

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ROTEIRO

Nesta unidade, nosso objetivo é trabalharmos o conceito e instrumentos da Lei de improbidade administrativa. Esta é o designativo técnico para conceituar corrupção administrativa, ou seja, o que é contrário à honestidade, à boa-fé, à honradez, à correção de atitude. O ato de improbidade não é, necessariamente, um ato administrativo. Poderá ser qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada no exercício da função ou fora dela.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA: BASE CONSTITUCIONAL E REGULAMENTAÇÃO LEGAL.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, inovou em matéria de Administração Pública, consagrando os princípios e preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública. À medida que as normas básicas do Direito Administrativo foram constitucionalizadas, alargou-se a possibilidade de interpretação judicial desses institutos, ampliando-se a ingerência do Poder Judiciário em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador.

A importância da ideia de constitucionalização do Direito Administrativo é flagrante, pois sendo um direito fortemente jurisprudencial, passou a sofrer a influência dos métodos de hermenêutica constitucional, mais abertos e politizados.

Como ensina Jean Rivero, "o direito administrativo é largamente jurisprudencial. É um traço fundamental. Obrigado a resolver litígios para os quais a lei não lhe fornecia qualquer princípio de solução, o juiz teve de construir, muitas vezes completamente, a regra que iria aplicar".

A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos jurisdicionais, principalmente a partir da Constituição de 1988, decorrente da interpretação das regras básicas da Administração Pública previstas na Constituição Federal, caracterizou-se pelo caráter criativo e limitador do Poder Executivo, buscando

a consagração da transparência, moralidade e probidade na gestão da coisa pública em defesa dos direitos dos administrados.

Nesse sentido, ressalta José Alfredo de Oliveira Baracho que "o recrudescimento dos poderes inerentes aos órgãos administrativos não veio acompanhado de aperfeiçoamento das garantias de proteção individual, perante a crescente ampliação das atividades estatais"; concluindo que, "a proteção dos direitos individuais contra atos ilegais da Administração torna-se tema fundamental, no confronto da estrutura do Estado Contemporâneo e seu relacionamento com os administrados".

Ressalte-se que nenhuma das Constituições anteriores havia positivado os princípios e preceitos básicos do Direito Administrativo de maneira tão detalhada e completa quanto a atual Constituição Federal de 1988. Como destacou José Cretella Júnior, "pela primeira vez na história do Direito Constitucional positivo brasileiro vamos encontrar, na Lei Magna, a expressão *Administração Pública*, no Capítulo VII, cujo título é precisamente este: *Administração Pública*".

Observe-se que em Direito Administrativo as expressões Administração Pública grafada com letra maiúscula ou minúscula apresentam conotações diferentes. Administração Pública com letra maiúscula significa a estrutura administrativa, ou seja, representa o conjunto de órgãos, entidades e agentes que exercem a função administrativa e representa o sentido subjetivo da palavra. Por outro lado, a mesma expressão grafada com letras minúsculas significa a atividade administrativa e é utilizada para representar o sentido objetivo da palavra.

Administração Pública	administração pública
Sentido subjetivo da palavra	Sentido objetivo da palavra
Estrutura administrativa: conjunto de órgãos, entidades e agentes que exercem a função administrativa	Significa a atividade administrativa

Poder-se-ia afirmar ainda que a atual Constituição da República codificou as principais normas do Direito Administrativo, que, como lembra Jean Rivero, é essencialmente não codificado; prevendo normas de gerência, contratação, publicidade,

entre outras; além do Estatuto do Servidor Público e de mecanismos de controle da Administração.

A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção.

Como salientado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "a corrupção, embora sua feição mude de época para época, é um fenômeno presente em todos os tempos. Dela, não escapa regime algum. Igualmente, ela existe no mundo inteiro, conquanto em níveis diversos. É assim um mal que todo regime tem de estar preparado para enfrentar". Porém, observa o citado professor a corrupção é "particularmente grave numa democracia. Esta, com efeito, confia na representação para realizar o interesse geral. Se ela é corrupta e persegue o seu bem particular, o regime fica totalmente desfigurado. Além disso, na democracia, rapidamente a corrupção desmoraliza o Poder, além de ser um fator de ineficiência. Por isso, pode levar facilmente à perda da legitimidade do regime".

Dessa forma, em face da modernização e do agigantamento do Estado, a **constitucionalização do Direito Administrativo** representa verdadeiro instrumento de combate à corrupção em todos os níveis da Administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático.

A Constituição de 1988 trouxe, expressamente no caput do art. 37, os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, mais recentemente com o advento da Emenda constitucional n.º 19/98, o princípio da eficiência.

No tocante ao **princípio da legalidade**, este vem expresso no art. 5º, II, da nossa Carta Magna, onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Entrementes, para a Administração pública, a legalidade passa a ter feições peculiares, pois, sua atuação resta condicionada ao que a lei determina,

sendo permitido ao administrador público realizar somente aquelas condutas legalmente previstas.

Quadro A – Legalidade Pública e Legalidade Privada

Critério de Diferenciação	Legalidade Privada	Legalidade Pública
Destinatário	Particulares	Agentes Públicos
Fundamento	Autonomia da vontade (contratos)	Subordinação da vontade
Significado	O particular pode fazer tudo o que a Lei não proíbe. Art. 5º, II, da CF/88	Os agentes públicos somente fazem o que a Lei permite. Art. 37, CF/88, “Legalidade Estrita”
Hiato legislativo	Permissão para fazer	Proibição para fazer

Fonte: quadro elaborado pelos autores do artigo.

Vale observar que, nesse sentido, a acepção lei não é restrita, limitando-se a esta ou aquela norma. Seu significado é muito mais abrangente, pois revela não só a lei em si, mas todo o arcabouço legal e constitucional em que está inserida. Nesse sentido nos ensina Marino Pazzaglini Filho: “O princípio da legalidade, pois, envolve a sujeição do agente público não só à lei aplicável ao caso concreto, senão também ao regramento jurídico e aos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa. [...] A legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade.

O **princípio da impessoalidade** revela-se na finalidade da atuação administrativa, não podendo esta agir em benefício de interesses particulares. A conduta do administrador público deve-se pautar sempre na objetividade e imparcialidade, tendo como único propósito a supremacia do interesse público.

Agrede o princípio da impessoalidade tanto a promoção pessoal do administrador quanto a promoção do interesse secundário do organismo estatal a que pertence o agente público, quando destoante do interesse público primário, que é o alcance do interesse social.

O **princípio da moralidade** norteia a conduta do administrador no sentido de que, embora se pautar na legalidade, terá que ser obrigatoriamente uma conduta de acordo com os ditames éticos e morais presentes atualmente na sociedade. Interessante os ensinamentos de Marino Pazzaglini Filho a respeito do assunto: “a moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito”.

Imoralidade administrativa x improbidade administrativa. Para muitos estudiosos do tema, a improbidade administrativa seria uma forma qualificada de imoralidade, em razão da gravidade da conduta do agente público, já que revestida de desonestidade, abuso ou má-fé. Sendo assim, haveria uma nítida aproximação entre tais conceitos. A moralidade administrativa deve ser vista sob uma perspectiva mais aprofundada, como um princípio cujo conteúdo esteja voltado para o senso de justiça, e tendo a sua observância condicionada não apenas à realização dos fins públicos estabelecidos em lei, mas também à virtude dos meios utilizados para o atingimento destes fins. Com efeito, no âmbito da Administração Pública não pode reinar a ideia de que os fins justificam os meios. A moralidade administrativa se caracteriza não apenas pela retidão da finalidade, mas também pela retidão dos meios para se chegar a ela, de acordo com Carmen Lúcia Antunes Rocha.

Deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal não utiliza o termo imoralidade, e sim o termo improbidade, constante no art. 37, §4º, e art. 15, V. A probidade, por sua vez, é citada nos arts. 14, § 9º, e 85, V, da CF/88. Já o termo moralidade pode ser encontrado em diversos dispositivos constitucionais.

Partindo desta premissa, alguns doutrinadores entendem que, pelo fato da Constituição ter se valido de termos distintos em diferentes artigos (moralidade e improbidade), não se poderia presumir que tais institutos corresponderiam a uma mesma realidade. Assim, não se poderia pressupor que a improbidade é o contrário da moralidade, pois o constituinte poderia simplesmente ter se utilizado do binômio

“moralidade x imoralidade” ou “probidade x improbidade”, de acordo com Marcelo Harger

A falta de precisão da Constituição quanto à distinção entre os referidos termos é, certamente, a razão principal para as grandes dificuldades enfrentadas pela doutrina ao tratar da matéria.

Na lição de Marcelo Figueiredo, “‘probidade’ advém de ‘probo’, do latim *probus*. Ser *probo* significa ser honesto, honrado, virtuoso. A probidade é a retidão, a integridade de caráter”. Assim, segue o doutrinador constatando que “podemos conceituar a probidade como o dever constitucional dos agentes públicos de somente agir honestamente e de acordo com os limites traçados na Constituição e nas leis pertinentes”.

Nesse sentido, a probidade seria coincidente com a própria moralidade, de acordo com a concepção de moralidade administrativa apresentada no tópico anterior, tendo em vista que honestidade, boa-fé e lealdade são conceitos intrinsecamente ligados e de difícil individualização.

Entretanto, quase a totalidade da doutrina administrativista parte do entendimento de que a probidade poderia ser considerada espécie, derivando do gênero moralidade, ou ainda que a probidade seria uma forma qualificada de moralidade. Pelo mesmo raciocínio, a imoralidade administrativa poderia ser considerada gênero, do qual a improbidade é espécie. Nesta seara, vejamos o entendimento de Marcelo Figueiredo: podemos dizer que, genericamente considerada, “improbidade” denota “desonestidade”; esta, por sua vez, está abarcada no conceito maior de “moralidade”. A improbidade é um *minus* (está contida) da moralidade. A improbidade caracteriza-se por ser uma das facetas da moralidade.

O **princípio da publicidade** decorre da ideia de transparência da Administração Pública, porquanto não se concebe o trato da *res publica* sem um mínimo de satisfação para a sociedade, afinal o administrador está lidando com uma coisa que não lhe pertence.

É um princípio instrumentalizador do controle externo e interno da gestão administrativa. Ademais, a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos. Com efeito, a publicidade não se confunde com propaganda ou promoção pessoal dos agentes públicos, porquanto diz respeito às ações da Administração Pública e não de seus servidores.

Por fim, o **princípio da eficiência**, que foi elevado a princípio constitucional

pela já referida Emenda Constitucional n.º 19/98. Cumpre ressaltar que, malgrado a eficiência ter sido elevada a princípio somente com o advento da supracitada emenda, não se vê atividade administrativa sem o dever de eficiência.

É inerente à atividade administrativa o dever de publicidade, pautando-se pela lei, com vistas ao alcance do fim público (interesse social) e de acordo com os padrões éticos e morais presentes na sociedade, mas também, com o máximo de eficiência, sob pena do ato administrativo não importar nenhum benefício para a sociedade. Brilhante, a respeito do tema, é o magistério de Alexandre de Moraes: “assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum”.

Existe, entretanto, outros princípios informadores de uma escorreita atividade administrativa, como o princípio da finalidade, da igualdade, da supremacia do interesse público sobre o privado, da lealdade e boa-fé administrativa, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessarte, somente com a observância de todos esses princípios, é que a Administração Pública estará alcançando os fins objetivados pela nossa *Lex Fundamentalis*, conseguindo assim, pautar-se pelos ditames de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988, portanto, constitucionalizou regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, permitindo a edição da Lei nº 8.429/92 e o combate à improbidade administrativa.

Há na Constituição Federal de 1988 diversos dispositivos que tratam da improbidade, como o artigo 14, § 9º (cuida da improbidade administrativa em período eleitoral), artigo 15, V (veda a cassação de direitos políticos, permitindo apenas a suspensão em caso de improbidade), artigo 85, V (tipifica a improbidade do Presidente

da República como crime de responsabilidade) e artigo 37, § 4º (dispõe algumas medidas aplicadas em caso de improbidade).

Já na Lei 8.429 /92 há as seguintes modalidades de atos de improbidade: dos Atos de Improbidade Administrativa que importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º); dos Atos de Improbidade Administrativa que causam Prejuízo ao Erário (art. 10) e dos Atos de Improbidade Administrativa que atentam Contra os Princípios da Administração Pública (art. 11).

Observe-se que a tipificação dos atos de improbidade administrativa, por serem de natureza civil, são descrições mais genéricas e conceituais do que as exigidas pelo Direito Penal, possibilitando uma interpretação mais construtiva por parte da doutrina e jurisprudência.

Tal fato não gera a responsabilidade objetiva do agente, devendo sempre ser haver a demonstração, dependendo da previsão legal, da existência do dolo ou culpa. **A responsabilidade subjetiva** é aquela que depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano. Desta forma, a obrigação de indenizar e o direito de ser indenizado surgem apenas se comprovado o dolo ou a culpa do agente causador do dano. Para ser indenizada, a vítima deverá comprovar a existência destes elementos, o dolo ou a culpa, caso contrário não receberá nenhum tipo de indenização. Já a **responsabilidade objetiva** não depende da comprovação do dolo ou da culpa do agente causador do dano, apenas do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado à vítima, ou seja, mesmo que o agente causador não tenha agido com dolo ou culpa, deverá indenizar a vítima.

Dessa forma, a lei adotou a regra da responsabilidade subjetiva em relação aos atos de improbidade administrativa, excluindo, inclusive, a inversão do ônus da prova na hipótese de evolução desproporcional de patrimônio do agente público.

2. COMENTÁRIOS À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI Nº 8429/92.

2.1. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O combate específico à improbidade administrativa, no campo civil, foi iniciado com o Decreto-lei federal 3.240, de 8 de maio de 1941, que previa o sequestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultaram prejuízo para a Fazenda Pública, desde que resultasse locupletamento ilícito, e subsidiariamente a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

A Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o sequestro 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 (artigo 141, § 3.). A regulamentação legal veio com a Lei nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói).

Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), estabelecendo as providências para o combate ao enriquecimento ilícito.

O AI nº 14/69, ao estabelecer nova redação ao artigo 150, § 11 da Constituição Federal, posteriormente renomeado para artigo 153, § 11, pela EC nº 01/69, da mesma maneira que a Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o confisco e 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.

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal determina 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.

Em atendimento à Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.429/92, estabelecendo as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função Administrativa Pública direta, indireta ou fundacional e dando outras providências.

A Lei nº 8.429/92 não apresentou um conceito específico para a improbidade administrativa, limitando-se a distinguir as espécies de atos de improbidade em três categorias distintas, conforme os resultados provocados para a Administração, a saber:

atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízos ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração. Diante da ausência de um conceito legal de improbidade administrativa, boa parte dos doutrinadores procura formular um conceito que melhor reflita o objetivo das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.

Na definição de Ives Gandra, "é irresponsável aquele que macula, tisona, fere, atinge, agride a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo instrumento de corrupção".

Manoel Gonçalves Ferreira Filho define, *genericamente*, corrupção como "um desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, grave, insuportável", e, *especificamente*, como "a conduta de autoridade que exerce o Poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material"

Assim, para que se evite o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e ineficiência, o legislador editou a Lei nº 8.429/92, com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado. No dizer de Wallace Paiva Martins Júnior, "a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa".

