administrativo que enuncia o entendimento da instituição sobre a medida adequada a ensejar a correção da conduta inadequada, ou a melhor para promover os direitos transindividuais. [...] atua o Ministério Público como uma magistratura de persuasão, o que se enquadra dentro de uma tendência do Estado também agir de forma indutiva e não apenas de forma vinculante, como se dá mediante o fomento administrativo [...] (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 16).

Por meio de referido instrumento, o Ministério Público desenvolve sua função de *ombudsman*, sendo, em regra, a reco-

---

<sup>30</sup> Posicionamento dos representantes da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão no VI Encontro Nacional do Ministério Público Federal (2004) *apud* GAVRONSKI, 2006a, p. 59.

mendação efetuada no âmbito de um inquérito civil ou de um procedimento administrativo.

A despeito do seu caráter não obrigatório, consiste em importante mecanismo de orientação, bem como de advertência acerca das sanções pertinentes em caso de inércia ou não adoção das medidas recomendadas (como nas hipóteses de aplicação de recursos públicos ou na omissão da implementação de direitos sociais). Ainda, evidencia a ciência da ilegalidade (dolo), podendo a conduta inadequada caracterizar crime ou improbidade (diante do prejuízo ao erário ou do enriquecimento ilícito). Para a produção de efeitos, basta a sua comunicação ao destinatário, que tem o dever de apresentar resposta escrita no prazo fixado, justificando, se for o caso, o seu não cumprimento. Para que a credibilidade e a eficiência do instituto sejam preservadas, mister se faz a sua utilização em hipóteses nas quais o descumprimento possa ensejar alguma medida judicial coercitiva.

Trata-se, por conseguinte, de mecanismo alternativo (ao monopólio jurisdicional do Estado) de resolução de conflitos que enseja um “diálogo fundamentado entre o Ministério Público e o recomendado”, podendo este ser um dos responsáveis pela prestação de serviços públicos e direitos transindividuais:

O fato de ser expedida unilateralmente por uma das partes não impede que haja o debate sobre os seus termos, nem antes no momento de sua própria composição, nem depois, na avaliação da melhor forma de se acatar o recomendado. Ademais, ela só produz efeitos concretos de efetivação dos direitos que visa a proteger se acolhida, total ou parcialmente.

[...] a eficácia da recomendação está relacionada à legitimidade política e social do Ministério Público, bem como à qualidade da fundamentação das recomendações que expede (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 11 e 15).

As questões de âmbito nacional e regional podem compor o objeto de recomendações expedidas por grupos de trabalho criados no âmbito das Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos, a fim de reafirmar o princípio da unidade institucional.

Interessante também que a divulgação da recomendação, em grande parcela dos casos, seja ampla, por meio oficial (diário oficial, página da Internet da instituição, banco de dados), a fim de viabilizar uma fiscalização mais efetiva, podendo, ainda, ser o destinatário compelido à responsabilidade. Aconselhável, também, a comunicação do resultado ao representante, que provavelmente contribuirá no mesmo sentido. No entanto, em determinadas situações, a divulgação poderá comprometer a efetividade da recomendação, devendo ser analisado o caso concreto<sup>31</sup>.

O acompanhamento do cumprimento das obrigações poderá ser efetuado no próprio inquérito civil ou no procedimento administrativo no qual a recomendação fora elaborada. Muitas vezes, a revisão de aspectos circunstanciais será necessária para o cumprimento do objetivo ministerial.

Outro instrumento de atuação extraprocessual consiste no termo de ajustamento de conduta (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 6º), cuja finalidade consiste em ajustar, de modo preventivo ou repressivo, a conduta do envolvido às previsões legais, por meio de um acordo dotado de natureza de título executivo extrajudicial. Diversas são as vantagens apresentadas em relação ao processo judicial: a celeridade, a despeito do tempo de negociação, a efe-

---

<sup>31</sup> Para ser um instrumento eficaz de solução, importante a “elaboração de considerandos sem imputar culpas e adjetivar excessivamente o comportamento do investigado, até a avaliação de como trabalhar com a publicidade anterior e posterior à recomendação, uma vez que a ampla divulgação pode influir positiva ou negativamente no comportamento do recomendado” (RODRIGUES e GAVRONSKI, 2009, p. 25-26).

tividade, a exigibilidade imediata das sanções previstas (a multa, por exemplo, na ação civil pública, somente poderá ser exigida após o trânsito em julgado), a possibilidade de inclusão de pontos além daqueles objetos iniciais de análise, bem como da participação social. Para os compromissários, o dispêndio com advogados e o desgaste processual são evitados. Para o administrador público, o compromisso afeta diretamente a sua imagem perante a sociedade, demonstrando respeito à legalidade e, por conseguinte, aos seus representados e à democracia.

Entre as sanções previstas em caso de descumprimento de cada obrigação fixada, interessante a previsão de nulidade ou ineficácia do ato, a suspensão de transferência de recursos ao ente interessado (hipótese em que o ente responsável pela transferência deverá assinar também) ou outras medidas. Em caso de previsão de multa, importante que seja vinculada ao gestor, pois, diante da presunção da observância do termo, não haveria justificativa para a negativa. Entretanto, na impossibilidade de vinculação pessoal, a multa aplicada ao órgão público pode não surtir o efeito de compelir o compromissário. Nesta seara, a publicidade da resistência poderá surtir algum efeito positivo para a proteção do direito envolvido<sup>32</sup>.

Por versar interesses indisponíveis, as negociações restringem-se, basicamente, ao modo, prazo e lugar (quando pertinente) das cominações, sendo resguardada a possibilidade do acesso individual ao juízo em pleitos de indenização. Para tanto, imprescindível o conhecimento da extensão do dano e dos meios de reparação (por meio de apoio técnico especializado, se necessário).

---

<sup>32</sup> Questões discutidas em *chat* realizado em 22.5.2009, no VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento do MPF.

Na fixação do modo, deve-se buscar, inicialmente, a reparação plena do direito; caso não seja possível, o resultado equivalente e, sucessivamente, as medidas compensatórias relacionadas com o direito lesado e, por fim, o ressarcimento. Não há restrição para que seja firmado TAC parcial, abrangendo a parte do litígio na qual os envolvidos comprometem-se ao proposto, desde que reste esclarecida essa peculiaridade e as medidas pertinentes sejam adotadas para a reparação da parcela não englobada (que terá como vantagem a redução do litígio e a proteção parcial do direito)<sup>33</sup>.

Versando o objeto sobre obrigação pública, mister se faz a indicação orçamentária dos gastos ou o compromisso de ser feita proposta para a inclusão das despesas na lei orçamentária subsequente. A capacidade financeira do ente também deverá ser considerada na estipulação do prazo para cumprimento.

Ademais, como na recomendação, importante que a comunidade tenha conhecimento do termo a fim de auxiliar na fiscalização.

Em sendo formado o título executivo extrajudicial (com a estipulação dos obrigados, da obrigação, da extensão, dos prazos, das despesas e das sanções), e em não sendo ele observado, necessária se fará a execução judicial. No que concerne ao prazo, verifica-se que

não prescreve o direito de executar o compromisso de ajustamento de conduta, sobretudo diante do interesse público na preservação destes direitos e no fato de sua violação geralmente ser de trato sucessivo perdurando ao longo do tempo (RODRIGUES, 2008, p. 32).

Por fim, em sendo inevitável, ação civil pública (Lei n. 7.347/1985) deverá ser proposta.

---

<sup>33</sup> Vide nota 32.

## 7 Conclusão

A análise da implementação dos direitos sociais demonstra que a existência de normas programáticas ou vagas, a reserva de discricionariedade conferida à Administração Pública, a separação dos poderes e o financeiramente possível não são obstáculos paralisantes da atuação do Judiciário, do Ministério Público, dos demais legitimados ou, inclusive, do cidadão (entre os pedidos pertinentes por meio de ação popular). Diversos são os instrumentos de controle e de atuação previstos no ordenamento jurídico (processuais e extraprocessuais).

No entanto, a despeito do significativo papel desempenhado pela instituição ministerial, bem como da responsabilidade do Judiciário na proteção dos direitos, na consolidação da democracia e na preservação da dignidade humana, a construção e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito exige o amadurecimento de diversos atores sociais, até mesmo para que o próprio Ministério Público e o Judiciário, no exercício de suas atribuições e competências, estejam também sujeitos a controles de naturezas diversas:

a implementação das políticas públicas depende fundamentalmente do amadurecimento político e institucional da sociedade e da tomada de consciência da importância da participação de toda a população no processo político de elaboração das leis orçamentárias. O controle do Judiciário é apenas uma das formas de buscar a efetividade dos direitos sociais, mas não se pode atribuir exclusivamente a ele a obrigação de garantir a realização das mudanças sociais que possibilitem o desenvolvimento de um legítimo Estado Social de Direito (PORT, 2005, p. 199-200).

Assim, imperioso o desenvolvimento por cada legitimado das suas potencialidades, cabendo também ao Ministério Público invocar as respectivas corresponsabilidades (dos sindicatos, das associações civis, dos conselhos profissionais e demais



autarquias, das fundações públicas, das defensorias públicas e, inclusive, dos entes públicos, a fim de assumirem as suas parcelas de deveres). Como apontado pelo Procurador da República Alexandre Amaral Gavronski, o Ministério Público, diante da notória quantidade de demandas postas, terá que eleger prioridades de atuação, e a atuação eficiente dos demais legitimados viabilizaria a “defesa daqueles direitos que não interessam especificamente a nenhum dos outros legitimados, mas têm importante repercussão social [...]”. No mesmo sentido, destaca:

Na medida em que menos se ocupar de questões que podem ser bem (talvez melhor) defendidas por outros legitimados, disporá a Instituição de mais tempo para atuar de forma mais efetiva na capacitação e qualificação da cidadania, informando à população excluída de seus direitos e defendendo-os em juízo sob a perspectiva coletiva (GAVRONSKI, 2006, p. 120)<sup>34</sup>.

Dessa forma, a partir da real participação de diversos legitimados, assumindo e aperfeiçoando cada um as suas responsabilidades, estarão plenamente consolidadas a independência e a efetiva harmonia entre todos os poderes (CF, art. 1º, parágrafo único, e art. 2º), em um concreto sistema de “freios e contrapesos” que não se distancia do pressuposto fundamental de que “todo poder emana do povo” e, portanto, deverá ser exercido em seu nome e em seu benefício exclusivo.

## Referências

AMARAL, Gustavo. *Escassez, direiros e escolhas*. Rio de Janeiro: UERJ.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

---

<sup>34</sup> Segundo Alexandre Gavronski (2006b, p. 126-127), entre as sugestões a fim de aperfeiçoar a tutela dos direitos coletivos estariam: “assunção, por parte dos vários legitimados coletivos, de suas responsabilidades [...], prioridade para o julgamento das ações coletivas, superação de requisitos formais para enfrentamento do mérito e efetiva utilização de instrumentos processuais que assegurem efetividade aos provimentos judiciais”.

CALMON DE PASSOS, J. J. Processo e democracia. In: GRINOVER, A. P. (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. Motivo e motivação de ato administrativo. 1978. Tese (Livre Docência) – Direito Administrativo. São Paulo: USP, 1978.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOMINGUES, Samira Engel. *A exequibilidade dos direitos sociais*. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)– Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 16, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2006a. (Manuais de Atuação ESMPU, v. 1).

\_\_\_\_\_. Propostas para incrementar a efetividade dos instrumentos previstos na Lei n. 7.347/85 e ampliar o acesso à justiça dos

direitos coletivos. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho (Coord.). *Ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7347/85*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006b.

\_\_\_\_\_. *Inquérito civil e procedimento administrativo: instrumentos pré-processuais ou extraprocessuais?* Texto fornecido no VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento do MPF, 2009.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – princípio da legalidade – decisão judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 90-106, fev. 1994.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, n. 749, p. 82-103, mar. 1998.

MARTINS, Ives Gandra. Ordem judicial de pagamento – ausência de recursos orçamentários – teoria da impossibilidade material. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 277-290, maio de 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PACCAGNELLA, L. H. Controle da administração pública pelo Ministério Público: meio de aprofundamento da democracia. In: VIGLIAR, J. M. M. e MACEDO JÚNIOR, R. P. (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis; GAVRONSKI, Alexandre Amaral (Coord.). *Relatório final da pesquisa: a recomendação como meio de atuação resolutiva do Ministério Público: cabimento, requisitos e potencialidades*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Figueiredo. Normas programáticas. Análise político-constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 21, n. 86, p. 139-152, abr./jun. 1988.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.





# Improbidade Administrativa





# Do prazo previsto pelo art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992)

Alexandre Senra\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. 2.1 Dos agentes políticos. 3. Do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa. 3.1 Do início do prazo. 3.1.1 Do inciso I. 3.1.2 Do inciso II. 3.1.3 Do regramento contido na Lei n. 8.112/1990. 3.1.3.1 Do § 1º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990. 3.1.3.2 Do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990. 3.1.4 Do servidor efetivo ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança. 3.2 Do marco interruptivo previsto no *caput* art. 23 da Lei n. 8.429/1992. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

Nos termos do art. 37, §§ 4º e 5º, da Constituição da República de 1988:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá* aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa *importarão* a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponi-

---

\* Alexandre Senra é Procurador da República no Amazonas.

bilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, *na forma e gradação previstas em lei*, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º - *A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário*, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. [grifo nosso]

Vê-se, pois, que o constituinte não se limitou a arrolar os princípios informativos da atividade administrativa, vinculantes para todos os agentes públicos. Mais que isso, ao dispor sobre os atos de improbidade, estabeleceu as sanções aplicáveis e relegou à disciplina de lei ordinária: I) a forma e gradação das penalidades, bem como II) o prazo prescricional referente a ilícitos que causassem prejuízo ao erário, III) ressalvadas as ações de ressarcimento.

Ao legislador ordinário, portanto, competiu regular disciplina adstrita a tais limites: dispondo sobre forma e gradação das penalidades aplicáveis; regulando prazo prescricional referente aos ilícitos que causassem prejuízo e considerando a imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento.

Com esse fim, adveio a Lei n. 8.429/1992 e, em atendimento ao segundo dos comandos constitucionais, seu art. 23, único inserto no Capítulo VII, nominado “Da Prescrição”, adiante reproduzido:

## CAPÍTULO VII

### Da Prescrição

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Dessarte, a afirmação de que o prazo para a propositura da ação de improbidade administrativa é de 5 (cinco) anos encontra respaldo tanto no inciso I quanto no art. 142, inciso I, da Lei n. 8.112/1990 – aplicável aos servidores públicos federais, por força da remissão prevista no inciso II do art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

Por outro lado, tal assertiva, além de inaplicável a todos os casos, não responde às questões mais complicadas, atinentes ao início da fluência desse prazo e às suas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

Objetivando contribuir com a discussão e, no que possível, sintetizá-la, serão examinados aspectos atinentes ao referido prazo, convindo o registro de que a abordagem dos temas não será exaustiva.

Em vista da amplitude do assunto e da vastidão das controvérsias que orbitam em torno dele, fez-se imperiosa a eleição de determinadas questões, em detrimento de outras, que restaram não analisadas. Entre os pontos não tratados, impõem-se o registro de dois deles e a justificativa para se ter passado ao largo.

Deixou-se de cuidar das causas interruptivas da prescrição inculpidas em outras normas (ex.: art. 202 do Código Civil de 2002 e causas previstas em leis específicas, trazidas para o âmbito da improbidade por conta da remissão do inciso II) e do problema da disciplina a ser conferida às hipóteses não reguladas pelo art. 23 (ex.: caso dos terceiros, passíveis de sancionamento pela ocorrência do ato de improbidade em razão do art. 3º da Lei n. 8.429/1992).

Não foram tratados porque, a par de mercedores de estudo quanto às questões que serão examinadas, o primeiro pressuporia uma digressão acerca da real natureza do prazo extintivo do

art. 23 e o segundo, além de pressupor a resolução das questões que serão abordadas, reclamaria detido exame principiológico como forma de se colmatar a lacuna, de sorte que quaisquer deles exigiriam ainda maior reflexão a fugir dos limites e objetivo, eminentemente prático, do presente.

## **2 Dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa**

Dispõem os arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.429/1992 sobre quem são os sujeitos dos atos de improbidade, tanto ativos quanto passivos. Nos termos dos arts. 1º e 2º da lei:

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

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

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.

Atendo-nos, primeiramente, à figura do agente público, delimitada pela lei, verificamos se tratar de categoria ampla e que, como bem observa Garcia (2008, p. 205-206), “não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções”.

Daí decorre se deva entender por agente público, para fins de improbidade:

- a) os agentes vinculados à Administração direta ou indireta, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração (Lei n. 8.429/1992, art. 1º, *caput*, 1ª parte; em conceituação similar àquela do Código Penal, art. 327, *caput*), aí se devendo ter por incluído aquele que exerça atividade estatal por delegação, e o servidor militar;
- b) as pessoas físicas vinculadas a quaisquer entidades que recebam valores do erário (Lei n. 8.429/1992, art. 1º, *caput*, *in fine*, e parágrafo único; previsão que, em muito, desborda da equiparação prevista no Código Penal, art. 327, § 1º).

Já consoante o art. 3º:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Verifica-se que o dispositivo estende o âmbito de aplicação da lei tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas que tenham intervindo na prática do ato de improbidade, induzindo, concorrendo ou se beneficiando dele, devendo-se a des-picienda ressalva “no que couber” ao fato de determinadas pre-

visões serem de impossível aplicação aos particulares (ex.: perda da função pública, entre as sanções previstas no art. 12 da lei).

Dessa forma, sujeito ativo do ato de improbidade (r. sujeito passível de sancionamento pela lei de improbidade) – gênero – é tanto agente público (art. 2º) quanto terceiros que tenham ligação com o ato, na forma do art. 3º – espécies, sendo equivocada a identificação dos conceitos de sujeito ativo e de agente público.

O ato de improbidade administrativa somente pode ser cometido pelo agente público, conforme se infere da própria tipologia desses atos, prevista nos arts. 9º, 10 e 11 da lei, mas o terceiro pode ser responsabilizado nessa seara caso sua conduta se subsuma ao art. 3º da lei.

Não fosse apenas a tipologia dos atos de improbidade, a imprescindibilidade de atuação de um agente público também é a conclusão que se infere da dicção do art. 3º: induzir a prática do ato, concorrer para ela, beneficiar-se dele, todas são condutas que pressupõem a existência do ato em si.

Entrementes, convém registrar que, segundo nos parece, os conceitos foram baralhados em julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE.

A ação de improbidade só pode ser ajuizada contra agentes públicos, com ou sem a cooperação de terceiros. O particular não pode figurar sozinho na ação.

(TRF1, AI n. 2008.01.00.031793-3/DF, 3ª Turma, unanimidade, rel. Juiz Tourinho Neto, j. em 28.8.2008, *e-DJF1*, n. 213, Seção II, p. 65, de 7 nov. 2008).

Apesar de a ementa não denunciar, naquele acórdão reputaram-se como particulares o presidente e o diretor do Banco do Brasil, sociedade de economia mista.

Do *decisum*, interpôs o Ministério Público Federal recurso especial, a que foi dado provimento, à unanimidade, pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme nota divulgada no Informativo n. 424:

ACP. IMPROBIDADE. SOCIEDADE. ECONOMIA MISTA.

O tribunal de origem concluiu que a ação de improbidade não deveria prosseguir, na medida em que só figuravam como réus particulares e uma sociedade de economia mista, no caso o banco. O Ministério Público defende a possibilidade do prosseguimento regular da ação contra os particulares e contra o banco, ainda que outros agentes públicos tenham sido excluídos do pólo passivo da demanda. Diante disso, a Turma deu provimento ao recurso para que prossiga o feito em relação aos recorridos, ao entendimento de que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público (arts. 1º a 3º da Lei n. 8.429/1992). A interpretação de tais dispositivos permite afirmar que o legislador adotou conceito de grande abrangência no tocante à qualificação de agentes públicos submetidos à referida legislação, a fim de incluir, na sua esfera de responsabilidade, todos os agentes públicos, servidores ou não, que incorram em ato de improbidade administrativa. Precedentes citados: REsp 1.081.098-DF, *DJe* 3/9/2009; REsp 277.045-PR, *DJ* 13/12/2004, e REsp 495.933-RS, *DJ* 19/4/2004. (STJ, REsp n. 1.138.523/DF, Processo n. 2009/0085821-1, 2ª Turma, unanimidade, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 23.2.2010, *DJ* de 4 mar. 2010).

A subsistência de aparente confusão dos conceitos de agente público e de sujeito ativo na nota é reflexo daquela presente na ementa do correlato acórdão, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – BANCO DO BRASIL – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – LEI N. 8.429/1992.

1. Os *sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa* não são apenas os servidores públicos, mas *todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992*. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial provido. [grifo nosso]

(STJ, REsp n. 1.138.523/DF, Processo n. 2009/0085821-1, 2ª Turma, unanimidade, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 23.2.2010, DJ de 4 mar. 2010).

Ocorre que, a despeito da ementa, ambas as figuras não se confundem nem foram confundidas no parecer ministerial em que se baseou o voto da Ministra Eliana Calmon, seguido à unanimidade pelos seus pares, como se infere do seguinte trecho do voto:

O ilustre *Parquet*, com muita pertinência, opinou:

O particular (ora recorrente) a que se refere a decisão impugnada exercia, ao tempo da ação, a função de Diretor da Área Internacional do Banco do Brasil e, segundo a decisão que recebeu a inicial de improbidade: era responsável por parte das operações que favoreceram a Silex Trading [...]

*Trata-se, portanto, de agente público (e não mero particular) integrante dos quadros de sociedade de economia mista (Administração Pública Indireta), que está sujeito às imposições da Lei n. 8.429/1992.*

[...]

Para configuração da improbidade basta que o sujeito esteja no exercício da atividade pública. É o caso. [grifo nosso]

Superado o ponto, cumpre a menção à figura do agente de fato, alinhavando-nos, mais uma vez, ao entendimento de Garcia (2008, p. 500), que os distingue entre o usurpador de função pública e os agentes de fato por força de ato voluntário do ente lesado (agentes necessários e agentes putativos) para concluir que apenas a segunda categoria insere-se no gênero agente público, porque criado um vínculo entre ele e o ente passivo (“qualquer outra forma de investidura ou vínculo”, cf. art. 2º da lei), encontrando-se o usurpador de função sujeito às penas do art. 328 do Código Penal e incorrendo nas sanções de improbidade tão somente como terceiro.



## 2.1 Dos agentes políticos

A simples leitura do art. 2º da Lei n. 8.429/1992 não dá margem a dúvidas quanto a se enquadrarem os agentes políticos no gênero agentes públicos<sup>1</sup>.

Não obstante, a discussão que se trava a respeito da sujeição de tais agentes ao sancionamento da Lei n. 8.429/1992 deve-se, entre outras variadas razões, I) à existência de leis especiais que disciplinam infrações político-administrativas cometidas por determinados agentes políticos (Lei n. 1.079/1950 e Decreto-Lei n. 201/1967), a gerarem um suposto *bis in idem*, e II) à uma possível vulneração do princípio democrático (CFR.B/88, art. 1º), principalmente por conta do previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade.

Se a discussão já vinha perdendo fôlego, o julgamento da Reclamação n. 2.138, pelo Supremo Tribunal Federal, reaqueceu-a, uma vez que ali se decidiu, por apertada maioria, no sentido de não se encontrarem os ministros de Estado sujeitos à disciplina da Lei n. 8.429/1992.

Merece registro o fato de que:

- a) a reclamação não se inclui entre os mecanismos de controle de constitucionalidade pela via principal, encontrando-se seu julgamento desprovido de efeitos vinculantes e de eficácia *erga omnes*, como expressa e unanimemente reconhecido pelos ministros<sup>2</sup>;

---

<sup>1</sup> Na seara da dogmática administrativa, é pacífico deva-se tomar a expressão “agentes públicos” como gênero que comporta como uma de suas espécies a categoria dos agentes políticos. Acerca do tema, leciona Mello (2009, p. 243): “Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

<sup>2</sup> Rcl n. 5.393 AgR/PA – sessão plenária de 17.3.2008. À unanimidade, consignou-se que a decisão proferida na Rcl n. 2.138 não tem eficácia vinculante e *erga omnes*.

- b) o decidido não espelha posicionamento da atual composição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, já ao tempo do término daquele julgamento, quatro dos então membros do STF não tiveram direito a voto, pois seus antecessores já haviam-se pronunciado;
- c) a conclusão do colegiado versou apenas sobre a submissão ou não de ministro de Estado às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, havendo grande divergência entre os entendimentos pessoais de cada membro da mais alta Corte também sobre o âmbito dos agentes políticos que não estariam sujeitos à disciplina da Lei n. 8.429/1992, divergência essa nem sempre transparecida nas conclusões dos julgamentos e nas ementas de acórdãos<sup>3</sup>.

Ante ao até aqui exposto e à luz dos julgados do Supremo Tribunal Federal que perpassam a problemática da aplicação de Lei de Improbidade Administrativa a agentes políticos (Rcl n. 2.138, QO Pet n. 3.923-8, Pet. n. 4.084 AgR/DF, Rcl n. 5.126 AgR/RO, QO Pet. n. 3.211-0/DF, AgR. Pet. n. 3.053-2/

---

<sup>3</sup> Exemplifique-se: Reclamação n. 2.138 – na sessão de 20.11.2002:

As situações cogitadas por Nelson Jobim, então ministro do STF, referem-se a presidente da República, a ministros de Estado, a comandantes das Forças Armadas, a governador, a PGR, a ministros do STF e a presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados, não havendo menção a parlamentares em geral, prefeitos e vereadores.

Na sessão de 14.12.2005:

A argumentação de Cezar Peluso versa sobre altas autoridades estaduais e federais, sempre em referência à Lei n. 1.079/1950. Indagado pelo então Ministro Carlos Velloso se seu voto “vai do presidente da República ao vereador”, respondeu: “Não necessariamente, isso não”.

QO Pet n. 3.923-8 – julgada na sessão de 13.6.2007:

Gilmar Mendes, a todo tempo, ressaltou que o caso dos prefeitos há que ser discutido noutro processo.

DF, Rcl n. 5.393 AgR/PA, Rcl n. 6.034 MC-AgR/SP, RE n. 579.799 AgR/SP, Rcl n. 7.339 MC/ES, Pet n. 4.497/AM, Pet n. 4.520/RS), a conclusão é a de que não há orientação segura que se possa extrair da excelsa Corte quanto à matéria.

De todo modo, no tocante, em específico, à responsabilização de prefeitos, pode-se verificar que a tendência da atual composição do Supremo Tribunal Federal é admitir a incidência da Lei n. 8.429/1992.

Além disso, já no campo da dogmática, consideramos não encontrar respaldo constitucional a tese de que os agentes políticos não se submetem ao regime jurídico da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, a CRFB/88 separa a responsabilização por “atos de improbidade” (arts. 15, V, e 37, § 4º) daquela decorrente da prática de “crimes de responsabilidade” (arts. 29, §§ 2º e 3º; 50, *caput* e § 1º; 52, I; 85, *caput* e parágrafo único; 86, *caput* e § 1º, II; 96, III; 100, § 6º; 102, I, *c*; 105, I, *a*; 108, I, *a*; 167, § 1º), incumbindo a legislação infraconstitucional da definição dos respectivos tipos (arts. 37, § 4º, e 85, parágrafo único).

Assim, não há nenhum empecilho constitucional à convivência dos dois regimes de responsabilização.

Admitir que o fato de algumas condutas tipificadas pela Lei n. 8.429/1992 encontrarem correspondência nos tipos da Lei n. 1.079/1950 e do Decreto-Lei n. 201/1967 consubstancia óbice ao sancionamento cumulado seria o mesmo que entender ser defeso ao Legislativo atribuir consequências criminais, cíveis, políticas e administrativas a um mesmo fato e, ainda, ignorar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Já sob o aspecto prático e empírico, impende transcrever excerto do voto do Ministro Carlos Velloso, proferido na Reclamação n. 2.138/2002:

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. [...]

No *ranking* internacional dos países onde há corrupção, estamos muito mal colocados. Esse *ranking* é organizado, de regra, por organizações não governamentais que combatem esse mal. Precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na Administração Pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. Em cada um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção. [...] Em praticamente a metade dos Estados-Membros, há, portanto, em andamento, mais de quatro mil ações. O entendimento no sentido de que agentes políticos não estariam sujeitos à ação de improbidade ocasionaria a paralisação dessas ações. E mais: administradores ímprobos que foram condenados a restituir dinheiros aos cofres públicos poderiam pedir a repetição desses valores, porque teriam sido condenados por autoridade judicial incompetente.

*Isso seria, na verdade, um desastre.* [grifo nosso]

Por derradeiro, enfocando a questão sob o prisma histórico-institucional-democrático, são destacáveis as palavras proferidas naquele mesmo julgamento pelo Ministro Joaquim Barbosa:

[...] a proposta que vem obtendo acolhida até momento nesta Corte, no meu modo de entender, além de absolutamente inconstitucional, é a-histórica e reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde as revoluções do final do século XVIII. Ela propõe nada mais, nada menos, do que o retorno à

barbárie da época do absolutismo, propõe o retorno a uma época em que certas classes de pessoas tinham o privilégio de não se submeterem às regras em princípio aplicáveis a todos, tinham a prerrogativa de terem o seu ordenamento jurídico próprio, particular. Trata-se, como já afirmei, de um gigantesco retrocesso institucional. Na perspectiva da notável evolução institucional experimentada pelo nosso país nas últimas duas décadas, cuida-se, ao meu sentir, de uma lamentável tentativa de rebananização da nossa República! Eu creio que o Supremo Tribunal Federal, pelo seu passado, pela sua credibilidade, pela justas expectativas que suscita, não deve embarcar nessa aventura arriscada.

Desse modo, a especificidade das funções de determinados agentes públicos não deve implicar isenção de sancionamento decorrente de condutas ímprobas por eles praticadas. E, ainda que se admitisse tal possibilidade, sua aplicação deveria cingir-se às condutas configuradoras de atos estritamente políticos.

Questões mais tormentosas, como a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992, inclusive de seu art. 20, a autoridades do mais alto escalão, desbordam já em muito ao objeto do presente artigo.

### **3 Do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa**

Superada a necessária identificação dos sujeitos ativos, passa-se, propriamente, ao tratamento do art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

Fixou a Lei de Improbidade em 5 (cinco) anos o prazo no qual se faz possível pleitear a aplicação das sanções ali previstas a agentes que exerçam mandato, ocupem cargo em comissão ou função de confiança, consoante inciso I.

Já no inciso II, aplicável aos ocupantes de cargo efetivo ou emprego, equiparou-se o prazo extintivo àquele previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público; donde já se mostram evidentes duas conclusões:

a) a lei não conferiu tratamento uniforme à disciplina, b) nem regulamentou o prazo extintivo no que toca a toda a categoria de sujeitos ativos dos atos de improbidade.

Ademais, a remissão à lei específica tornou o ponto ainda mais nebuloso, como se verá.

### 3.1 Do início do prazo

Por conta da remissão contida na norma do art. 23, inciso II, da Lei n. 8.429/1992, não é uniforme a disciplina concernente ao início do transcurso do prazo para a propositura das ações ali previstas, convido, dessa feita, o tratamento em separado dos incisos.

#### 3.1.1 Do inciso I

Versa a norma sobre agentes públicos que exerçam mandato, cargo em comissão ou função de confiança, estabelecendo como marco inicial do prazo o término dos referidos vínculos, mantidos entre o sujeito passivo e o agente público, razão pela qual o prazo será contado a partir do dia imediatamente seguinte, ante a aplicação subsidiária do art. 184 do Código de Processo Civil<sup>4</sup>.

Entretanto, há situações por sua letra não esclarecidas, como o caso do agente político reeleito, para cuja solução se faz necessária a contribuição da doutrina e da jurisprudência.

Reside a controvérsia em se saber se no início o prazo para a propositura de ações de improbidade pelo cometimento de atos ímprobos por agentes políticos, durante a primeira gestão, inicia-se ao término dela ou do segundo mandato – para o qual foram reeleitos.

---

<sup>4</sup> “Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento” (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1<sup>o</sup>.10.1973).

Garcia expende diversos argumentos em defesa da tese de que o prazo começaria a fluir a partir do término do segundo mandato<sup>5</sup>, sendo também esse o entendimento recentemente esposado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 142 DA LEI N. 8.112/1991. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 23 DA LEI N. 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LIA). PRAZO PRESCRICIONAL. EX-PREFEITO. REELEIÇÃO. TERMO A QUO. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: PARÂMETRO DE CONDUTA DO ADMINISTRADOR E REQUISITO DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. HERMENÊUTICA. MÉTODO TELEOLÓGICO. PROTEÇÃO DESSA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. MÉTODO HISTÓRICO. APROVAÇÃO DA LIA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16/1997, QUE POSSIBILITOU O SEGUNDO MANDATO. ART. 23, INCISO I, DA LIA. INÍCIO DA CONTA-GEM DO PRAZO PRESCRICIONAL ASSOCIADO AO TÉRMINO DE VÍNCULO TEMPORÁRIO. A REELEIÇÃO, EMBORA NÃO PRORROGUE SIMPLEMENTE O MANDATO, IMPORTA EM FATOR DE CONTINUIDADE DA GESTÃO ADMINISTRATIVA, ESTABILIZAÇÃO DA ESTRUTURA ESTATAL E PREVISÃO DE PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DURADOURA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PERANTE O TITULAR DA *RES PUBLICA* POR TODOS OS ATOS PRATICADOS DURANTE OS OITO ANOS DE ADMINISTRAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA DATA DE SUA REALIZAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO (ART. 557, § 1º-A, CPC).

<sup>5</sup> a) o art. 23, inciso 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, inciso 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 principiar-se com o afastamento do agente; 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 (GARCIA, 2008, p. 501-502).

[...]

3. Interpretação da Lei n. 8.429/1992. Método teleológico. Verifica-se claramente que a *mens legis* é proteger a moralidade administrativa e todos seus consectários por meio de ações contra o enriquecimento ilícito de agentes públicos em detrimento do erário e em atentado aos princípios da Administração Pública. Nesse sentido deve ser lido o art. 23, que trata dos prazos prescricionais.

4. Método histórico de interpretação. A LIA, promulgada antes da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5º do art. 14, da Constituição Federal, considerou como termo inicial da prescrição exatamente o final de mandato. No entanto, a EC n. 16/1997 possibilitou a reeleição dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas, com o expresso objetivo de constituir corpos administrativos estáveis e cumprir metas governamentais de médio prazo, para o amadurecimento do processo democrático.

5. A Lei de Improbidade associa, no art. 23, inciso I, o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário, entre os quais, o exercício de mandato eletivo. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/1997, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato.

6. O administrador, além de detentor do dever de consecução do interesse público, guiado pela moralidade – e por ela limitado –, é o responsável, perante o povo, pelos atos que, em sua gestão, em um ou dois mandatos, extrapolem tais parâmetros.