A Lei nº 8.429/92 consagrou a *responsabilidade subjetiva* do servidor público, exigindo o dolo nas três espécies de atos de improbidade (artigos 9º, 10 e 11) e permitindo, em uma única espécie – artigo 10 –, também a responsabilidade a título de culpa.

Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva servidor público, pois como salientou o Superior Tribunal de Justiça, "não havendo enriquecimento ilícito e nem

prejuízo ao Erário municipal, mas inabilidades do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/1992. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil".

A Constituição estabelece que a forma e a graduação das sanções decorrentes de *ato de improbidade* serão previstas em lei, para que se evite o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e ineficiência, o legislador editou a Lei nº 8.429/92, com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado.

Importante, inicialmente, destacarmos duas características básicas dos atos de improbidade administrativa: *natureza civil* e *necessidade de tipificação em lei federal*.

2.2. NATUREZA CIVIL DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A *natureza civil* dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "... *sem prejuízo da ação penal cabível*".

Portanto, o agente público que, utilizando-se de seu cargo, se apropria ilicitamente de dinheiro público responderá, nos termos do artigo 9º da Lei 8.429/92, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial.

Fábio Konder Comparato ensina que "a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal".

Esse é o mesmo entendimento de Smanio e Damásio, ao afirmarem que "as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa são de natureza civil, distintas daquelas de natureza penal. Os atos de improbidade administrativa deverão ser analisados na esfera da ilicitude dos atos civis e não dos tipos penais".

2.3 NECESSIDADE DE TIPIIFICAÇÃO EM LEI FEDERAL

A possibilidade de responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa depende de prévia previsão legal que preveja as condutas ilícitas, sob pena de ferimento aos princípios da reserva legal e anterioridade.

Dessa forma, os agentes públicos somente podem ser responsabilizados pelo cometimento de atos de improbidade posteriores à edição da Lei nº 8.429/92; sendo vedada a aplicação do referido diploma legal retroativamente.

Importante lembrar que os atos de improbidade administrativa já eram sancionados genericamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verificado nos preceitos da Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65) e no Decreto Lei Federal nº 201/67 (responsabilidade criminal e político-administrativa dos Prefeitos e Vereadores), além das infrações penais previstas no Código Penal, no capítulo dos crimes contra Administração Pública, entre outros dispositivos.

A Lei nº 8.429/92 estabeleceu nova possibilidade de responsabilização do agente público corrupto, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa. Smanio e Damásio reiteram esse posicionamento, afirmando que "comparando a Lei de Improbidade Administrativa com a legislação que estipula os crimes de responsabilidade dos prefeitos, que o mesmo ato praticado poderá sofrer investigações diversas, como, por exemplo, inquérito policial (efetuado pela Polícia Civil), inquérito civil (promovido pelo Ministério Público) e uma sindicância interna realizada pela Câmara Municipal. Após a realização das investigações, poderá o autor do ato sofrer ação penal para apuração de crime de responsabilidade, ação civil, para a verificação da improbidade administrativa, ambas as ações julgadas pelo Poder Judiciário, e um procedimento político-administrativo perante a Câmara de Vereadores. Todas as investigações e procedimentos, bem como as ações, são independentes".

2.4 SUJEITO ATIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Os artigos 1º, *caput*, e parágrafos único, 2º e 3º da Lei nº 8.429/92 definem como sujeito do ato de improbidade administrativa o agente público, servidor ou não, que exerça, embora transitoriamente, ou sem remuneração, seja por eleição, nomeação, designação, contratação ou por qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta ou indireta, em empresa

incorporada ao patrimônio público ou em entidade para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Note-se, porém, que para a referida lei, equipara-se ao agente público, *consequentemente*, podendo ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, todo aquele, pessoa física ou jurídica, que induzir a prática do ato, ou ainda, que com ele concorrer ou em razão de ele auferir qualquer vantagem (artigo 3º).

Assim, o servidor público será o autor do ato lesivo ao ordenamento jurídico, pois as três espécies de atos de improbidade previstas na Lei nº 8.429/92 (artigos 9º, 10 e 11), exigem sua conduta (*improbidade própria*); enquanto o particular – pessoa física ou jurídica – que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato de improbidade, será o partícipe (*improbidade imprópria*).

A lei, portanto, adotou a posição mais ampla possível para possibilitar a responsabilização geral daqueles que pratiquem atos de improbidade administrativa, independentemente de sua condição de pessoa física ou jurídica, agente público ou privado.

Observe-se que o fato de o servidor público estar desligado do serviço não constitui óbice para a continuidade da investigação sobre enriquecimento ilícito por ato de improbidade administrativa.

2.5 SUJEITO PASSIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

O sujeito passivo **mediato** é o Estado, uma vez que a Lei nº 8.429/92 tem por escopo proteger o patrimônio público, a administração da coisa pública (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico). O sujeito passivo **imediato** é a pessoa jurídica efetivamente afetada pelo ato, desde que incluída no seguinte rol, previsto no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 8.429/92:

- órgãos da Administração direta;
- órgão da Administração indireta ou fundacional;

- empresa ou entidade para cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;
- empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público;
- empresa incorporada ao patrimônio público.

Dessa forma, será sujeito passivo a Administração direta, indireta, fundacional de qualquer dos poderes da União, do Estado, Distrito Federal e Municípios, bem como a empresa incorporada ao patrimônio público.

3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - TIPOS LEGAIS.

3.1 ATOS DE IMPROBIDADE E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (ARTIGO 9º).

A Lei nº 8.429/92 prevê em seu artigo 9º constituir ato de improbidade administrativa auferir, por meio das 12 condutas descritas em seus incisos, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade da 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 50% do patrimônio ou da receita anual.

Dessa forma, para a tipificação de uma das condutas previstas no artigo 9º, há a necessidade de quatro requisitos:

- *Dolo do agente*: para a ocorrência de um ato de improbidade descrito nesse artigo, há a necessidade da existência da **vontade livre e consciente do agente em realizar qualquer das condutas nele descritas**. Afirmando a necessidade do elemento subjetivo, o Tribunal Regional do Trabalho decidiu que "o nosso ordenamento jurídico propõe para a caracterização do ato de improbidade que, além da prática do ato, há de se perquirir a existência do elemento subjetivo, isto é, do dolo. **Não há ato de improbidade se dos elementos colhidos no caderno processual apenas se vislumbra a caracterização de culpa**".

- *Obtenção de vantagem patrimonial pelo agente*: a lei não exige, necessariamente, a ocorrência de uma vantagem pecuniária, mas qualquer prestação, positiva ou negativa, que beneficie o agente, auferindo-lhe um enriquecimento ilícito. Além disso, não há a necessidade genérica da existência de prejuízo patrimonial ao erário público ou das entidades referidas no artigo. Assim, **pode-se caracterizar ato de improbidade administrativa mesmo sem efetivo dano econômico ao erário público**, pois como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, o ato pode ser "lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, patrimônio moral da sociedade". Como salientam Pazzaglini F., Rosa e Fazzio Jr., "Ainda que não concorra o prejuízo ao erário ou ao patrimônio das entidades referidas no artigo 1º, a percepção, ainda que indireta, de dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra forma de vantagem econômica, já realiza o *tipo*. Todavia, nos casos tratados nos incisos III, IV, XI e XII ocorrerá, necessariamente, dano material".

- *Ilicitude da vantagem obtida*;

- *Existência de nexa causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida*.

O artigo 9º prevê 12 condutas ilícitas:

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

- perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no artigo 1º, por preço superior ao valor de mercado;

- perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;
- utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;
- receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;
- receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º;
- adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;
- aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido, ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;
- perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;
- receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

- incorporar, por qualquer forma, a seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei;
- usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei.