7. A estabilidade da estrutura administrativa e a previsão de programas de execução duradoura possibilitam, com a reeleição, a satisfação, de forma mais concisa e eficiente, do interesse público. No entanto, o bem público é de titularidade do povo, a quem o administrador deve prestar contas. E se, por dois mandatos seguidos, pôde



usufruir de uma estrutura mais bem planejada e de programas de governo mais consistentes, colhendo frutos ao longo dos dois mandatos – principalmente, no decorrer do segundo, quando os resultados concretos realmente aparecem – deve responder inexoravelmente perante o titular da *res publica* por todos os atos praticados durante os oito anos de administração, independente da data de sua realização.

[...]

(STJ, REsp n. 1.107.833/SP, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 8.9.2009, DJe de 18 set. 2009). [grifo nosso]

Alinhavamo-nos à tese, destacando como seus principais fundamentos:

- a) a *ratio* da norma: a associação do termo inicial do prazo à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderia ser exercida pelo agente na apuração dos fatos;
- b) o elemento teleológico: a *mens legis* é proteger a moralidade administrativa e todos os seus corolários por meio de ações contra agentes ímprobos, devendo nesse sentido ser lido o art. 23, de modo que lhe seja atribuída a máxima efetividade;
- c) o elemento histórico: a denunciar que a reeleição, apesar de não prorrogar o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa, mantendo-se o vínculo com a Administração, sob o ponto de vista material.

### 3.1.2 Do inciso II

Já aqui se cuida dos agentes públicos que ocupam cargo efetivo ou emprego, reportando-se o inciso ao prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

O dispositivo é lamentável: perdeu o legislador a oportunidade de conferir disciplina uniforme à matéria; tornou imprescindível o conhecimento do regime jurídico da categoria a que pertença o ímprobo; abriga insegurança jurídica e se afigura injusto, dado o grande número de regimes existentes e diversidades que guardam entre si, e não oferece solução alguma às lacunas decorrentes de ausência de previsão do referido prazo em lei específica (ex.: regime celetista).

Em face à impossibilidade de exame dos inúmeros regramentos específicos existentes, destaca-se, pela relevância e pertinência, aquele contido na Lei n. 8.112/1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Não obstante o inciso falar apenas em “prazo prescricional previsto em lei específica”, a falta de regramento da contagem desse prazo na lei de improbidade impõe que se considere a remissão como abrangente de toda a disciplina da prescrição prevista na lei específica.

### 3.1.3 Do regramento contido na Lei n. 8.112/1990

*In verbis:*

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;

[...]

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 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.

A primeira observação a ser feita é a de que inexistente referência à demissão a bem do serviço público, o que não impede que se aplique o prazo relativo à demissão em geral, que, em última análise, jamais poderá descurar da observância do interesse público, sob pena de desvio de finalidade.

Também de uma perfunctória leitura do dispositivo já se detecta que a norma divide em 2 (duas) categorias distintas as infrações disciplinares – segundo capituladas ou não também como crime –, atribuindo a cada qual regramento distinto, a saber: a) para as infrações disciplinares não capituladas como crime, o prazo é de 5 (cinco) anos (inciso I), enquanto b) para as infrações disciplinares também capituladas como crime aplicam-se os prazos de prescrição previstos na lei penal (§ 2º) – mais uma remissão a gerar discussões, tratadas mais à frente em tópico próprio.

### 3.1.3.1 Do § 1º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990

O § 1º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990 condiciona o início do transcurso do prazo ao conhecimento do fato, e a primeira questão que deve ser tratada é a constitucionalidade da norma em comento.

Severas críticas lhe recaem, sobretudo porque, supostamente, trairia a própria finalidade do instituto da prescrição – segurança jurídica – ao condicionar o início do prazo a evento futuro e porque prestigiaria a desídia da Administração.

Há, em razão disso, quem defenda seu completo afastamento, sustentando que o início do prazo remonta, inexoravelmente, à data do ato, como Mattos (2006, p. 86):

O prazo de prescrição é contado da data do ato tido como violador de deveres funcionais, pois não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública não conheça seus atos, que são públicos a todos, sendo-lhe defeso alegar torpeza ou desconhecimento.

Também é esse o entendimento do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos (2001):

Para nós, o dispositivo da lei administrativa que hospeda um tamanho absurdo deve ser tido como não escrito, aplicando-se, sempre, a boa doutrina que sempre inspirou a legislação penal. No direito penal, conta-se a prescrição do momento da consumação do crime, apenas excetuando a hipótese de falsidade de assentamento de registro civil.

*Data venia*, discordamos pelo só fato de não vislumbrarmos óbice constitucional ao comando normativo objurgado.

Ontologicamente, a prescrição consubstancia causa extintiva de pretensões, decorrente da inércia do titular de um direito prestacional em exercê-lo, por determinado período. Afeta a exigibilidade desse direito, existindo e se legitimando enquanto forma de se conferir estabilidade e segurança às relações sociais, consolidando-as.

Concordamos seja o instituto vocacionado a conferir segurança jurídica, assim como o é o instituto da decadência (meio de extinção de direitos potestativos).

Ocorre que, enquanto o Estado desconhece o ato infracional, não há, em verdade, possibilidade de atuação nem, consequentemente, inércia. Daí por que se faz possível a submissão do início do transcurso do prazo à data do conhecimento do fato

pelo titular do direito, sem que, com isso, se contrarie a natureza do instituto.

Ademais, submeter o início do prazo prescritivo à circunstância de o titular do direito poder, de fato, exercê-lo equivale a suspendê-lo enquanto esse exercício não se faça possível, já tendo o Supremo Tribunal Federal entendido pela constitucionalidade de previsão legal desta última hipótese ao examinar o art. 366 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 9.271/1996, conforme ementa de acórdão vazada nos seguintes termos:

[...]

II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado – Código Processo Penal, art. 366, com redação da Lei n. 9.271/1996.

1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1.042, 19.12.2006, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do Código Processo Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. [...]. 4. *Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do Código Processo Penal ao tempo da prescrição em abstrato*, pois, “do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão”. 5. *RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição*<sup>6</sup>. [grifo nosso]

---

<sup>6</sup> Mitigando o rigorismo do entendimento, tem-se a posição consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. NÃO-ATENDIMENTO À CITAÇÃO EDITALÍCIA. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP. EXISTÊNCIA DE LIMITE PARA DURAÇÃO DO SOBRESTAMENTO. PRAZO REGULADO PELO PREVISTO NO ART. 109 DO CP, CONSIDERADA A PENA MÁXIMA APLICADA AO DELITO DENUNCIADO. PRESCRIÇÃO EVIDENCIADA. PROVIMENTO. 1. Consoante *orientação pacificada nesta Corte, o prazo máximo de suspensão do lapso prescricional, na hipótese do art. 366 do CPP, não pode ultrapassar aquele previsto no art. 109 do Código Penal, considerada a pena máxima cominada ao delito denunciado*, sob pena de ter-se como permanente o sobrestamento, tornando

(STF, RE n. 460.971, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 13.2.2007, DJ de 30 mar. 2007, p. 00076, EMENT. VOL-02270-05, p. 00916, RMDPPP, v. 3, n. 17, 2007, p. 108-113, LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 515-522).

Entendemos ser o raciocínio aplicável, *mutatis mutandi*, à espécie.

Ademais, o argumento de que “não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública não conheça seus atos, que são públicos a todos”, é falacioso, pois parte da premissa equivocada de que os atos infracionais sempre irão observar o princípio da publicidade.

Por conseguinte, configura a regra do § 1º opção possível ao legislador ordinário, passando-se, então, à segunda controvérsia, consistente em se saber a quem basta a ciência do fato para que se inicie a contagem do prazo.

A resposta à indagação pode ser deduzida a partir da regra do art. 143 da Lei n. 8.112/1990, *ipsis literis*:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Havendo esse dever de apuração imposto a qualquer autoridade do mesmo órgão/entidade onde tenha ocorrido a infração<sup>7</sup>, há que bastar o conhecimento do fato por tais agentes para

---

imprescritível a infração penal apurada. 2. Lapso prescricional referente ao delito denunciado preenchido. 3. Recurso provido para restabelecer a sentença de Primeiro Grau que declarou extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva”. [grifo nosso] (STJ, REsp n. 111.358, Processo n. 200900624489, 5ª Turma, unanimidade, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 18.8.2009, DJE de 13 out. 2009).

<sup>7</sup> O § 3º do dispositivo, acrescido pela Lei n. 9.527/1997, amplia o leque de autoridades competentes para solicitar a apuração do ato infracional, satisfazendo a condição inicial do prazo o conhecimento por quaisquer delas da infração cometida. *In verbis*: “§ 3º A apuração de que trata o *caput*, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade,

o início do transcurso do prazo, haja vista serem eles representantes/presentantes da Administração, à qual se torna não apenas possível como também obrigatório agir. Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. ART. 142, § 1º, DA LEI N. 8.112/1990.

*DATA EM QUE O FATO SE TORNOU CONHECIDO PELA ADMINISTRAÇÃO, E NÃO NECESSARIAMENTE PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.*

1. O art. 142, § 1º, da Lei n. 8.112/1990 – o qual prescreve que “O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido” – não delimita qual autoridade deverá ter obtido conhecimento do ilícito administrativo. Dessa forma, não cabe ao intérprete restringir onde o legislador não o fez.

2. Ademais, consoante dispõe o art. 143 da Lei n. 8.112/1990, *qualquer autoridade administrativa que tomar conhecimento de alguma irregularidade no serviço público deverá proceder à sua apuração ou comunicá-la à autoridade que tiver competência para promovê-la, sob pena de responder pelo delito de condescendência criminosa.*

3. *Desse modo, é razoável entender-se que o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à apuração de infrações puníveis com demissão ou cassação de aposentadoria, comece a correr da data em que autoridade da Administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor, e não apenas a partir do conhecimento das irregularidades pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar. [grifo nosso]*

[...]

---

delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração”.

(STJ, MS n. 11.974/DF, 3ª Seção, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 28.3.2007, DJ de 7 maio 2007, p. 274).

### 3.1.3.2 Do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990

Já com relação ao § 2º, é necessário esclarecimento sobre se deve, ou não, aplicar todo o regime da prescrição previsto no Código Penal às infrações penais disciplinares capituladas também como crime.

Em exegese que nos parece a mais adequada, notadamente à luz do uma interpretação pautada nos elementos gramatical, lógico e teleológico, atendendo-se, ainda, à *mens legis*, haveria de se considerar apenas o prazo da prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena máxima cominada em abstrato na legislação penal (Código Penal, art. 109 e incisos)<sup>8</sup>. Desse modo, subsistiria como marco inicial do prazo a data do conhecimento do fato.

Não se trata do singelo emprego de interpretação prejudicial ao infrator, mas sim de se ater ao fato de ser essa a interpretação que melhor se coaduna com o sistema da Lei n. 8.112/1990, sobre o qual deve o intérprete empenhar-se em imprimir uma lógica, passando essa, necessariamente, pela consideração de que infrações mais graves devem, em princípio, subsistir passíveis de punição por mais tempo.

Em abono legislativo a essa conclusão, colaciona-se o regramento contido na Lei Complementar n. 68/1992 do Estado de Rondônia<sup>9</sup>, chamando-se atenção para o disposto no seu art. 180:

Art. 179 - A ação disciplinar prescreve:

<sup>8</sup> *Aliter*: Garcia (2008, p. 504), que defende a aplicação do sistema de prescrição penal na integralidade, aduzindo, outrossim, ser esse o entendimento do STJ.

<sup>9</sup> Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado de Rondônia, das autarquias e das fundações públicas estaduais, e dá outras providências.



[...]

III - em 5 (cinco) anos, quanto aos fatos punidos com pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, ressalvada a hipótese do art. 174.

§ 1º - O prazo de prescrição começa a correr:

I - desde o dia em que ilícito se tornou conhecido da autoridade competente para agir;

II - desde o dia em que cessar a permanência ou a continuação, em caso de ilícitos permanentes ou continuados.

§ 2º - O caso da prescrição interrompe-se:

I - com a instalação do processo disciplinar;

II - com o julgamento do processo disciplinar.

§ 3º - Interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr novamente a partir do dia da interrupção.

Art. 180 - Se o fato também configura ilícito penal, a prescrição é a mesma da ação penal, *caso esta prescreva em mais de 5 (cinco) anos.* [grifo nosso]

De mais a mais, o § 2º faz referência tão somente aos “prazos previstos na lei penal”, importando extremar-se do prazo em si o regramento de sua contagem (marcos inicial e final, causas impeditivas, suspensiva e interruptivas) – coisas substancialmente distintas.

Há nisso uma aparente incoerência com o regime da prescrição disciplinado na lei penal, onde o prazo se inicia na data do fato, porque, a prevalecer o ponto de vista sustentado, a possível responsabilidade disciplinar pela prática de atos também penalmente típicos – e, não se perca de vista, responsabilização na seara da improbidade – praticamente sempre subsistiria à responsabilidade penal.

Ante essa razão, compreendemos que não andou bem o legislador, daí não se devendo concluir, entretanto, seja a norma inconstitucional.

A opção é constitucionalmente possível, justificando-se com o argumento de que o direito penal, exatamente por ser o campo que representa (dever ser) a mais enérgica forma de intervenção na esfera do indivíduo, com possibilidade, inclusive de privação da sua liberdade, reclama maior rigor na definição dos prazos.

Outrossim, não se olvida serem as instâncias relativamente independentes, havendo, portanto, questões que, uma vez resolvidas na esfera penal, tornar-se-ão impassíveis de discussão nas demais (ex.: arts. 65 a 67 do Código de Processo Penal).

Por outro lado, cumpre tenha havido a adoção de alguma providência na esfera penal para que incida a regra do § 2º. Nesse sentido, observa Carvalho (2006, p. 26) que:

A tendência jurisprudencial é de somente permitir a contagem dos prazos prescricionais, para punição disciplinar, pelos parâmetros da lei penal quando houver a tramitação de processo-crime ou o servidor for indiciado em inquérito policial, computando-se os marcos temporais ordinários do estatuto do funcionalismo em caso contrário, não os da legislação criminal.

Finalmente, oportuno o registro de que o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993) mantém-se indene às últimas críticas discutidas, dispondo no seu art. 245 que a prescrição começa a correr na data do fato e erigindo a prescrição da pretensão punitiva estatal à questão prejudicial da responsabilização administrativa (art. 244, parágrafo único). *In verbis*:

## SEÇÃO IV

### Da Prescrição

Art. 244. Prescreverá:

[...]

III - em quatro anos, a falta punível com demissão e cassação de aposentadoria ou de disponibilidade.

Parágrafo único. *A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este.*

Art. 245. *A prescrição começa a correr:*

I - do dia em que a falta for cometida; ou

II - do dia em que tenha cessado a continuação ou permanência, nas faltas continuadas ou permanentes.

Parágrafo único. Interrompem a prescrição a instauração de processo administrativo e a citação para a ação de perda do cargo. [grifo nosso]

### **3.1.4 Do servidor efetivo ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança**

Neste tópico, discute-se se a situação do servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo e, temporária e cumulativamente, de cargo em comissão ou função de confiança é regulada pelo inciso I ou II do art. 23 da Lei de Improbidade.

Analisando o tema, decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça pela subsunção da hipótese ao regramento contido no inciso II:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/1992, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMI-

TANTE OU NÃO. *PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM DETRIMENTO DO TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*

1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo *a quo* no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado.

3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina.

4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo – como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego –, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias – como as comissionadas – desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo.

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração Pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.

(STJ, REsp n. 1.060.529/MG, Processo n. 200801124618, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 8.9.2009, DJ de 18 set. 2009).

Independentemente de se apurar, concretamente, o que seria mais prejudicial ou benéfico ao interesse público, entendemos deva-se tomar por norte para a resolução da questão, sempre, a pertinência entre o ato praticado e a função que o viabilizou.

Dito de forma mais clara, parece-nos que se o ato de improbidade foi cometido pelo agente público, no exercício das atribuições inerentes a seu cargo de provimento efetivo, encontrar-se-á sua situação regulada no inciso II. Se, por outro lado, o ato de improbidade só se fez possível em razão das atribuições de chefia, direção ou assessoramento conferidas ao servidor em virtude do vínculo temporário, incidirá a regra do inciso I.

Não se desconhece ser frequente na Administração que servidores efetivos ocupem cumulativamente funções de confiança ou cargos em comissão sem alteração substancial das atribuições, contudo, entendemos que a circunstância não justifica que se altere o raciocínio. Dessa forma, inalteradas as atribuições originais do cargo de provimento efetivo, terá incidência o inciso II.

Não é demais recordar que os institutos do cargo em comissão e da função de confiança distinguem-se nos termos do inciso V do art. 37 da Constituição Federal, na redação conferida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, em que pese não tenha sido esse o elemento de *discrimen* eleito. *In verbis*:

Art. 37. [omissis]

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

### 3.2 Do marco interruptivo previsto no *caput* do art. 23 da Lei n. 8.429/1992

Não há, aqui, distinções a serem feitas entre os sujeitos ativos, haja vista que, em disciplina uniforme para todos os casos, assim dispõe o art. 23, *caput*, da Lei n. 8.429/1992:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

[...]

Apesar de não haver dificuldade em se inferir que a propositura da ação é a causa interruptiva do prazo, permanece não respondida a indagação fundamental: o que se deve entender por “propostas”?

Responde-se desde já: assume o vocábulo “propostas”, neste dispositivo, significado de ajuizamento, consubstanciado no ato jurídico, exclusivo da parte, de se levar uma demanda ao Poder Judiciário, atestado pelo mero registro/protocolo inicial (ou recebido lançado na petição por servidor da Justiça).

A par de a dedução exsurgir, trivialmente, do significado vernacular do verbo “propor”<sup>10</sup> e consubstanciar o entendimento que melhor se afina com os princípios em jogo, a disciplina inculpada nos arts. 219 e 263 do Código de Processo Civil – se tomada como aplicável ao caso – é apta a conduzir o intérprete a equívocos.

O art. 219 do Código de Processo Civil, ao dispor sobre a causa e o momento interruptivo do prazo prescricional, prevê:

Art. 219. *A citação válida* torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz

---

<sup>10</sup> Nos significados mais pertinentes, cf. Houaiss (2001): p. 2314: proposta: 1. ato ou efeito de propor; p. 2313: propor: 1. apresentar (proposta) a, pôr diante de; 2. submeter (algo) à apreciação (de alguém); 7. requerer em juízo; intentar, mover.

incompetente, constitui em mora o devedor e *interrompe a prescrição*.  
(Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1<sup>o</sup>.10.1973)

§ 1<sup>o</sup> *A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação*.  
(Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994) [grifo nosso]

E o art. 263 do Código de Processo Civil, ao cuidar da formação do processo, arremata que:

Art. 263. *Considera-se proposta a ação*, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado. [grifo nosso]

Logo se percebe que, consoante os termos do Código de Processo Civil, numa interpretação estrita: a) a citação válida é a causa interruptiva da prescrição; b) a data da propositura da ação é o momento em que a interrupção se verifica e c) o despacho inicial ou a distribuição são atos necessários a se considerar uma ação como proposta.

O absurdo lógico reside na terceira assertiva, que faz a propositura da ação depender de algo além do ato de propor.

Assim sendo, no regime do Código de Processo Civil, poder-se-ia operar a prescrição ainda que a parte autora não se quedasse inerte, ingressando com a ação dentro do prazo legal, em razão de mora no ato de distribuição ou no primeiro despacho.

Para contornar essa incoerência, assim se posicionou Carlos Alberto Menezes Direito, quando ainda era Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em voto seguido à unanimidade pela Terceira Turma:

A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta

data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil (STJ, REsp n. 598.798/RS, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 6.9.2005, DJ de 21 nov. 2005). [grifo nosso]

Raciocínio análogo é empregado, desde longa data, no afastamento da regra do art. 219, § 3º, do Código de Processo Civil<sup>11</sup> dos casos em que a parte autora não tenha dado causa à demora na citação.

Conforme o § 3º, na redação atual:

Art. 219 [omissis]

[...]

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

Mitiga-se, no entanto, o rigor da norma, deixando-se de aplicá-la aos casos em que a mora na citação decorra dos mecanismos da Justiça, afastando-se, com isso, mesmo o prazo máximo de 90 (noventa) dias. Nesse sentido dispunha a Súmula n. 78 do extinto Tribunal Federal de Recursos e dispõe a Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça:

S. 78 do TRF. 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.

S. 106 do STJ. Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Com maior razão, não se há que situar o marco interruptivo do prazo do art. 23 da Lei de Improbidade no momento em que se

---

<sup>11</sup> Apesar de já alterado por duas vezes (Leis n. 5.925/1973 e 8.952/1994), o § 3º continua a dispor sobre um prazo máximo para que se realize a citação do réu, sob pena de não se ter por interrompida a prescrição.



realize a notificação do requerido – e muito menos no momento da sua citação (Lei n. 8.429/1992, art. 17, §§ 7º e 9º).

Disso não destoam o entendimento da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo evidencia ementa a seguir transcrita:

Processual civil. Recurso especial. Omissão do julgado. Inocorrência. Ação de improbidade. Ajuizamento dentro do prazo prescricional de cinco anos (art. 23, i, da Lei n. 8.429/1992). Citação válida. Interrupção da prescrição independentemente da data em que ocorreu a notificação prévia (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992). Precedentes. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp n. 696.223/RS, Processo n. 200401215278, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 19.2.2008, DJ de 3 mar. 2008).

Por fim, consigne-se que o último problema foi enfrentado apenas *ad argumentandum tantum*, porquanto, na temática pertinente a essa causa interruptiva do prazo prescricional, os arts. 219 e 263 do Código de Processo Civil não devem ter incidência.

Compreendendo-se corretamente o *caput* do art. 23 da Lei de Improbidade, não há lacuna a ser aqui preenchida mediante aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

#### **4 Conclusão**

Ante as controvérsias analisadas e os argumentos expendidos, adotou-se como posicionamento que:

- a) sujeito ativo passível de sancionamento pela Lei n. 8.429/1992 é gênero, que comporta como espécies os agentes públicos (art. 2º) e terceiros intervenientes (n/f art. 3º), mostrando-se imprescindível na prática do ato de improbidade administrativa, contudo, o concurso de

- ao menos um agente público, categoria na qual se inserem os agentes políticos;
- b) o art. 23 da Lei n. 8.429/1992 apresenta-se lacunoso para uma série de casos e sua aplicação às hipóteses de que cuida suscita inúmeras discussões;
- c) em se tratando de agentes públicos que mantenham vínculo eminentemente temporário com os sujeitos passivos da lei – mandato, cargo em comissão ou função de confiança –, o prazo para a propositura da correspondente ação de improbidade será contado a partir do dia imediatamente seguinte ao do encerramento desse vínculo (Lei n. 8.429/1992, art. 23, I, c/c CPC, art. 184);
- d) já no caso de servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo se aplicará, por completo, o regramento prescricional previsto em lei específica para faltas puníveis com pena de demissão (Lei n. 8.429/1992, art. 23, II), e, em se tratando de servidores públicos federais, a disciplina aplicável é aquela contida no art. 142 da Lei n. 8.112/1990;
- e) o prazo para o sancionamento de atos de improbidade administrativa cometidos durante a primeira gestão de agente político que tenha se reeleito iniciará apenas ao término do segundo mandato;
- f) para fins de prescrição, nos termos do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, há que se distinguir as infrações disciplinares puníveis com pena de demissão que sejam tipificadas também como crime daquelas que não o são:
- para o sancionamento das infrações exclusivamente disciplinares, o prazo será o de 5 (cinco) anos, iniciando-se

na data do conhecimento do fato por qualquer autoridade da Administração;

- enquanto, para aquelas tipificadas também como crime, aplicar-se-á o prazo – e tão somente o prazo – previsto na lei penal para a prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena máxima cominada em abstrato (CP, art. 109, *caput* e incisos);

g) o caso do servidor público efetivo que ocupe, concomitantemente, cargo em comissão ou função de confiança deverá ser regulado ora pelo inciso I, ora pelo inciso II, do art. 23 da Lei n. 8.429/1992, conforme tenha o ato de improbidade se viabilizado por conta das atribuições de direção, chefia e assessoramento, próprias do vínculo temporário, ou não;

h) por fim, a correta interpretação do art. 23, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 impõe que se considere proposta a ação de improbidade administrativa e interrompido o prazo prescricional tão logo seja ela ajuizada (ato exclusivo da parte, atestado pelo mero protocolo/ registro inicial ou recibo), independentemente de posterior notificação ou citação válidas.

## Referências

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Centro de Ciências Jurídicas da UFSC*. Disponível em: <[http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/artigos/CRITERIO\\_CIENTIFICO\\_PARA\\_DISTINGUIR\\_A\\_PRESCRICAO\\_DA\\_DECADENCIA\\_E\\_PARA\\_IDENTIFICAR\\_AS\\_ACOES\\_IMPRESCRITIVEIS.htm](http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/artigos/CRITERIO_CIENTIFICO_PARA_DISTINGUIR_A_PRESCRICAO_DA_DECADENCIA_E_PARA_IDENTIFICAR_AS_ACOES_IMPRESCRITIVEIS.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2010.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punição de infrações administrativas (art. 142 da Lei n. 8.112/1990). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1156, 31 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8850>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIUZA, Ricardo (Coord. até a 5. ed.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord. da 6. ed). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

LESSA, Sebastião José. Dos procedimentos incidentes e das medidas acautelatórias nas esferas administrativa e judicial. *Da Silva & Alves*, agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.leodasilvaalves.com/artigos013.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Limites à instauração do inquérito civil por parte do órgão do Ministério Público. *Jus Vigilantibus*, março de 2009. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/40065>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.112/90 interpretada e comentada: regime jurídico único dos servidores públicos da União*. 3. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto com a colaboração de BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atualizada até EC/57, de 18/12/2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SALLY, Alexandre Santana. Prescrição Administrativa em procedimentos apuratórios disciplinares no âmbito do departamento de polícia federal. *Sindicato dos Servidores da Polícia Federal-SP*, maio de 2009. Disponível em: <<http://www.sindpolfsp.org.br/comunicados/prescricaoadministrativa.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. O prazo da prescrição de punição disciplinar começa a correr do momento em que o fato se tornou conhecido? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2278>>. Acesso em: 21 mar. 2010.



# Improbidade administrativa e dano moral coletivo

Carlos Humberto Prola Júnior\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil e dano moral coletivo. 2.1 Responsabilidade civil. 2.2 Dano moral: ofensa a direitos da personalidade. 2.3 Dano moral no direito brasileiro. 2.4 Dano moral coletivo. 2.5 Legislação. 2.6 Jurisprudência. 3 Improbidade administrativa. 3.1 Definição. 3.2 Interesses tutelados. 3.3 Responsabilidade pessoal. 4 Dano moral coletivo e condutas de improbidade. 4.1 A tutela extrapatrimonial da probidade administrativa. 4.2 Reparação do dano moral coletivo. 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

Dados da Transparência Internacional mostram que, em 2009, o Brasil figurava na 75ª posição no *ranking* de países menos corruptos, entre as 180 nações que foram analisadas<sup>1</sup>, posição bastante distinta daquela ocupada na esfera econômica, em que o nosso país aparece como a 8ª maior economia do mundo<sup>2</sup>. Esse descompasso entre o desenvolvimento econômico e os níveis de corrupção do país, que remete a um velho jargão da política nacional – “rouba, mas faz” –, sinaliza a necessidade premente de adoção de medidas de combate à corrupção, especialmente no que tange à efetiva e

---

\* Carlos Humberto Prola Júnior é Procurador da República no Município de Corumbá-MS.

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/11/091117\\_corrupcao\\_md\\_fp.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/11/091117_corrupcao_md_fp.shtml)>. Acesso em: 8 abr. 2010.

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/12/081208\\_brasileconomiaranking\\_rw.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/12/081208_brasileconomiaranking_rw.shtml)>. Acesso em: 8 abr. 2010.

integral responsabilização dos agentes e terceiros envolvidos em atos de improbidade, fundamental para aplacar o sentimento de impunidade reinante na sociedade.

Por outro lado, verifica-se que, em virtude da consagração, em nosso ordenamento jurídico, da dignidade humana como valor máximo, da qual decorre o princípio da reparação integral dos danos causados por condutas ilícitas, especialmente daqueles de natureza extrapatrimonial, ganha destaque, no âmbito da tutela dos interesses transindividuais, a reparação do dano moral coletivo.

Apartando-se da visão eminentemente patrimonial-econômica, ainda muito arraigada na análise dos danos provocados por condutas eivadas de improbidade, este estudo pretende investigar a caracterização do dano moral coletivo e a efetivação de sua reparação na seara da tutela da probidade na Administração Pública.

## **2 Responsabilidade civil e dano moral coletivo**

### **2.1 Responsabilidade civil**

Regra basilar estampada no *neminem laedere* das *Institutatas*, o princípio do respeito aos direitos alheios é, desde tempos remotos, condição essencial para o equilíbrio e o desenvolvimento da vida social (COSTA, 2009, p. 36). Repugna ao Direito, portanto, toda ação ou omissão que, infringindo um dever genérico ou específico decorrente de regras e princípios jurídicos, resulte em dano injusto a terceiros, pessoas ou coletividades e, por consequência, em fonte de instabilidade social (MEDEIROS NETO, 2007, p. 21).

Em decorrência disso, ganha relevo o dever de reparação integral dos danos gerados à esfera de bens e interesses alheios, diante da violação do dever jurídico originário de agir em conformidade



com as regras e princípios do ordenamento, que se materializa na prática do ato ilícito, em desacordo com o Direito (MEDEIROS NETO, 2007, p. 22).

Segundo Tepedino, conforme consagrado entendimento doutrinário, a responsabilidade civil por ato ilícito depende da verificação da presença de três elementos: I) conduta dolosa ou culposa contrária à norma jurídica (valoração da conduta do sujeito – responsabilidade subjetiva); II) dano (lesão ao bem jurídico) e III) nexo de causalidade ente a conduta e o dano (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p. 337).

Ressalta aquele autor, contudo, que a noção de culpa vem objetivando-se, distanciando-se do conceito subjetivo de “previsibilidade do resultado danoso”, e caminhando, cada vez mais, para a ideia de violação a parâmetros objetivos (*standards*) de conduta, em virtude da necessidade de se exercer um controle social intenso sobre a iniciativa econômica, de maneira que, além de lícita, a atividade privada corresponda aos valores e princípios constitucionais (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p. 337-338).

Considerando que o dano constitui uma lesão a um bem jurídico, dois podem ser os efeitos dessa lesão: economicamente apreciáveis, quando teremos os chamados danos patrimoniais; insuscetíveis de quantificação econômica específica, nos denominados danos extrapatrimoniais ou, com maior tradição, morais (TOLOMEI, 2003, p. 366-367).

Importante destacar que a nova codificação civil (art. 944) consagra o princípio da reparação integral do dano, entendimento que a doutrina e a jurisprudência brasileiras já imputavam à responsabilidade civil. A ideia consiste em atribuir ampla proteção à vítima, empregando-se todos os esforços para fazê-la retornar ao *status quo ante*. Deve-se assegurar à vítima indenização plena a fim

de reparar integralmente o prejuízo sofrido. Essa concepção, contudo, encontra alguns obstáculos em sede de dano moral, diante da dificuldade de precisar a extensão do prejuízo e da preocupação um tanto excessiva de nossos tribunais em evitar o enriquecimento sem causa da vítima, o que tem levado a indenizações muitas vezes ineficazes, atraindo para a discussão acerca do montante indenizatório o argumento do caráter punitivo (e preventivo) da reparação (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2006, p. 859).

Com relação aos danos morais, muito se discute atualmente acerca de sua conceituação, subsistindo duas grandes correntes doutrinárias: a que vislumbra o dano moral como o sofrimento ou incômodo humano que não seja causado por perda pecuniária; a que entende o dano moral como uma ofensa a direitos da personalidade (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p. 339-340).

Esta segunda corrente, contudo, é a que parece melhor se amoldar ao novo ordenamento constitucional estabelecido pela Carta de 1988. É o que se procura demonstrar a seguir.

## **2.2 Dano moral: ofensa a direitos da personalidade**

A universalização dos direitos fundamentais e, também, do respeito à dignidade da pessoa humana foi uma lenta conquista que se desenvolveu em três fases, conforme lição de Bobbio (1992, p. 28-31). Num primeiro momento, as declarações nascem como teorias filosóficas nas obras de seus defensores. É a ideia jusnaturalista de Locke de que o homem, enquanto tal, tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair, e que ele mesmo não pode alienar.

A seguir, essas teorias inserem-se em textos de âmbito nacional, como ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados

Norte-Americanos e da Revolução Francesa. A partir de então, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos (positivos e efetivos).

Por derradeiro, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, tem início a última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal – os destinatários não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens – e positiva – põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, mas efetivamente protegidos.

A dinâmica desse processo permite afirmar que a declaração contém em germe – a expressão “em germe” é empregada porque é apenas o início de um longo processo, cuja realização final não se é capaz de ver – a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta de direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 153).

Na esteira desse movimento, a atual ordem constitucional brasileira consagra a dignidade da pessoa humana como valor regente de nosso sistema jurídico. Nesse sentido, já em seu art. 1º, a Constituição elege a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República Federativa.

Segundo Santana (2009, p. 37), trata-se de princípio constitucional absoluto, associado à ideia de que o ser humano tem primazia sobre todos os outros aspectos regulados pelo Direito.

Na mesma linha, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 36), embora registrem que não haveria uma hierarquia fixa e abstrata

entre os diversos princípios consagrados pela Constituição, cujos conflitos seriam solucionados a partir de uma ponderação dos bens envolvidos, à luz do caso concreto, ressalvam que apenas a dignidade da pessoa humana, como valor fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, ainda, princípio e fim de toda a ordem jurídica, estaria fora desse cotejo axiológico.

Tepedino (2004, p. 50), por outro lado, aponta que a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental estabelecido pela Constituição, de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III), com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto constitucional, configura verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo por nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, esclarece aquele mesmo autor, os princípios fundamentais fixados no Título I da Constituição impõem específica função aos demais direitos constitucionais, permeando todo o sistema jurídico com os valores ali indicados, expressos como fundamentos e objetivos da República.

Contudo, é mister registrar que essa posição central no ordenamento jurídico, atribuída à dignidade da pessoa humana, há que ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim aceitar que do reconhecimento desse valor supremo resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção (SARLET, 2008, p. 36).

Embora registre inicialmente que se revela no mínimo difícil a obtenção de uma conceituação clara do que efetivamente seja essa

dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, o que decorre de se estar tratando de um conceito com contornos vagos e imprecisos, de natureza necessariamente polissêmica, Sarlet (2008, p. 41-42) afirma que mesmo assim não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva dessas violações. Essa constatação, contudo, não implica que se abandone a tarefa de construção de um conceito que possa servir de referencial para a concretização desse valor.

Partindo da ideia nuclear de dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, à luz do que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e na esteira da doutrina majoritária, Sarlet (2008, p. 46-47) conclui que a noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzida primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, ou seja, no indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. Ressalte-se, porém, que essa liberdade é considerada abstratamente, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, de tal sorte que também o absolutamente incapaz possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

Destaca aquele mesmo autor, contudo, que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo, ou seja, não é algo apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, sendo permanente objeto de reconstrução e repactuação quanto ao seu conteúdo e significado. Nesse sentido, assume relevo a constatação de que a dignidade da pessoa humana

é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, mas também da comunidade em geral, de todos e de cada um, que aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade (SARLET, 2008, p. 48-49).

Em conclusão, Sarlet (2008, p. 63) afirma que dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Registra, ainda, esse mesmo autor que, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa) não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2008, p. 62).

Dessa forma, considerando que a vida, a integridade física e a moral do ser humano constituem atributos inerentes à dignidade da pessoa humana, a produção de danos a esses atributos implica violação do próprio princípio da dignidade. Portanto, o fundamento da responsabilidade civil por danos à pessoa não mais se assenta em um critério patrimonialista, mas sim no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante de nosso ordenamento jurídico (RUZYK, 2002, p. 133-135).

Ressalte-se que os direitos da personalidade, corolário dessa *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana* consagrada na Constituição de 1988, abrangem aspectos relativos ao elemento corporal do indivíduo, tais como a proteção à vida, ao próprio corpo vivo

ou morto, e também à sua dimensão imaterial ou moral (SANTANA, 2009, p. 43), psíquica e social (MEDEIROS NETO, 2007, 56).

### 2.3 Dano moral no direito brasileiro

Conforme registra Santana (2009, p. 134-148), a história do dano moral no direito brasileiro revela a complexidade do tema e o longo debate baseado em ideias essencialmente antagônicas, passando a tese da reparabilidade do dano moral por três momentos distintos: a) inicialmente prevaleceu a *teoria negativista*, consistente na expressiva oposição doutrinária à própria existência do dano moral, atualmente superada; b) o segundo momento – *teoria eclética ou mista* – é marcado por um temperamento da posição radical, que admitia a reparabilidade do dano moral desde que houvesse uma repercussão patrimonial, um dano indireto ou reflexo de natureza patrimonial ou econômica; c) ao final, e sobretudo a partir da inserção (explícita) do tema na Constituição de 1988 (art. 5º, V e X), prevaleceu a *teoria positivista*, que acolheu a tese da reparabilidade do dano moral puro, sendo devidamente respondidas pela doutrina mais avançada as variadas objeções à tese da reparabilidade do dano (exclusivamente) moral.

Portanto, segundo aquele mesmo autor (SANTANA, 2009, p. 142):

O atual desenvolvimento da Ciência do Direito não mais permite deixar desamparados os direitos da personalidade, tornando-se pacífica a questão de restabelecer o equilíbrio social e jurídico, comprometido pela prática do ato ilícito atentatório aos valores extrapatrimoniais do sujeito de direito, com a imposição de uma sanção pecuniária ao infrator da norma jurídica, não como o preço da dor (*pretium doloris*), mas como função compensatória das consequências experimentadas pela vítima em decorrência do ato ilícito.

Da mesma forma que a reparabilidade, a própria definição de dano moral evoluiu de uma concepção vinculada apenas ao aspecto

da dor física ou à esfera dos sentimentos para uma conceituação que apresenta como elemento central a dignidade humana, princípio-valor fundamente e balizador de nosso sistema jurídico (MEDEIROS NETO, 2007, p. 54-56), conforme acima demonstrado.

Essa concepção, na qual os direitos fundamentais estão jungidos e vinculados à inesgotável condição de ser humano, em suas esferas física, psíquica, moral e social, implica a ausência de restrição à tutela de todas as situações jurídicas subjetivas que se apresentarem relevantes, uma vez que se visa amparar a dignidade humana, em quaisquer das suas emergentes e reconhecidas expressões (MEDEIROS NETO, 2007, p. 57).

Costa (2009, p. 61-62) afirma ser imperioso afastar a ultrapassada concepção vinculativa da ocorrência do dano moral à esfera subjetiva da dor, sofrimento e emoção, pois tais aspectos são eventuais e possíveis consequências da violação perpetrada, ou seja, deve ser excluída a ideia, segundo o autor, tão difundida quanto errônea, de que o dano moral é a dor sofrida pela pessoa, pois a dor, de fato, é apenas a eventual consequência da lesão à esfera extrapatrimonial.

No mesmo sentido, Medeiros Neto (2007, p. 60), citando Cavalieri Filho, registra que o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, podendo haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento.

Dessa forma, a evolução da teoria do dano moral ultrapassou a concepção limitada aos elementos subjetivos, geralmente traduzidos na “dor”, no “sofrimento” e na “angústia” experimentados pela vítima, para assimilar novos campos de percepção e incidência, vinculados a outras esferas da dignidade da pessoa humana, independentemente do aspecto sentimento, e que se



ligam também aos valores exteriorizados no meio social, os quais ensejam lesões, por exemplo, à honra, ao bom nome, à consideração, ao prestígio e à credibilidade gozados na comunidade, a traduzir, pois, a natureza objetiva do dano.

Nessa linha, Santana (2009, p. 149 e 153) afirma que, para a construção da definição de dano moral, é necessário abandonar a posição clássica que adota o critério negativo por exclusão (lesão que não corresponde a uma diminuição patrimonial), concepção esta centrada na ideia de que o dano moral pressupõe a dor da vítima, para localizá-la na lesão ou privação de um direito da personalidade. Além disso, considerando que toda violação de direito subjetivo tem uma sanção correspondente no sistema jurídico (preceito secundário da norma jurídica), todo atentado a direito da personalidade deverá necessariamente ser reparado, em que pese a impossibilidade de se mensurar objetivamente o dano moral, aplicando-se a sanção jurídica a partir da discricionariedade judicial, mediante arbitramento de uma quantia que cumpra as finalidades compensatória, punitiva e preventiva.

Muitos autores (MEDEIROS NETO, 2007, p. 60, e SANTANA, 2009, p. 163-166) apontam que essa concepção, que afasta a definição de dano moral da ideia de dor, coaduna-se com a premissa, atualmente acolhida de forma ampla pela doutrina e pela jurisprudência de nossos tribunais<sup>3</sup>, de que a pessoa jurídica, mesmo não podendo, por imperativo lógico, experimentar sentimentos, sujeita-se, contudo, a sofrer lesão em sua honra objetiva, assim considerada a área de interesses protegida juridicamente, que se exterioriza no direito ao nome, à imagem e à reputação, entre outros.

---

<sup>3</sup> Enunciado n. 227 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Contudo, Tepedino (2004, p. 55-56), analisando a previsão do art. 52 do Código Civil<sup>4</sup>, esclarece que esse dispositivo não assegura às pessoas jurídicas os direitos subjetivos da personalidade, admitindo, tão somente, a extensão da técnica dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa jurídica. Dessa forma, e considerando que a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana, conclui aquele autor que o codificador pretendeu estendê-los às pessoas jurídicas provavelmente por conveniência de ordem prática, não podendo isso significar que a concepção dos direitos da personalidade seja uma categoria conceitual neutra, aplicável indistintamente a pessoas jurídicas e pessoas humanas. Portanto, não é propriamente a honra (objetiva ou subjetiva) da pessoa jurídica que merece proteção, pois a tutela da imagem da pessoa jurídica (honra objetiva) tem sentido diferente da tutela da imagem da pessoa humana. Nesta, a imagem é atributo de inspiração constitucional, de fundamental importância, inclusive para a manutenção de sua integridade psicofísica. Já para a pessoa jurídica com fins lucrativos, a preocupação resume-se aos aspectos pecuniários derivados de um eventual ataque à sua atuação no mercado. Dessa forma, o ataque que na pessoa humana atinge a sua dignidade, ferindo-a psicológica e moralmente, no caso da pessoa jurídica, repercute em sua capacidade de produzir riqueza, no âmbito da atividade econômica por ela legitimamente desenvolvida.

## 2.4 Dano moral coletivo

Sarlet (2008, p. 55) esclarece que, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) da dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos, bem

---

<sup>4</sup> “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

como pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade. Segundo aquele autor, o próprio Kant afirmou o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. Importante registrar que o autor esclarece que essa concepção não implica que se esteja advogando a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade.

Em verdade, esclarece Sarlet (2008, p. 56-58), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de tratar-se de valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, a dignidade da pessoa humana apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, impondo-se o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que aponta para a dimensão política da dignidade.

Conclui, então, que tais desenvolvimentos em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana permitem vincular a igual dignidade de todas as pessoas humanas também à qualidade comum de que partilhamos uma humanidade comum, que permite a todo ser humano se comunicar potencialmente com todos os demais seres humanos do planeta e entrar numa relação moral com eles (SARLET, 2008, p. 58).

Essa dimensão coletiva da dignidade da pessoa humana – ao menos assim nos parece – estaria no cerne da conceituação de dano moral coletivo.

Nesse sentido, Medeiros Neto (2007, p. 121) afirma que, em compasso com as características assumidas ao longo do tempo pela nossa sociedade, evoluiu-se para uma postura político-jurídica condizente com a proteção ampla do ser humano: primeiro elaste-

cendo a tutela jurídica da esfera patrimonial para a moral; depois espraiando a proteção jurídica do campo individual para o coletivo ou social, quando o indivíduo passou a ser tutelado não apenas por sua consideração *uti singulus*, mas também *uti socius*, concebendo-se interesses próprios das coletividades por ele integradas, passíveis de invocação e defesa perante a Justiça.

Dessa forma, verifica-se que, desde o último século, a compreensão da dignidade humana tem sido referida a novas e relevantes projeções, concebendo-se o indivíduo em sua integralidade e plenitude, de modo a ensejar um sensível incremento no que tange às perspectivas de sua proteção também na órbita coletiva, sendo inegável o reconhecimento e a expansão de novas esferas de proteção à pessoa humana, diante das realidades e dos interesses emergentes na sociedade, que são acompanhados de novas violações de direitos. Essa constante revelação de novos direitos atende, portanto, à necessidade do integral respeito à pessoa humana, em toda extensão dos seus interesses fundamentais, dos seus legítimos valores e das suas variadas maneiras de ser em sociedade, seja individualmente considerada, seja reconhecida como integrante de coletividades diversas, albergando, então, as diversas formas em que se possam apresentar os direitos fundamentais: pessoais, coletivos, difusos, individuais ou homogêneos; patrimoniais ou morais (MEDEIROS NETO, 2007, p. 121-122).

Conforme Bobbio (1992, p. 68), essa multiplicação (“proliferação”) de direitos ocorreu porque a quantidade de bens considerados merecedores de tutela aumentou; porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem e também porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico (homem abstrato), mas visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, ou seja, “mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo”.

Com relação ao segundo processo, destaca aquele autor que ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulis* para sujeitos diferentes do indivíduo – comunidades reais ou ideais que o representam –, como a família, as minorias étnicas e religiosas e até mesmo toda a humanidade em seu conjunto (BOBBIO, 1992, p. 69).

Nesse sentido, Medeiros Neto (2007, p. 125) aponta duas ordens principais de fatores que teriam propiciado a proteção jurídica a interesses titularizados por coletividades de pessoas e caracterizados pela natureza extrapatrimonial. A primeira é o movimento de abertura do sistema jurídico visando à plena proteção aos direitos inerentes à personalidade, em todo o alcance possível, a propiciar o surgimento de novos campos de tutela. Nessa seara, a aceitação da hipótese do dano moral objetivo (ferimento ao direito à reputação social), abarcando inclusive a esfera extrapatrimonial das pessoas jurídicas.

Aliás, o entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral é apontado por muitos autores como o primeiro passo para que se aceite a reparabilidade do dano moral em face de uma coletividade (COSTA, 2009, p. 62, e MEDEIROS NETO, 2007, p. 125).

O segundo aspecto repousaria no fenômeno da coletivização do direito, com o reconhecimento e tutela de direitos coletivos e difusos, fruto de uma sociedade de massas, de relações e conflitos multiformes e amplificadas no universo social, geradores de interesses próprios atinentes a coletividades de pessoas, exigindo uma estrutura jurídica, material e processual necessária e adequada à sua defesa. Assim, a compreensão acertada do dano moral coletivo vincula-se naturalmente aos direitos transindividuais e aos respectivos instrumentos de tutela, que não se enquadram em modelos

teóricos dos ramos tradicionais do ordenamento jurídico, constituindo, pois, uma categoria nova no cenário da tutela dos interesses da pessoa humana (MEDEIROS NETO, 2007, p. 125-126).

Essa positivação da coletividade, então, como titular de interesses jurídicos, reflete, em verdade, uma das maneiras de ser das pessoas no plano social: partícipe de um vasto elenco de interesses comuns (transindividuais), dotados de contornos peculiares, que, embora compartilhados, lhes são essenciais à vida e integram a esfera da dignidade de cada um dos respectivos membros. Nessa perspectiva, verifica-se que o grupo social nada mais é do que o próprio homem em sua dimensão social (MEDEIROS NETO, 2007, p. 125-126).

A teoria da responsabilidade civil, inicialmente voltada para a composição de danos no âmbito individual e privado, direcionou-se para a tutela dos bens e direitos próprios da coletividade, que representam a síntese dos valores compartilhados socialmente, com natureza característica extrapatrimonial (MEDEIROS NETO, 2007, p. 126).

Nesse sentido, assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética. Os valores coletivos, portanto, dizem respeito à comunidade como um todo e não se confundem com os de cada pessoa, de cada elemento da coletividade, o que denota um caráter nitidamente indivisível (MEDEIROS NETO, 2007, p. 126-127).

Costa (2009, p. 66) reproduz o conceito de dano moral coletivo elaborado por Bittar Filho, que representa uma síntese das ideias acima apresentadas:

[...] injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerada, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Com se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação.

Importante esclarecer, contudo, que, em que pese o dano coletivo ser experimentado por um conjunto de pessoas por força da lesão a um interesse coletivo (*lato sensu*), o prejuízo é único, ainda que expandido entre os sujeitos, aos quais chega de maneira indivisível, pela sua inserção no conjunto, em virtude de uma condição comum e significativa no contexto lesivo: por padecer de AIDS (MEDEIROS NETO, 2007, p. 129), por habitar um certo lugar, pela sua condição de idoso ou de consumidor.

Portanto, toda vez que se vislumbrar a violação a interesse não patrimonial, de que seja titular uma determinada coletividade (de maior ou menor extensão), restará configurado dano passível de reparação, sob a forma adequada a esta realidade jurídica peculiar dos direitos transindividuais, em regra, sob a forma de condenação pecuniária arbitrada judicialmente (MEDEIROS NETO, 2007, p. 129).

Ressalte-se que, embora muitas vezes essas lesões a interesses coletivos produzam efeitos negativos nas coletividades atingidas, como a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, o dano moral coletivo, conforme acima já destacado, não se vincula nem se condiciona à demonstração da ocorrência dessas reações, visto que elas constituem, quando perceptíveis coletivamente, mera consequência do dano já produzido pela conduta do agente, não

se apresentando, evidentemente, como pressuposto para a sua configuração. Contudo, é mister salientar que o dano decorrente da conduta antijurídica, que lesa a esfera de interesses da coletividade, deve apresentar-se com real significância, ou seja, de maneira que afete inescusável e intoleravelmente valores e interesses coletivos fundamentais (MEDEIROS NETO, 2007, p. 129-130).

## **2.5 Legislação**

O fundamento legal do dano moral coletivo está diretamente relacionado às previsões normativas acerca da tutela de interesses transindividuais (COSTA, 2009, p. 71-73).

Nessa linha, identifica-se a Lei n. 4.717/1965, que regula a ação popular, como o primeiro instrumento legal apto a ensejar uma reparação por dano moral coletivo, decorrente de violações ao patrimônio público, interesse difuso tutelado por aquela norma (MEDEIROS NETO, 2007, p. 137).

Entretanto, foi apenas com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) que a tutela jurisdicional coletiva começou a receber uma efetiva sistematização. Em sua redação original, essa norma estabelecia a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Interessante destacar as razões apresentadas, na época, para o veto ao inciso IV do art. 1º, bem como a outros dispositivos daquela norma que estendiam a tutela “a qualquer outro interesse difuso”:

As razões de interesse público dizem respeito precipuamente a insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão “qualquer outro interesse difuso”.



A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente.

Essa dificuldade inicial experimentada com relação à ampla tutela dos interesses difusos parece semelhante às restrições ainda existentes em nossos tribunais quanto à possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais nos casos de violação a direitos transindividuais, conforme será abordado no subitem seguinte.

Com a Constituição de 1988, contudo, descortinou-se um novo horizonte quanto à tutela dos danos morais, especialmente em seu viés coletivo. É o que se extrai da adoção do princípio da reparação integral (art. 5º, V e X), da ênfase na tutela de interesses transindividuais (arts. 6º; 7º; 170, III, V, VI e VII; 194; 196; 203; 205; 215; 216; 220; 225; 226; 227 e 231, entre outros) e da previsão de instrumentos próprios à tutela desses interesses (art. 5º, XXXIV, *a*, LXX, LXXIII; e art. 129, III) (MEDEIROS NETO, 2007, p. 138).

No que concerne aos objetivos deste artigo, importante destacar a ampliação do objeto da ação popular implementada pela novel Constituição, que não se restringe mais à anulação de ato lesivo ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem respaldado o entendimento de que a moralidade administrativa pode ser resguardada pela via da ação popular, não se limitando o âmbito desse instrumento ao desfalque do patrimônio material, podendo atingir, também, o patrimônio paisagístico, ambiental e, especialmente, o patrimônio moral (MEDEIROS NETO, 2007, p. 139).

Ressalte-se que a previsão do art. 129, inciso III, da Constituição, que já possibilitava a promoção da ação civil pública para a pro-

teção de quaisquer interesses difusos e coletivos, restou consagrada no texto da Lei n. 7.347/1985, com a reinserção do inciso IV do art. 1º pela Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). No mesmo sentido, o princípio da reparação integral (inclusive por danos morais) restou posteriormente explicitado no *caput* do art. 1º daquele diploma legal, na redação dada pela Lei n. 8.884/1994.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei n. 8.078/1990), além da conceituação das espécies de interesses transindividuais<sup>5</sup>, estabeleceu-se um microsistema processual para as ações coletivas, numa simbiose dos dispositivos da Constituição, das leis que regem a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e o próprio mandado de segurança, além, é claro, da parte processual do CDC (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 47-53). O Código ainda consagrou o princípio da reparação integral e da tutela dos direitos imateriais da coletividade, com a previsão explícita no inciso VI do art. 6º da reparação dos danos morais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos (SANTANA, 2009, p. 169).

Há que se destacar, ainda, a tutela coletiva dos direitos das pessoas com deficiência, contemplada pela Lei n. 7.853/1989, bem como outros diplomas legais que tratam da proteção de interesses transindividuais: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.

---

<sup>5</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

8.069/1990); Lei n. 7.913/1989 (danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); Lei n. 8.884/1994 (Lei Antitruste) e, ainda, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

## **2.6 Jurisprudência**

Nos últimos anos, tem-se observado um incremento significativo do número de questões julgadas pelo Judiciário acerca da condenação por danos morais coletivos, o que foi motivado pela atuação do Ministério Público na tutela dos interesses transindividuais (MEDEIROS NETO, 2007, p. 198-199).

Verifica-se extensa gama de decisões, por exemplo, no âmbito das relações de trabalho, com condenação à reparação por dano moral coletivo em casos de trabalho escravo; desrespeito às normas de proteção à saúde e à segurança do trabalhador; trabalho degradante; discriminação; ofensa à liberdade sindical; violação à intimidade; assédio moral, entre outras (MEDEIROS NETO, 2007, p. 209-268).

Há precedentes, também, na esfera das relações de consumo, em casos de veiculação de propaganda ilícita relativa ao consumo de cigarros; fechamento de postos de atendimento pessoal de serviço telefônico; divulgação de propaganda enganosa (MEDEIROS NETO, 2007, p. 199-209) e, ainda, em questões ambientais envolvendo poluição decorrente de supressão vegetal sem a devida autorização; utilização de queimadas em áreas de plantio de cana-de-açúcar; desmatamento de área com vegetação típica de maneira indevida e prejudicial ao meio ambiente (MEDEIROS NETO, 2007, p. 268-272).

Contudo, há que se ressaltar que a corrente doutrinária ainda reducionista, que considera que a vítima necessariamente deve ser uma pessoa (natural) e que essa modalidade de dano estaria vinculada à lesão da parte sensitiva do ser humano, acabou inicialmente

influenciando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), restando assentados precedentes desfavoráveis aos pleitos de dano moral coletivo (COSTA, 2009, p. 62-63).

Nesse sentido, o seguinte julgado, bastante citado, da 1ª Turma daquela Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial improvido.

(STJ, REsp n. 598.281/MG, 1ª Turma, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. em 2.5.2006)

Com a devida vênia, porém, não parece ter caminhado bem o tribunal na análise desse caso. Conforme já demonstrado neste estudo, assim como a dor, o sofrimento ou outro equivalente psíquico mostra-se uma eventual decorrência do dano moral individual, o sentimento de repulsa, abalo psíquico e indignação social também se apresenta como mera e possível decorrência do dano moral coletivo (COSTA, 2009, p. 63).

Entretanto, verifica-se uma evolução no entendimento daquela Corte Superior acerca dessa matéria. Primeiro, no seguinte acórdão da Terceira Turma, que acolhe a ideia de lesão a direitos transindividuais no caso de dano moral coletivo:

PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS – DPVAT. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS.

O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para, em substituição às vítimas de acidentes, pleitear o ressarcimento.

mento de indenizações devidas pelo sistema do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais – DPVAT, mas pagas a menor.

A alegada origem comum a violar direitos pertencentes a um número determinado de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato, revela o caráter homogêneo dos interesses individuais em jogo. Inteligência do art. 81, CDC.

Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância. Precedentes.

Pedido, ademais, cumulado com o de ressarcimento de *danos morais coletivos, figura que, em cognição sumária não exauriente, revela a pretensão a tutela de direito difuso* em relação à qual o Ministério Público tem notórios interesse e legitimidade processual.

Recurso Especial conhecido e provido.

(STJ, REsp n. 797.963/GO, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7.2.2008) [g.n.]

Após, em aresto recente, a Segunda Turma daquele tribunal, em votação unânime, assentou, de forma bastante clara, que o dano moral (extrapatrimonial) prescinde da comprovação de dor, sofrimento ou abalo psicológico:

ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE – PASSE LIVRE – IDOSOS – DANO MORAL COLETIVO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO – APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL – CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO – ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE – ART. 39, § 1º, DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI N. 10.741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º, exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp n. 1.057.274/RS, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 1º. 12.2009) [g.n.]

### 3 Improbidade administrativa

#### 3.1 Definição

A expressão *improbidade administrativa* foi inserida pela primeira vez no texto constitucional pela Carta de 1988 (PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 17)<sup>6</sup>.

---

6 “Art. 14. [...]”

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a *probidade administrativa*, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994)”.

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

Segundo Figueiredo (2004, p. 41), a improbidade teria origem no latim: *improbitate*, ou seja, desonestidade, apontando aquele autor a dificuldade doutrinária em fixar os limites desse conceito. Em termos gerais, segundo ele, cometeria improbidade o agente público ou o particular que infringisse a moralidade administrativa. A probidade administrativa seria, então, espécie do gênero “moralidade administrativa”. O núcleo da probidade estaria associado ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à Administração em toda sua atuação. Não seriam, contudo, conceitos idênticos. A probidade seria um peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa.

Em sentido semelhante, afirma-se que a probidade é entendida como uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, consistente no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo ao exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever caracterizaria a improbidade administrativa. A improbidade administrativa, nessa concepção, seria uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem

---

[...]

V - *improbidade administrativa*, nos termos do art. 37, § 4º”.

“Art. 37. [...]

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

“Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

V - a *probidade na administração*”.

(SILVA, 2006, p. 668-669). Ressalte-se, contudo, que essa ideia, que atrela a improbidade administrativa a um dano patrimonial-econômico ao erário não parece coadunar-se com a nova ordem constitucional, centrada no valor dignidade, de que se extrai uma cláusula geral de tutela da personalidade, em todos os seus múltiplos aspectos, especialmente na esfera coletiva, social.

Há autores, por outro lado, que identificam a improbidade administrativa como espécie de má gestão pública. Conforme esclarece Osório (2007, p. 42-43), a noção jurídica, dentro do direito administrativo, de boa administração ou gestão pública, e de seu oposto – má gestão pública –, tem origem teórica nas lições de Maurice Hariou, jurista francês que primeiro anunciou o princípio da moralidade administrativa, numa perspectiva funcionalmente alicerçada no ideário de boa gestão pública. Existiria, então, uma moralidade administrativa segundo a qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública, a pautas de boa administração, transcendendo as minúcias ou previsões expressas nas regras legais. Nessa perspectiva, a boa administração comportaria um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, mesmo que não previstas expressamente no ordenamento jurídico, ou seja, ser bom administrador não equivaleria apenas ao mero cumprimento da lei. Era um ataque ao pensamento positivista restrito predominante naquele momento da história.

Garcia e Alves (2008, p. 47-48) afirmam que, em que pese a observância do princípio da moralidade administrativa ser um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não seria ele o único, pois os agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Para esses autores, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade,



mas jamais terá sua amplitude delineada por esta. Nessa concepção, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo. Esse amálgama que une meio e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa. A improbidade administrativa, portanto, aponta não só para uma desconsideração dos fins, como também para uma situação de ruptura entre meios e fins.

Os mesmos autores, por fim, criticam a postura de alguns que, ao fazerem menção aos referenciais de imoralidade, deslealdade e ineficiência como importantes vetores de individualização da improbidade, de forma paradoxal, advogam a necessidade de sua imperativa integração por uma regra legal, ou seja, para esses, a improbidade pressupõe a simultânea violação de regras e princípios. Como fundamento dessa postura seletiva, costumam invocar a necessidade de resguardar a segurança jurídica dos agentes públicos, que, segundo essa concepção, não poderiam ficar à mercê de uma ampla liberdade valorativa do intérprete no delineamento dos princípios constitucionais (GARCIA e ALVES, 2008, p. 48).

Efetivamente, essa postura, de um lado, desconsidera por completo toda evolução dogmática que entende que ambos, princípios e regras, são normas (BOBBIO, 1999, p. 158-159), existindo entre eles não apenas uma diferença gradual, mas também uma diferença qualitativa. Segundo a doutrina de Alexy (2008, p. 90-91):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfa-

ção não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Por outro lado, esquecem de mencionar que o art. 37 da Constituição da República, em seu *caput*, dispõe expressamente sobre o dever de observância dos princípios regentes da atividade estatal, e o § 4º conferiu ao legislador a liberdade de conformação no delineamento da improbidade<sup>7</sup>, vindo a Lei n. 8.429/1992 a qualificar como ato de improbidade a violação aos princípios da Administração Pública (art. 11) (GARCIA e ALVES, 2008, p. 48).

Nesse sentido, também deve ser objeto de reflexões o entendimento de que “a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto”, especialmente quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37 da Constituição, donde se extrai que, sendo incompetência e eficiência conceitos que mutuamente se excluem, por certo são insuscetíveis de coexistir harmonicamente como vetores da atividade estatal (GARCIA e ALVES, 2008, p. 49).

---

<sup>7</sup> “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

[...]

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

Por outro lado, tal postura, leniente com a incompetência de administradores públicos, não se coaduna com uma ordem constitucional que, além de estabelecer direitos de defesa – que impõem ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo –, estabelece direitos a prestações, que exigem que o Estado aja para atenuar as desigualdades (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 255-258).

Não se pode olvidar, também, os fundamentos, inscritos no art. 1º da Constituição, e os objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º da Carta, que configuram vetores de interpretação das demais normas constitucionais, que devem ser entendidas como voltadas a construir uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades sociais, promovendo a dignidade de toda pessoa humana (PROLA JÚNIOR e RINGENBERG, 2008, p. 202), o que se mostra de todo incompatível com essa postura complacente com a incompetência e os frequentes *equivocos* que, infelizmente, sobejam no âmbito da Administração Pública brasileira.

Dessa forma, evidenciada a harmonia entre os fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade. Descumprida a regra ou inobservados os princípios, porém, ter-se-á um relevante indício de configuração de improbidade, que restará ou não confirmada a partir da ponderação do ato em cotejo com os valores que violou, denotando sua potencialidade lesiva em detrimento dos interesses tutelados, operação que será realizada com a utilização do princípio da proporcionalidade (GARCIA e ALVES, 2008, p. 49).

Portanto, conclui-se que ao agente público probo não basta ser honesto, exigindo-se também que sua atuação seja competente (eficiente), segundo regras de conduta e princípios inerentes à disci-

plina interna da Administração Pública, instrumento da sociedade para a concretização dos valores e objetivos de nossa República.

### 3.2 Interesses tutelados

Conforme acima se expôs, a consagração, pelo texto constitucional, de uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo por nosso ordenamento jurídico, impõe a proteção de todas as situações jurídicas subjetivas que se apresentem relevantes, visando amparar a dignidade humana em quaisquer das suas emergentes e reconhecidas expressões, seja no âmbito individual, seja na esfera coletiva, social.

Importante destacar que, com o surgimento da 2ª geração de direitos humanos, surge a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, em que se formara o culto liberal ao homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude (BONAVIDES, 2000, p. 519).

Nessa esteira, ganha relevo a percepção de que o patrimônio público notabiliza-se como figura jurídica apta à proteção e promoção da pessoa humana (MARTINS, 2007, p. 25), o que parece não ter passado despercebido pelo revolucionário francês de 1789, que consagrou, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que:

Art. 14º Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Martins (2007, p. 25), analisando o artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>8</sup>, conclui não restarem dúvidas de que essa disposição é prospectiva no sentido de estabelecer um direito humanitário relativo à administração pública transparente, isonômica e democrática.

Na órbita interna, essa ideia da tutela do patrimônio público como uma das expressões coletivas da cláusula geral de proteção da pessoa humana resta bastante clara quando se analisa o tratamento conferido pela Constituição ao dever de prestação de contas da Administração Pública, corolário do princípio republicano (SILVA, 2006, p. 103-104). Nesse sentido, o inciso III do art. 31 estabelece a obrigação de os municípios prestarem contas e publicarem balançes, havendo um conjunto extenso de disposições constitucionais acerca do exercício dos controles interno e externo no âmbito da Administração Pública (art. 31 e arts. 70 a 75).

Além disso, ressalta em importância a inserção da obrigação de prestar contas no rol dos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, *d*, e art. 35, II), os quais, quando não observados, permitem justificar inclusive a intervenção de um ente federado em outro, como meio de retomar a ordem constitucional. Isso assim o é porque não se pode cogitar da existência de um Estado Democrático de Direito, como declarou o constituinte originário, quando algum dos partícipes da cena social,

---

<sup>8</sup> “Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

notadamente aqueles que assumem o *munus publicum* de gerir a *res publica*, pretenda negar aos demais o direito (fundamental) que possuem de saber como foi gerido aquilo que integra o patrimônio comum (PROLA JÚNIOR e RINGENBERG, 2008, p. 228).

Nesse contexto, pelo menos assim nos parece, não se pode proceder à leitura da Lei de Improbidade Administrativa de forma a diminuí-la a um instrumento de proteção de meros aspectos econômicos de uma entidade insulada e apartada da sociedade em que inserida, mas sim como instrumento de tutela de relevantes manifestações coletivas da dignidade da pessoa humana, entendida não como simples objeto do poder estatal, mas como sujeito e destinatário de uma Administração Pública transparente, isonômica, democrática, eficiente, enfim, republicana.

### 3.3 Responsabilidade pessoal

As condutas juridicamente qualificadas pela improbidade ensejam a responsabilidade pessoal do infrator, tratando-se de postulado basilar dos regimes democráticos, que impulsiona o bom funcionamento da Administração Pública, tanto no campo da honestidade quanto no da eficiência dos funcionários (OSÓRIO, 2007, p. 95-96).

Osório (2007, p. 96-97) esclarece, contudo, que a evolução garantista do direito administrativo de corte francês conduziu a uma excessiva impessoalidade da Administração Pública europeia e, conseqüentemente, latino-americana. O reflexo negativo desse processo seria percebido no enfraquecimento dos regimes de responsabilidades pessoais, consagrando-se, crescentemente, uma espécie de quase anonimato, no qual o sujeito se esconde atrás do Estado, que fica responsável – como numa estrutura paternalista – por todos os prejuízos. Essa concepção, consa-

grada no § 6º do art. 37 de nossa Constituição, se, de um lado, parece muito conveniente para os cidadãos, facilitando-lhes as demandas, de outro, e de forma paradoxal, pode mostrar-se nociva ao bom andamento da Administração, quando o anonimato dos funcionários públicos (patamar máximo da impessoalidade) conduz à irresponsabilidade do servidor e à impunidade.

Há que se reverter, portanto, um certo sentimento de complacência com os atos de má gestão pública, seja por corrupção, seja por desonestidade ou ineficiência funcional, impondo-se a devida e necessária responsabilização, não apenas dos agentes públicos, mas também dos particulares que prestam serviços públicos ou que entram em contato com as coisas públicas, como decorrência dos princípios democrático e republicano consagrados na Constituição (OSÓRIO, 2007, p. 96-97). Nesse sentido, a Lei n. 8.429/1992, a par da extensão do conceito de agente público em seu art. 2º, alargou sua esfera de incidência também “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Considerando, porém, que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, a doutrina parece reconhecer que a prática dos atos de improbidade dos art. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992 exige o dolo do agente, admitindo a responsabilização a título de culpa somente nas hipóteses do art. 10 daquela norma (GARCIA e ALVES, 2008, p. 267-268; FIGUEIREDO, 2004, p. 86, 102-103, 126-127; PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 60, 78-79, 113).

Contudo, e de forma semelhante ao que tem ocorrido na esfera civilista, nos parece que esse elemento subjetivo pode adquirir, também na esfera da improbidade, contornos mais

objetivos, distanciando-se do conceito subjetivo de “previsibilidade do resultado danoso” e caminhando, cada vez mais, para a ideia de “violação a *standards* de conduta”, o que também decorre da necessidade de se exercer um controle social intenso sobre a Administração Pública.

## **4 Dano moral coletivo e condutas de improbidade**

### **4.1 A tutela extrapatrimonial da probidade administrativa**

Conforme acima delineado, a dimensão coletiva da dignidade da pessoa humana, interesse tutelado pelas normas que visam reprimir a improbidade na Administração Pública, está no cerne, também, da conceituação de dano moral coletivo.