Note-se, porém, que os incisos do artigo 9º encerram **enumeração exemplificativa**, havendo possibilidade de tipificação como ato de improbidade administrativa de outras condutas, desde que haja congruência com os elementos do tipo previstos no *caput* do artigo, uma vez que a própria lei, após apontar os elementos definidores do ato de improbidade administrativa, enumera que *notadamente* (destacadamente) configuram aquela situação descrita os doze incisos seguintes.

A Lei nº 8.429/92, nesse aspecto, adotou a mesma sistematização da Lei nº 3.502/58, cuja enumeração dos casos de enriquecimento ilícito era meramente exemplificativa.

Além disso, conforme a Constituição Federal salienta expressamente (CF, artigo 37, § 6º), uma conduta que possa ser tipificada como ato de improbidade administrativa não afasta a responsabilidade penal do agente, desde que seja tipificada com infração penal.

3.2 ATOS DE IMPROBIDADE LESIVOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO (ARTIGO 10).

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 afirma constituir ato de improbidade administrativa que cause 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 artigo 1º da citada lei.

Dessa forma, para a tipificação de uma das condutas previstas no artigo 10, há a necessidade dos seguintes requisitos:

- *Conduta dolosa ou culposos do agente*: para a tipificação de um ato de improbidade descrito no artigo 10 não se exige somente a existência da

vontade livre e consciente do agente em realizar qualquer das condutas nele descritas, responsabilizando-se também o agente cuja conduta, por imprudência, negligência ou imperícia, adeque-se àquelas previstas no artigo 10. Portanto, somente nos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 – caracterizados pela existência de lesão ao erário público – permite-se tanto a conduta dolosa quanto a culposa.

- *Conduta ilícita:* a conduta dolosa ou culposa do agente deverá ser ilícita, vale dizer, uma conduta que analisada *per se* seja inicialmente lícita, mas acabe por gerar perda patrimonial ao erário não ensejará a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Exemplo clássico citado pela doutrina aponta a inexistência da ocorrência de ato de improbidade administrativa por parte do funcionário público – motorista que conduzindo veículo oficial, em atividade oficial, por imprudência, acabe gerando uma colisão com terceiros. Essa conduta, certamente, acarretará sua responsabilidade penal e a responsabilidade civil do Estado (risco administrativo, CF, artigo 37, § 6º), porém, não importará ato de improbidade, uma vez que, a análise da conduta *per se* – dirigir veículo oficial em atividade oficial – não é ilícita.

- *Existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaramento ou dilapidação dos bens ou haveres:* genericamente a lei pretender punir a conduta ilícita que acarretar prejuízo concreto aos cofres públicos.

- *Não-exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente:* a lei não exige, necessariamente, a ocorrência de qualquer vantagem por parte do agente que dolosa ou culposamente gerar prejuízo concreto ao erário público.

- *Existência de nexa causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público.*

Igualmente ao verificado na hipótese anterior do artigo 9º, o presente artigo não encerra em seus incisos uma enumeração taxativa, havendo possibilidade de tipificação como ato de improbidade administrativa de outras condutas, desde que haja congruência com os elementos do tipo previstos no *caput* do artigo, uma vez que a própria lei, após apontar os elementos definidores do ato de improbidade administrativa, enumera que *notadamente* configuram aquela situação descrita os 13 incisos seguintes.

O artigo 10 prevê as seguintes condutas ilícitas:

- facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei.
- permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.
- doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;
- permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no artigo 1º da Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado.
- permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.
- realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.

- conceber benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.
 - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.
 - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.
 - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público.
 - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para sua aplicação irregular.
 - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente.
 - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º da lei, bem como o trabalho do servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei.
- celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Além disso, conforme a Constituição Federal salienta expressamente (CF, artigo 37, § 4º), determinada conduta que possa ser prevista como ato de improbidade administrativa não afasta a responsabilidade penal do agente, desde que haja prévia previsão legal.

3.3 ATOS DE IMPROBIDADE CONTRÁRIOS AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO (ARTIGO 11).

Em seu artigo 11, a Lei nº 8.429/92 dispõe constituir ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições atentem contra os princípios da Administração Pública.

Dessa forma, para a tipificação de uma das condutas previstas no artigo 11, há a necessidade dos seguintes requisitos:

- *Conduta dolosa do agente:* para a tipificação de um ato de improbidade descrito no artigo 11 exige-se a existência da vontade livre e consciente do agente em realizar qualquer das condutas nele descritas.
- *Conduta comissiva ou omissiva ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público:* A *ratio* legal para a existência do artigo 11 é a necessidade da existência de um tipo subsidiário, para que possa haver a responsabilização do agente cuja conduta ilícita e em afronta aos princípios da Administração Pública, mesmo que não haja o enriquecimento ilícito, exigido no artigo 9º da lei, ou lesão ao patrimônio público, cuja exigência é feita pelo artigo 10.
- *Violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.*
- *Atentado contra os princípios da Administração:* Não se refere a lei somente aos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, mas a todos os princípios da Administração Pública, em especial aos princípios da legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; supremacia do interesse público; razoabilidade e proporcionalidade; presunção de legitimidade e de veracidade; especialidade; controle administrativo ou tutela; autotutela administrativa; hierarquia; motivação; continuidade do serviço público.
- *Existência de nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da administração.*

Igualmente, pelos mesmos motivos já expostos em relação aos anteriores artigos 9º e 10, a enumeração realizada pelo legislador nos sete incisos do artigo 11 é meramente exemplificativa.

O artigo 11 prevê sete condutas ilícitas:

- praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- negar publicidade aos atos oficiais;
- frustrar a licitude de concurso público;
- deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

4. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E AÇÕES JUDICIAIS.

A Lei nº 8429/92, em seu capítulo V, disciplinou um procedimento administrativo específico para apuração dos atos de improbidade administrativa no âmbito interno da Administração. Nos termos do art.14 da Lei nº 8.429/92, qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Essa representação deverá ser formulada por escrito ou reduzida a termo e devidamente assinada pelo representante, que também deverá se qualificar, apresentar as informações sobre o fato, sua autoria e as provas disponíveis de que tenha conhecimento.

A autoridade administrativa competente deve, necessariamente, pronunciar-se sobre o conteúdo da representação, podendo, contudo, rejeitá-la, por meio despacho

devidamente fundamentado, desde que ausentes as formalidades descritas na Lei de Improbidade. Rejeitada a representação, poderá a autoridade promover, de ofício, a apuração dos fatos representados, se entender que existem indícios da prática de conduta ímproba.

A rejeição da representação por falta das formalidades previstas no § 1º do art.14 da Lei nº 8.429/92 não impede nova representação ao Ministério Público. Nesse caso, o Ministério Público poderá instaurar inquérito civil, se não dispuser de elementos suficientes para o ajuizamento direto da ação de improbidade.

Caso o representado seja servidor público federal, a autoridade administrativa deverá instaurar procedimento administrativo disciplinar, na forma dos arts. 142 a 182 da Lei nº 8.112/91. Após a instauração de processo administrativo para apurar a prática de ato de improbidade, a comissão processante deverá noticiar tal fato ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas, oferecendo-lhes a oportunidade de indicar representantes para acompanhar o procedimento administrativo.

A omissão na adoção de tais deveres por parte da autoridade administrativa e o indeferimento teratológico da representação podem conduzir, segundo a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, “à responsabilização administrativa e criminal da autoridade (art.319 do CP), nesta última hipótese, desde que caracterizados o interesse ou sentimento pessoal. ”

Nos casos em que for comprovada a existência de fundados indícios de responsabilidade, a comissão processante representará ao Ministério Público ou à Procuradoria junto ao órgão da Administração lesado para o ajuizamento de ação cautelar perante juízo competente, com pedido de decretação do sequestro de bens do agente público ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público, nos termos do art. 16, caput, da Lei nº 8.429/92. O mesmo dispositivo prevê, também, a possibilidade de formulação do pedido de sequestro de bens e a adoção de outras medidas de indisponibilidade de bens e valores como o bloqueio de ativos, inclusive no exterior, se necessárias à recuperação do patrimônio.