Dessa forma, configurada a ocorrência de ato de improbidade administrativa, impõe-se a devida (integral) reparação, não apenas dos danos econômicos carreados ao erário, os quais podem até mesmo não estar presentes, mas também dos prejuízos extrapatrimoniais decorrentes da conduta ímproba.

Por outro lado, vale repisar novamente que o sentimento de repulsa, abalo psíquico e indignação social se apresenta como meras e possíveis decorrências do dano moral coletivo, já configurado na ocorrência do ato de improbidade, em razão da ofensa a direitos fundamentais da pessoa humana, de natureza transindividuais.

Tome-se, a título de exemplo, o recente caso envolvendo o (agora) ex-governador do Distrito Federal. Embora não haja dúvidas sobre a enorme repulsa e indignação social produzidas por aquele escândalo, tais consequências decorrem de anteriores condutas violadoras de direitos fundamentais, que, muito antes da ampla divulgação dos fatos por meio da imprensa, já haviam produzido danos (também) extrapatrimoniais à coletividade.



Portanto, acolhida por nosso ordenamento jurídico a doutrina da reparação integral no âmbito da responsabilidade civil, resta evidente a necessidade de reparação de todos os danos produzidos pelo ato eivado de improbidade, inclusive daqueles, de natureza extrapatrimonial coletiva, que costumeiramente estarão presentes nesses casos.

Nessa linha, Carvalho Filho (2005, p. 14-15) afirma que:

[...] as dificuldades na configuração do dano moral quando há ofensa a interesses coletivos e difusos devem ser cada vez mais mitigadas, de forma a ser imposta a obrigação indenizatória como verdadeiro fator de exemplaridade e de respeito aos grupos sociais, sabido que a ofensa à dignidade destes tem talvez maior gravidade que as agressões individuais. Daí ser correta a afirmação de que “o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”.

Portanto, com a devida vênia, não se pode concordar com a conclusão de recente acórdão exarado pelo Tribunal Regional da 3ª Região<sup>9</sup>, que, embora reconheça “que a doutrina mais abalizada, assim como a jurisprudência, admite o ressarcimento de dano moral causado por ato de improbidade do agente público”, conclui que “não é todo e qualquer ato de improbidade que causa dano moral à coletividade”, sendo “necessário que tal ato cause evidente e significativa repercussão no meio social, não bastando meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa”.

Ora, conforme acima descrito, a repercussão no meio social é apenas e simplesmente um eventual efeito do dano já produzido ao interesse coletivo tutelado pelo ordenamento. Por outro lado, essa maior ou menor repercussão no meio social, ou o maior ou menor sentimento de repulsa, são circunstâncias

---

<sup>9</sup> TRF3, AI n. 361.042/SP, 6ª Turma, rel. Consuelo Yoshida, j. em 17.12.2009.

que, assim entendemos, deverão ser valoradas na gradação da reparação imposta ao causador do dano, e não como balizas para a caracterização ou não do dano extrapatrimonial coletivo. Se a conduta praticada é de magnitude tal a ostentar a pecha da improbidade, não haverá dúvidas de que interesses coletivos foram violados, havendo, em decorrência, necessidade da integral reparação dos danos causados.

Dessa forma, melhor caminho parecem ter trilhado alguns tribunais trabalhistas, que, em casos de contratação de servidores públicos, sem submissão a concurso público, reconheceram a ocorrência de dano a todo o corpo social, a ensejar a condenação por danos morais coletivos (MEDEIROS NETO, 2007, p. 259-260).

#### 4.2 Reparação do dano moral coletivo

Conforme anteriormente mencionado, o entendimento doutrinário e jurisprudencial geralmente atribui três finalidades à reparação civil (patrimonial e extrapatrimonial): a) compensação do dano à vítima; b) punição do ofensor, persuadindo-o a não mais lesionar os interesses tutelados pelo ordenamento; c) caráter socio-educativo, tornando público que condutas semelhantes não serão socialmente toleradas (COSTA, 2009, p. 74).

No caso de ofensa a direitos essencialmente transindividuais, o lesado será uma coletividade, restando prejudicada a primeira das finalidades acima apontadas (mais afeita aos danos individuais), pois a vítima não é identificada (COSTA, 2009, p. 75). Nessas situações, a reparação pelo dano moral coletivo, consistente na condenação do ofensor ao pagamento de uma parcela pecuniária significativa, atenderá preponderantemente às finalidades sancionatória e preventiva (MEDEIROS NETO, 2007, p. 156).

Importante destacar que não se trata, propriamente, de uma reparação típica, nos moldes do que se observa em relação aos danos individuais, mas de uma espécie de reação jurídica necessária diante de intolerável lesão a direitos transindividuais (MEDEIROS NETO, 2007, p. 156-157):

[...] nessas situações que envolvem interesses e direitos transindividuais, apenas exigir do ofensor o ajustamento da sua conduta aos ditames legais, algumas vezes seguido da simples indenização pelos danos materiais verificados, refletiria, no plano da responsabilização, uma resposta débil, sem nenhuma força sancionatória para o autor ou mesmo bastante para obstar novas violações, dada a desproporção entre a gravidade do ilícito, o proveito obtido com a sua prática e a reação insuficiente e frágil, até estimuladora, do sistema jurídico. Isto implicaria, pode-se mesmo dizer, o fenômeno do esvaziamento ético do sistema de responsabilidade civil, refletindo a perda do seu norte de justiça e dos seus objetivos de pacificação e equilíbrio social.

Na mesma linha, as palavras de Marques (2009, p. 18-19), que, embora inseridas na apresentação de obra sobre a temática consumérista, mostram-se perfeitamente adequadas ao objeto deste trabalho:

Em outras palavras, recorrer à idéia de solidariedade para frisar a necessidade de ressarcimento integral dos danos morais, supera a visão meramente individualista do ressarcimento (*pretium doloris*) da dor do indivíduo, para destacar a função que prefiro chamar de satisfatória (função de combate à impunidade e estabelecimento de igualdade de todos, mesmo os que lucram criando o perigo, *cujus commodum eius periculum*) e pedagógica ou preventiva (função exemplar do ressarcimento, de forma a dissuadir condutas semelhantes e a otimizar os recursos que dispomos para sociabilizar estes riscos, limitando a liberdade de transferir ou limitar riscos profissionais).

Como alerta Jorge Mosset Iturraspe, em nossa sociedade de risco e de dano, muitas vezes “vale a pena” causar – ou deixar causar – o dano ao outro, em um novo pragmatismo cruel do lucro com danos ao consumidor, como se o ressarcimento pífio e depois de anos de

disputa judicial afirmasse: “cause dano ao outro, se isto economicamente lhe convém”! [...] Realmente, a eficácia de um direito de personalidade assegurado pelo direito do consumidor não é muita, se as indenizações concedidas no Brasil são pífias, e – de certa forma – estimulam o próprio dano, pois há no final algum proveito econômico – de escala dos danos – para os fornecedores.

Portanto, se a probidade na Administração Pública recebe plena proteção da ordem jurídica, em face da relevância e fundamentalidade que se lhe reconhece, como instrumento para a erradicação da pobreza, redução das desigualdades e construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se poderia deixar de instituir uma forma adequada de sancionamento e reparação eficaz e integral às injustas lesões contra ela perpetradas, de forma que não vingue a ideia ou o sentimento de desmoralização do ordenamento jurídico e dos princípios basilares que lhe são fundamento.

Esse entendimento ganha especial relevo no âmbito da improbidade administrativa, quando se considera que os eventuais terceiros relacionados a uma dada conduta ímproba muitas vezes constituem grandes grupos econômicos, com tentáculos em várias esferas e segmentos da Administração Pública. Nesses casos, a gradação da reparação deverá buscar implementar, efetivamente, no caso concreto, as funções sancionatórias e preventivas que lhe cabem, sob pena de constituir um verdadeiro incentivo à reiteração de condutas semelhantes.

Afastando-se da função típica que prevalece na seara dos danos individuais, onde se confere maior relevância à finalidade compensatória de indenização das vítimas identificadas, na órbita do dano moral coletivo, a condenação pecuniária apresenta natureza preponderantemente sancionatória, em relação ao ofensor, e dissuasória, diante de terceiros. Portanto, não há que se falar em reparação direta em favor da coletividade, pois é

inconcebível, na seara dos interesses transindividuais, a recomposição ou mesmo a compensação integral da lesão, pois inviável alcançar e apreender toda a dimensão e extensão da lesão coletiva, bem como identificar precisamente e de forma exaustiva os indivíduos atingidos (MEDEIROS NETO, 2007, p. 160).

Dessa forma, o que se almeja é a imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento da conduta ilícita, que certamente resultou em benefícios para o infrator, mas que violou direitos fundamentais, circunstância esta inaceitável para o sistema de justiça. Trata-se, assim, de uma função sancionatória, em sua vertente pedagógica, relativa ao efeito exemplar da condenação, imposta e arbitrada de maneira suficiente a sancionar o autor e inibir novas violações da mesma natureza (MEDEIROS NETO, 2007, p. 160-163).

Ressalta-se, contudo, que também é possível conceber uma finalidade compensatória indireta à reparação do dano moral coletivo, pois o montante da condenação será destinado a um fundo, cujo objeto se volta à reconstituição dos bens lesados (Lei n. 7.347/1985, art. 13).

Por fim, destaca a doutrina os seguintes critérios (MEDEIROS NETO, 2007, p. 163-166) ou vetores (COSTA, 2009, p. 74-77) para a quantificação da reparação do dano moral coletivo: a) natureza, gravidade e repercussão da lesão; b) situação econômica do ofensor; c) eventual proveito obtido com a conduta ilícita; d) possível reincidência; e) grau de culpa ou dolo; f) reprovabilidade social da conduta.

## **5 Considerações finais**

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como

valor máximo por nosso ordenamento jurídico, fazendo com que o fundamento da responsabilidade civil por danos à pessoa não mais se assente em um critério patrimonialista, mas sim no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

O fenômeno da coletivização do direito, com o reconhecimento e a tutela de direitos coletivos e difusos, aliado à percepção de que o grupo social nada mais é do que o próprio homem em sua dimensão social, fez com que a teoria da responsabilidade civil, inicialmente voltada para a composição de danos individuais e privados, direcionasse sua atenção à reparação do dano moral (extrapatrimonial) coletivo.

Por outro lado, constata-se que a Constituição estabeleceu um verdadeiro direito fundamental relativo à Administração Pública transparente, isonômica e democrática. Nesse sentido, a ideia que atrela a improbidade administrativa a um dano patrimonial-econômico ao erário não parece coadunar-se com a nova ordem constitucional, centrada no valor dignidade.

Dessa forma, a tutela da probidade administrativa não pode ser diminuída a um instrumento de proteção de meros aspectos econômicos de uma entidade insulada e apartada da sociedade em que inserida, mas sim constituir a salvaguarda de relevantes manifestações coletivas da dignidade da pessoa humana, entendida não como simples objeto do poder estatal, mas como sujeito e destinatário de uma Administração Pública transparente, isonômica, democrática, eficiente, enfim, republicana.

Portanto, configurada a improbidade administrativa, impõe-se a devida e integral reparação, não apenas dos danos econômicos carreados ao erário, os quais podem até mesmo não estar presentes, mas também dos prejuízos extrapatrimoniais decorrentes da conduta eivada de tal ilicitude.

Afastando-se da função típica que prevalece na seara dos danos individuais, onde se confere maior relevância à finalidade compensatória de indenização das vítimas identificadas, na órbita do dano moral coletivo, a condenação pecuniária apresenta natureza preponderantemente sancionatória, em relação ao ofensor, e dissuasória, diante de terceiros.

A jurisprudência, inicialmente refratária à reparação do dano extrapatrimonial coletivo, começa a acolher a doutrina mais abalizada, abandonando a errônea ideia da necessária vinculação do dano moral à noção de dor ou sofrimento psíquico, inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

Esse crescente interesse no adequado enfrentamento da matéria foi motivado, sem dúvida, pela firme atuação do Ministério Público, como legitimado à tutela dos interesses transindividuais.

## **Referências**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Comentários por artigos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: Ltr, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Biblioteca de direito do consumidor – v. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. Comentários à lei de improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. Má gestão pública – Corrupção – Ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto; RINGENBERG, Diogo Roberto. O sigilo bancário e os Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.



RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira Ramos et al. *Diálogos sobre direito civil*. Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. Biblioteca de direito do consumidor – v. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

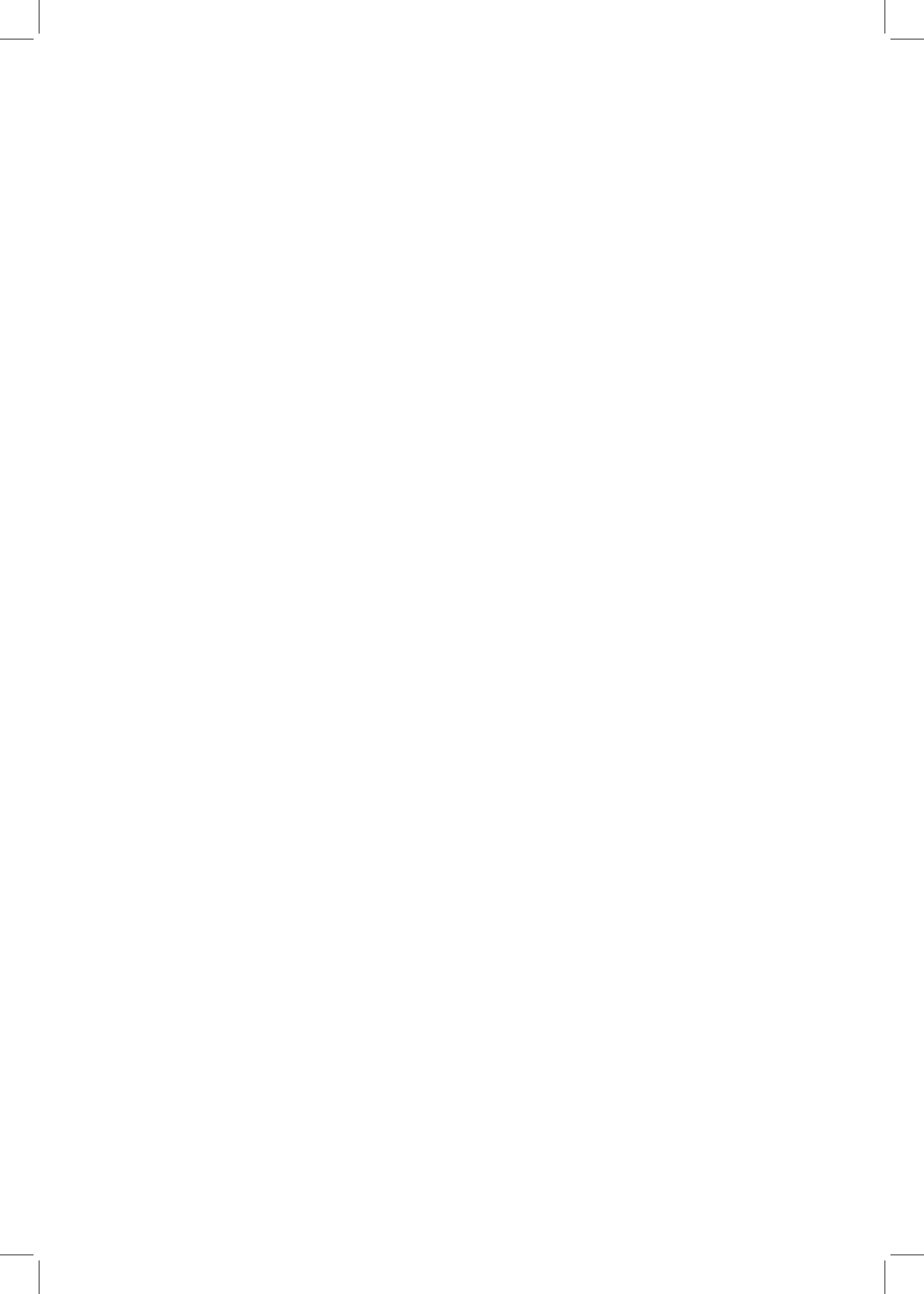
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1., 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



# O elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Doutrina e jurisprudência

Raphael Otávio Bueno Santos\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 Da improbidade administrativa e dos atos de improbidade administrativa. 4 Dos tipos de improbidade administrativa em espécie – considerações. 5 Elemento subjetivo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

A vigente Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/1992, regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional não trouxe o conceito de atos de improbidade administrativa, cabendo à lei ordinária promover a sua tipificação e a gradação das sanções.

Até a regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro somente se preocupava em punir os atos de agentes públicos que importavam em enriquecimento ilícito, ficando à margem da legislação uma série de condutas que, em igualdade ao enriquecimento ilícito, mereciam repressão quando praticados em prejuízo da Administração Pública e de entes a ela vinculados.

---

\* Raphael Otávio Bueno Santos é Procurador da República no Município de Dourados-MS.

Dessa forma, com a entrada em vigor da Lei n. 8.429/1992, inúmeras condutas até então à margem do ordenamento jurídico passaram a ser tipificadas como atos de improbidade administrativa.

Tendo o legislador tipificado os atos de improbidade administrativa de modo amplo, abarcando condutas que não importam necessariamente enriquecimento ilícito e, ainda, condutas violadoras dos princípios da Administração Pública, a análise do elemento subjetivo de cada tipo tornou-se imprescindível à caracterização do ato de improbidade administrativa.

Deveras, quanto aos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 e incisos da Lei n. 8.429/1992, a norma foi clara, sendo taxativa ao prever a punição dos atos dolosos e culposos.

Já quanto aos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 9º, quais sejam, aqueles que importam em enriquecimento ilícito do agente público ou particular, em que pese não ser a lei expressa quanto ao elemento subjetivo do tipo, dolo ou culpa, a doutrina firmou entendimento de que o enriquecimento ilícito só pode ser praticado na modalidade dolosa<sup>1</sup>.

Em relação ao art. 11, o legislador não fixou de forma textual o elemento subjetivo do tipo e, em função da natureza das condutas nele descritas, condutas violadoras dos princípios da Administração Pública, discute-se se compreende apenas a modalidade dolosa ou se, igualmente, a culposa.

Com efeito, a distinção não tem caráter puramente doutrinário ou relevância meramente acadêmica, pois a análise do elemento subjetivo do tipo é imprescindível para a subsunção da

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: MEDEIROS, 2003, p. 52; MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 187; GARCIA, 2007, p. 251-252; PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 60; ALMEIDA PRADO, 2001, p. 75, e FIGUEIREDO, 2004, p. 86.

conduta do agente público à norma do art. 11. Realmente, o tipo do art. 11 é, por via de regra, subsidiário aos outros tipos de atos de improbidade administrativa, podendo-se afirmar que uma conduta que importe em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário passaria necessariamente por uma violação aos princípios da Administração Pública. Da mesma forma, não se pode olvidar que a imputação de prática de ato de improbidade administrativa tem caráter estigmatizador do agente público acusado e, ante mitigada densidade normativa dos princípios da Administração Pública, o que permite a subsunção de condutas das mais diversas ao art. 11, torna-se imprescindível a fixação clara do elemento subjetivo exigido pelo tipo.

## **2 Breve histórico**

Para melhor situar o tema, cumpre abordar a evolução história do ordenamento jurídico brasileiro relativa à repressão dos atos de improbidade administrativa.

Martins Júnior (2006, p. 177) resume:

A disciplina repressiva da improbidade administrativa no direito brasileiro foi originariamente inserida no direito penal, espraiando-se paulatinamente para uma configuração extrapenal, que atingiu o patamar de sanção constitucional, decretada pelo devido processo legal jurisdicional (civil ou criminal, para o seqüestro e perda de bens) e também pela instância administrativa exclusiva da presidência da República (confisco).

Realmente, partindo-se da análise da legislação posterior à independência do Brasil, verifica-se que a repressão penal a condutas subsumíveis aos atuais atos de improbidade administrativa iniciou-se com o Código Criminal do Império de 1830, que, de maneira abrangente, incriminou atos praticados por agentes públicos e/ou particulares contra o Estado em seus arts. 129 a 166.

As penas aplicadas tinham naturezas variadas, e, conforme o crime, poderia o agente incorrer em pena privativa de liberdade (prisão, prisão com trabalho e prisão perpétua<sup>2</sup>); perda do emprego público cumulada ou não com inabilitação para outro emprego qualquer; suspensão do exercício do emprego público por determinado período; multa; restituição dos vencimentos recebidos, aplicando-se essas penas isolada ou cumulativamente.

Observa-se, ainda, que condutas manifestamente afetas à gestão interna da Administração Pública também eram tipificadas como crime, o que se infere da análise da Seção VI do Código Criminal do Império, intitulada “Falta da exacção no cumprimento dos deveres”, em que se incriminavam faltas funcionais dos servidores públicos. Todavia, a pena restringia-se à suspensão do exercício do emprego público por determinado período de tempo, o que demonstra, a bem da verdade, ter-se veiculado sanção de natureza administrativa.

Já o Decreto n. 847/1890, o primeiro Código Penal Republicano, no Título V, “Dos Crimes Contra a Boa Ordem e Administração Pública”, no capítulo único, “Das Malversações, Abusos e Omissões dos Funcionários Públicos”, trouxe os crimes praticados pelos agentes públicos contra a Administração Pública.

O Decreto n. 22.213/1932, que aprovou a Consolidação das Leis Penais, manteve a legislação do Código Penal de 1890.

O Código Penal em vigor, no que diz respeito à parte especial, Decreto-Lei n. 2.848/1940, manteve a diretriz de repressão penal das condutas lesivas à Administração Pública, prevendo no Título IX, “Dos Crimes contra a Administração Pública”, os crimes praticados por funcionário público contra a administração

---

<sup>2</sup> Art. 131 do Código Penal do Império.

em geral (Capítulo I), os crimes praticados por particular contra a administração em geral (Capítulo II), os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (Capítulo II-A), os crimes praticados contra a administração da justiça (Capítulo III) e os crimes praticados contra as finanças públicas (Capítulo IV).

Registre-se que o Decreto-Lei n. 1.004/1969, Código Penal revogado no período de *vacatio legis*, manteve a estrutura original do Código Penal de 1940 quanto aos crimes contra a Administração Pública.

Na seara extrapenal a primeira lei a tratar de condutas atualmente subsumíveis à modalidade de atos de improbidade administrativa foi o Decreto-Lei n. 3.240/1941, que permitiu, mediante requerimento do Ministério Público ao juízo competente, o sequestro dos bens de indivíduos indiciados por crimes dos quais resultem prejuízo ao erário e/ou locupletamento ilícito do criminoso.

Verifica-se que tal modalidade de sequestro, em que pese vinculada à sorte da ação penal, possuía natureza extrapenal, pois importava em verdadeira reparação civil da Administração Pública promovida em conjunto com a ação penal, dispensando-se o ajuizamento de posterior ação de execução da sentença penal condenatória, uma vez que, sendo procedente a ação penal, de pleno direito os bens seriam perdidos em favor da Fazenda Pública.

Já a Constituição Federal que debutou o tema foi a de 1946, em seu art. 141, § 31, que assim dispôs:

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Regulamentando o texto constitucional de 1946, foi editada a Lei n. 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha), que sujeitava os bens adquiridos pelo servidor mediante influência ou abuso de cargo, função pública ou de emprego em entidade autárquica ao sequestro e perdimento em favor da Fazenda Pública.

A Lei Pitombo-Godói Ilha trouxe grande inovação ao prever expressamente a independência de suas sanções da responsabilidade penal do agente público. Dessa forma, ficou claro que o sequestro e perda dos bens em favor da Fazenda Pública tratava-se de sanção autônoma e independente do processo penal. Em consequência da autonomia que preconizou, a ação de sequestro deveria ser proposta no juízo civil, tendo legitimidade ativa o Ministério Público e qualquer “pessoa do povo”. Por fim, também se deve registrar que a lei trouxe a obrigatoriedade de registro dos bens dos agentes públicos federais na Administração Pública federal, instituindo uma forma de acompanhar a evolução patrimonial destes.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto). Tal norma não revogou a Lei n. 3.164/1957, mas estabeleceu normas complementares sobre o sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou abuso do cargo ou função. Também manteve a natureza civil das sanções, passando a tipificar como crime contra a Administração Pública as hipóteses de enriquecimento ilícito que trazia.

Em simetria à Constituição de 1946, a de 1967 previu, no art. 150, § 11, parte final, que a lei “[...] dispor[ia] também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta”. Após a Emenda Constitucional n. 1/1969, o mesmo texto passou a constar do art. 153, § 11.



Ainda, deve-se observar que, em função do regime de exceção instaurado com o Golpe Militar de 1964, passaram a ser editados “atos institucionais”. O Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, em seu art. 8º, atribuiu ao presidente da República o poder de decretar, após investigação,

o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

O confisco instituído pelo AI-5 foi regulamentado pelo Decreto-Lei n. 359/1968, que criava no âmbito do Ministério da Justiça a Comissão Geral de Investigações. Essa comissão tinha por objetivo promover investigações sumárias para fundamentar as ordens de confisco do presidente da República, ordens estas veiculadas por meio de decreto presidencial imune à apreciação do Judiciário.

Em 27 de janeiro de 1969, foi editado o Ato Complementar n. 42, que ampliou a incidência do confisco introduzido pelo AI-5 ao prever em seu art. 1º que:

O Presidente da República, após investigação, poderá decretar o confisco de bens de pessoa natural ou jurídica que, em relações de qualquer natureza, com a administração, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autarquias, emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelos poderes públicos, associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, se haja enriquecido, ilicitamente, com bens, dinheiros ou valores, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Ainda, dispôs o parágrafo único do r. artigo que o confisco aplicava-se também “[...] a quem, de qualquer modo, concorre[sse] para o enriquecimento ilícito”.

O regime de confisco determinado pelo presidente da República com fundamento nos atos institucionais e atos complementares vigorou até a Emenda Constitucional n. 11/1978, que revogou expressamente os atos institucionais e atos complementares naquilo que contrariassem a Constituição Federal, ressaltando os efeitos dos atos praticados com base naqueles, excluindo-os da análise do Judiciário (art. 3º). Da mesma forma, referida emenda constitucional deu nova redação ao art. 153, § 11, da Constituição, estabelecendo que “[...] A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública”.

Cumprе observar que, durante a vigência do regime de confisco excepcional de atribuição do presidente da República, continuaram aplicáveis o sequestro e perdimento de bens previstos nas Leis n. 3.164/1957 e n. 3.502/1958, medidas estas que somente podiam ser decretadas pelo Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a qualificar as condutas atentatórias à Administração Pública como atos de improbidade administrativa, prescrevendo em seu art. 37, § 4º, que

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

Somente com a Lei n. 8.429/1992 é que o art. 37, § 4º, da Constituição foi regulamentado. Essa norma federal revogou expressamente as Leis n. 3.164/1957 e 3.502/1958, que continuaram em vigor mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 enquanto pendente de regulamentação.

Pode-se considerar a Lei n. 8.429/1992 como um microsistema a tratar da improbidade administrativa, uma vez que descreve

as modalidades de atos de improbidade administrativa, prevê as sanções aplicáveis e dispõe acerca dos instrumentos processuais e normas processuais aplicáveis à ação de improbidade administrativa. No âmbito da matéria que abarca, destaca-se a previsão da decretação judicial da indisponibilidade de bens do réu, resguardando, assim, o ressarcimento da Administração Pública lesada. Também traz a possibilidade de afastamento do agente público do cargo ou função ocupada durante o curso do processo quando tal se fizer necessário à instrução processual.

Cumprir registrar que a violação da probidade administrativa, como hipótese de crime de responsabilidade do presidente da República, encontra previsão desde a primeira das Constituições Republicanas (CF/1891, art. 54, item 6º; CF/1934, art. 57, f; CF/1937, art. 85, d; CF/1946, art. 89, V; CF/1967, art. 84, V; CF/1969, art. 82, V, e CF/1988, art. 85, V).

Da mesma forma, os crimes de responsabilidade, na modalidade de crime contra a probidade administrativa, também foram tratados pela Lei n. 1.079/1950, que tipificou os crimes e regulamentou o processo em relação aos crimes de responsabilidade praticados pelo presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República, governadores e secretários dos estados. Ainda, o Decreto-Lei n. 201/1967 dispõe, entre outras matérias, acerca dos crimes de responsabilidade praticados pelos prefeitos.

Analisando-se a evolução histórico-legislativa do Direito brasileiro, no que diz respeito aos atos de improbidade administrativa, constata-se que estes primeiramente foram tratados como crimes contra a Administração Pública. Posteriormente, a legislação passou a criar instrumentos para viabilizar o ressarcimento do erário lesado, vinculando tais medidas à ação penal respectiva, o

que implicava a necessidade de a conduta lesiva configurar crime. Em evolução, passou-se à possibilidade de responsabilização do agente público na esfera penal e civil, mas os atos de improbidade administrativa restringiam-se àqueles que causavam prejuízo à Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito, limitando-se as sanções, por via de regra, à reparação do erário e perda pelo agente público dos bens ilicitamente adquiridos.

Atualmente, a partir da Lei n. 8.429/1992, aos atos de improbidade administrativa passou-se a dar tratamento amplo, distinguindo-se a responsabilidade por atos de improbidade administrativa da responsabilidade civil, da responsabilidade penal e da responsabilidade administrativo-disciplinar, criando-se uma nova modalidade de responsabilização do agente público. Da mesma forma, os atos lesivos aos princípios da Administração Pública foram elevados à categoria de atos de improbidade administrativa. Por fim, também as sanções aplicáveis aos agentes públicos divergiram das até então existentes, aplicando-se as penas de ressarcimento integral do dano causado, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por prazo determinado, pagamento de multa civil e proibição por determinado prazo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou créditos direta ou indiretamente.

### **3 Da improbidade administrativa e dos atos de improbidade administrativa**

O desenvolvimento do problema proposto não prescinde de uma análise, ainda que breve, dos conceitos de (im)probidade administrativa e de ato de improbidade administrativa trazidos pela doutrina.

Para Almeida Prado (2001, p. 16), “[...] probidade é um conceito de menor extensão, contido na idéia mais ampla de moralidade”.

Figueiredo (2004, p. 40) assim aborda o tema:

Questão tormentosa cifra-se no seguinte: qual a diferença conceitual entre moralidade administrativa e probidade? Preliminarmente diga-se que a Constituição utiliza ambos os termos. São condutas e institutos diversos. Ou, por outra, o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os “poderes” e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já, a probidade, que alhures denominamos “moralidade administrativa qualificada”, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade administrativa o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados “tipos” legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade.

Continua Figueiredo (2004, p. 41) afirmando que “[...] A lei, como veremos, enumera e explicita situações tidas como violadoras da ‘probidade’. Parece ter circunscrito a punição aos atos e condutas lá estabelecidos [...]”.

Medeiros (2003, p. 10), citando Pazzagli Filho e outros, afirma:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e

Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios.

Conclui Medeiros (2003, p. 10), apresentando seu conceito de improbidade administrativa:

[...] improbidade administrativa: é a conduta comissiva ou omissiva do agente público (servidor público ou pessoa a ele equiparada, na forma da Lei de Improbidade Administrativa), ou deste com a participação ou em benefício de terceiro que, desvirtuando as regras de atuação ética, legal e moral estabelecidas na sociedade, pratica maus-tratos aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência ou moralidade administrativa, com ênfase para este último, acarretando, ou não, enriquecimento ilícito para os seus autores, eventualmente, por meio de desfalque ao erário público.

Para Martins Júnior (2006, p. 115):

[...] o vício de imoralidade administrativa, para caracterizar improbidade, requer uma especial qualificação do ato e seus efeitos, demonstrativa da inabilitação moral e do desvio ético de conduta do agente público. A improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas.

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de preocupação ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do

agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.

Para Garcia (2006, p. 109):

Probidade, assim, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.

De Plácido e Silva conceituou improbidade da seguinte forma:

“derivado do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”.

Para Pazzaglini Filho (2007, p. 18):

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

Nesse contexto, a improbidade administrativa constitui violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público de atuar sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos.

No dizer de Marcello Caetano, ao abordar o dever de probidade:

“o funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.

Já Justen Filho afirma (2006, p. 699):

Improbidade administrativa consiste na conduta econômica eticamente reprovável praticada pelo agente estatal, consistente no exercício indevido de competências administrativas que acarrete prejuízo aos cofres públicos, com a frustração de valores constitucionais fundamentais, visando ou não a obtenção de vantagem pecuniária indevida para si ou para outrem, que sujeita o agente a punição complexa e unitária, de natureza penal, administrativa e civil, tal como definido em lei.

A Procuradora Regional da República Mônica Nicida Garcia (2007, p. 229-230) faz a seguinte distinção:

[...] é preciso fazer-se a distinção entre “probidade”, “princípio da probidade” e “ato de improbidade”. A probidade é uma qualidade (honestidade) que se espera e sempre se esperou do agente público. A crescente importância de sua tutela e proteção alçou-a à categoria de princípio da probidade, que, para alguns, é um subprincípio do princípio da moralidade. O princípio da probidade adquire aplicabilidade e eficácia, ou seja, concretiza-se por meio de diversas regras, que pautam a conduta dos agentes públicos. Entre elas, a do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que forja o ato de improbidade e a da Lei n. 8.429/1992, que o define.

Ainda, leciona Silva (1998, p. 646-647):

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A improbidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e corresponde vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Verifica-se pelos conceitos apresentados que a moralidade administrativa não se confunde com a probidade administrativa, pois a primeira constitui gênero do qual a segunda é espécie, até porque a própria Constituição se refere a ambos os termos separadamente de forma a expressamente diferenciá-los. Assim, conclui-se, em um primeiro momento, que nem toda imoralidade administrativa caracteriza improbidade administrativa.

Ainda, a improbidade administrativa caracteriza-se por ser uma imoralidade administrativa legalmente qualificada, na medida em que a Constituição, no art. 37, § 4º, definiu que os atos de impro-



bilidade administrativa deveriam ser tipificados em lei formal. Desse modo, ato de improbidade administrativa é aquele ato imoral legalmente qualificado pelos tipos dos arts. 9º ao 11 da Lei n. 8.429/1992.

Pode-se concluir, dessa forma, que nem toda imoralidade administrativa implica ato de improbidade administrativa, mas todo ato de improbidade administrativa, para ser qualificado como tal, deve implicar, necessariamente, violação à moralidade administrativa, haja vista que não se pode conceber violação à espécie (à probidade administrativa) sem a correspondente violação ao gênero (à moralidade administrativa).

#### **4 Dos tipos de improbidade administrativa em espécie – considerações**

Antes de adentrar na análise do elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, necessário o cotejo ligeiro dos demais tipos de atos de improbidade administrativa, notadamente quando se pretende efetuar uma diferenciação entre estes e o art. 11 no que diz respeito ao elemento subjetivo.

O art. 9º, *caput*, e incisos dizem respeito às condutas que importam enriquecimento ilícito:

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: [...].

Observa-se que as condutas devem ser exercidas em função do desempenho das atribuições do agente público. Ainda, deve-se ressaltar que o tipo do art. 9º caracteriza-se independentemente da existência de prejuízo ao erário e/ou de prática de ato administrativo ilegal pelo agente público. Também se deve frisar que as

condutas descritas nos incisos do art. 9º são meramente exemplificativas, o que emerge do termo “notadamente” constante do *caput*.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo do art. 9º, há consenso na doutrina no sentido de tratar-se apenas do dolo<sup>3</sup>, haja vista não se conceber enriquecimento ilícito do agente público mediante agir culposo.

A segunda modalidade de atos de improbidade administrativa vem descrita no art. 10, *caput* e incisos:

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

Em igualdade às condutas descritas nos incisos do art. 9º, as condutas tipificadas nos incisos do art. 10 são meramente exemplificativas, pois também consta do *caput* o termo “notadamente”. O traço comum a todas as condutas previstas no art. 10 é o fato de gerarem prejuízo ao erário.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo do art. 10 não há maior discussão, uma vez que o legislador expressamente reprimiu as condutas dolosas e culposas.

A terceira e última modalidade de atos de improbidade administrativa diz respeito às condutas dos agentes públicos que violam os princípios da Administração Pública descritos no *caput* do art. 11, quais sejam, os princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições:

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 227; FIGUEIREDO, 2004, p. 86; ALMEIDA PRADO, 2001, p. 37; JUSTEN FILHO, 2006, p. 703; PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 59; MEDEIROS, 2003, p. 52, e GARCIA, 2006, p. 299.

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: [...]

Novamente o legislador utilizou a expressão “notadamente”, deixando claro que as condutas descritas nos incisos do art. 11 são exemplificativas.

Ainda, deve-se registrar que o art. 11 tem incidência independentemente de qualquer prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente público, sendo norma que tutela a probidade administrativa em si mesma considerada.

A questão atinente ao elemento subjetivo do tipo do art. 11 será tratada em seguida, em tópico próprio, devendo-se registrar, entretanto, que a amplitude interpretativa possibilitada pelo *caput* do art. 11 exige do hermeneuta uma interpretação parcimoniosa quanto ao seu alcance, sob pena de se qualificar como ato de improbidade administrativa um sem número de condutas meramente irregulares e/ou “questionáveis” sob o ponto de vista da oportunidade e conveniência.

## **5 Elemento subjetivo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa**

Inicialmente, antes de se passar ao exame propriamente dito do elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, é imprescindível fixar os conceitos de dolo e culpa.

Segundo leciona Medeiros (2003, p. 42):

Para o direito Penal, dolo é “a consciência e a vontade na realização da conduta típica” (FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO, *Lições de direito penal: parte geral*, *apud* MIRABETE, JULIO FABBRINI, *Manual de direito penal*, p. 135, v. 1). Adaptando o conceito, temos que dolosa é a

conduta, dotada de consciência e vontade, que realiza o ato previsto como ímprobo na Lei de Improbidade Administrativa.

Para Fábio Medina Osório (*apud* MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 246-247):

o dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie.

Para Garcia (2006, p. 298):

Havendo vontade livre e consciente de praticar o ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso; o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de violá-los, assumia tal risco com a prática do ato.

Já a culpa pode ser conceituada, segundo Juarez Tavares (*apud* PRADO, 1999, p. 191-192), como:

forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de uma lei penal, através da lesão a um dever de cuidado, objetivamente necessário para proteger o bem jurídico e onde a culpabilidade do agente se apresenta no fato de não haver ele evitado a realização do tipo, apesar de capaz e em condição de fazê-lo.

Para Garcia (2006, p. 298), “O ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia”.

Com efeito, fixados os conceitos de culpa e dolo, deve-se verificar o *caput* do art. 11 no sentido de identificar-se qual elemento subjetivo é necessário para a subsunção da conduta do agente público à norma. Dispõe o *caput* do art. 11:

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: [...]

De plano, verifica-se que o texto do *caput* do art. 11 não faz referência expressa ao elemento subjetivo do tipo, ao contrário do *caput* do art. 10.

Diante da omissão do art. 11, vislumbram-se três hipóteses quanto ao elemento subjetivo do tipo: 1<sup>a</sup>) a lei não exige para subsunção da conduta à norma qualquer elemento subjetivo, tratando-se de responsabilidade objetiva; 2<sup>a</sup>) a omissão implica a tipificação da conduta dolosa e culposa e 3<sup>a</sup>) a omissão implica a tipificação somente da conduta dolosa.

No sentido de que o art. 11 incide independentemente de ter o agente público agido com dolo ou culpa, Luiz Fabião Guasque (*apud* MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 283) leciona que a responsabilização deste “[...] decorre da ‘inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição, e independe da vontade de qualquer pessoa’”.

Também há precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, bastando a prova da conduta e do nexos de causalidade com a violação dos deveres descritos no *caput* do art. 11:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.

2. Recurso especial improvido.

(REsp n. 826.678/GO, Min. Castro Meira, *DJ* de 23 out. 2006).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. [...]

3. [...]

4. Recurso especial provido em parte.

(REsp n. 650.674/MG, Min. Castro Meira, *DJ* de 1º ago. 2006).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE.

1. [...]

2. [...]

3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa.

4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado”, não se podendo conceber que um prefeito assumira a administração de um município sem a observância das mais comecinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade

e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade.

5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvido.

(REsp n. 708.170/MG, Min. Eliana Calmon, *DJ* de 19 dez. 2005).

Um segundo entendimento quanto ao elemento subjetivo do tipo do art. 11 afirma serem admitidas condutas dolosas e culposas. Nesse sentido é a lição de Walter Claudius Rothenburg (*apud* GARCIA, 2006, p. 282):

[...] eventualmente, a culpa “em grau marcante” não deve ser excluída em relação às figuras dos arts. 9º e 11. Segundo o jurista, essa conclusão deflui do art. 5º da Lei n. 8.429/1992 [...], pois, apesar de o preceito se referir apenas ao patrimônio público, faz as vezes de norma geral.

Também Medeiros (2003, p. 97) admite a modalidade culposa:

[...] Ao contrário do art. 9º, que por natureza não se afina senão com a modalidade dolosa, e com o art. 10, que expressamente admite ambas as formas, o cânon em exame suscita dúvida acerca da possibilidade de punição de ato motivado por culpa. Temos que a análise de alguns dos incisos esclarece. Observe-se o inciso II, que prevê o retardamento ou omissão de prática de ato de ofício. Tal pode decorrer de negligência? Evidente que sim. Pois bem, negligência é culpa. Tudo depende de exame específico da situação que se apresente. Já o desvio de finalidade (inciso I), afigurasse-nos tipicamente fruto de dolo, até porque o agente deve visar a um fim proibido, ou seja, exige-se consciência e vontade. Advirta-se, porém, que o grau de culpa deve ser avaliado, bem como as conseqüências da conduta. Na falta de gravidade, resta prejudicada a pretensão punitiva do Estado.

No mesmo sentido, Martins Júnior (2006, p. 283):

[...] Carlos Alberto Ortiz entende “implícita a culpa em sentido lato na violação dos deveres decorrentes desses princípios”. Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo

e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9º e 11 e tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave). De outra parte, deve-se considerar, ainda, que é mister a ocorrência de grave e inequívoca violação aos princípios e deveres administrativos, notadamente legalidade e moralidade, que revele a falta de ética e não meras irregularidades que não configurem dano aos princípios e deveres administrativos.

Já uma terceira corrente apregoa que o art. 11 somente admite a modalidade dolosa de responsabilização. Nesse sentido, Pazzaglini Filho (2007, p. 114) afirma que:

[...] a norma do art. 11 exige, para sua configuração, que a afronta a princípio constitucional da administração pública decorra de comportamento doloso do agente público, ou seja, que ele aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração, motivado por desonestidade, por falta de probidade.

Também Justen Filho (2006, p. 705):

Não se admite infração de improbidade, subsumível ao art. 11, sem um elemento de dolo. A atuação culposa é insuficiente – o que, insista-se, não equivale a afirmar a regularidade dela. É perfeitamente possível, senão obrigatório, punir condutas irregulares ilícitas praticadas por agentes estatais. Mas isso não autoriza a impor sanção de improbidade para toda e qualquer conduta administrativa irregular. A tanto se opõe o princípio da proporcionalidade.

Garcia (2006, p. 299) assevera só ser admitida a conduta dolosa:

Ante o teor da Lei n. 8.429/1992, constata-se que apenas os atos que acarretem lesão ao erário (art. 10) admitem a forma culposa, pois somente aqui se tem a previsão de sancionamento para tal elemento volitivo. Nas hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação aos princípios administrativos (art. 11), o ato deve ser doloso.



Igualmente Benedicto de Tolosa Filho (*apud* GARCIA, 2006, p. 282) assevera que “[...] as figuras do art. 11 pressupõem o dolo (p. 109) [...]”.

E Almeida Prado (2001, p. 37):

[...] A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados.

[...]

A idéia de culpa, traduzida na imprudência, imperícia ou negligência, é incompatível com a noção de improbidade, que, pressupondo um desvio de ordem ética e merecendo uma qualificação infamante, só muito excepcionalmente poderá admitir modalidade meramente culposa.

Ainda, Almeida Prado (2001, p. 126), ao comentar o elemento subjetivo do art. 11, frisa que “Cabe observar que a violação dos deveres enumerados deverá sempre ser dolosa, vale dizer, a conduta do agente público precisa caracterizar-se como violação consciente desses deveres”.

No mesmo sentido é Figueiredo (2004, p. 126), ao afirmar que “[...] não podemos imaginar como razoável ou proporcional um dado servidor público punido com as severas cominações do art. 12, III, por ter, de modo culposo, violado seu dever de imparcialidade ou mesmo de legalidade”.

Ainda, verifica-se que a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça passou a exigir o dolo para subsunção da conduta ao art. 11:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. ELEMENTO SUBJETIVO. CONDUTA DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. A Corte a quo concluiu que a conduta do recorrente tipificou ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da Administração Pública, em razão do descumprimento de ordem judicial. Também reconheceu a possibilidade de a modalidade culposa configurar a referida conduta ímproba, não obstante a ausência de dano ao erário, independentemente da existência ou não de conduta dolosa, a qual seria “uma discussão irrelevante”.

5. Efetivamente, a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei n. n. 8.429/1992. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte *a quo* no caso concreto.

6. Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

É importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado a lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp n. 1.036.229/PR, Min. Denise Arruda, 1ª T, *DJe* 2 fev. 2010).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992 – PROVA DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE – ELEMENTO SUBJETIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INOCORRÊNCIA.

1. [...]

2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.

3. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art. 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração).

4. Os atos de improbidade só são punidos a título de dolo, indagando-se da boa ou má-fé do agente.

5. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio *caput*, são também punidos a título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.

6. Recurso especial improvido.

(REsp n. 804.052/MG, Min. Eliana Calmon, 2ª T, *DJe* 18 nov. 2008).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO.

1. O tipo do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa, não havendo espaço para a responsabilidade objetiva.

2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 658.415/RS, Min. Eliana Calmon, 2ª T, DJ 3 ago. 2006).

Verifica-se que a terceira corrente, que exige conduta dolosa para a incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, é a que melhor se coaduna com a legislação e princípios que regem a matéria.

A primeira corrente, que sustenta a responsabilidade objetiva do agente público por violação do art. 11, não encontra amparo na legislação e na Constituição.

Realmente, conforme leciona Garcia (2006, p. 281):

Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar “o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica” e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*).

Mais adiante, arremata:

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade (GARCIA, 2006, p. 282-283).

Deveras, a impossibilidade de responsabilizar-se objetivamente o agente público por atos de improbidade administrativa decorre de preceito constitucional, do art. 37, § 6º, CF. Este, ao expressamente exigir a ocorrência de dolo ou culpa para repara-

ção civil do dano causado à Administração Pública pelo servidor público em direito de regresso, implicitamente repele a possibilidade de a legislação infraconstitucional pretender responsabilizar o servidor público objetivamente por ato de improbidade administrativa. Com efeito, a responsabilidade por ato de improbidade administrativa implica sanções extremamente mais graves e não pode possuir incidência mais ampla do que aquela fixada constitucionalmente em relação à responsabilidade civil do servidor público.

Outrossim, mesmo se entendendo não ter a Constituição vedado a possibilidade da responsabilização objetiva do agente público por ato de improbidade administrativa, é inegável que, sendo esta admitida, há de ser expressamente prevista em lei.

Com efeito, o Código Civil é reconhecido como repertório de preceitos que emanam a todos os ramos do Direito, inclusive ao direito administrativo, haja vista sua importância nos sistemas jurídicos de matiz romano-germânico<sup>4</sup>. Nesse contexto, verifica-se que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil é expresso ao afirmar que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados por lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Ora, ainda que o texto do Código Civil diga respeito à responsabilidade civil, possível é sua aplicação por analogia à responsabilidade por ato de improbidade administrativa, *maxime* por não se admitir que a legislação trate de maneira mais restrita as hipóteses de responsabilização civil em comparação com a responsabilização por atos de improbidade administrativa, extremamente mais gravosa ante as sanções impostas aos agentes públicos.

---

<sup>4</sup> Conforme lição de VENOSA, 2006, p. 96.

Outrossim, também na seara do direito penal não se admite a responsabilidade objetiva<sup>5</sup>. É sabido que não se confunde a responsabilidade por ato de improbidade administrativa com a responsabilidade penal do agente, até por expressa previsão do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 e do art. 37, § 4º, da Constituição. Todavia, para efeito de interpretação do alcance do tipo subjetivo do art. 11 da r. lei, é plenamente aplicável o recurso às modalidades de responsabilidade penal, notadamente em se reconhecendo que ambas as hipóteses de sancionamento (penal e por ato de improbidade administrativa) são manifestações do exercício de um mesmo poder estatal sancionatório, revelando uma gênese comum, conforme lição de Osório (2000, p. 116):

É verdade que o poder estatal sancionatório, que era unificado e depois se especializou, deve obediência às finalidades ordinárias de quaisquer penas, há de ser público, proporcional. Submete-se, indiscutivelmente, a princípios constitucionais que norteiam o exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que, no plano concreto, esses princípios apresentem diferenças entre si.

Assim, em similitude ao direito penal, não se pode admitir a responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, é de se afastar a primeira corrente acerca do elemento subjetivo do tipo do art. 11.

A segunda corrente, que sustenta admitir no tipo do art. 11 tanto a responsabilização a título de dolo quanto a título de culpa, também não se sustenta ante uma análise detida da legislação.

Em princípio, verifica-se que o art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa, ao prescrever que “Ocorrendo lesão ao patrimô-

---

<sup>5</sup> Leciona Nilo Batista (*apud* GRECO, 2003, p. 100) acerca do princípio da culpabilidade: “impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico”.

nio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”, antes de veicular norma geral acerca da responsabilização por ato de improbidade administrativa, veicula norma específica relacionada à responsabilidade civil por lesão ao patrimônio público.

Realmente, em se aceitando que todos os tipos de improbidade administrativa, do art. 9º ao 11, admitem a responsabilidade a título de dolo e culpa, qual seria a finalidade do art. 5º? Tal questionamento tem razão, pois todos os incisos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, ao preverem sanções para as condutas tipificadas nos arts. 9º ao 11, relacionam o “ressarcimento integral do dano” como modalidade de sanção. Se reconhecermos que os tipos dos arts. 9º ao 11 admitem as modalidades dolosa e culposa de conduta e se os incisos do art. 12 já preveem o ressarcimento integral do dano como sanção<sup>6</sup>, qual seria a razão de ser do art. 5º?

Em verdade, constata-se que a finalidade do art. 5º é explicitar que, não obstante os tipos do arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa somente admitirem a modalidade dolosa, a responsabilidade civil para reparação do dano continua admitindo as modalidades dolosa e culposa. Da mesma forma, o art. 5º exprime que o terceiro *extraneus*, ainda quando não tenha praticado ato de improbidade administrativa em coautoria com agente público, responde a título de dolo ou culpa pelos danos causados ao patrimônio público.

Ainda, não se pode olvidar que somente o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa expressamente previu a responsabilidade do agente público na modalidade culposa, não se podendo concluir que a ausência de tal previsão em relação aos arts. 9º e 11 trata-se de “mero esquecimento” do legislador. Se não houve previsão expressa nos arts. 9º

---

<sup>6</sup> Em verdade, o ressarcimento integral do dano causado ao erário não corresponde a uma modalidade de sanção, sendo decorrente da responsabilidade civil ordinária.

e 11 é porque a lei não admitiu a modalidade culposa, sendo há muito sedimentado na técnica legislativa voltada à criminalização de condutas somente a previsão expressa da modalidade culposa de conduta, caracterizando a ausência de referência a admissão tão somente da modalidade dolosa, o que é previsto expressamente no art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Desse modo, deve-se interpretar a omissão do art. 11 de maneira similar ao direito penal, em função de ambas as modalidades de sanções serem exteriorização do mesmo poder estatal sancionatório<sup>7</sup>.

Também Justen Filho (2006, p. 706) sustenta a possibilidade de aplicação dos princípios e postulados legais do direito penal:

Outra evidência insuperável da natureza não meramente administrativa do instituto da improbidade reside na submissão da aplicação das penas à interversão jurisdicional.

Se o sancionamento correspondente à improbidade fosse civil ou administrativo, haveria competência para sua aplicação no âmbito da atividade administrativa. A exigência legal da intervenção do Judiciário comprova a natureza penal. Um dos aspectos marcantes do direito penal reside na aplicação jurisdicional de suas normas.

[...]

Como decorrência, incidem os pressupostos e os princípios atinentes aos diversos ramos do direito, na medida em que se revelem aplicáveis.

[...]

Isso significa que todo o regime de direito penal se aplica a propósito da natureza administrativa e penal.

[...]

---

<sup>7</sup> A relação com o direito penal deflui do reconhecimento da existência do que se denomina “poder estatal sancionatório”, gênero do qual o poder de impor sanções penais e por atos de improbidade administrativa seriam espécies.



Mas também incidem as garantias constitucionais de natureza democrática, vedando a instrumentalização das regras sobre improbidade de modo a afastar a disputa democrática pelo poder. A gravidade das sanções políticas exige aplicação cautelosa, para evitar que, em vez de assegurar o aperfeiçoamento de um Estado Democrático, a improbidade seja um instrumento para afastar os potenciais disputantes pelos cargos eletivos.

Outra não é a lição de Almeida Prado (2001, p. 20), para quem a aplicação de todos os princípios gerais do direito penal mostra-se necessária:

Mas é importante assinalar, desde logo, que inúmeros princípios gerais, de nível constitucional, tradicionalmente referidos ao direito penal, são aplicáveis também às infrações administrativas, e com especial intensidade a essa nova categoria dos atos de improbidade administrativa.

Conclui Almeida Prado (2001, p. 32) descrevendo os princípios constitucionais aplicáveis:

Entre os princípios constitucionais aplicáveis aos atos da improbidade administrativa cabe destacar, por sua relevância, o princípio da legalidade, o princípio da tipicidade, o princípio da culpabilidade e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aplicáveis, ainda, aos atos de improbidade administrativa os princípios da irretroatividade da lei mais gravosa e o da presunção de inocência.

Do mesmo modo, deve-se ressaltar que a ausência de referência expressa do art. 11 à modalidade de conduta culposa não pode levar o intérprete a concluir estar-se diante de uma lacuna normativa legitimadora do trabalho de supressão por meio de métodos ordinários de exegese, haja vista que, em confronto com a expressa menção do art. 10 à modalidade culposa, constata-se que se trata de um silêncio eloquente da norma, o que obsta qualquer tentativa de preenchimento do suposto “vazio normativo”,

uma vez que vazio não existe na hipótese<sup>8</sup>. Realmente, o silêncio eloquente há muito é conhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam “silêncio eloqüente” (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.

(RE n. 130.554, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 28 jun.1991).

No mesmo sentido Garcia (2006, p. 282-283):

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

Por tudo que foi exposto, verifica-se que a noção de improbidade administrativa implica desonestidade, má-fé, devassidão na conduta do agente público, o que exige, pela própria natureza desses conceitos, agir doloso e, excepcionalmente, agir culposo expressamente previsto em lei. Essa conclusão leva, conseqüentemente, a reconhecer-se que o tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa só admite como elemento subjetivo do tipo o dolo, sendo atípicas as condutas praticadas culposamente.

---

<sup>8</sup> Conforme ensinamento de Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Lamego. 2. ed. Revista, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, citado em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-26/justica-nao-aplicar-regras-iguais-falencia-recuperacao> Acesso em: 24 fev. 2010.

Reforça tal entendimento o fato de ser inadmissível o reconhecimento de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa, seja pela incidência do art. 37, § 6º, da Constituição, seja pela ausência de previsão legal expressa. Outrossim, a falta de referência expressa à modalidade culposa pelo art. 11, antes de autorizar interpretação no sentido da responsabilização por tal modalidade, leva à conclusão de que só é admitido o dolo como elemento subjetivo do tipo, isso em função do reconhecimento da aplicação dos princípios gerais do direito penal e de analogia às normas de direito penal e, também, em se reconhecendo que a omissão do art. 11, em confronto com a previsão expressa do art. 10, implica silêncio eloquente e vontade positiva da lei em vedar a responsabilização por ato culposo na hipótese.

## **6 Conclusão**

Até a edição da Lei n. 8.429/1992, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro somente punia com rigor os atos de agentes públicos que importavam em enriquecimento ilícito<sup>9</sup>, ficando à margem da legislação uma série de condutas que, em igualdade ao enriquecimento ilícito, mereciam repressão quando praticados em prejuízo da Administração Pública e de entes a ela vinculados.

Analisando-se a evolução histórico-legislativa do Direito brasileiro, no que diz respeito aos atos de improbidade administrativa, constata-se que estes primeiramente foram tratados como crimes contra a Administração Pública. Posteriormente, a legislação passou a criar instrumentos para viabilizar o ressarcimento do erário lesado, vinculando tais medidas à ação penal respectiva, o

---

<sup>9</sup> Ressalvada a possibilidade de punição dos servidores públicos por falta disciplinar prevista nas leis específicas de cada ente da federação.

que implicava a necessidade da conduta lesiva configurar crime. Em evolução, passou-se à possibilidade de responsabilização do agente público na esfera penal e civil, mas os atos de improbidade administrativa restringiam-se àqueles que causavam prejuízo à Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito, limitando-se as sanções, por via de regra, à reparação do erário e perda pelo agente público dos bens ilicitamente adquiridos.

Atualmente, a partir da Lei n. 8.429/1992, aos atos de improbidade administrativa, passou-se a dar tratamento amplo, distinguindo-se a responsabilidade por atos de improbidade administrativa da responsabilidade civil, da responsabilidade penal e da responsabilidade administrativo-disciplinar, criando-se uma nova modalidade de responsabilização do agente público.

Todavia, essa nova modalidade de responsabilidade possui gênese comum à responsabilidade penal e administrativo-disciplinar, sendo manifestação do poder estatal sancionatório, o que legitima o compartilhamento de princípios e interpretações comuns.

Da mesma forma, a atual legislação tipificou como ato de improbidade administrativa condutas que implicam lesão aos princípios da Administração Pública.

Em consequência, o tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, dado o modo aberto pelo qual descreveu as condutas típicas, viabilizou a subsunção de um enorme número de condutas à categoria de atos de improbidade administrativa, sobressaindo aquelas violadoras do princípio da legalidade.

Nesse contexto, a problemática que envolve a definição do elemento subjetivo do tipo do art. 11 passa a ter extrema importância, não se tratando de discussão de valor meramente acadê-

mico ou doutrinário, *maxime* em função das enormes implicações que acompanham a imputação de um ato de improbidade administrativa ao agente público.

Assim, dentro do propósito deste artigo, procurou-se demonstrar que o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa só admite a modalidade dolosa de responsabilização, conclusão esta que deriva, em síntese, da análise do texto constitucional e legislação em vigor em conjunto com o próprio conceito de improbidade administrativa, o que leva, conseqüentemente, à atipicidade do agir culposo violador dos princípios da Administração Pública.

## **Referências**

ALMEIDA PRADO, FRANCISCO OCTAVIO DE. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, MARCELO. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 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*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, ROGÉRIO. *Curso de direito penal*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito*. 2. ed. Leme, São Paulo: Editora de Direito, 2001.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

# O protesto como forma de interrupção do prazo do art. 23 da Lei de Improbidade

Rudson Coutinho da Silva\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Prescrição e decadência. 3 Prazo do art. 23 da Lei n. 8.429/1992: prescrição ou decadência. 4 Cautelar de protesto. 5 Protesto como causa interruptiva da prescrição. 6 Protesto na ação de improbidade. 7 Particularidades do protesto interruptivo da prescrição da ação de improbidade. 8 Conclusão.

## 1 Introdução

A Lei n. 8.429/1992 constitui marco de significativa importância na evolução da Administração Pública no Brasil.

Com longo histórico de desmandos na gestão da coisa pública, o País pouco avançava na adoção de instrumentos capazes de oferecer alguma resistência às condutas que, de uma forma ou de outra, conduziam o erário com vistas à apropriação, ao desvio, à lesão, enfim, ao prejuízo ao patrimônio público.

A Constituição Federal de 1988, todavia, previu no art. 37, § 4º, legislação que fizesse frente a esses desmandos ao dispor 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.

---

\* Rudson Coutinho da Silva é Procurador da República no Município de Ji-Paraná - RO.

Em razão disso, foi editada a Lei n. 8.429/1992, denominada Lei da Improbidade Administrativa, que, nas palavras de Martins Júnior (1996, p. 28),

[...] deu abrangência maior à repressão da improbidade administrativa, censurando comportamentos antiéticos com elasticidade tipológica, e irrogando com penalidades mais graves atos desonestos, ímprobos, ilegais, imorais, reveladores da inidoneidade do agente público para ocupar um cargo público. Como se vê, a base da nova legislação é a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à administração pública e seus agentes.

Acontece que, se normativamente houve inegável avanço, o volume dos casos, a complexidade das situações sob investigação, a deficiência de pessoal dos órgãos responsáveis pela atividade investigatória e, até mesmo, certa indefinição dos exatos contornos da norma vêm fazendo com que não se consiga concluir a investigação dentro do prazo reclamado pela legislação infraconstitucional. Destaca-se o prazo da legislação infraconstitucional, pois a reparação de danos, também prevista na Lei n. 8.429/1992, é imprescritível por conta do que dispõe a própria Carta da República em seu art. 37, § 5º.

Há, por outro lado, figura processual específica, cuja finalidade é exatamente interromper o curso do prazo prescricional, e que vem sendo pouco utilizada como instrumento de ruptura do prazo para ingresso da ação de improbidade. Trata-se da medida cautelar de protesto, prevista nos arts. 867 e seguintes do Código de Processo Civil.

Pretende, pois, este artigo, avaliar a possibilidade do manejo da cautelar de protesto como forma de interrupção do curso prescricional das ações de improbidade administrativa.

Para tanto, serão analisadas, inicialmente, as diferenças entre as figuras da prescrição e da decadência, de singular importância



para o estudo, ante a impossibilidade, salvo a exceção registrada no art. 207 do Código Civil, de interrupção dos prazos decadenciais. Nessa análise, será concentrado o esforço na compreensão dos institutos a partir dos estudos de Amorim Filho, alicerçado em classificação de Chiovenda.

Após, cotejando as particularidades da Lei de Improbidade Administrativa com o estudo acima mencionado, será aferida a verdadeira natureza jurídica do prazo trazido no art. 23 da LIA: se de decadência ou de prescrição. Em seguida, serão analisados os principais contornos da ação cautelar de protesto, bem como o seu uso para a interrupção do prazo prescricional.

Ao final, será avaliado o uso da cautelar com o objetivo de interromper a prescrição da ação de improbidade administrativa e serão discutidos alguns pontos importantes da medida, quando utilizada com essa finalidade.

## **2 Prescrição e decadência**

Importante distinguir as figuras da prescrição e da decadência, pois, antes de se adentrar no objeto deste estudo, é preciso concluir se o prazo trazido no art. 23 da Lei n. 8.429/1992 é, realmente, de prescrição.

Prescrição e decadência são institutos relacionados aos efeitos do decurso do tempo sobre as relações jurídicas.

Segundo a doutrina clássica, a prescrição é a perda do direito de ação pela inércia do titular do direito subjetivo, que deixou escoar o prazo fixado para seu ajuizamento. Para Clovis Bevilacqua (*apud* MONTEIRO, 2009, p. 353), a prescrição é a “perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso desta, durante determinado espaço de tempo”.

Por sua vez, a decadência, ainda de acordo com a doutrina clássica, é a perda do próprio direito material pelo decurso do prazo originalmente previsto para seu exercício.

Se ambas impedem a busca judicial do direito, guardam, por outro lado, diferenças entre si que os juristas tentaram insistentemente esclarecer. Nas palavras de Câmara Leal (*apud* DELGADO, 2004, p. 7), um dos maiores estudiosos da matéria:

É de *decadência* o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, *quando prefixado* ao exercício do direito pelo seu titular. E é de *prescrição*, quando fixado, *não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação* que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição. [grifo nosso]

Rodrigues (1994, p. 324), também na tentativa de esclarecer a diferença entre as figuras da prescrição e da decadência, ensinava o seguinte:

Quando a ação e o direito têm origem comum, trata-se de prazo de caducidade. Assim é no exemplo, acima referido, do prazo concedido ao marido para contestar a legitimidade dos filhos havidos por sua mulher, porque o direito de contestar a legitimidade destes nasce ao mesmo tempo em que a ação conferida ao marido burlado. [...] Porém, se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição. Desse modo, o intervalo concedido ao autor para exercer ação contra o violador de sua obra literária é de prescrição, porque o direito autoral já existia quando foi lesado e só da lesão é que resulta a ação.

Quanto aos efeitos, a doutrina também extremava os institutos, admitindo que o prazo de prescrição fosse objeto de interrupção e negando esse mesmo atributo aos prazos decadenciais.

A distinção entre as figuras acima referidas, todavia, ganhou contornos mais bem definidos com o então Professor da Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba Amorim Filho, que, no texto “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, publicado na *Revista dos Tribunais*, n. 300, analisou com profundidade a prescrição e a decadência e formulou métodos mais precisos para a distinção das mencionadas figuras.

Para Amorim Filho (1960, p. 10) é preciso tomar como ponto de partida “a moderna classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda e, particularmente, a categoria dos direitos potestativos”, pois só assim seria possível chegar “àquele critério ideal, isto é, a um critério dotado de bases científicas e que permite, simultânea e seguramente, distinguir, *a priori*, a prescrição da decadência, e identificar as denominadas ações imprescritíveis”.

De acordo com a classificação de Chiovenda, haveria, de um lado, os *direitos a uma prestação* – que tem como conteúdo, como o próprio nome diz, a obrigação de outrem de dar cumprimento a uma prestação –, que podem ser divididos em direitos reais e direitos pessoais. De outro lado, estariam os *direitos potestativos*, cujo exercício implica influenciar a esfera jurídica de outrem, que a isso não pode resistir. O sujeito passivo dos direitos potestativos está, em verdade, num estado de *sujeição*. Os direitos potestativos seriam insuscetíveis de violação e a eles não corresponderia uma prestação.

Por fim – e aqui a característica mais importante – certos direitos potestativos reclamariam, para se verem reconhecidos, o uso obrigatório da via judicial, dando azo às chamadas ações constitutivas necessárias. Daí se poder afirmar que os direitos alcançados por via das ações constitutivas necessárias são obrigatoriamente direitos potestativos.

A partir disso é possível classificar as ações, com Chiovenda, em condenatórias, declaratórias e constitutivas.

Segundo o jurista italiano, a ação condenatória tem lugar quando se pleiteia o direito a uma prestação. Noutras palavras, a ação condenatória reclama “a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por conseqüência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos” (CHIOVENDA, 1998, p. 229).

Já a ação constitutiva (positiva ou negativa), esclarece Amorim Filho (1960, p. 16), “cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior”.

E arremata o mesmo autor:

Por aí se verifica, de pronto, que as duas mencionadas espécies de ação correspondem exatamente, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos nos quais Chiovenda divide os direitos: as ações condenatórias são meios de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação (“direitos a uma prestação”); e as ações constitutivas são meios de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (“direitos potestativos”).

Para concluir a classificação ternária de Chiovenda, as declaratórias são aquelas que pretendem tão só a obtenção de uma certeza jurídica ou a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, como reza o art. 4º do Código de Processo Civil.

É a partir da classificação acima apontada que Amorim Filho (1960, p. 19-20) conclui o seguinte:

[...] *só os direitos da primeira categoria* (isto é, os “direitos a uma prestação”) *conduzem à prescrição*, pois somente eles são suscetíveis de *lesão* ou de *violação*, e somente eles dão origem a pretensões, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria,

isto é, os *direitos potestativos* – (que são, por definição, “*direitos sem pretensão*”, ou “*direitos sem prestação*”, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem *insuscetíveis de lesão ou violação*) – *não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.*

Noutras palavras, a partir dos estudos mencionados conclui-se que apenas os direitos a uma pretensão – veiculados por uma ação condenatória – dão origem à *prescrição*, enquanto os direitos potestativos dão origem à *decadência*.

### **3 Prazo do art. 23 da Lei n. 8.429/1992: prescrição ou decadência**

A partir da sistematização de Amorim Filho, hoje encampada no novo Código Civil, é preciso enquadrar as sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, pois só aí será possível identificar, ontologicamente, se se está a cuidar de direitos a uma prestação ou de direitos potestativos, lembrando-se que os prazos fixados para a busca judicial dos direitos a uma prestação são prazos prescricionais, enquanto os prazos fixados para os direitos potestativos são prazos decadenciais.

Pois bem. Os eventuais pedidos de ressarcimento do dano e de pagamento de multa civil não trazem grande dificuldade, quer porque o primeiro goza do atributo da imprescritibilidade trazida pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988, quer porque constituem, todos eles, clara hipótese de pretensão a ser buscada, portanto, via ação condenatória. E se reclamam decisão condenatória, como se viu, o prazo para o exercício da pretensão é de prescrição.

A perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, entretanto, reclamam melhor

atenção. É que referidas sanções parecem trazer em si os contornos dos direitos potestativos. Com efeito, a decisão que as tiver por conteúdo tem por finalidade a modificação da relação jurídica e nunca o direito a uma prestação.

O que pretende o autor da ação de improbidade não é, quanto a essas sanções, uma prestação do réu, mas sujeitá-lo – e a sujeição é a típica característica dos direitos potestativos – às alterações advindas da aplicação dessas penas. Ontologicamente, portanto, está-se diante de direitos potestativos, logo, de direitos sujeitos a prazo decadencial.

E, sendo prazo decadencial – porque não há a disposição em contrário de que trata o art. 207 do Código Civil –, não haveria possibilidade de interrompê-lo com base no que dispõe o art. 202 do Código Civil.