Não se pode olvidar, entretanto, que a ação cautelar somente será conhecida e provida se houver a comprovação dos pressupostos: *fumus boni iuris e periculum in mora*, o que significa que o autor deverá demonstrar a probabilidade da existência do seu direito e a necessidade de concessão imediata da cautelar a fim de afastar o risco efetivo de perecimento ou dilapidação dos bens durante o período de instrução processual da ação principal.

No tocante à dimensão da medida cautelar, o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica de Direito Público interessada há que se certificar que a indisponibilidade dos bens seja restrita aos bens que assegurem a reparação integral da lesão ao patrimônio público ou à perda do acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, mediante apuração prévia dos valores dos danos.

O autor da ação de improbidade também deve se certificar que o requerimento de indisponibilidade de bens, seja na hipótese de enriquecimento ilícito (art.9º), seja na de lesão ao erário (art.10), seja adstrito aos bens adquiridos posteriormente ao ato de improbidade administrativa que foi imputado ao agente público ou terceiro.

Após o ajuizamento da medida cautelar, o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica interessada deverá propor a ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da medida, se assegurando de que a instrução probatória seja a mais completa possível e que abarque todos os meios de provas previstos no art.332 e seguintes do Código de Processo Civil, notadamente, produção de farta prova documental, depoimento pessoal dos requeridos, prova testemunhal e pericial. Questão interessante que desperta os debates entre os doutrinadores e aplicadores do direito reside na controvérsia acerca da existência a ou não de um tipo de ação mais adequado para punição dos atos de improbidade administrativa.

Alguns autores como Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves defendem a utilização da ação civil pública para apuração e punição dos atos de improbidade administrativa.

Na mesma linha de entendimento, Waldo Fazzio Júnior considera que a ação de improbidade é um tipo de ação civil pública, haja vista que os bens jurídicos por ela tutelados configuram interesses difusos e coletivos, passíveis de serem defendidos pelo Ministério Público, com fundamento no art. 129 da Constituição Federal e na Lei nº 7.347/85.

Por outro lado, outros doutrinadores, como José de Santos Carvalho Filho e Marino Pazzaglini Filho, consideram que a ação de improbidade administrativa segue procedimento previsto na Lei nº 8.429/92 que se mostra diferente do procedimento específico de proteção de direitos difusos e coletivos definido pela Lei nº 7.347/85, lei da ação civil pública.

Todavia, ambos autores acreditam, com propriedade, que essa controvérsia doutrinária não adquire maior importância na seara jurídica, porquanto, de acordo com a lição de José dos Santos Carvalho Filho, “o nomen juris da ação não afeta seu

procedimento, nem a pretensão que nela se formula, nem a decisão a ser proferida”. Este também é o pensamento Marino Pazzaglini Filho proferido nos seguintes termos: Entretanto, sua denominação não tem relevância jurídica, pois o direito de ação independe da titulação para sua existência e formulação. Ao invés, é genérico e irrestringível segundo a norma constitucional que resguarda proteção a todos os direitos individuais, coletivos e difusos, não excluindo da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a eles (art.5º, XXXV). Há que se destacar, ademais, que Lei nº 8.429/92 buscou preservar a indisponibilidade dos interesses públicos ao vedar expressamente, em seu art. 17, § 1º, a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações para apuração de atos de improbidade. Dessa proibição legal, pode-se concluir que também não há possibilidade de desistência da ação pela parte postulante, embora não haja previsão normativa expressa nesse sentido. O mesmo espírito de proteção do patrimônio público e de garantia da efetividade e integralidade da recomposição dos valores desviados do erário também está consignado no art. 17, §2º, da Lei nº 8.429/92, segundo o qual Fazenda Pública deverá promover as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público. Ainda com o escopo de proteção do patrimônio público, há também a determinação do art. 17, § 5º, da Lei nº 8.429/92, segundo a qual a propositura de ação de improbidade prevenirá a jurisdição do juízo para todas as causas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir e o mesmo objeto. A instituição da prevenção do juízo da ação de improbidade em relação às demais ações judiciais com objetos similares visa afastar a possibilidade de trâmites de ações conexas em juízos diversos que pudessem resultar em decisões judiciais conflitantes.

Sob outra vertente, constata-se que a Lei de Improbidade se preocupou em afastar a possibilidade de ajuizamento de ações de improbidade sem fundamento, ao asseverar, em seu art.17, § 6º, que a ação judicial deverá ser instruída com documentação robusta, reveladora de indícios suficientes da existência de ato de improbidade ou com fundamentos consistentes acerca da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Outra precaução com objetivo de evitar o ajuizamento de ações sem fundamento, consiste na instituição de uma fase preliminar de defesa prévia, a ser seguida antes do recebimento da petição inicial. De acordo com a regra do art. 17, § 7º, primeiramente o juízo notificará o requerido para apresentar manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 quinze

dias. Trata-se de um juízo de admissibilidade da ação civil de improbidade cujo descumprimento acarretará a nulidade do processo, conforme a doutrina de Marino Pazzaglini Filho.

De posse das manifestações do requerido, o juiz poderá, em decisão fundamentada, rejeitar a ação de improbidade, desde que caracterizada a inexistência do ato de improbidade, a inadequação da via eleita ou a impossibilidade de julgamento procedente da ação. De modo contrário, havendo indícios da prática de ato de improbidade, o juízo receberá a petição inicial e determinará a citação do réu para apresentar contestação, ficando facultado ao requerido impugnar tal ato judicial por meio de agravo de instrumento.

O objetivo da Lei de Improbidade administrativa de evitar o ajuizamento e processamento de ações de improbidade desarrazoadas também está presente nas disposições do § 12º do art.17, que determinam que, em qualquer fase do processo, constatada a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento de mérito com fundamento no art. 267 do Código de Processo Civil. Além das sanções de caráter cível, os responsáveis por representações desprovidas de fundamento serão submetidos às sanções penais previstas no art.19 da Lei nº 8.429/92 que consideram crime, sujeito à pena de detenção de seis a 10 dez meses e multa e ao pagamento de danos morais e materiais em favor dos acusados, a formulação de representação por ato de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia souber de sua inocência.

Com o intuito de assegurar a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a Lei de Improbidade, em seu art. 20, estipulou que a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos somente se concretizarão após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Para tanto, a autoridade administrativa ou judicial competente poderá determinar o afastamento do agente público do cargo, emprego, ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Importante consignar, também, a previsão contida no art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009, no sentido de que a ação de improbidade e seus consectários independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento, e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

A previsão normativa do art. 21 da Lei nº 8.429/92 revela que a aprovação ou rejeição das contas pelos órgãos técnicos auxiliares do Poder Legislativo não têm o condão de afastar o controle jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição. Isso porque a decisão da Corte de Contas que aprecia as contas dos agentes públicos faz coisa julgada administrativa, exaurindo as instâncias administrativas e impedindo a revisão nessa esfera, não podendo, entretanto, ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário, em razão da incidência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição segundo o qual a lei não poderá excluir, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

5. NATUREZA DAS SANÇÕES COMINADAS E CUMULAÇÃO DE INSTÂNCIAS.

Analisando o citado inciso XXXV, do artigo 5º, do texto constitucional, proclamou o Supremo Tribunal Federal que "a ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível"; pois "a garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República".

Assim, é correto afirmar que a omissão ou mesmo a decisão do Tribunal de Contas não vincula as conclusões do Ministério Público, em especial quanto a existência de eventuais irregularidades e improbidades administrativas a serem levadas ao Poder Judiciário e tampouco a decisão soberana deste em relação aos fatos que lhes sejam apresentados.

Analisando o sistema único de jurisdição, Antônio A. Queiroz Telles afirma que a Constituição Federal de 1988 não tendo adotado a doutrina do contencioso administrativo, que pode ser definido como o sistema jurisdicional mediante o qual a Administração Pública julga, pelo fato de possuir funções judicantes, consagrou a existência do controle judicial à Administração, pois nenhuma lesão ou ameaça a direito estará excluída da apreciação do Poder Judiciário, como prevê o artigo 5º, XXXV, da Carta Maior.

Portanto, da mesma forma como o parecer prévio do Tribunal de Contas não tem o condão de interferir no julgamento político da Assembleia Legislativa, também não pode impedir a atuação do Poder Judiciário na defesa da legalidade e moralidade administrativas.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que proclamou "ainda que ilíquido o pedido, a ação não poderia ser extinta de ofício, considerando a inexistência de convencimento do Tribunal de Contas sobre a existência de eventual dano. Violação caracterizada, devendo a discutida ação civil ter seu mérito devidamente apreciado".

Igual entendimento é sedimentado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao afirmar que "irrelevante, outrossim, a aprovação das contas pelo Tribunal de Contas do Município, em virtude da natureza administrativa de suas decisões. Demais, constitui preceito constitucional intangível que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF). Daí dispor o art. 21, II, da Lei regedora da espécie que 'A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe: II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas ou Conselho de Contas".

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça decidiu a irrelevância da aprovação das contas pelo Tribunal de Contas para a caracterização do ato de improbidade administrativa, afirmando que "a aprovação das contas pelo TCM é irrelevante (art. 21, II, da Lei federal nº 8.429/92), até porque, a lei não excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF)".

5.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A própria Constituição Federal prevê as sanções mínimas e obrigatórias pela prática de ato de improbidade administrativa, delegando à lei a forma e a gradação, não excluindo a responsabilidade penal cabível, nem tampouco a possibilidade de criação de novas sanções pela legislação pertinente.

Dessa forma, são as seguintes as sanções constitucionais previstas para a prática de ato de improbidade administrativa:

- suspensão dos direitos políticos (CF, artigo 15, V);
- perda da função pública;
- ressarcimento ao erário.

Essas sanções têm natureza civil e, conforme destacado expressamente pela Carta Magna, conforme já analisado, não excluem as sanções penais eventualmente previstas em lei para a mesma conduta.

A forma e a gradação exigidas pela Constituição Federal para a aplicação de sanções pela prática de ato de improbidade administrativa vêm previstas nos artigos 5º, 6º e 12 da Lei nº 8.249/92.

Note-se que a responsabilização por ato de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções previstas, somente pode ocorrer em relação às condutas praticadas após a edição da Lei nº 8.249/92, que não possui caráter retroativo por prever sanções inclusive relacionadas a suspensão dos direitos políticos.

Assim, enquanto os artigos 5º e 6º prevêem sanções patrimoniais, o artigo 12 disciplina de forma abrangente o apenamento do ato de improbidade administrativa.

Diz o artigo 5º que, ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano. Por sua vez, enumera o artigo 6º que, no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio.

Por fim, o artigo 8º, apesar de não estipular sanção, prevê que o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações dessa lei até o limite do valor da herança.

Logicamente, não se trata de sanção ao sucessor, uma vez que a Constituição Federal consagra o *princípio da pessoalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena*, quando expressamente prevê no inciso XLV, de seu artigo 5º que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

De maneira mais detalhada, o artigo 12 prevê a gradação das diversas sanções constitucionalmente admitidas para o ato de improbidade administrativa, ao dispor que:

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I – na hipótese do art. 9º, perda do bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda do bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se ocorrer essa circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único: Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."

As sanções de perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos somente se efetivarão com o trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 20). O

trânsito em julgado da sentença condenatória por ato de improbidade administrativa que impôs ao servidor público a sanção de suspensão de direitos políticos acarreta sua inelegibilidade, em face do artigo 14, § 3º, da Constituição Federal.

Ressalte-se, porém, que, apesar da necessidade do trânsito em julgado para a concretização da perda do cargo ou função pública, como consequência da prática de ato de improbidade administrativa (*responsabilidade civil*), não estará impedida a administração pública de demitir o servidor pela prática de falta funcional (*responsabilidade administrativa*), após processo administrativo, garantida a ampla defesa.

Nesse sentido, como definido pelo Supremo Tribunal Federal, "a ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civil e penal, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. Interpretação dos artigos 125 da Lei nº 8.112/90 e 20 da Lei nº 8.429/92 em face do artigo 41, §1º, da Constituição Federal".

A previsão de *perda do bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio*, determinada genericamente pelo artigo 6º e especificamente pelos incisos I e II do artigo 12 da lei, nada mais é do que a complementação da determinação constitucional de proteção ao princípio da moralidade e de que os atos de improbidade administrativa importarão no ressarcimento integral ao erário, uma vez que a aquisição ilícita de bens ou valores pelo agente do ato de improbidade administrativa é absolutamente nula, devendo haver o retorno ao *status quo anterior*.

Ressalte-se a plena possibilidade da incidência das citadas sanções às pessoas jurídicas que tiverem contratado com o Poder Público de forma ilícita, pois conforme já salientado, o artigo 3º responsabiliza todo aquele, pessoa física ou jurídica, que tiver induzido, concorrido ou se beneficiado sob qualquer forma direta ou indireta do ato de improbidade administrativa. As sanções nessa hipótese, logicamente, levarão em conta a condição da pessoa jurídica, aplicando-se-lhe ressarcimento ao erário, perda dos bens acrescidos ilicitamente, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público.

Entendemos que o rol de sanções previstas no artigo 12 da lei não deverá ser, obrigatoriamente, aplicado de forma cumulativa, ou seja, o Poder Judiciário não estará vinculado, abstratamente, à aplicação de todas as sanções em todas as hipóteses de ato de improbidade administrativa, pois em virtude do princípio da individualização da pena consagrado constitucionalmente no inciso XLVI, do artigo 5º, exige-se uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão.

Dessa forma, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta), permitindo ao magistrado que no caso concreto opte pela aplicação de todas as sanções previstas no artigo 12, ou somente por algumas delas.

Nesse mesmo sentido, Smanio afirma que "As sanções previstas no art. 12 não são obrigatoriamente cumulativas. O juiz poderá optar pela aplicação das sanções de acordo com a gravidade do caso concreto".

6. JUÍZO COMPETENTE.

A lei prevê expressamente em seu artigo 17 que a ação principal terá rito ordinário, e será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada.

Na primeira hipótese, disciplina o § 3º, do artigo 17, com a redação dada pela Lei nº 9.366, de 16 de dezembro de 1996, que proposta a ação pelo Ministério Público deverá a pessoa jurídica lesada ser cientificada para integrar a lide, se entender necessário, podendo suprir omissões, falhas e indicar provas. Trata-se, pois, de litisconsórcio facultativo.

Analisando essa hipótese, Rodolfo de Camargo Mancuso entende que "não oferecida oportunidade para a manifestação da Procuradoria em certo processo, tal omissão constituirá fator de nulidade, que é a consequência jurídica correspondente à falta de quesito ou pressuposto que pertine à substância de um ato jurídico".

Ressalte-se a impossibilidade de a União, Estados, Distrito Federal e Municípios defenderem, por meio de suas procuradorias, o servidor público acusado de ato de

improbidade, pois não haveria nenhum sentido na própria Administração arcar com os gastos advocatícios do servidor-réu. Além disso, a Pessoa Jurídica de Direito Público prejudicada integrará, querendo, a lide, em defesa do interesse público.