Na essência, portanto, não seria de se admitir o manejo da ação cautelar de protesto como instrumento capaz de interromper o prazo para o ajuizamento da ação de improbidade.

Acontece que, se cientificamente, segundo a sistematização proposta por Amorim Filho, os direitos relacionados com as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios parecem encaixar-se na classificação dos direitos potestativos, é a própria Lei de Improbidade que atribui ao prazo para buscá-los judicialmente o nome de prescrição.

Com efeito, a Lei n. 8.429/1992 deu ao seu Capítulo VII o *nomen juris* “Da Prescrição”, numa expressiva demonstração de que, sem embargo do enquadramento doutrinário das ações capazes de buscar as sanções arroladas nos incisos do art. 12, o prazo para seu ajuizamento é mesmo de prescrição.

E não se pode desprezar indicação tão categórica do legislador que conformou, sob a epígrafe “Da Prescrição”, os prazos para ajuizamento da respectiva pretensão.

A compreensão de que, apesar da análise antes formulada, os prazos do art. 23 da Lei de Improbidade são de natureza prescricional tem ainda reforço de natureza constitucional. É que a própria Constituição Federal é expressa ao denominar de prescrição os prazos para a responsabilização dos atos de improbidade administrativa. A literalidade da Carta da República não permite tergiversação:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A Constituição Federal, portanto, é expressa ao referir-se a prazos de prescrição, numa revelação incontestável de que o constituinte quis que assim fossem considerados tais prazos. E não há de se esquecer que o ordenamento jurídico é um sistema, capitaneado, aliás, pela Constituição da República.

De lembrar-se o ensinamento de Bobbio (1997, p. 71):

Entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

E a coerência entre as normas não escapa de uma interpretação que dê a maior eficácia possível ao texto constitucional. Com efeito, é preciso interpretá-lo de modo que dele se obtenha a máxima efetividade possível. Miranda (2002, p. 452), quanto à interpretação constitucional, anota o seguinte:

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 lhes retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem que 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 ainda realizar a Constituição.

E em outra passagem ainda mais adequada a essa abordagem:

Na interpretação de preceitos da Constituição, é legítimo e pode ser conveniente considerar o modo como são aplicados na prática, em especial através da lei e das decisões dos tribunais. Todavia, evidentemente, não é o sentido que daí decorra que, só por isso, deve ser acolhido – porque *não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição* (2002, p. 453). [grifo nosso]

Por isso que, a despeito do enquadramento possível de ser obtido a partir das lições de Amorim Filho, há de serem atribuídos, para que se abstraia da Constituição a máxima efetividade possível, os contornos da prescrição aos prazos do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa.

#### **4 Cautelar de protesto**

Reza o art. 867 do Código de Processo Civil:

Art. 867. Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

A medida cautelar de protesto tem, em resumo, a finalidade de externar a intenção do autor, isto é, de categorizar uma manifestação de vontade, ora porque o autor deseja indicar a possível responsabilidade de alguém, ora porque pretende ressalvar direitos



que acredita possuir, ora porque deseja expressar, incontestável e formalmente, alguma intenção que possua.

Câmara (2007, p. 222) exemplifica o uso da medida:

Como se vê do texto da lei, o protesto pode se dirigir, fundamentalmente, a três distintas finalidades: prevenir responsabilidade, prover a conservação de direito ou prover a ressalva de direito. Exemplo clássico da primeira hipótese, encontrado em quase todas as obras que tratam do tema, o protesto feito pelo engenheiro que elaborou um projeto, que dirige seu protesto ao construtor que não o está seguindo, para prevenir sua responsabilidade no caso de a inobservância do projeto gerar algum dano para o dono da obra. Hipótese de protesto para prover a conservação de direito é o que tem por finalidade interromper ao prazo prescricional, nos termos do art. 202, II, do Código Civil de 2002. Por fim, exemplo de protesto destinado a ressaltar direitos é o protesto contra alienação de bens, bastando pensar no credor que dirige protesto ao devedor (e aos interessados na aquisição do bem, como se verá mais adiante) para que não pratique ato de alienação que, uma vez realizado, o reduzirá à insolvabilidade.

O procedimento da cautelar, porque deduzido com bastante clareza na lei processual civil, não reclama maior atenção neste estudo. Algumas particularidades do instituto, todavia, merecem discussão.

A primeira é o fato de que o legislador recebeu fortes críticas por ter colocado o protesto entre as medidas cautelares, já que, na verdade, constitui medida com os claros contornos da jurisdição voluntária.

Com efeito, é possível perceber que o protesto não se presta a *preservar* a tutela de qualquer direito, não havendo, aliás, para seu manejo, que se reclamar a presença quer da fumaça do bom direito, quer do perigo na demora (2008, p. 302).

A atividade do juiz, em verdade, é meramente administrativa, nada tendo de jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 330).

Segundo Marinoni e Arenhart (2008, p. 302), “essas medidas [protesto, notificação e interpelação] ostentam caráter de clara jurisdição voluntária, em que o Judiciário é utilizado apenas como o veículo para a manifestação da intenção do requerente”.

Dizem, ainda, referidos autores (2008, p. 302) que:

Em todos estes casos, como se vê, não há propriamente atuação jurisdicional no sentido de que nenhuma providência se espera do órgão judicial, a não ser o encaminhamento ao requerido da manifestação apresentada pelo autor. Não há, portanto, decisão judicial nestas medidas [...].

De qualquer modo, sem embargo das ressalvas acima apontadas, quis o legislador incluí-lo no rol das medidas cautelares.

Nem por ser cautelar, todavia, reclama o protesto alguma ação principal. Ele se basta a si mesmo e, uma vez promovido, não impõe que tenha o autor que ajuizar, em prazo determinado, qualquer ação de conhecimento.

Theodoro Júnior (1998, p. 331) lembra, na mesma esteira, da inexistência de prevenção por parte do juízo que conhece do protesto:

Por isso, do protesto, da interpelação ou da notificação não resulta prevenção de competência para o futuro e eventual processo, como se dá nas verdadeiras ações cautelares preparatórias.

Assim, quando manejado para a interrupção da prescrição, não impõe que a pretensão cujo prazo prescricional interrompeu, quando vier a ser deduzida, o seja no mesmo juízo.

Convém lembrar ainda da verdadeira inexistência de cognição no protesto. Não aprecia o juiz, senão superficialmente, a legitimidade e o interesse na propositura da medida, não havendo, contudo, matéria de fundo a ser analisada.

Greco Filho (2003, p. 187) esclarece:

Tais manifestações formais não têm caráter construtivo de direitos (não se aplica, pois, o art. 806), apenas tornando público que alguém fez determinada manifestação. Elas não têm outra consequência jurídica a não ser o conhecimento incontestável da manifestação de alguém. Se esta manifestação tem relevância, ou não, será decidido no processo competente, se houver.

Outro ponto importante é a inexistência quer de defesa, quer da figura do contraprotesto, de sorte que não se abre ao requerido a oportunidade de contrariar, nos mesmos autos, as afirmações trazidas com a propositura da medida. É possível, entretanto, que o requerido proponha, de sua parte, outro protesto, medida, todavia, que não se confunde com o exercício de defesa àquele primeiro protesto.

Esclarecem Nery Junior e Nery (2007, p. 1141):

O contraprotesto na verdade não é defesa, mas sim um novo protesto ajuizado por aquele que sofrera anteriormente o protesto. Assim, deve obedecer aos mesmos requisitos do CPC, [art.] 867, para que seja concedido. Da mesma forma, no contraprotesto não há defesa ou contestação, podendo o requerido apenas insurgir-se contra eventual ausência de condições da ação e pressupostos processuais, requisitos que devem conter todos os pedidos feitos em juízo e examináveis *ex officio* pelo magistrado.

Na mesma linha, Câmara (2007, p. 227):

O protesto não admite apresentação de defesa nem de contraprotesto. Admite-se, porém, nos termos do art. 871, o contraprotesto em processo distinto. Não se terá aqui, porém, verdadeiro contraprotesto, mas sim um protesto dirigido pelo requerido ao requerente, em outro processo (onde, evidentemente, as posições processuais se inverterão). Este novo protesto ficará, obviamente, sujeito ao controle judicial, podendo ser indeferido nos casos previstos no art. 869.

## 5 Protesto como causa interruptiva da prescrição

O protesto como figura capaz de interromper a prescrição está no art. 202 do Código Civil, *in litteris*:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

[...]

O dispositivo é bastante claro e arrola o protesto como figura capaz de interromper o curso do prazo prescricional.

O fundamento do protesto como causa interruptiva da prescrição está na demonstração inequívoca de que o titular do direito não deixou de persegui-lo, não tendo, tão só, feito-o no prazo originalmente fixado para tanto.

Revela, o instituto, preferência pela efetiva solução do litígio, colocando em segundo plano a estabilidade decorrente da sanção prescricional.

A prescrição, entretanto, só pode ser interrompida uma vez, de sorte que não caberá um segundo protesto com a mesma finalidade. E tratando-se de interrupção, o prazo, obviamente, volta a correr por inteiro. Importante observar que a interrupção não está na dependência de nenhuma atitude da parte requerida.

Pontes de Miranda (1998, p. 305) é incisivo:

Característica do protesto (judicial) é ser ato processual que supõe que o protestante declare o direito a respeito de si próprio, ou a emissão de manifestação de vontade complementar de outra, ou delimitadora da esfera jurídica do protestante, ou manifestação de

vontade, ou comunicação de vontade de exercer alguma pretensão. Não tem efeitos que dependam de outrem; são seus.

E continua o mesmo autor (1998, p. 309):

A regra é que o protesto seja receptício; mas os protestos judiciais também podem ser não-receptícios (e *non audita altera parte*). Para a interrupção da prescrição é receptício. *Não se confundam receptividade e angularidade. É preciso que o protesto seja conhecido pela outra pessoa; porém a outra pessoa não é ouvida, nem, sequer, chamada a júízo.* [grifo nosso]

Outro ponto bastante importante na análise do protesto interruptivo é o seu alcance, em especial os limites subjetivos do instituto.

Sem que tenha chamado a devida atenção dos estudiosos, parece de total importância identificar se a interrupção da prescrição opera-se apenas contra aqueles que figuram no polo passivo da medida cautelar ou contra todos aqueles que estejam relacionados ao direito material em questão.

Parece, à primeira vista, não haver como afirmar que o protesto interruptivo alcançaria quem nele não figurasse, até porque os limites subjetivos da ação manejada não permitiria fosse ultrapassado o caráter *inter partes* da medida.

Assim, se a cautelar é endereçada contra A, não é o fato de posteriormente identificar-se B como também devedor da pretensão, que permitirá lançá-lo no polo passivo da futura ação a ser proposta.

A discussão, entretanto, ganha outros contornos quando se depara com o disposto no inciso II do art. 870 do Código de Processo Civil, que reza o seguinte:

Art. 870. Far-se-á a intimação por editais:

[...]

II - se o citando for desconhecido, incerto ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso;

[...]

É que referido inciso permite seja arrolado no polo passivo da medida sujeito desconhecido ou incerto.

Não se trata, portanto, de interromper a prescrição contra quem não tenha feito parte da cautelar de protesto. Trata-se, isso sim, de interromper a prescrição contra quem, embora não tenha sido indicado na cautelar, tenha ali figurado como desconhecido ou incerto.

Isso é de importância fundamental nos protestos manejados para a interrupção das ações de improbidade, que é o foco deste estudo, pois nem sempre se têm, no protesto, todos os contornos definidos do ato de improbidade administrativa.

Assim, é possível que o estágio da investigação ainda não permita identificar com clareza todos os envolvidos, impedindo, por isso, a sua nomeação na ação de protesto.

E o dispositivo acima mencionado permite a inclusão no polo passivo do protesto dos eventuais envolvidos, que não tenham sido até então plenamente identificados.

## **6 Protesto na ação de improbidade**

Analisada a natureza jurídica dos prazos arrolados no art. 23 da Lei n. 8.429/1992 e deduzido que se trata de prescrição, inexorável concluir-se que o protesto serve também para interromper o prazo para ajuizamento da ação de improbidade administrativa. Sim, pois não há particularidade, quer na Lei de Improbidade, quer na cautelar de protesto, que os tornem incompatíveis, vale dizer, que impeça

o uso natural do protesto como forma de interromper o curso do prazo prescricional de que trata o art. 23 da Lei n. 8.429/1992.

Estranha, por isso mesmo, o parcimonioso uso que se vem fazendo do protesto para interromper a prescrição na ação de improbidade.

Com efeito, o Ministério Público não vem explorando a potencialidade que a cautelar de protesto lhe proporciona.

Sabidamente as dificuldades próprias da investigação dos atos de improbidade têm feito com que as conclusões nem sempre tenham sido atingidas dentro do prazo previsto na LIA.

Realizar uma investigação eficiente, de modo que esclareça todos os contornos do ato de improbidade e identificar o responsável pelo ilícito, quase sempre reclama tempo considerável de atividade investigatória.

Na verdade, a investigação tem um prazo de gestação que não pode ser suplantado, i.e., reclama naturalmente sejam ultrapassadas etapas imprescindíveis para que se chegue às conclusões que poderão alicerçar o manejo responsável da ação de improbidade.

É que os fatos quase nunca chegam ao Ministério Público revestidos de todos os detalhes cuja presença deve nortear a atuação ministerial.

É óbvio que a própria definição do que venha a ser necessário para a propositura da ação de improbidade passa também pelo perfil do promotor/procurador que está à frente da investigação. Há aqueles que optam por ingressar com ação tão logo possuam elementos mínimos capazes de comprovar o ato de improbidade. Outros, entretanto, preferem esgotar todas as nuances da investigação, antecipando não só eventuais questionamentos que poderão surgir no curso da ação, como tentando precisar os exatos contornos dos atos a

serem questionados. Um ou outro, todavia, não escapa da obrigação de trazer aos autos da investigação elementos mínimos que deverão amparar a discussão judicial do indicado ato de improbidade.

E para isso é necessário requisitar documentos, buscar informações, realizar perícias e exames, fazer vistorias, providenciar quebra de sigilos bancário, fiscal e de registros telefônicos, colher depoimentos, enfim, proceder a uma série de diligências, cada qual com seu próprio tempo de maturação.

Assim, as requisições não são cumpridas de imediato, pois quem as recebe tem prazo legal para atendê-las.

As perícias, sobretudo diante da estrutura inadequada para investigações, fruto, inclusive, da juventude da atividade investigatória do Ministério Público, demoram tempo considerável para serem concluídas.

As vistorias têm de se ajustar à agenda do membro, invariavelmente sobrecarregada de audiências, atendimentos, feitos judiciais e extrajudiciais para se manifestar, a impor, sempre, desforço pessoal do promotor/procurador, sem o que não consegue atender a todas as necessidades de seu ofício/promotoria.

As quebras de sigilo seguem uma sistemática toda própria, pois, regra geral, o acesso primeiro é à movimentação financeira (extrato das operações), para depois, identificadas as transações específicas, requisitarem-se os respectivos documentos (cheques, v.g.). Com esses documentos, por vezes há necessidade de identificar o destino a ele atribuído e, daí, às vezes, nova quebra de sigilo.

As inquirições, além da agenda, impõem que sejam localizadas as testemunhas/os investigados, nem sempre – sobretudo na Região Norte, lotação do signatário – no mesmo município



da seção/subseção, exigindo razoável trabalho para localizar, intimar e ouvir citadas pessoas.

Não se pretende aqui exaurir todas as vicissitudes de uma investigação, tão só revelar um pouco das dificuldades enfrentadas na fase investigatória, para concluir que grande parte dos inquéritos civis públicos e procedimentos investigatórios não está finalizada antes de ultrapassado o prazo previsto no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa. Daí por que o manejo do protesto como forma de interrupção do prazo prescricional da ação de improbidade assumir significativa importância no combate à corrupção no Brasil.

## **7 Particularidades do protesto interruptivo da prescrição da ação de improbidade**

Algumas questões reclamam maior atenção quando se cuida de utilizar o protesto para interromper o prazo da prescrição do ato de improbidade administrativa. A primeira delas diz com a necessidade de o autor demonstrar interesse processual na propositura da cautelar. O interesse processual está assentado na premissa de que o aparato judicial só deve ser movimentado se o exercício da ação for *necessário* e *útil* ao provimento jurisdicional que se busca<sup>1</sup>.

Sob o enfoque da necessidade, merece ser transcrito o ensinamento de Didier Júnior (2007, p. 177):

Há determinadas demandas, no entanto, que são denominadas de “ações constitutivas necessárias”, já que o bem da vida ou o estado jurídico que se pretende obter somente pode ser alcançado por intermédio do Poder Judiciário. [...] Nesses casos, o

---

<sup>1</sup> Há autores que acrescentam a adequação como elemento do interesse de agir. Assim, Dinamarco, 2001.

exame da “necessidade”, para a verificação do interesse, é dispensável, pois está *in re ipsa*.

E o protesto, como instrumento capaz de interromper a prescrição, surge como uma ação obviamente necessária.

Com efeito, em se tratando de ato de improbidade, não é possível alcançar a interrupção do prazo prescricional senão pelo uso dessa anômala cautelar.

E se ele é necessário, provar sua *necessidade* parece de expressiva redundância.

É verdade que, em tese, o autor do ato ilícito poderia renunciar à prescrição, amparado no art. 191 do Código Civil, mas a renúncia somente pode dar-se depois que a prescrição se consumir e a discussão aqui não é quanto à renúncia, de resto muito improvável, mas quanto à interrupção do prazo da prescrição.

Há também o interesse processual analisado sob a ótica da *utilidade* da ação. E a utilidade estará presente quando o uso da medida se mostrar propício à obtenção de uma vantagem jurídica por parte do autor. Essa utilidade precisa ser demonstrada.

De imaginar-se a situação de ação cautelar de protesto interruptivo de prescrição proposta contra herdeiros de sujeito passivo de relação jurídica personalíssima e que já tenha falecido. O exemplo é absurdo, mas serve para reforçar o raciocínio: pintor famoso se compromete a pintar certo quadro. Falecido, seus herdeiros são arrolados no polo passivo de ação de protesto com vistas à interrupção do prazo da prescrição da ação que pretende obrigar o devedor a concluir a pintura a que se comprometera.

No caso da improbidade, por óbvio que a comprovação da utilidade não reclamará grandes questionamentos, pois a interrupção, com o prolongamento do prazo da prescrição, ampliará o tempo de

que disporá o Ministério Público para concluir a investigação do ato de improbidade administrativa, e há nisso flagrante utilidade.

Importante observar que o art. 869 do CPC prevê a necessidade de demonstrar, o autor do protesto, *legítimo interesse* para o manejo da ação.

Marinoni e Arenhart (2008, p. 304) distinguem o *interesse processual* do *legítimo interesse* de que fala o art. 869:

O legítimo interesse, portanto, deve ser tomado como algo a mais. A recusa em proceder ao protesto, à notificação ou à interpelação em razão da falta de legítimo interesse deve ser tomada no sentido de inadequação evidente da medida para o fim pretendido. Por outras palavras, é indicação de que o Judiciário – ainda quando se trate de jurisdição voluntária – não deve ser utilizado para veicular manifestações de vontade que certamente não atingirão o objetivo almejado pelo requerente.

A análise do legítimo interesse, portanto, irá repercutir em uma apuração, embora superficial, “feita pelo magistrado sobre a idoneidade e juridicidade do pedido formulado pelo requerente. Não havendo essa aparente legitimidade, o pedido deve ser de pronto indeferido” (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 304).

Por isso que o Ministério Público deverá, na inicial de protesto, esclarecer os fatos, indicando o ato de improbidade administrativa que alicerça as pretensões cuja prescrição pretende ver interrompida. Na verdade essa indicação que deverá constar da inicial está prevista no art. 868 do Código de Processo Civil, que diz: “na petição o requerente exporá os fatos e os fundamentos do protesto”. E os fatos, para fins de protesto, são constituídos pelo ato de improbidade e sua respectiva investigação.

Na descrição do ato de improbidade surge a interessante questão relacionada ao grau de precisão que a descrição terá que pos-

suir. Por um lado, é evidente que o ato não precisa ser descrito em todos seus contornos. Estivessem todos os aspectos definidos, o protesto seria desnecessário.

É preciso, contudo, indicar qual o ato ilícito que se está ou se pretende investigar, definindo-se minimamente seus contornos. Noutras palavras, o protesto não pode ser genérico a ponto de pretender o autor seja interrompida a prescrição de “eventuais atos de improbidade que o Prefeito X tenha cometido em tal ou qual período”.

Pode, todavia, limitar-se a indicar, a exemplo do que se faz nas portarias de instauração de inquérito civil público, um desenho resumido dos fatos, suficiente para revelar sobre quais bases está assentada a pretensão, cuja prescrição se está interrompendo.

Outra questão interessante está na necessidade, ou não, de o autor ter de justificar porque não ajuizou a ação “principal”, vale dizer, a razão pela qual se viu obrigado ao manejo do protesto.

Por um lado, a ação de improbidade, pela carga sancionatória que traz em si, reclama tratamento diferenciado, podendo daí se concluir que a *garantia* da prescrição para o autor do ato de improbidade não pode ser afastada sem motivo bastante que o justifique, de sorte que o protesto exigiria fosse justificada a inércia até então revelada.

Por outro lado, nada há no ordenamento jurídico que afaste a ideia de que o uso do protesto com vistas à interrupção da prescrição não seja uma faculdade do titular do direito que está a periclitare com o decurso do prazo prescricional.

Noutras palavras, não há para o autor do ato de improbidade direito assegurado ao prazo prescricional originário. A estabilidade originada da prescrição somente se realiza após o transcurso do prazo da prescrição, *originário, ou prorrogado pelo uso do protesto.*

Na verdade, a condição do réu da ação de protesto é de sujeição, pois o uso da medida cautelar é uma faculdade atribuída ao autor, que não está na dependência, quer de uma atitude do réu, quer de um consentimento do Estado. Está obrigado, obviamente, apenas ao preenchimento dos requisitos necessários para o uso da medida, tais como a prova do legítimo interesse de que fala o art. 869 do CPC.

Daí por que é dispensável tenha o autor do protesto que detalhadamente justificar a demora na conclusão das investigações do ato de improbidade.

A inércia quanto ao ajuizamento da própria ação de improbidade pode estar assentada em inúmeros motivos, inclusive no hipotético fato de o ato de improbidade ter sido descoberto recentemente. Nenhum motivo, todavia, autoriza confrontar a inércia à faculdade ministerial da interrupção da prescrição, vale dizer, não haverá motivo para o não ajuizamento da ação de improbidade que autorize o juiz a indeferir a cautelar.

Sem embargo, e por cautela, é de todo recomendável que a inicial do protesto esclareça que a investigação está em curso e que, entretanto, ainda não foi possível concluí-la.

## **8 Conclusão**

A investigação dos atos de improbidade administrativa usualmente reclama a realização de diligências que demandam tempo nem sempre compatível com os prazos prescricionais contidos na Lei n. 8.429/1992.

Por isso, grande tem sido o volume de ações de improbidade relegado à prescrição, casos em que são mantidas abertas as portas do Judiciário apenas às pretensões relacionadas ao ressarcimento ao erário, porque imprescritível à luz da Constituição Federal de 1988.

A ação cautelar de protesto, entretanto, tem por fim, entre outros, exatamente provocar a interrupção do curso do prazo prescricional. Apesar disso, a anômala cautelar tem sido pouco utilizada pelo Ministério Público, sem embargo de sua inegável utilidade em prolongar o prazo para conclusão das investigações dos atos de improbidade administrativa, sem que sobre eles incida a sanção da prescrição.

E a análise das particularidades, quer da cautelar, quer da Lei de Improbidade Administrativa, revela absoluta compatibilidade, não havendo, portanto, óbices legais ao manejo do protesto.

De todo conveniente, portanto, passe o Ministério Público a enfatizar o uso da medida aqui estudada, porque, sobre possuir legalidade incontestável, pode compor o conjunto de instrumentos de que a instituição se vale no diuturno combate que trava contra os desmandos, que infelizmente caracterizam a Administração Pública no Brasil.

## **Referências**

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, out. 1960.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DELGADO, José Augusto. A prescrição e a decadência nos contratos de seguro. *Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça*. Poços de Caldas, 2004. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/418/A\\_Prescri%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_a\\_Decad%C3%A2ncia\\_nos\\_Contratos.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/418/A_Prescri%C3%A7%C3%A3o_e_a_Decad%C3%A2ncia_nos_Contratos.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 5 abr. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A lei da improbidade administrativa. *Caderno de Doutrina e Jurisprudência*, Associação Paulista do Ministério Público, n. 35, p. 27-41, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseler, 1998. t. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Processo cautelar*. 17. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.



# A improbidade administrativa e o controle do licenciamento ambiental à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública. O caso das audiências públicas

Tiago Modesto Rabelo\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A Administração Pública. 2.1 Considerações iniciais. A função administrativa. 2.2 Princípios constitucionais administrativos. 3 O licenciamento ambiental. 3.1 Considerações iniciais: ato administrativo. 3.2 O meio ambiente. Licenciamento X Licença. 3.3 Natureza jurídica: licença ou autorização? Discricionariedade na concessão da licença? 4 A improbidade administrativa. 4.1 Considerações iniciais: corrupção. Os princípios da moralidade e da probidade administrativa. 4.2 Improbidade administrativa na Constituição Federal brasileira e a Lei Federal n. 8.429/1992. Abrangência subjetiva, espécies e sanções. 5 Controle da licença ambiental pela ação de improbidade administrativa. 5.1 Influência dos princípios norteadores da Administração Pública na administração ambiental. 5.2 O controle da discricionariedade exercido pelo art. 11 da Lei de Improbidade: possibilidade de controle do licenciamento ambiental pela ação de improbidade administrativa. 6 Problema de caso. Das audiências públicas. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

Em razão das consequências decorrentes das constantes interferências no ecossistema, a sociedade passa a perceber a

---

\* Tiago Modesto Rabelo é Procurador da República no Município de Marabá-PA.

importância da preservação ambiental. As inúmeras transformações ocorridas, tanto no seio social como no político, no meio econômico e no cultural, vêm contribuindo para o entendimento sobre a necessidade de se rediscutirem questões afetas ao meio ambiente e à preservação ambiental.

A utilização dos recursos naturais feita de maneira inteligente está circunscrita pelos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, em que o interesse econômico contrapõe-se, em relação de ponderação, ao interesse comum do meio ambiente e de sobrevivência do ser humano e do próprio planeta. Sobreleva-se a relevância da preservação ambiental, porque constitui, outrossim, papel fundamental no desenvolvimento econômico e social.

Por tais razões é que a Carta Magna de 1988 elevou à categoria de direitos fundamentais o meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade a sua defesa e preservação. O direito constitucional ambiental, assim, fundamenta todas as normas que regem o ecossistema. Visando à preservação ambiental, o direito ambiental criou instrumentos de planejamento voltados para a preservação ambiental.

É o caso do licenciamento ambiental, importante instrumento de gestão do meio ambiente, por meio do qual a Administração Pública busca exercer o controle sobre as atividades humanas que nele interferem.

Dessa feita, a implantação, a operação ou a ampliação de empreendimentos e atividades que utilizam recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, ou daquelas que, sob qualquer forma, causem degradação ambiental, exige a realização de procedimento administrativo denominado licenciamento ambiental, com vistas a avaliar a viabilidade e as consequên-

cias da interferência no espaço ambiental, para, ao final, outorgar-se ou não a licença ambiental.

Trata-se, pois, de um dever-poder constitucionalmente previsto e conferido à Administração Pública, que dele se desincumbe por meio do competente procedimento administrativo. Desse modo, a atividade de licenciamento ambiental, compreendida como atividade tipicamente administrativa, submete-se, em observância ao arcabouço principiológico pertinente, às exigências constitucionais e legais.

Com efeito, no desempenho dos encargos administrativos o agente público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, senão aquele prescrito no ordenamento. Toda atividade administrativa, mesmo que discricionária, circunscreve-se à finalidade pública prevista na norma, que deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, notadamente dos princípios constitucionais relativos à tutela do meio ambiente.

Se o agente público deixa de exercer os deveres-poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem única razão de ser da autoridade pública, tal importará em prática de ato ilícito e imoral – e, possivelmente, ímprobo.

O objetivo deste artigo é justamente demonstrar, ao considerar o licenciamento uma atividade tipicamente administrativa, que a administração ambiental está sujeita aos ditames constitucionais e legais da Administração Pública. Por essa razão, se atua em desobediência a esses preceitos, pode submeter-se aos mecanismos de controle existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da ação de improbidade administrativa.

Configurada a improbidade administrativa, abre-se ensejo à aplicação das sanções previstas na Constituição Federal de 1988 e

na Lei n. 8.429/1992, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

O tema em análise busca relacionar a utilização de institutos do direito administrativo aplicáveis ao direito ambiental, demonstrando que a ordem ambiental pode ser preservada por meio do controle exercido por uma área sobre a outra. O roteiro deste estudo foi desenvolvido de modo que contemplasse sistematicamente as noções fundamentais para a análise do tema, a saber: Administração Pública, princípios, improbidade administrativa e licenciamento ambiental; concluindo-se a abordagem com sucinta análise de problema de caso – as audiências públicas.

Serão tratadas num primeiro momento as noções gerais sobre as funções do Estado, dando-se ênfase à função administrativa e abordando-se os princípios sobre os quais está pautada toda e qualquer atividade que realiza.

Num segundo momento, será abordado o licenciamento ambiental. Tratar-se-á da noção de desenvolvimento sustentável; dos conceitos de licenciamento e licença ambiental, demonstrando que constituem instrumentos preservacionistas e limitadores da iniciativa privada; apresentar-se-ão alguns ensinamentos sobre os institutos do direito administrativo – como a licença e a autorização –, a fim de abordar polêmica a respeito da natureza jurídica da licença ambiental; em seguida, analisar-se-á relevante questão relativa à identificação da discricionariedade administrativa em relação ao licenciamento ambiental, passando pela explicação de que o estudo de impacto ambiental não vincula o procedimento licenciador.

A terceira parte deste estudo se aprofunda mais no direito administrativo, a fim de adentrar nas noções da improbidade administrativa. Nesse momento, abordar-se-ão a origem e o

alcance do termo improbidade, discorrendo sobre a corrupção, os princípios da probidade e moralidade administrativa, a abrangência subjetiva da Lei n. 8.429/1992, além de se evidenciar as espécies de improbidade.

Reserva-se ao capítulo seguinte a verificação da possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos casos de má gestão ambiental, especificamente quando ocorre a violação aos princípios da função administrativa. Nesse capítulo, serão aduzidas considerações sobre a influência dos princípios da Administração Pública geral na administração ambiental, a fim de demonstrar a possibilidade de controle do licenciamento pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

Tais assuntos servem de base para o posicionamento tomado ao final deste estudo. Acredita-se ser o combate à improbidade valiosa arma para coibir, episodicamente, atos administrativos desviados, principalmente quando estamos diante de uma atividade delicada, que é a efetivação da defesa e proteção do meio ambiente.

Por fim, serão tecidas, em conclusão, algumas considerações acerca da análise de problema de caso, relativamente à questão das audiências públicas, de seu regramento à luz dos princípios constitucionais e da eventual – e excepcional – utilização da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em face da violação de princípios constitucionais.

## **2 A Administração Pública**

### **2.1 Considerações iniciais. A função administrativa**

Compreender a Administração Pública significa, antes de qualquer coisa, entender o conceito de Estado sobre o qual repousa

a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços a serem prestados aos administrados.

Como já diziam os romanos: *ubi societas ibi jus* – “onde há a sociedade, aí estará o Direito”. E o Estado far-se-á presente. Dessa concepção, podemos extrair que qualquer grupo social, por mais rudimentar que tenha sido, pressupõe a existência de normas de convivência.

Imprescindível, pois, a criação de limites em relação ao alcance de interesses. Fez-se necessário o surgimento de um ente político com força dominante e soberana sobre a sociedade, capaz de garantir a ordem pública e ser um instrumento para a satisfação dos interesses da sociedade. Eis então que surge a figura do Estado, com seu conceito de nação politicamente organizada, composto basicamente de três elementos (povo, território e soberania).

Leciona Ferreira Filho (2005, p. 47) que, “segundo ensina a doutrina tradicional, Estado é uma associação humana (povo), radicada com base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberania)”.

Nas lições de Meirelles (2004, p. 64-65), é “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”.

A vontade estatal manifesta-se e se apresenta por meio dos poderes do Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, prevê de forma expressa os poderes do Estado: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A cada um desses poderes foi atribuída uma função. Ao Legislativo cabe a função normativa; ao Executivo foi atribuída a função administrativa e ao Judiciário, a função jurisdicional.

Essas são as funções típicas dos respectivos poderes, no entanto, não podemos dizer que são exclusivas. O que há é uma preponderância, pois, embora tenham suas funções normais, podem desempenhar funções que materialmente deveriam pertencer a poder diverso, desde que haja autorização constitucional.

Segundo Mello (2004, p. 34), a função administrativa

é a função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Nas lições de Carvalho Filho (2004, p. 4), “é aquela exercida pelo estado ou por seus delegados, subjacente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”.

Trata-se da função de gerir os bens e interesses qualificados como coletivos de acordo com o Direito e a Moral, visando ao bem comum. Ao exercer a função administrativa, o Estado tem por fim promover a gestão dos bens, interesses e serviços públicos, os quais constituem patrimônio da coletividade. Logo, o ato praticado sem atender ao interesse da coletividade será ilícito e imoral, como veremos.

## 2.2 Princípios constitucionais administrativos

Os princípios, em sentido jurídico, representariam axiomas universais indicativos de proteção de direitos que toda sociedade organizada tem a obrigação de assegurar ao cidadão. Dessa forma, são entes fundamentais para a vida do direito e sua prática diária. A propósito disso, inúmeros são os conceitos que a doutrina emprega para definir o que sejam princípios jurídicos.

A título de ilustração, expõe-se o comentário tecido por Mello (1981, p. 230) acerca dos princípios em geral:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Amaral (2000), em seu trabalho, mencionando outros juslaboralistas, traz, respectivamente, os conceitos de Miguel Reale e De Plácido e Silva: “princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica”, e “são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Não basta, porém, saber o significado dos princípios, sendo fundamental, outrossim, compreender qual a natureza e a função que eles desempenham.

Tem-se que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Não se trata de meros postulados jurídicos, vão mais além. Em verdade, são normas dotadas de positividade. Os princípios exercem, dentro do sistema normativo, um papel diferente do das regras. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas.

Tourinho (2004, p. 54) expressou o pensamento de Bobbio em relação à normatividade dos princípios jurídicos: “Os prin-



cípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. [...] Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais”.

Nesta linha de pensamento a mesma autora traz o posicionamento de Robert Alexy (*apud* TOURINHO, 2004, p. 55):

Os princípios, da mesma forma que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.