Na hipótese de propositura de ação de improbidade administrativa pela pessoa jurídica prejudicada, o Ministério Público atuará no processo como *custos legis*.

A competência para a propositura da ação será determinada, de acordo com a lei, pelo local da ocorrência de dano ao erário, se houver, ou em caso contrário, da prática do ato de improbidade administrativa.

É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, conforme preceitua o § 1º, do artigo 17.

A lei prevê, ainda, como medidas cautelares específicas, as seguintes:

- Indisponibilidade dos bens (artigo 7º);
- Sequestro de bens do responsável por lesão ao erário ou enriquecimento ilícito (artigo 16).
- Bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior, no caso de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário (artigo 16, § 2º).
- Possibilidade de afastamento, por parte da autoridade judicial ou administrativa competente, do agente público do exercício do cargo, emprego ou função pública, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (artigo 20, parágrafo único).

O artigo 18 da citada lei determina que a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

As hipóteses de indisponibilidade dos bens (artigo 7º) e sequestro de bens do responsável por lesão ao erário ou enriquecimento ilícito (artigo 16) foram, anteriormente, analisadas.

A possibilidade de afastamento, por parte da autoridade judicial ou administrativa competente, do agente público do exercício do cargo, emprego ou função pública, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (artigo 20, parágrafo único) consiste em medida processual de caráter cautelar importantíssima, e será analisada no próximo tópico.

6.1 AFASTAMENTO LIMINAR DO AGENTE PÚBLICO

A efetivação da medida cautelar prevista no artigo 20 da Lei nº 8.429 necessita da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Enquanto o primeiro requisito se caracteriza pela viabilidade da acusação exposta na petição inicial, a presença do *periculum in mora* deve ser auferida pela constatação da necessidade de afastamento do servidor público em face da regular coleta de provas durante a instrução processual.

Como destacado pelo Ministro Gilson Dipp, "em primeiro lugar, se existem indícios de que o administrador público, ficando em seu cargo, poderá perturbar, de algum modo, a coleta de provas do processo, o afastamento liminar se impõe, imediatamente, inexistindo poder discricionário da autoridade judiciária. Nem seria preciso tanto como se imagina para se determinar essa providência. Basta que, pela quantidade de fatos, pela complexidade da demanda, pela notória necessidade de dilação probatória, se faça imperioso o afastamento compulsório e liminar do agente público do exercício de seu cargo, sem prejuízo de seus vencimentos, enquanto persistir a importância da apuração de dados informativos ao processo. Daí a necessidade da constrição ao exercício da atividade laboral, com o propósito de angariar a verdade dos fatos, com total isenção na produção das provas".

A Lei de Improbidade Administrativa não prevê prazo certo de duração para o afastamento liminar, que poderá, em tese, prolongar-se até o final da instrução processual, cabendo agravo de instrumento ao Tribunal competente para suspensão dessa decisão.

Ressalte-se, porém, que o prazo de duração do afastamento liminar, em face de sua excepcionalidade, deve ser analisado sob a ótica dos princípios da presunção de inocência e razoabilidade, não podendo a provisoriedade converter-se em definitividade, ou seja, transformar-se em antecipação da sanção de perda do cargo.

Essa ponderação de princípios deve ser levada em conta, principalmente, em relação ao afastamento liminar de detentores de mandatos eletivos acusados de improbidade administrativa.

Nessas hipóteses, se por um lado o afastamento, em geral, mostra-se absolutamente necessário para que haja a correta instrução processual, por outro lado, o afastamento liminar não pode prolongar-se indefinidamente, por toda a duração do mandato, acarretando, em consequência e sem o devido processo legal, a perda definitiva do cargo.

Analisando hipótese semelhante, o Superior Tribunal de Justiça acentuou essa preocupação, afirmando que "para a condução imparcial da coleta de provas na instrução processual relativas a eventuais crimes de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), é imperioso o afastamento do Prefeito de suas funções, nos termos do art. 20 do referido diploma legal. Caracteriza-se, entretanto, como dano irreparável (*periculum in mora*) se, decorrido um ano do afastamento, a instrução processual não se encerra, reduzindo o mandato eletivo em um quarto e assemelhando tal ato judicial a uma verdadeira *cassação*".

Trata-se, pois, de medida liminar excepcional prevista para o agente público acusado de improbidade administrativa, e que não poderá transformar-se em antecipação da sanção de perda do cargo.

6.2 INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 não incluiu o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa na esfera de atribuições jurisdicionais originárias do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais ou quaisquer outros tribunais, cuja competência originária não as abrange, ainda que

propostas em face dos congressistas, de Ministros de Estado, Governadores, Prefeitos ou do próprio Presidente da República.

Em relação à competência para propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa praticado por então Prefeito, posteriormente eleito Deputado Federal, afirmou o Supremo Tribunal Federal que "como a alegação de improbidade administrativa concerne à atuação do acusado como Prefeito Municipal, observadas as formalidades legais atinentes à espécie, competente pra propor a ação de improbidade administrativa é o Representante do Ministério Público, com atribuição específica, ou a Prefeitura de Acaraú (art. 17 da Lei 8.429).

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não é o órgão competente para conhecer, inicialmente, de ação de improbidade administrativa, ainda que proposta contra quem detenha atualmente o mandato de Deputado Federal". Para a Ministra Carmen Lúcia, a ação de improbidade administrativa, em razão de sua natureza não penal, não se inclui na competência da Suprema Corte, mesmo quando ajuizada contra autoridade que tenha foro específico neste órgão, aí incluído o parlamentar federal. O artigo 102, inciso I, da Constituição Federal enumera as causas que cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente. Já o inciso II do mesmo artigo especifica os processos que a Corte Constitucional deve julgar, em grau de recurso ordinário. Veja que o artigo 84, parágrafo 2. do CPP fora declarado inconstitucional.

No mesmo sentido, o entendimento pacífico do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, pela inexistência de foro privilegiado em relação à propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra ato de Prefeito Municipal, afirmando que "A competência originária do Tribunal de Justiça é para o - julgamento do prefeito -, isto é, diz respeito a ações criminais contra o Prefeito, quando, então será ele julgado. Não diz respeito a outras ações nas quais se julga a responsabilidade civil dele por atos praticados no exercício do cargo".

Diversamente, o ex-Ministro Paulo Brossard defende a existência de foro especial para as ações civis por ato de improbidade administrativa de membros do Poder Judiciário, afirmando que, "em tema pertinente ao exercício de suas funções judicantes ou administrativas, envolvendo mesmo sua permanência na magistratura ou o seu

afastamento dela, não pode ser processado e julgado por juiz a ele hierarquicamente inferior".

Nesse mesmo sentido, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes defendem "a incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar causas de improbidade administrativa em que sejam réus ministros de Estado ou membros de tribunais superiores, em face da natureza das sanções aplicáveis, que ultrapassam os limites da reparação pecuniária e podem ir, em tese, à perda da função pública. Admitir a competência funcional dos juízos de primeira instância é subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competência".

Discordamos desse posicionamento, pois a Constituição Federal, consagrando o princípio do Juiz Natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas. O legislador constituinte foi claro ao direcionar os foros especiais em razão da dignidade da função somente para o processo penal – bastando, por exemplo, a leitura do artigo 102, I, *b* ou artigo 105, I, *a* –; excluindo-se, portanto, de forma peremptória o processo e julgamento das ações civis por ato de improbidade administrativa originariamente nos Tribunais.