Compreendida a natureza dos princípios, faz-se mister tecermos breves comentários acerca das funções que eles exercem. Ressalta-se que inúmeras são as funções exercidas pelos princípios. A doutrina tradicional aponta três funções comuns aos princípios no direito em geral: fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Em relação à primeira, exercem a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se inserem, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem suas bases na principiologia. A função orientadora da interpretação, por sua vez, decorre logicamente de sua função fundamentadora do direito. Se as leis são fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com eles, porque são os que dão sentido às normas. Os princípios servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas.

No que toca à função supletiva, encontra-se campo fértil à integração do Direito. Vale dizer, considerando-se a positividade e força normativa dos princípios, servem eles à colmatação dos espaços ou cláusulas abertas do ordenamento, de forma a oxigenar o sistema jurídico. Por serem dotados de eficácia irradiante e normatividade, espraíam-se pelo sistema, porque possuem aplicabilidade e eficácia direta e imediata em face dos poderes constituídos e,

portanto, da Administração Pública, mormente quando encerram normas reveladoras de direitos fundamentais.

Em relação ao direito administrativo, como não poderia ser diferente, os princípios estão presentes tanto em sua formação quanto na aplicação de suas normas.

Exercer uma função significa agir em busca de uma finalidade. Alguém age nos limites de seus poderes e deveres para alcançar o desígnio de outrem – o interesse público. Devido à natureza desses interesses, são conferidos à Administração direitos e obrigações que não se estendem aos particulares.

Mello (2004, p. 89) afirma que

Onde há função não há autonomia de vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adstrição a uma finalidade previamente estabelecida, e no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público.

Com efeito, a Administração Pública ao exercer a função administrativa está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar os fins almejados.

Todo o ordenamento do direito administrativo está construído sobre o binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos administrados” (MELLO, 2004, p. 87). Assim, para cumprir a função administrativa, sempre direcionada ao interesse público, o Estado se vale de prerrogativas que lhe são asseguradas por lei. Tais prerrogativas são os “poderes-deveres” que são atribuídos à Administração Pública para o cumprimento das finalidades que lhe são impostas. Por conseguinte, o uso

das prerrogativas somente é legítimo se utilizado na medida do indispensável ao atendimento dos interesses coletivos.

Toda vez que se omite no exercício de seus poderes é o interesse público que está sendo prejudicado. Nessa linha de pensamento, Di Pietro (2004, p. 71) afirma que “as pessoas administrativas não têm, portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”.

Do exposto, resulta que o princípio da indisponibilidade do interesse público encontra-se em posição de proeminência em face do princípio da supremacia do interesse público. Antes de adentrar-se em sucinta análise dos demais princípios constitucionais da Administração, cumpre aferir que a supremacia do interesse público, como princípio que é, também se submete à relação de ponderação com outros princípios, em especial aqueles definidores de direitos fundamentais. Destarte, o núcleo essencial de tais direitos/princípios não pode simplesmente ser alijado em nome de suposta e absoluta supremacia, que, portanto, deve ser entendida em termos.

A Constituição dedicou um capítulo à Administração e dispôs no art. 37, *caput*, o rol dos princípios a serem observados pelos entes administrativos na sua atuação, os quais se constituem em regras de observância obrigatória e permanente, alcançando a Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos poderes. O disposto no referido artigo constitucional é rol meramente exemplificativo; existem outros princípios que poderão ser invocados no âmbito da Administração Pública, sejam eles explícitos ou implícitos.

Consagra o art. 5º, inciso II, da CF que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se, pois, do postulado que expressa o

direito de liberdade do indivíduo. Dessa maneira, os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Ao contrário do que ocorre com os particulares nas relações de direito privado, à Administração Pública somente é dado fazer o que a lei previamente lhe autoriza. Trata-se do enunciado do *princípio da legalidade*, que, nas lições de Carvalho Filho (2004, p. 14), é a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”.

Tourinho (2004, p. 65) assevera que “a tendência do atual Estado Democrático de Direito é considerar a legalidade numa dimensão muito mais ampla que a mera subordinação à lei, considerada no sentido estrito”. A ilustre autora entende que não deve ser considerado o simples sentido formal da lei. A legalidade, para ser alcançada, deve atentar para o espírito da norma jurídica inserida no ordenamento jurídico como um todo, ou seja, em seu sentido amplo.

O *princípio da impessoalidade* deve ser visto sob dois prismas distintos. Em relação aos administrados significa que a Administração Pública não poderá atuar discriminando pessoas de forma gratuita, a não ser que esteja presente o interesse público.

Com efeito, a Administração deve permanecer numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas. Conforme o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo um desdobramento do princípio da igualdade.

Em segundo lugar, as ações da Administração não devem ser imputadas à pessoa do administrador, que age apenas por delegação do Estado e em nome do povo. Nesse sentido, os atos praticados pela entidade não são imputados à pessoa que os pratica, mas à própria entidade estatal que manifesta sua vontade.

Para que haja a verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, vedando-se, por consequência, que sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros. Assim, na busca pelo alcance do fim público a que se dirige, a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem nenhuma distinção, vedada, outrossim, a promoção pessoal de agentes ou autoridades.

Além de atender à legalidade e à impessoalidade, o ato administrativo deve ser praticado em consonância com a *moralidade administrativa*, a fim de dar plena legitimidade à sua atuação. Nessa linha de pensamento, a Administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral.

A moralidade é extraída do senso geral da coletividade, dos ideais difundidos na própria atividade administrativa. Dessa forma, não deve ser confundida com a moralidade íntima do administrador, mas com a ética profissional. Assim, não se trata de uma moral comum, mas de uma moral jurídica, a ética da instituição chamada Poder Público.

Com efeito, a atuação do Poder Público sem a observância dos valores morais vigentes no seu corpo social, desviada da finalidade legal ou motivada por interesses particulares implica violação ao princípio da moralidade.

Consequentemente, ao responsável pela prática de atos imorais, é cabível sua responsabilização com base na Lei n. 8.429/1992, que define nos seus arts. 9º a 11, de forma meramente exemplificativa, os atos de improbidade administrativa, notadamente aqueles que importem violação de princípios, objeto deste estudo (art. 11).

O art. 37, *caput*, prevê, ainda, o *princípio da publicidade*, do qual dimana o dever atribuído à Administração de dar total

transparência aos atos que praticar, pois, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso. Tal princípio tem a função de assegurar os efeitos externos do ato, bem como propiciar o seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, por meio dos meios constitucionais previstos.

A regra da publicidade somente pode ser ressalvada nos casos previstos pela própria Constituição (art. 5º, XXXIII).

O último princípio enunciado pela Lei Maior é o *princípio da eficiência*, que tem o condão de informar a Administração Pública, no sentido de aperfeiçoar os serviços e as atividades prestados, buscando otimizar os resultados e atender ao interesse público com adequação, eficácia e satisfação.

A eficiência não se confunde nem com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na Administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos (CARVALHO FILHO, 2004, p. 20).

Têm-se, ainda, os *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, aos quais está a Administração Pública submetida.

Leciona Carvalho Filho (2004, p. 24) que “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda, que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de uma forma um pouco diversa”.

Nesse sentido o princípio da razoabilidade implica dizer que a atuação administrativa deve estar pautada nos padrões normais de aceitabilidade; extravasando-os, seu comportamento estará eivado de vício.

Impõe-se que haja adequação entre os meios e os fins, de modo que os meios utilizados devem contribuir fielmente para que a finalidade legal seja alcançada.

Por tal razão é que o princípio estabelece limitações à discricionariedade administrativa. Na concepção de Di Pietro (2004, p. 80),

trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de imporem-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Di Pietro (2004, p. 81), apresentando a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, afirma que

o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos.

Já a proporcionalidade está contida na razoabilidade, pois, segundo Di Pietro (2004, p. 81) “o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar”. Seu fundamento, nas lições de Carvalho Filho (2004, p. 25-26), é o excesso de poder, uma vez que o “fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões, e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração”.

Enfim, o Poder Público, ao praticar atos, deverá utilizar os meios adequados (razoabilidade) na estrita medida do necessário (proporcionalidade) para alcançar os fins a que está submetido.

### **3 O licenciamento ambiental**

#### **3.1 Considerações iniciais: ato administrativo**

O licenciamento ambiental é tarefa tipicamente administrativa, sujeita às normas de direito ambiental. No que concerne à interferência do direito administrativo sobre o instituto, de forma acertada asseveram Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 210),

Diversas são as relações entre o Direito Ambiental e as ciências do nosso ordenamento. A disciplina de Direito Administrativo guarda estreito relacionamento com a ciência em tela, visto que inúmeros de seus institutos precisaram ser aproveitados, ainda que de modo revisado, na formação e desenvolvimento do Direito Ambiental.

A licença ambiental é modalidade de ato administrativo. Mesmo não havendo um conceito legal de ato administrativo, segundo os ensinamentos de Meirelles (2004, p. 147),

é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato resguardar, transferir, modificar e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

A despeito de não existir um consenso a despeito do exato conceito de ato administrativo, a doutrina é unânime ao concordar que é por meio dele que a Administração Pública faz valer suas vontades, ou seja, é o veículo pelo qual o Poder Público manifesta sua vontade, sempre visando satisfazer o interesse público.

#### **3.2 O meio ambiente. Licenciamento X Licença**

A problemática da qualidade de vida trouxe à baila a questão da conservação do meio ambiente, de modo que essa problemática veio a ingressar em nosso ordenamento ganhando *status* constitucional.



O art. 225 da Constituição Federal determina que

todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Percebe-se que esse dispositivo não esboça o conceito de meio ambiente. O conceito normativo foi consagrado no art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

De acordo com a legislação brasileira, o meio ambiente é considerado patrimônio público, ou seja, um bem de uso comum do povo essencial à qualidade de vida, razão pela qual deve ser necessariamente assegurado e protegido. Nas palavras de Milaré (2004, p. 480), “por ser de todos em geral e de ninguém em particular, inexistente direito subjetivo à sua utilização, que, à evidência, só pode legitimar-se mediante ato próprio de seu direto guardião – o Poder Público”.

A matéria ambiental possui como característica a interdisciplinaridade, que acaba conduzindo à inexatidão conceitual. Desse modo, não podemos falar em um conceito absoluto de meio ambiente, tendo em vista a sua contextualização com as diversas áreas do conhecimento.

A noção de que o meio ambiente constitui um direito que perpassa o caráter individual possui estrita relação com os princípios gerais de direito público da primazia do interesse público e sua indisponibilidade. O meio ambiente não pode ser encarado, portanto, como um simples sistema que integra a estrutura do mundo e da natureza, mas deve ser compreendido como condição necessária à sobrevivência humana na terra, circunscrita a um ideal de solidariedade que garantirá a continuidade da vida no planeta.

Com efeito, as atividades econômicas que possam causar intervenções no meio ambiente estão submetidas ao controle do Poder Público. O licenciamento ambiental, então, é um dos mais importantes meios de controle de que dispõe o Estado para verificar a regularidade e a possibilidade de intervenção projetada sobre o meio ambiente.

É bom que se diga que a tutela ambiental está orientada por especial principiologia, própria à ética intergeracional. Assim é que os princípios da precaução, prevenção, ubiquidade e do poluidor pagador, por exemplo, afiguram-se como fontes inspiradoras do microsistema de tutela processual coletiva, hábil a reconhecer e proteger o direito material relacionado ao meio ambiente.

Desse modo, certo é que a aplicação desses princípios relaciona-se intensamente com o licenciamento ambiental, uma vez que inserem na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental, ou seja, são informadores do licenciamento ambiental.

Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 211) acreditam ser o licenciamento um “instrumento não jurisdicional de tutela ambiental com caráter preventivo”.

A Lei n. 6.938/1981, em seu art. 9º, inciso VI, estabelece que o licenciamento ambiental é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Segundo Fiorillo (2005, p. 81), “o licenciamento é um complexo de etapas que compõem o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão da licença ambiental”.

Desse conceito percebe-se que há uma distinção entre licenciamento e licença ambiental. A Resolução CONAMA n. 237/1997 definiu o licenciamento em seu art. 1º, inciso I, e no mesmo dispositivo, inciso II, trouxe também a definição de licença ambiental, *in verbis*:

Ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

O licenciamento, assim, não é um ato administrativo simples, mas sim um encadeamento de atos administrativos, razão pela qual possui caráter de procedimento administrativo.

Dessa forma, difere da licença ambiental, pois esta é o ato administrativo que outorga ou não a exploração da atividade ou empreendimento requerido pelo interessado. É, portanto, uma das etapas do procedimento administrativo denominado licenciamento ambiental.

A própria Constituição Federal exige a observância de determinados procedimentos obrigatórios para o licenciamento de atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores. É o que ocorre com o estudo de impacto ambiental (EIA), previsto no art. 225, § 1º, inciso IV, e com a audiência pública, prevista na Resolução CONAMA n. 237/1997.

O licenciamento é regulado principalmente pela Resolução CONAMA n. 237/1997, que arrola no Anexo I as atividades e os empreendimentos sujeitos ao licenciamento do órgão competente. Por sua vez, o art. 10 da norma em questão estabelece um resumo do procedimento a ser observado no licenciamento ambiental.

Cumprir lembrar que o licenciamento é compreendido por três momentos distintos, que Fiorillo (2005, p. 84) denomina de “etapas distintas e insuprimíveis: a) outorga de licença prévia; b) outorga de licença de instalação; c) outorga de licença de operação”.

Essa subdivisão, segundo Dawalibi (2000, p. 181), “atende às peculiaridades do próprio licenciamento ambiental, procedimento cindido em três fases para melhor possibilitar a verificação dos riscos ao meio ambiente e do cumprimento das exigências técnicas por parte do interessado”.

Importa ressaltar que não é toda e qualquer atividade ou empreendimento que exige a obtenção da licença mediante o procedimento do licenciamento, mas somente aquelas que tenham potencial lesivo ou degradador do meio ambiente, bem como aquelas que façam uso dos recursos naturais na sua operacionalização.

Vale, por ora, tecer alguns comentários acerca do estudo de impacto ambiental e das audiências públicas, uma vez que constituem importantes instrumentos de proteção ao meio ambiente e etapas do licenciamento.

Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 209) afirmam ser “um estudo que poderá, ou não, integrar o procedimento do licenciamento ambiental e que não tem um fim em si mesmo, mas, pelo contrário, busca, de um modo geral, orientar a outorga (e sua renovação) da licença ambiental”.

A já mencionada Resolução CONAMA n. 237/1997 conceitua genericamente os estudos de impactos ambientais, prevendo, no art. 6º, o conteúdo mínimo que o EIA deve conter; ao passo que a CF, em seu art. 225, § 1º, inciso IV, faz menção ao instituto, que será exigido, na forma da lei, ressaltando-se a importância de sua publicidade.

De acordo com Martinho e Mendonça (2006, p. 9), “ao lado do EIA aparece o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), com a função de explicar numa linguagem acessível ao público em geral o conteúdo do EIA”. Acrescentam Fiorillo e Rodrigues (1999, p.

221) que o RIMA “deve ser claro e acessível, devendo utilizar-se de todos os instrumentos necessários para que se possa compreender o conteúdo do EIA”.

A audiência pública, por seu turno, cuja finalidade é dar publicidade ao EIA-RIMA, pode ou não fazer parte do licenciamento, portanto, não possui cunho obrigatório. Por mais que a audiência pública possa ser considerada facultativa, tendo havido requerimento de qualquer interessado, torna-se obrigatória a sua realização, sob pena de a licença concedida ser considerada inválida. A audiência pública é uma decorrência do princípio da publicidade e, de certa forma, legitima o procedimento do licenciamento ambiental, à medida que permite – ou deve permitir – uma efetiva participação popular.

Desse modo, pode-se concluir que, mesmo que não haja requerimento expresso, a audiência pública seria exigível em hipóteses de evidentes e consideráveis impactos socioambientais decorrentes de empreendimentos lesivos ao meio ambiente. É que, em casos desse jaez, a audiência pública faz-se necessária como fator de legitimidade popular. Tais empreendimentos, assim, não prescindiriam do debate público profícuo, viabilizador da participação efetiva – com possibilidade de interferir – das comunidades afetadas. Exigência esta que, particularmente, não decorreria apenas da legislação regente da matéria, mas dos princípios constitucionais administrativos da publicidade, impessoalidade e moralidade, entre outros, cuja força normativa enseja aplicação direta e imediata, independentemente de eventual lacuna ou deficiência do ordenamento.

Se assim o é, caberia a todos os poderes constituídos o dever de atuação protetiva de tais princípios relacionados ao meio ambiente, em observância aos direitos fundamentais por eles tutelados, de

natureza transindividual. Daí a possibilidade de falar-se em sindicabilidade judicial, no particular.

Com efeito, o licenciamento constitui um dos mais importantes instrumentos de controle da PNMA, na medida em que é um meio de controle da ação humana de interferência no meio ambiente.

Assim, o licenciamento ambiental deve exigir do órgão licenciador uma análise rigorosa, pois uma ação descuidada pode gerar gravames irreparáveis ao meio ambiente. Sob esse prisma, se o órgão descarta de seu papel, em quaisquer das etapas, poderá, episodicamente, responder por ato de improbidade administrativa, dada a patente violação dos princípios antes mencionados.

### 3.3 Natureza jurídica: licença ou autorização?

#### Discricionariedade na concessão da licença?

Tratar sobre natureza jurídica significa questionar o regime jurídico ao qual o instituto jurídico está submetido.

De início, pode-se afirmar que não existe um consenso em relação à natureza jurídica da licença ambiental, mas os doutrinadores são unânimes ao entender que a licença ambiental é uma modalidade de ato administrativo. Assim, a divergência doutrinária existente é em relação a qual das modalidades de ato administrativo a licença ambiental está inserida. Alguns estudiosos a consideram como licença, outros, como autorização.

Para o direito administrativo, considera-se *autorização* o ato administrativo unilateral, discricionário e precário. É o que leciona Mello (2004, p. 402): “é o ato unilateral pelo qual a Administração discricionariamente faculta o exercício de atividade material, tendo como regra caráter precário”.

Por outro lado, considera-se *licença* o ato administrativo unilateral, vinculado e definitivo, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais estabelecidos. Assim, preenchido tais requisitos, a Administração Pública está obrigada a concedê-la. Daí seu caráter vinculado que a distingue da autorização.

Cabe, neste momento, identificar em qual dessas classificações está inserida a licença ambiental.

Machado (2004, p. 255) entende que “o sistema do licenciamento ambiental passa a ser feito pelo sistema de autorizações, conforme entendeu o texto constitucional”. No mesmo sentido é o entendimento de Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 212):

No procedimento para outorga da licença ambiental, não se trata de ato vinculado. A exigência e imperatividade de cumprimento de determinados atos deste procedimento, EIA-RIMA, acabam por retirar a natureza de ato administrativo vinculado, à medida que permite que a Administração possua subsídios para não outorgar a licença requerida, mesmo que o empreendedor preencha os requisitos legais, motivando a sua decisão em critérios de potencial impacto do meio ambiente previsto no EIA-RIMA.

Os doutrinadores que entendem possuir natureza de autorização assim se posicionam, entre outros fatores, porque o ato autorizativo da atividade potencialmente poluidora tem caráter preventivo, baseado no estudo de impacto ambiental, e também porque se trata de ato sujeito à modificação, ao cancelamento ou à suspensão, na forma do art. 19 da Resolução CONAMA n. 237/1997 e art. 9º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981.

Por outro lado, há aqueles que a consideram como licença. Antunes (2004, p. 139), por exemplo, leciona “que a licença

ambiental, *in casu*, não pode ser entendida como se fosse uma simples licença de Direito Administrativo. Assim é porque as licenças de Direito Administrativo, uma vez concedidas, passam à condição de direito adquirido para aquele que as recebeu”.

Argumentam que não se trata de uma licença administrativa pura e simples, pois apresenta características próprias. Desse modo, a licença ambiental tem algumas peculiaridades. Primeiro, possui três subespécies, conforme analisamos anteriormente, e segundo, há a exigência do estudo de impacto ambiental e respectivo RIMA, além da audiência pública.

A essa corrente, alinha-se Milaré, que, após afirmar que não existem atos inteiramente vinculados ou discricionários, existindo apenas preponderância dessas características, conclui que não há equívoco do legislador ao utilizar a expressão licença. O autor não nega a faculdade de juízos de valor da Administração sobre a viabilidade da atividade ou do empreendimento, mas entende que possui natureza de licença, pois a Administração está obrigada a conceder o requerimento do interessado se este preencher os requisitos ambientais exigidos, desde que sejam atendidos os “pressupostos legais relacionados com a defesa do meio ambiente e com o cumprimento da função social da propriedade” (MILARÉ, 2004, p. 486).

Acreditamos que a licença ambiental deve ser considerada ato administrativo – autorização –, por conseguinte, discricionário e precário. Nesse sentido, para que uma licença seja concedida, não é suficiente que o interessado preencha os requisitos exigidos pelo órgão competente para licenciar, exige-se mais, é necessário que a Administração faça uma análise rigorosa dos resultados obtidos no EIA-RIMA, que servirá de elemento motivador da decisão de concessão ou não da licença ambiental.



A redação do art. 9º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981 prevê “a revisão da atividade efetiva ou potencialmente poluidora” e, do mesmo modo, o art. 10, § 1º, que fala em pedido de renovação de licença, indicando assim que se trata de autorização. Tanto o termo “renovação” quanto “revisão” indicam que a Administração pode intervir para controlar a qualidade da atividade licenciada. Não, há, por conseguinte, o caráter de definitividade. Dessa maneira, a partir do momento em que a atividade ou o empreendimento passa a degradar o meio ambiente de modo a desequilibrá-lo, a licença anteriormente concedida poderá ser revogada.

De outro lado, sob a ótica do licenciador, mesmo sendo discricionária, tal não significa que a atividade administrativa encontra-se infensa ao controle judicial, uma vez que, no que interessa ao presente, a discricionariedade também se submete, por óbvio, às amarras constitucionais, devendo circunscrever-se, portanto, aos princípios da Constituição Federal, notadamente aqueles afetos à Administração Pública e ao meio ambiente.

Destarte, não só a lei, mas a Constituição mesma, por seus princípios, estabelece as diretrizes que permitirão aos agentes públicos desempenharem suas funções, de forma a observar os fins a que estão atrelados.

A prática de atos administrativos por parte da Administração, portanto, está submetida a toda essa normativa.

Em relação aos atos vinculados, a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada, porque a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato.

Por outro lado, quando as circunstâncias e a matéria tratada permitem, o ordenamento procura prever com maior precisão pos-

sível as situações fáticas e suas soluções, com as quais se depararão os agentes públicos. Ocorre que o legislador é incapaz de apresentar normas em que, em seu seio, estejam presentes todos os elementos de fato a serem enfrentados pela Administração Pública.

Assim, existirá, não raras vezes, espaço para o administrador optar por um comportamento adequado à resolução do problema posto, ou melhor, para fazer uma apreciação subjetiva do caso concreto, sustentado por critérios de conveniência e oportunidade.

Assim é que Mello (2004, p. 394) conceitua os atos discricionários como aqueles “atos que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”.

Trata-se de liberdade de escolha sempre adstrita aos fins colimados na lei e emoldurada pela Constituição Federal. Se a Administração ultrapassar esses limites, a sua atuação será arbitrária.

Ademais, malgrado haver certa margem de liberdade na qual o administrador pratica o ato de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, a discricionariedade não pode prescindir de requisitos e limites, isso porque não existem atos puramente discricionários.

Os atos da administração revestem-se de maior ou menor carga discricionária, de acordo com a parcela de liberdade concedida pela lei ao administrador. Assim, todo ato administrativo, mesmo os tipicamente discricionários, revestem-se de alguma carga vinculada no que concerne à sua finalidade, que deve ser sempre a de alcançar o interesse público, e à competência legal de quem o pratica.

A discricionariedade existe, então, relacionada aos motivos (oportunidade e conveniência) e ao objeto (conteúdo) do ato. Nunca há uma liberdade total, o que há é exercício de juízo de discricionário quanto à ocorrência ou não de situações que justificam certos comportamentos da Administração (conveniência) e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para atingir o interesse público (oportunidade).

Mello (2004, p. 400), com suas sábias ponderações, conclui que “Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir de modo que torne possível o alcance do desiderato normativo”.

Como defendemos anteriormente, a licença é um ato administrativo autorizativo, portanto discricionário e precário. É a licença ambiental “ato discricionário *sui generis*”, porque a discricionariedade para conceder ou não a licença é sempre restringida, por exemplo, pelo EIA-RIMA.

Assim, o estudo de impacto ambiental integra o processo do licenciamento ambiental e constitui-se em um limite à discricionariedade administrativa.

Com vistas a relacionar os temas abordados, cumpre verificar, em síntese, que, justamente no campo da atividade discricionária, vislumbra-se a necessidade de rígido controle da atividade estatal, de forma a evitar abusos. De outro giro, ausência de previsão normativa vinculante de determinados comportamentos não necessariamente se confunde com ausência de norma, e não se deve esquecer que princípio também é norma. Outrossim, parece correto concluir que no campo afeto à atuação discricionária, de grande relevo afigura-se a utilização da técnica de colmatação relativa aos princípios, cuja eficá-

cia normativa direta exige especial atenção, visto que são estes mesmos, os princípios, que constituem os vetores e parâmetros limitadores da atividade discricionária.

Sabe-se que em caso de atividade ou empreendimento efetiva ou potencialmente poluidor ou causador de degradação ambiental o EIA não pode ser dispensado. A dispensa imotivada ou em fraude deve ser considerada falta grave do servidor que a dispensar, em razão de violação à Constituição Federal.

Por outro lado, não havendo possibilidade de degradação do meio ambiente, é faculdade da Administração exigir ou não o EIA, logicamente que de forma fundamentada, cujas razões podem ser contrastadas judicialmente em face dos parâmetros e limites da discricionariedade. Daí a necessidade de que o faça em ato administrativo claramente fundamentado. Nessas situações, o órgão deve adotar as medidas previstas no parágrafo único do art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997.

O que não pode ocorrer por parte da Administração é abuso ou arbitrariedade, pois, sendo o meio ambiente patrimônio público, os cidadãos e o Ministério Público poderão compelir judicialmente a realização do estudo de impacto ambiental por parte do Poder Público.

Interessante analisar, nesse momento, a vinculação do EIA-RIMA à outorga da licença ambiental, caso o estudo de impacto ambiental seja exigido pelo órgão competente.

Fiorillo (2005, p. 83), analisando a possibilidade ou não de outorga da licença ambiental com base no EIA-RIMA, leciona,

Deve-se observar que a existência de um EIA-RIMA favorável condiciona a autoridade à outorga da licença ambiental, existindo, dessa feita, o direito de o empreendedor desenvolver sua atividade econômica. Temos nessa hipótese o único caso de uma licença ambiental

vinculada. De fato, se a defesa do meio ambiente é limitadora da iniciativa privada (art. 170, VI), e existem danos àquele, não haverá razão para que o empreendimento não seja desenvolvido.

Por outro lado, se o EIA-RIMA mostra-se desfavorável, totalmente ou em parte, caberá à Administração, segundo critérios de conveniência e oportunidade, avaliar a concessão ou não da licença ambiental, porquanto, como já foi realçado, o desenvolvimento sustentável é princípio norteador da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento da ordem econômica. Essa possibilidade retrata uma discricionariedade *sui generis*. Evidentemente, a concessão da licença deverá ser fundamentada, atacando cada um dos pontos que se mostraram impactantes ao meio ambiente, sob pena de ferir o preceito contido no art. 37 da Constituição Federal.

Concordamos parcialmente com esse posicionamento, sendo ele justificável, em parte, pelo princípio do desenvolvimento sustentável, que visa garantir o equilíbrio entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico.

De todo modo, a Administração não possui liberdade plena para decidir pela outorga ou não da licença ambiental. É por tal razão que essa licença é um “ato discricionário *sui generis*”, porquanto o EIA-RIMA deverá servir de elemento preponderante na formação de sua opinião.

Outrossim, pensamos que, se o EIA é desfavorável, as razões justificadoras do órgão licenciador deverão ter a aptidão suficiente para infirmar as conclusões do EIA, de forma que permita ampla avaliação das razões administrativas, a fim de viabilizar oportuno controle do motivo, o que revela, nesse caso, estar-se diante de relevante hipótese de sindicabilidade de ato discricionário regrado.

Ao contrário, se o EIA é favorável, deve-se considerar importante aspecto pragmático, de destacada relevância. É que o princípio da imparcialidade do ente responsável pela elaboração do EIA

carece de efetividade, pois os estudos são custeados quase sempre pelos empreendedores, enquanto os órgãos de controle se desdobram a fim de exercer a atividade fiscalizatória. Tal constatação parece conduzir à conclusão contrária à do citado autor. Vale dizer, nem mesmo o resultado favorável do EIA deve significar, como regra, direito adquirido do empreendedor ou obrigatoriedade da concessão da licença. Ademais, se contrário fosse, exsurge perigosa válvula de escape para eventuais órgãos licenciadores descomprometidos com a preservação ambiental, pois bastaria a concessão da licença EIA favorável, que, ademais, é custeada pelo empreendedor.

Não há que se falar, enfim, em vinculação, porque o órgão licenciador apenas se vincula ao interesse público ambiental, que nem sempre se coaduna com os resultados do EIA, geralmente produzido por ente cuja imparcialidade pode estar comprometida. Não é por outra razão que o EIA obviamente pode ser objeto de impugnação, seja pelo órgão licenciador, seja pelos demais órgãos de controle, judicial ou extrajudicialmente.

## **4 A improbidade administrativa**

### **4.1 Considerações iniciais: corrupção. Os princípios da moralidade e da probidade administrativa**

A análise da corrupção se mostra relevante na medida em que esta configura uma das faces do ato de improbidade. Tratar de improbidade administrativa no direito brasileiro significa refletir, também, sobre os atos de corrupção, tendo em vista a sua conectividade com o plano da imoralidade administrativa. Dessa forma, ressalta-se que não é possível entender os contornos da improbidade administrativa sem compreender, em linhas gerais, o fenômeno da corrupção.

O administrador, como sabido, não é o senhor dos bens que administra, cabendo-lhe tão somente praticar os atos que beneficiem o verdadeiro titular: o povo (ALVES e GARCIA, 2004, p. 3). Ocorre que, em relação à esfera administrativa, nem todos os atos são realizados em observância aos preceitos do direito e da moral administrativa. Nesse sentido, não são raras as vezes em que o agente público se corrompe em nome do interesse privado.

E essa seara em que está inserida a corrupção, nas sábias lições de Alves e Garcia (2004, p. 7), “indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma”.

Alves e Garcia (2004, p. 11) acreditam que “o poder de decisão, sempre que outorgado a um agente público, trará consigo a semente do abuso, que pode ou não florescer”.

Um dos efeitos da corrupção administrativa é a ofensa ao princípio da moralidade administrativa, o que vem a ser séria afronta jurídica à própria Constituição Federal, que, no *caput* do seu art. 37, estabelece os parâmetros de uma sadia condução do Estado. Por essa razão, a ofensa ao princípio da moralidade na Administração Pública é uma conduta corrupta por excelência, ou seja, um ato desviado de improbidade administrativa.

Nesse sentido, devemos prestigiar a possibilidade de responsabilização de todos aqueles que desempenham esse múnus público, tendo em vista que a perspectiva de ser descoberto e julgado, com a consequente efetividade das sanções cominadas, atua como elemento inibidor à prática dos atos de corrupção. Assim, o combate à corrupção está diretamente entrelaçado à perspectiva de efetividade das sanções cominadas.

Em relação à Administração Pública, trataremos a corrupção como uma das manifestações da improbidade administrativa. Nessa linha de pensamento, Pazzaglini Filho, Elias Rosa e Fazzio Júnior (1999, p. 39) têm entendimento esclarecedor quando afirmam ser a improbidade administrativa “o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano)”.

A moralidade, segundo Figueiredo (2002, p. 56), corresponde “ao conjunto de regras de conduta da Administração, que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera”.

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. A concepção de boa administração pautada em um conceito de moralidade objetiva traz consigo a ideia de que há diferença entre a moral comum (subjetiva) e a moral administrativa (objetiva). Conforme observam Alves e Garcia (2004, p. 81),

enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem e o mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.

Ademais, “enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetros os valores subjacentes à atividade estatal” (ALVES e GARCIA, 2004, p. 84).



Destarte, a moralidade é um princípio de observância obrigatória em qualquer conduta administrativa. Em razão desse preceito obrigatório, seja na atuação vinculada, seja na discricionária, deve-se ter sempre a ética (o dever de boa administração) como baliza de orientação.

É no âmbito da atuação discricionária que a moralidade administrativa mais contribui. Segundo Tourinho (2004, p. 76),

Sabe-se que a discricionariedade não se constitui em um poder conferido ao administrador público para agir conforme sua vontade subjetiva no âmbito da Administração Pública. Em verdade, a discricionariedade, visa possibilitar um melhor atendimento do interesse público, uma vez que nem sempre na formulação da hipótese legal poderá o legislador apontar qual o melhor caminho a ser seguido para o alcance ideal do interesse público.

É na atuação discricionária que a Administração tem maior liberdade, em face das várias alternativas colocadas à sua disposição, mas isso não significa que o administrador deve afastar-se da moralidade administrativa.

Via de consequência, se no exercício da atribuição discricionária, o agente público deixar de observar as regras morais, deverá certamente ocorrer a correção, por meio do controle exercido pelo Poder Judiciário e pela responsabilização do administrador por improbidade administrativa.

Nem sempre será fácil a identificação desse senso moral em determinada sociedade, uma vez que os valores e padrões de conduta adotados são variáveis no tempo e no espaço. O problema maior, contudo, não é a identificação da ausência da moralidade, mas a sua prova em juízo para fins de controle do Judiciário. Destarte, será a razoabilidade/proporcionalidade o crivo ade-

quando para o exercício do controle da moralidade, conforme se verificará no capítulo seguinte.

Ao lado do princípio da moralidade, há o da probidade administrativa, o qual tem a função de diminuir a incidência de atos administrativos discricionários, na medida em que estabelece a regra da noção da boa e melhor administração, ou seja, escolha dos meios adequados, coerentes e proporcionais à satisfação de seus fins e alcance do interesse público. Assim, “a adoção do princípio da probidade administrativa no ordenamento jurídico valoriza a implementação prática do princípio da moralidade administrativa” (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 100-101).

A probidade administrativa estabelece um dever funcional a ser observado na atuação administrativa. Um dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente à Administração e terceiros à Administração, ou seja, firma relação interna e externa para que uma boa administração seja exercida.

Não é, evidentemente, toda e qualquer ilegalidade comportamental que pode configurar improbidade. Nem mesmo toda imoralidade administrativa traduz improbidade, o que significa dizer que a patologia aqui tratada requer uma gradação dos deveres públicos, da normativa incidente à espécie e das respostas sancionatórias cabíveis. Somente o processo interpretativo poderá definir, concretamente, um ato ímprobo, o que não impede o reconhecimento de preceitos abstratos e objetivos para os operadores jurídicos.

Assim, quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, o diploma regulador, a Lei n. 8.429/1992, prevê as hipóteses configuradoras da falta de probidade na Administração. No entanto, nem todo ato ímprobo representa violação à moralidade; dessa forma, admite-se que pode ocorrer ato de improbidade sem

que haja conduta desonesta, como ocorre nas hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, que admite a modalidade culposa.

#### **4.2 Improbidade administrativa na Constituição Federal brasileira e a Lei Federal n. 8.429/1992.**

##### **Abrangência subjetiva, espécies e sanções**

A improbidade administrativa apresenta-se quando o agente rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função. Para Martins Júnior (2002, p. 113),

significa servir-se de função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou de outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo.

O art. 37, § 4º, da CF/88 dispõe que os atos de improbidade administrativa importarão em determinadas sanções, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Percebe-se que, desde a promulgação desse dispositivo, há preocupação por parte do Legislativo em punir os atos de improbidade administrativa. No entanto, a Constituição lançou mão de uma norma em branco, uma vez que seu próprio texto menciona “na forma e gradação previstas em lei”.

A improbidade é, no bojo da Lei n. 8.429/1992, em sintonia com o art. 37, § 4º, da Carta de 1988, má gestão dos interesses públicos, seja por desonestidade, seja por ineficiência. A improbidade compreende, pois, três tipos básicos de atos detalhados em tipos sancionadores abertos, em branco, na própria Lei n. 8.429/1992: a) aqueles que comportam enriquecimento ilícito no exercício ou em razão das funções públicas; b) aqueles que produzem lesão ao

erário; c) aqueles que atentam contra os princípios que presidem a Administração Pública.

Qualquer dessas categorias típicas produz lesão aos princípios constitucionais que dominam a Administração Pública e às regras diretamente incidentes à matéria.

Ao passo que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal nos dá algumas sanções a serem aplicadas, como já especificadas, o legislador ordinário, pela Lei n. 8.429/1992, ampliou as sanções aplicáveis. A Constituição não era autoaplicável, desse modo, até a edição dessa lei, apenas eram puníveis os atos que implicassem enriquecimento ilícito, sendo cabíveis, em sede judicial, somente o sequestro e a perda de bens, além de eventuais sanções penais.

No entanto, adveio a Lei de Improbidade Administrativa, que elasteceu o rol previsto na Constituição Federal. Não inovou apenas no plano conceitual, dilatou o âmbito de incidência dos bens e dos interesses tutelados e dos responsáveis pela prática do ato de improbidade, uma vez que a nova ordem exige sanções mais compatíveis e coerentes com a tutela do bem jurídico violado.

Ressalte-se que nisso não há nada de inconstitucional. Nada impede que sejam impostas outras formas de punição, desde que, obviamente, não atentem contra os preceitos constitucionais previstos.

A delimitação subjetiva da Lei n. 8.429/1992 está prevista logo em seu primeiro artigo. Tal dispositivo enumera os órgãos ou entidades que podem ser sujeitos passivos de improbidade administrativa.

A lei define ainda como autores do ato de improbidade o agente público (arts. 1º e 2º) e os terceiros (art. 3º).

A LIA, acertadamente, estabeleceu o conceito de agente público de modo que abrangesse toda e qualquer pessoa que sirva

ao Poder Público. Na lição de Tourinho (2004, p. 143), para assim ser considerada, a atividade realizada deve possuir natureza estatal (requisito de ordem objetiva) e a pessoa deve estar investida na atividade (requisito de ordem subjetiva). Assim, abarcou toda pessoa que se envolva com a Administração Pública.

A lei definiu esse conceito com base nos sujeitos passivos. Como assevera Pazzaglini Filho (2002, p. 23), contemplaram-se todas as pessoas que possuem ligação com os sujeitos passivos arrolados no art 1º.

Destarte, tem-se um conceito bastante amplo daquele que pode praticar o ato de improbidade, abrangendo não só as pessoas que possuem vínculo com a Administração, mas também aquelas que se beneficiam da ação ímproba.

Nesse sentido, o art. 3º prevê que as disposições da Lei n. 8.429/1992 “são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

O terceiro beneficiário é o particular, estranho ao serviço público, que pratica o ato de improbidade em conluio com o agente público. Nessa ordem, “graças a este dispositivo, todo aquele que não esteja incluído na definição de agente público dos arts. 1º e 2º, e seu parágrafo único, mas que direta ou indiretamente seja beneficiado com a ação ilícita, pode ser enquadrado nos termos da lei de improbidade” (MATTOS NETO, 1997, p. 162).

A Lei n. 8.429/1992 reprime três modalidades de atos de improbidade: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Em seguida, enumera as sanções respectivas.

Em cada um desses artigos a lei trouxe, exemplificativamente, algumas situações que podem ser caracterizadas em seu âmbito de abrangência.

O *enriquecimento ilícito* é consequência de atos de corrupção, sendo, na dicção do art. 9º, resultado de qualquer ação ou omissão que permita a aferição de vantagem patrimonial indevida por parte do agente, no exercício de cargo, mandato, emprego ou atividade nos entes mencionados no art. 1º. A lei censura ações ou omissões daqueles que se aproveitam da função pública para angariar vantagem indevida a que não faz jus, pois é contrária à legalidade ou à moralidade administrativa.

Para os fins desta lei, é indiferente que o ato praticado seja lícito ou ilícito. Segundo Martins Júnior (2002, p. 217), “incide sobre ambas as situações, porque é intolerável o uso anormal e antiético da função pública para se enriquecer, mesmo agindo licitamente, sem embargo de que outras conseqüências jurídicas poderão advir da prática do ato ilícito”.

A segunda modalidade de improbidade administrativa é a *lesão ao erário* ou o prejuízo ao patrimônio público, que configura a ruí­nosa gestão do patrimônio público.

Insera-se nessa categoria, na forma do art. 10, a conduta do agente, ativa ou omissiva, dolosa ou culposa, que revela perda, desvio, apropriação, malbarateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da lei.

Como bem assinala Martins Júnior (2002, p. 238), “a tônica central do art. 10, é fornecida pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo ou omissivo do agente, e se expressa na redução ilícita de valores patrimoniais”.

Por fim a lei traz o ato de improbidade que constitui *atentado aos princípios da Administração Pública*.

O dever jurídico de observar os princípios regentes da atividade estatal está expresso no art. 4º da Lei n. 8.429/1992. Tal preceito é uma consequência direta da norma constante no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e é integrado pelo art. 11 da Lei de Improbidade, que alcança todos os princípios aos quais está submetida a atividade estatal, inclusive aqueles implícitos.

Martins Júnior (2002, p. 260) discorre que o art. 11 é a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa. Aduz o autor que a tutela específica do art. 11 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo.

O agente público, na qualidade de gestor público, deve atuar com estrita observância aos deveres que lhe são inerentes. A inobservância desses padrões, seja na atuação vinculada, seja na discricionária, levará à incidência do art. 11, caso o agente tenha agido dolosamente. Nesse sentido, o caso concreto deve demonstrar a intenção do agente em violar o ordenamento jurídico e a grave ofensa aos deveres éticos para que haja configuração da conduta ilícita prevista nesse dispositivo.

Quanto à sua característica de residualidade, na concepção de Pazzaglini Filho (2002, p. 101), por exemplo, “pode-se dizer que a norma do art. 11 constitui soldado de reserva, configurando-se pelo resíduo na hipótese da conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade”.

Ademais, ressalta-se que as condutas listadas no art. 11 são exemplificativas, como ocorre nas hipóteses dos arts. 9º e 10.

Quanto às sanções, o art. 12 se encarrega de explicitá-las. Assim, tem-se que os agentes ímprobos poderão ver suspensos seus direitos políticos; ser afastados da função pública que exercem; perder os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; ser obrigados ao ressarcimento integral do dano, ao pagamento de multa civil, além de serem proibidos de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio.

Cumpra, por fim, apenas salientar que tais sanções não necessitam ser aplicadas cumulativamente, o que permite melhor individualização da responsabilidade e prestigia a razoabilidade e o senso de equidade que devem nortear as aplicações das penas, notadamente quando se trata de atos exclusivamente lesivos a princípios previstos no art. 11 da LIA.

## **5 Controle da licença ambiental pela ação de improbidade administrativa**

### **5.1 Influência dos princípios norteadores da Administração Pública na administração ambiental**

Como visto, a administração ambiental pode ser encarada como a parcela da Administração Pública encarregada da efetivação da legislação ambiental e da aplicação das diretrizes nela estabelecida, com a finalidade de proteger o meio ambiente e melhorar a qualidade ambiental.

A base das atividades da gestão ambiental está desempenhada na estrutura administrativa descrita no art. 6º da Lei n. 6.938/1981, que trata do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), cuja finalidade é estabelecer uma estrutura organizacional formada



pelo conjunto de órgãos e instituições de diversos níveis do Poder Público, incumbidos na gestão ambiental do Brasil.

Uma das atitudes fundamentais da administração ambiental consiste no exercício do poder de polícia, a fim de controlar as atividades particulares (função preservacionista) e efetivar a política ambiental da Administração Pública.

A conduta do administrador público ambiental manifesta-se por atos administrativos ambientais, como é o caso da licença ambiental.

A Administração só pode atuar conforme a lei e em consonância aos princípios. Pazzaglini Filho (2000, p. 113) afirma que atuar conforme a lei significa “atuar não só em conformidade com a norma jurídica aplicável a determinada situação, mas também em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, com os princípios constitucionais”.

Destarte, ainda que seja no exercício da competência discricionária o administrador deve atentar para os limites impostos pela norma, sejam regras, sejam princípios. Interessante ressaltar que o licenciamento, mesmo sendo atividade discricionária, obedece a determinados requisitos estabelecidos por lei, como o estudo de impacto ambiental, o RIMA e a audiência pública.

O princípio da impessoalidade exprime o “dever de o agente público se conduzir, no trato da coisa pública, de forma objetiva e imparcial, imune aos liames políticos e pessoais, tendo por único propósito o interesse público” (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 113).

Nessa ordem, ao mesmo tempo em que as ações da Administração não devem ser imputadas à pessoa do administrador, não poderá atuar discriminando particulares. Tourinho (2004, p. 83) assevera que é no campo da discricionariedade que muitas

vezes verificamos a violação a este princípio, pois “não são raros os administradores públicos que, diante da possibilidade de escolha conferida por lei, deixam de objetivar o atendimento do interesse público para se aterem à satisfação de interesses pessoais determinados”. À vista disso, a administração ambiental não poderá praticar ato sem que permaneça numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas.

Com efeito, a moral administrativa ambiental impede que o administrador aja agredindo o meio ambiente, pois é seu dever atuar pela sua preservação.

O princípio da publicidade, outrossim, implica que os atos administrativos, em regra, sejam públicos para garantir a transparência na gestão administrativa e ensejar o seu controle. Em relação à aplicação desse princípio na administração ambiental, ensina Sobrane (1999, p. 53) que “todas as licenças, autorizações e permissões devem ser publicadas para que possam ter validade. *Se o agente deixa propositadamente de dar publicidade a um ato de natureza ambiental, incorrerá nas sanções da Lei de Improbidade*”.

Já o princípio da eficiência significa que a gestão administrativa do meio ambiente deve ser sempre direcionada ao atendimento mais adequado ou eficaz do interesse público.

Decerto, na concessão da licença ambiental, o agente deve decidir se a outorga ou não, sopesando a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, a fim de possibilitar o desenvolvimento sustentável.

Esse princípio possui grande relevância para avaliar se a atividade discricionária foi ou está sendo exercida eficazmente, isto é, a atividade discricionária é limitada pelo princípio *in casu*.

Em relação ao princípio da motivação, “todo administrador tem o dever de justificar seus próprios atos, motivando a decisão tomada, e indicando as razões pelas quais procedeu dentre as plausíveis, daquela maneira” (BELLO FILHO, 2000, p. 68).

E imprescindível a exposição dos motivos na concessão da licença ambiental, haja vista que a exteriorização dos motivos da outorga ou da negativa visa garantir o controle interno e externo do ato, para fins de verificar se foi atendido o interesse público.

Outrossim, importante ressaltar que o Poder Público deverá utilizar os meios adequados na estrita medida do necessário para alcançar os fins a que se destina. Trata-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais constituem limitações à atividade discricionária. Com efeito, se o ato praticado for manifestamente inadequado para atingir o objetivo legal, a Administração terá ultrapassado os limites da discricionariedade.

Percebemos, então, que esses princípios são norteadores de toda administração ambiental, principalmente no que concerne ao licenciamento ambiental. Dessa forma, sábias são as palavras de Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 216):

Assim, além dos princípios normais que influenciam a formação do direito ambiental, temos que diante do licenciamento ambiental, deverá haver uma imperativa incidência dos princípios do direito administrativo, porque tal ato, ainda que com um formato revisitado, possui um enraizamento atávico que o liga ao direito administrativo e seus princípios.

Com efeito, a administração ambiental deve em todos os seus atos, além de obedecer aos princípios e normas peculiares do direito ambiental, observar obrigatoriamente os princípios regentes da Administração Pública para servir com objetividade o interesse público, ou seja, o direito à proteção do meio ambiente.

## 5.2 O controle da discricionariedade exercido pelo art. 11 da Lei de Improbidade: possibilidade de controle do licenciamento ambiental pela ação de improbidade administrativa

As questões ambientais interessam sobremaneira à coletividade, sendo de extrema importância para as presentes e futuras gerações; sendo assim, a Constituição elevou à categoria constitucional a proteção do meio ambiente, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Contudo, não são raras as vezes que os interesses particulares, movidos por ambições, deixam de observar esse dever conferido constitucionalmente para satisfazerem seus interesses pessoais.

A esse respeito, escreve Sobrane (1999, p. 49):

O Poder Público deve assumir postura protetora do meio ambiente, isentando-se dos interesses particulares para decidir com imparcialidade as questões que lhe são submetidas, devendo agir com cautela e prudência para não se transformar também em agente degradador, em cumplicidade com o interessado.

Assim, o administrador ambiental deve pautar sua conduta no princípio da juridicidade, cumprindo rigorosamente as determinações legais e regulamentares, em observância aos preceitos constitucionais, administrativos e ambientais.

Todavia, atuando em desacordo com os princípios regentes estará o agente incorrendo em prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei n. 8.429/1992. A prática de ato atentatório a tais princípios pode causar, basicamente, a invalidação do ato administrativo licença, bem como a ação de improbidade administrativa.

A mera invalidação apenas impede a continuidade da agressão ao meio ambiente, não permitindo, por outro lado, o retorno do *status quo ante*. Por essa razão é que defendemos a punição do agente administrador ambiental que pratica algum ato no procedimento do licenciamento ambiental em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, com essa medida, o princípio da prevenção, norteador da atividade ambiental, será efetivado, porquanto a punição pessoal do administrador que lesa o meio ambiente ao atuar desonestamente gera o temor da repreensão.

Bello Filho (2000, p. 71) aduz que “este aspecto simbólico permite uma atuação no subconsciente do administrador para que atue em conformidade com a lei, sob pena de lhe ser aplicada a lei de improbidade administrativa. Funciona, assim, como mecanismo de coibição de práticas ilegais futuras”.

Com a Constituição de 1988 consolidou-se o dever de observância dos princípios, imposto a toda e qualquer atividade de gestão de tais interesses, seja esta vinculada ou discricionária.

O exercício da atividade discricionária não significa que se pode praticar o ato com base na conveniência e oportunidade pessoal do administrador. Ao revés, entre as alternativas possíveis, ele deve escolher aquela que melhor se ajuste ao interesse da coletividade, em consonância com os princípios regentes da atividade administrativa ambiental.

Com isso, os atos do Poder Público destinados ao controle, à fiscalização e à proteção do meio ambiente devem ser praticados com observância dos princípios constitucionais, sob pena de o ato praticado ser eivado de improbidade administrativa, pois que lesivo ao dever de atuação protetiva de princípios e direitos fundamentais.

Segundo Sobrane (1999, p. 50), em tese, todos os dispositivos que listam atos de improbidade podem ser aplicados às questões ambientais.

Inicialmente, destaca-se que a improbidade pode resultar não apenas de ação, mas também de omissão do administrador público. Nesse sentido, a ausência de licença para funcionamento da atividade implica ofensa ao princípio da legalidade. Da mesma forma, a omissão quanto a um ato do procedimento, como a audiência pública, poderá infirmar o devido processo do licenciamento ambiental, por vício de publicidade, sujeitando o agente à improbidade e aos termos da LIA.

A primeira espécie de improbidade, conforme já vimos, caracteriza-se pela corrupção ambiental. O art. 9º dispõe que constitui ato de improbidade administrativa o ato de agente que auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, função, mandato ou emprego, importando em enriquecimento ilícito.

Esse é o posicionamento dos autores Pazzaglini Filho e Bello Filho, que apresentam exemplo que configura tal situação. Para Pazzaglini Filho (2000, p. 118-119), “o agente público que, mediante o recebimento de propina, expede licença para implantação de indústria em zona de reserva ambiental, infringe este dispositivo”.

A segunda espécie admitida pela lei busca reprimir condutas que causem prejuízo ao erário. Assim, o agente encarregado da tutela do ambiente que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, acarretar dano ao erário incorrerá nas sanções impostas no art. 12, inciso II, da LIA.

Acredita-se, assim, ser possível a aplicação dos arts. 9º e 10 ao agente público ambiental. Todavia, entendemos que o terreno

fértil para a aplicação da Lei de Improbidade no âmbito da atuação das agências ambientais é o art. 11 da referida lei, isto é, nos casos que importam em violação aos princípios constitucionais.

O art. 11 funciona como norma de reserva, isto é, incide para os casos que não acarretam lesão ao erário nem importam enriquecimento ilícito do agente público que pratica o ato. Ademais, tem a finalidade de fazer prevalecer os deveres salientados no art. 4º da LIA, bem como os princípios constitucionais, punindo a prática de ato que importe apenas na violação destas normas, mesmo que não cause prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente.

Em matéria ambiental, a violação dos deveres e princípios supracitados, como vimos, pode levar à invalidação do ato e à responsabilização do agente público. Segundo Sobrane (1999, p. 52), “o agente público não pode autorizar a investida contra o meio ambiente contrariando dispositivos legais ou praticando ato sem observância da finalidade estatuída na lei”.

Verificada a inobservância por parte da autoridade pública de norma que deveria ser respeitada, o ato é viciado e, portanto, passível de invalidação, imputando-se ao agente as sanções relativas ao ato ímprobo, na forma do art. 11 da LIA.

Cumprido salientar, outrossim, que ao agente licenciador, por redobradas razões, impõe-se o dever especial de bem conhecer as posturas ambientais e, em conformidade a elas, agir imparcialmente. E se lhe retiram a imparcialidade ou autonomia, sobre este deverá recair as sanções da LIA.

Enfim, acredita-se ser possível o controle dos atos administrativos discricionários no âmbito da gestão ambiental, especificamente aqueles praticados no procedimento do licenciamento ambiental, na medida em que é possível punir pessoalmente as autoridades

envolvidas no licenciamento que tenham praticado atos ímprobos, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo possível, ainda, a tipificação nos arts. 9º e 10.

Apenas registre-se que a utilização de tal instrumento afigura-se episódica e excepcional, sob pena de, sob outra ótica, incorrer-se em demasiado cerceamento da liberdade e autonomia do agente público.

## **6 Problema de caso. Das audiências públicas**

Estabelecidas as premissas explicitadas ao longo deste trabalho, cabe analisar, sucintamente, a possibilidade de utilização da ação civil pública por ato de improbidade administrativa como instrumento de controle e forma de implementação do dever de atuação protetiva das normas e dos princípios constitucionais afetos especificamente às audiências públicas, como etapa do licenciamento ambiental.

O procedimento relativo à realização de audiências públicas encontra-se regido pela Resolução n. 09/1987 do CONAMA e, em âmbito estadual, pela Lei n. 5.887/1995, que institui a Política Estadual de Meio Ambiente.

Referida legislação, no particular, assegura a participação popular e o direito à informação, por meio das audiências públicas, mediante consulta à população interessada, antes da expedição da licença prévia para a implantação de projeto ou atividade, pública ou privada, que possa colocar em risco o equilíbrio ecológico ou provocar significativa degradação do meio ambiente. O que se dá especialmente por meio da ampla divulgação da realização das audiências públicas e do conteúdo do estudo e relatório de impacto ambiental – EIA/RIMA.



A Lei n. 5.887/1995 estabelece que a divulgação, para fins de solicitação da audiência pública, deve dar-se, no mínimo, por meio de nota resumida, publicada em jornal de circulação local (art. 92, § 2º). A Resolução n. 09/1987/CONAMA, em seu § 2º, art. 2º, da mesma forma, preconiza que o edital deverá ser publicado na imprensa local.

Atentando-se ao princípio da publicidade, o art. 103, § 5º, do ato normativo citado prevê:

A realização das audiências públicas será sempre precedida de *ampla divulgação*, assegurada pela publicação de, no mínimo, *três* vezes consecutivas, no *Diário Oficial* e nos jornais de grande circulação no Estado, através de nota contendo todas as informações indispensáveis ao conhecimento público da matéria.

As audiências públicas destinam-se a fornecer informações sobre o projeto e seus impactos socioambientais, bem como a possibilitar a discussão e o amplo debate sobre o EIA/RIMA, visando transmitir informações fundamentais acerca do mencionado estudo, por meio de linguagem acessível a todos os segmentos da população, de modo que se conheçam as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais decorrentes de sua implantação.

Outrossim, de maior relevo se afigura o objetivo de promoção de espaço público de discussão, de forma a ensejar a efetiva participação popular, com possibilidade de interferência substancial nas tomadas de decisões, que, ao fim e ao cabo, dizem respeito à sociedade.

O § 4º do art. 103 da Lei n. 5.887/1995, por seu turno, dispõe:

Comparecerão obrigatoriamente à audiência pública, os servidores públicos responsáveis pela análise e licenciamento ambiental, os representantes de cada especialidade da equipe multidisciplinar que elaborou o RIMA, o requerente do licenciamento ou seu represen-

tante legal e o representante do Ministério Público, que para tal fim deve ser notificado pela autoridade competente, com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Tal dispositivo visa propiciar condições à legítima e suficiente transmissão de toda e qualquer informação do interesse das comunidades afetadas. De outro giro, em defesa do interesse público primário, possibilita e viabiliza as análises técnicas necessárias a propiciar efetiva fiscalização e controle do procedimento ambiental, pelos órgãos para tanto legitimados.

Nessa linha, é que o regimento das audiências públicas deve prever prazo satisfatório para as manifestações do Ministério Público e da sociedade, de forma que assegure as prerrogativas e funções institucionais garantidas constitucionalmente, e respeitar o princípio da equidade, entre outros. Só assim é que se implementa a efetiva participação popular em condições de interferir na tomada de decisões, objetivo principal da consulta prévia, que se deve afigurar muito mais participativa do que meramente informativa.

Ademais, a publicidade do EIA-RIMA deve dar-se na área de influência direta e indireta do empreendimento, antes da realização das audiências públicas, permitindo, nos termos da legislação ora mencionada, a participação informada da população a ser atingida. Não basta, assim, apenas a divulgação formal, uma vez que a população pode não ter acesso a ela.

O licenciamento, como visto, é um processo complexo, sendo assim, as consequências da atividade ou do empreendimento devem ser amplamente debatidas. Destarte, a realização da audiência pública deve pautar-se por algumas premissas, senão vejamos.

A audiência não é um mero ato informativo, mas um processo participativo de produção de conhecimento, com procedimentos adequados, hábeis a viabilizar conhecimento e consenso acerca das

consequências positivas e negativas do empreendimento pela população afetada. É um processo, portanto, de tomada de decisões.

Cumpra primar pelo estabelecimento de um diálogo genuíno entre ambas as partes, caracterizado pela comunicação e pelo entendimento. A informação pertinente, clara, oportuna e imparcial deve subsidiar a adoção de qualquer decisão produzida no processo de consulta.

A consulta, enquanto processo mutuamente acordado, deverá compor-se por eventos de natureza diversa (reuniões, oficinas, seminários, assembleias etc.), segundo decidam as partes, e sempre com a disposição de tempo suficiente e recursos próprios para a sua execução.

Não basta, assim, haver mera e formal participação na consulta. Por meio de procedimentos adequados, devem estar presentes indivíduos e instituições representativos dos povos potencialmente atingidos, em condições de debater e interferir. Importante é que as pessoas que simbolizam a instituição política representativa, em cada caso, tenham poder e vez para falar e participar, em sentido material, da tomada de decisão.

Outrossim, o Estado deve fazer-se presente como principal interlocutor durante o processo de consulta, de forma que garanta que o processo deva reconhecer e potencializar a autonomia dos povos. Cumpra considerar que o processo de consulta prévia servirá sempre para informar e amadurecer decisões do Estado e dos povos interessados, em contínua interlocução.

Também não se pode perder de vista que a audiência pública implica a necessidade de acordar um plano de consulta antes de qualquer outra medida. Assim, deve haver definição mínima e detalhada do objetivo do processo, ou seja, do conteúdo da con-

sulta; dos procedimentos a serem aplicados; dos interlocutores legítimos de ambas as partes; do tempo e dos recursos necessários para sua adequada execução, assim como sua origem; além dos procedimentos a serem seguidos.

A informação deve ser pública, de fácil acesso e compreensão, permanente, durante todo o processo, imparcial e prévia a qualquer decisão. É essencial que a população atingida direta e indiretamente tenha conhecimento efetivo dos possíveis riscos, incluindo os impactos sociais, ambientais e de salubridade. Nessa esteira, o processo necessariamente exige trabalho de acompanhamento de grupo de profissionais assessores que possam garantir a compreensibilidade da informação nele circulante. Ademais, o local deve ser adequado a abrir oportunidade ao debate e à ampla participação popular.

Cada uma dessas premissas está atrelada ao ideal maior de garantia de participação popular e diz respeito aos princípios supraenunciados, notadamente o da supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade.

Assim, se o agente público responsável pelo licenciamento da atividade ou empreendimento insiste em proceder à margem da legislação pertinente, descumprindo-a reiteradamente – no que se refere a quaisquer das etapas do licenciamento ambiental, como a audiência pública –, de forma, por exemplo, que desvirtue o real objetivo da audiência, transmutando-a em ato meramente informativo, poderá, episódica e excepcionalmente, submeter-se aos rigores da LIA, devendo responder como incurso no art. 11 do citado diploma.

Se assim se comporta, dolosamente, frustrando o escopo normativo principiológico pertinente, por certo que se afigura possível lançar mão de tal instrumento de controle, com vistas

a reafirmar a eficácia normativa dos princípios que porventura restem violados, especialmente, em casos desse jaez, o da legalidade (finalidade), publicidade, impessoalidade e indisponibilidade do interesse público e, por vezes, moralidade.

No entanto, é de se ter a máxima cautela, ponderando-se adequadamente, caso a caso, a necessidade de assegurar observância aos princípios lesados e garantir a higidez do devido processo de licenciamento ambiental – em prol da preservação do meio ambiente, de um lado, e, de outro, primando pela integridade do espaço de discricionariedade (regrada) reservado ao agente público no desempenho de suas atribuições.

## **7 Conclusão**

A função administrativa é toda atividade desenvolvida pela Administração (Estado) para a satisfação dos interesses da coletividade. Portanto, é em nome do interesse público que deve agir, e, assim, ao exercer a função administrativa, está adstrita ao cumprimento de determinadas finalidades.

Para a consecução dos fins a que se destina, o Estado se vale de prerrogativas que lhe são conferidas por lei. Trata-se dos poderes e deveres que lhe são atribuídos para o cumprimento de suas finalidades. Nessa ordem, o uso de tais prerrogativas somente é legítimo se utilizado na medida do indispensável ao atendimento dos interesses coletivos.

O exercício da atividade administrativa é limitado por algumas restrições que lhe são impostas ao lado das prerrogativas. A submissão dos princípios administrativos consagrados na Constituição Federal de 1988 e em todo o ordenamento jurídico brasileiro é uma dessas restrições, a que está obrigada a observar. Dessa feita,

no desempenho da função administrativa, o Poder Público está obrigado a atentar para os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, autotutela, supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público, ente outros.

Viu-se que a administração ambiental é encarada como parte da Administração Pública e, como tal, está submetida aos ditames legais e às normas que regem toda a atividade administrativa, de sorte que devem ser observadas suas peculiaridades. À vista disso, é tida como a parcela da Administração Pública encarregada da efetivação da legislação ambiental e da aplicação das diretrizes nela estabelecidas, com a finalidade de defender e preservar o meio ambiente e melhorar a qualidade ambiental.

Em razão da relevância do bem jurídico tutelado – o meio ambiente –, a Constituição Federal impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. À vista desse preceito, a CF impôs a todos aqueles que fizerem uso dos recursos naturais a obrigação de zelo para com o meio ambiente.

Dada a importância da preservação, faz-se mister que o uso do meio ambiente seja feito de forma planejada. Isso implica o desenvolvimento de uma política ambiental voltada para o planejamento sustentável, com vistas a assegurar a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a proteção da qualidade ambiental.

Daí a importância dos instrumentos existentes no ordenamento pátrio que permitem a intervenção na ordem econômica com a finalidade de gerir o padrão de desenvolvimento. Mostramos o licenciamento ambiental, e suas etapas, como um desses meios destinados ao planejamento ambiental.

Pôde-se observar que, pelo licenciamento, a Administração Pública, no uso de suas atribuições, estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades, por tal razão é que constitui um importante meio de controle de que dispõe o Estado para verificar a possibilidade e a regularidade de intervenção projetada sobre o meio ambiente.

Trata-se de um procedimento complexo, composto por etapas, que objetiva a concessão da licença ambiental. Esta, por seu turno, é uma das etapas do procedimento, pela qual, mediante ato administrativo, é outorgada a intervenção do meio ambiente.

Afirmamos que a licença ambiental possui natureza de ato administrativo discricionário e precário, portanto, de autorização. Demonstrou-se que, por ser ato discricionário e para que uma licença seja concedida, não basta o preenchimento pelo interessado dos requisitos exigidos pelo órgão competente, é necessário que a Administração faça uma análise rigorosa dos resultados obtidos no EIA-RIMA e em todo o procedimento licenciador, os quais servirão de elemento motivador da decisão de concessão ou não da licença ambiental.

Aliás, a prova maior da discricionariedade a respeito do licenciamento é a natureza não vinculada do EIA-RIMA para o administrador. O EIA-RIMA, portanto, serve de elemento preponderante na formação da opinião do administrador, atuando como fator de restrição da discricionariedade.

A discricionariedade é uma prerrogativa conferida à Administração com o escopo de propiciar o atendimento da finalidade legal no caso concreto. Com o objetivo de proporcionar a escolha do melhor caminho, a lei atribui certa margem de liberdade ao administrador. Isso significa que, entre as alternativas pos-

síveis, deve escolher aquela que melhor se ajuste ao interesse da coletividade e não aos fins privados.

Como esclarecido, os atos do Poder Público destinados ao controle, à fiscalização e à proteção do meio ambiente, enfocados aqueles que concernem ao licenciamento ambiental, devem obedecer aos princípios e às normas peculiares do direito ambiental, além de observar obrigatoriamente os princípios regentes da atividade administrativa, para servir com objetividade o meio ambiente.

Assim, o administrador ambiental deve pautar sua conduta nos princípios regentes de sua atividade. Todavia, atuando em desacordo com os princípios regentes da Administração e com as normas peculiares do direito ambiental, estará o agente incorrendo em prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei n. 8.429/1992.

Concluiu-se que a lei de improbidade pode ser utilizada para reparar eventuais ilegalidades ou desvirtuamento de princípios.

Enfim, defendeu-se ser possível o controle dos atos administrativos discricionários no âmbito da gestão ambiental, especificamente aqueles praticados no procedimento do licenciamento ambiental, na medida em que é possível punir pessoalmente as autoridades envolvidas no licenciamento que tenham praticado atos ímprobos, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo possível, ainda, a tipificação nos arts. 9º e 10.

Enfatizou-se que, entre os atos de improbidade administrativa, o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 veio a exercer um controle principiológico de toda atividade administrativa, inclusive discricionária. Isso porque, caso haja violação aos princípios que norteiam a Administração Pública, mesmo – e principalmente – no exercício da competência discricionária, caberá incidência do referido artigo,



responsabilizando-se, pessoalmente, o administrador público, com aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III. Não é somente o ato que será atacado, mas também o seu responsável, observadas as devidas cautelas.

Por fim, em conclusão, fixada as premissas, buscou-se evidenciar a possibilidade excepcional e episódica de utilização da ACP por ato de improbidade, em razão da violação de princípios, mesmo em sede de audiência pública, etapa específica do licenciamento ambiental, em que o licenciador, predominantemente, atua com discricionariedade, o que não dispensa, em observância ao princípio da juridicidade, o respeito aos princípios constitucionais administrativos e ambientais.

## Referências

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 46, 1º out. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/771/principios-de-processo-civil-na-constituicao-federal>>. Acesso em: 12 set. 2006.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

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, a. 5, n. 18, p. 57-79, abr./jun. 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1931. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L6938org.htm>>. Acesso em: 30 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 jun 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm)>. Acesso em: 6 out. 2008.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 fev. 1986. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/conama>>. Acesso em: 3 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental e no exercício da competência, bem como as atividades e empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/conama>>. Acesso em: 21 out. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

- COSTA, Humberto Pimentel. *Corrupção e improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.al.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008.
- DAWALIBI, Marcelo. Licença ou autorização ambiental? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 17, p. 179-187, jan./mar. 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v.
- ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo; PAZZAGLLNI FILHO, Marino. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 210, p. 171-181, out./dez. 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINHO, Luciana Toledo; MENDONÇA, Andréa Lasmar de. Um estudo sobre o licenciamento ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo: APRODAB, a. 2, v. 35, p. 7-14, jan./fev. 2006.

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

MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade Civil por improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 210, p. 159-170, out./dez. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÈ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre ambiente e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: 1992. Disponível em: <<http://www.fatma.sc.gov.br>>. Acesso em: 3 nov. 2008.

OSORIO, Fábio Medina. Observações sobre improbidade dos agentes públicos à luz da Lei 8.429/92. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 86, n. 740, p. 96-115, jun. 1997.

\_\_\_\_\_. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 87, n. 750, p. 69-85, abr. 1998.

\_\_\_\_\_. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 88, n. 766, p. 88-98, ago. 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 17, p. 112-122, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOBRANE, Sérgio Turra. A lei de improbidade administrativa e sua utilização para a proteção das florestas brasileiras. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, n. 16, p. 49-55, out./dez. 1999.

SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Improbidade administrativa e meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, n. 14, p. 83-90, abr./jun. 1999.

SPECK, Bruno Wilhelm. Corrupção, prevenção e controle. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/index.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.