Fábio Konder Comparato, igualmente, nega a existência de foro especial para responsabilização por atos de improbidade administrativa, afirmando que "a criação de foros privilegiados, em razão da função ou cargo público exercido por alguém, é sempre submetida ao princípio exercido por alguém, é sempre submetida ao princípio da reserva, de natureza constitucional ou legal. Em nenhum País do mundo, que se pretenda Estado de Direito, ou, mais ainda, Estado Democrático de Direito, nunca se ouviu dizer nem sequer sugerir que o Poder Executivo, ou o Poder Judiciário tenham competência para criar prerrogativas de foro; pior ainda – o que seria inominável abuso – ninguém jamais admitiu a constitucionalidade de sistemas jurídicos onde houvesse prerrogativas de foro para os próprios membros do Poder que as criava"; para concluir que os privilégios de foro, "representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Em consequência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem a mais mínima ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se achar autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração da utilidade pública lhe pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar esse benefício excepcional".

OBSERVAÇÕES:

1. Não existe foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa (posição do STF e do STJ). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são uníssonas quanto à impossibilidade de aplicação de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade. Há, contudo, certa divergência entre esses tribunais no que se refere à possibilidade de agentes políticos responderem por atos de improbidade. Para o Supremo Tribunal Federal, os agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade da Lei 1079/50 não respondem por improbidade administrativa. O Superior Tribunal de Justiça, em contraposição, afirma que, à exceção do Presidente da República, não há norma constitucional que impeça que os agentes políticos respondam por crimes de responsabilidade e por ato de improbidade. Ressalta-se, por fim, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal respondem por atos de improbidade perante o próprio Tribunal, não por foro por prerrogativa de função, mas pelo fato de que o julgamento de um Magistrado do Tribunal de Cúpula por um juiz de primeiro grau de jurisdição fere a própria sistemática constitucional.

2. O STJ entende que os prefeitos podem responder por improbidade administrativa e também pelos crimes de responsabilidade do Decreto-Lei 201/67 (ex: REsp 1066772/MS). A ação de improbidade administrativa contra os prefeitos será julgada em 1ª instância;

3. Para o STJ, os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa, com exceção do Presidente da República. Logo, é possível que os agentes políticos respondam pelos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 e também por improbidade administrativa.

4. Para o STJ, a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada em 1ª instância, ainda que tenha sido proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. Logo, para o STJ, as ações de improbidade administrativa propostas contra:

- Governadores de Estado/DF;
- Desembargadores (TJ, TRF ou TRT);
- Conselheiros dos Tribunais de Contas (dos Estados, do DF ou dos Municípios);

- Membros do MPU que oficiem perante tribunais.

Devem ser julgadas pelo juiz de 1ª instância (e não pelo STJ);

5. O STF já decidiu, em 2007, que os agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 não respondem por improbidade administrativa (Rcl 2138/DF). Existe uma grande probabilidade de que a atual composição da Corte modifique esse entendimento.

6. O STF já decidiu, em 2008, que a competência para julgar ação de improbidade administrativa proposta contra Ministro do STF é do próprio STF (Pet 3211/DF QO).

7. PRESCRIÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 37, § 5º determinou que a lei estabelecesse os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Dessa forma, o artigo 23 da Lei nº 8.429/92 define que as ações destinadas a levar a efeito as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa podem ser propostas:

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

Ressalte-se, somente, que as ações para obtenção de ressarcimento por dano causado ao erário público são imprescritíveis, nos termos da citada previsão constitucional. Ou seja, a prescrição elencada no art. 23 da Lei nº 8.429/92 se restringe à apuração das faltas funcionais cometidas pelos servidores públicos, sem atingir, no entanto, o direito de ressarcimento de danos causados ao patrimônio das entidades previstas no art.1º da Lei. Isso porque, de acordo com art.37, § 5º, da Constituição

Federal, as ações que visam o ressarcimento dos danos causados ao erário são imprescritíveis.

Assim, em caso de impossibilidade de ajuizamento de ação em razão do decurso do prazo prescricional, restará, ao menos, a possibilidade de recuperação dos danos causados ao erário por meio da ação de ressarcimento, que como visto, não está sujeita a prazo prescricional.

CONCLUSÃO

O surgimento, desenvolvimento e evolução histórica dos princípios e preceitos básicos do Direito Administrativo, a partir do final do século XVIII e início do século XIX, até os dias de hoje, elevaram as normas sobre Administração Pública à condição de garantias individuais dos administrados em face do Poder Público, com a finalidade de limitação do arbítrio estatal e concretização do Estado de Direito.

No ordenamento constitucional brasileiro, essa evolução, sem paralelo no Direito Comparado, foi dinâmica e crescente, concedendo *status* constitucional às normas básicas do Direito Administrativo.

A Constituição de 1988 passou a prever os princípios da Administração Pública e seus preceitos básicos e obrigatórios a todos os Poderes de Estado em todos os níveis de entes federativos, além de regras para responsabilização de seus agentes.

Além disso, consagrou constitucionalmente as principais regras do Estatuto dos Servidores Públicos, de maneira a garantir-lhes maior independência no exercício das funções estatais, afastando a ingerência política e buscando maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

A constitucionalização do núcleo básico do Direito Administrativo pela Constituição da República de 1988 consagrou o surgimento da Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, delimitada pelos seus princípios, preceitos e finalidades básicas, sendo impossível sua alteração pelos mecanismos legislativos ordinários, em face de seu novo *status constitucional*.

Esse novo *status* trouxe para o Direito Administrativo os modernos métodos interpretativos constitucionais, ampliando a ingerência política do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, nos negócios da Administração Pública, com a finalidade de probidade e efetividade.

A Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo assenta-se em dois grandes pilares: *a probidade e transparência na gerência da res pública e a eficiência na prestação dos serviços públicos*.

A probidade e transparência na regência da res pública vem disciplinada pela previsão dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade; pela estipulação de regras para a contratação dos servidores públicos, seus vencimentos, acumulações e vedações; pela consagração da necessidade de licitação para contratação de obras e serviços; pela restrição à publicidade pessoal dos governantes, entre outros importantes mecanismos.

Além disso, a Constituição Federal trouxe instrumentos assecuratórios da probidade e transparência administrativa, tais como o direito de certidão, direito de petição, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular, mandado de segurança individual e coletivo.

Por fim, o eventual desrespeito às regras de probidade administrativa foi previsto e sancionado pelo texto constitucional, ao estipular as consequências jurídicas para a prática do ato de improbidade administrativa.

A eficiência na prestação dos serviços públicos, igualmente, vem acompanhada de inúmeros mecanismos constitucionais para sua implementação.

Dessa forma, o texto constitucional consagra o princípio da eficiência, a flexibilização do conceito de estabilidade do servidor público e os contratos de gestão.

Esse binômio básico do Direito Constitucional Administrativo foi incorporado em todas as Constituições estaduais de 1989 e nas Leis Orgânicas Municipais, sempre com a finalidade de garantir aos administrados proteção contra os abusos e ilegalidades do Poder Público, na gerência da *res pública*, e maior efetividade na prestação dos serviços públicos.

A Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, portanto, une-se às tradicionais declarações constitucionais de direitos e garantias individuais e às regras de Separação de Poderes, como instrumento de controle político e social da atuação do Poder Público e mecanismo de melhora na prestação dos serviços públicos.

BIBLIOGRAFIA:

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. in “Crise e desafios da Constituição”. SAMPAIO, José Adércio de. (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 18ªed. Ver. Ampl. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007.

CRETELLA JR., José. *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., Rio de Janeiro: FORENSE, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FILHO, Marino Pazzaglini. Princípios reguladores da Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2000.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ed. Rev.Ampl.,Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HARGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa culposa. *Revista Bonijuris*, n. 559, jun. 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RIVERO, Jean. Curso de direito administrativo comparado. Tradução de José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.