

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**BRUNO FERRINI MANHÃES BACELLAR**

**ALGUNS ASPECTOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
E SUA APLICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

MARÍLIA  
2008

BRUNO FERRINI MANHÃES BACELLAR

**ALGUNS ASPECTOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
E SUA APLICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:  
Prof<sup>a</sup>. NORMA SUELI PADILHA

MARÍLIA  
2008

BACELLAR, Bruno Ferrini Manhães.

Alguns aspectos da lei de improbidade administrativa e sua aplicação pelo Ministério Público / Bruno Ferrini Manhães Bacellar; orientador: Norma Sueli Padilha. Marília, SP: [s.n.], 2008.

64 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília — UNIVEM, Marília, 2008.

1. Improbidade Administrativa. 2. Princípios da Administração Pública. 3. Ministério Público. 4. Agentes Políticos.

CDD: 341.3



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
Curso de Direito

**Bruno Ferrini Manhães Bacellar**

RA: 32824-3

ALGUNS ASPECTOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
E SUA APLICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9.0

ORIENTADOR(A):   
Norma Sueli Padilha

1º EXAMINADOR(A):   
Edinilson Donisete Machado

2º EXAMINADOR(A):   
Maiara Cristina Lima Massine

Marília, 16 de outubro de 2008.

Dedico este trabalho:

Aqueles agentes públicos que dia após dia travam batalhas na defesa dos direitos e garantias assegurados por nossa Constituição;

Não a qualquer agente público, mas aqueles que nos honram, enfrentando toda a improbidade desse país de maneira incorruptível;

Aqueles agentes públicos que esperançosamente não desanimam frente ao mar de desventuras que tenta os desvirtuar no exercício de suas funções.

A estes ilustres heróis da nação brasileira, integrantes de tão seletivo grupo que um dia há de ser maioria.

“Há homens que lutam um dia, e são bons;  
Há outros que lutam um ano, e são melhores;  
Há aqueles que lutam muitos anos, e são muito bons;  
Porém há os que lutam toda a vida  
Estes são os imprescindíveis”

(BERTOLD BRECHT)

BACELLAR, Bruno Ferrini Manhães. **Alguns aspectos da lei de improbidade administrativa e sua aplicação pelo Ministério Público**. 2008. 64f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

## RESUMO

A improbidade administrativa é uma prática extremamente lesiva aos interesses e princípios que devem nortear a atuação da Administração Pública. A presente monografia pretende contribuir com uma análise da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), destacando sua importância para contribuição da vedação da prática de improbidade administrativa. Buscamos, aqui, ressaltar alguns pontos controvertidos da referida lei, trazendo ao lume alguns ilustres posicionamentos tanto da doutrina quanto da jurisprudência sem, todavia, a pretensão de esgotar o estudo do tema. Nesse esforço, para dar maior embasamento ao entendimento da essência da referida lei, apresentamos uma análise dos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), que foram os norteadores da confecção da Lei de Improbidade Administrativa. Ainda visando expor a efetivação prática da lei em estudo, discorreremos sobre o seu principal operador, o Ministério Público; considerando o importante papel desempenhado por este ilustre órgão após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Concluímos o presente trabalho demonstrando a forma como atualmente a Lei de Improbidade Administrativa vem sendo interpretada, pelos tribunais, e a forma como tem sido restringida a abrangência da mesma, restando assim, evidentemente, em desacordo com o clamor social.

**Palavras-chave:** Improbidade Administrativa. Princípios da Administração Pública. Ministério Público. Agentes Políticos.

## ABREVIATURAS

ADCT — Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

AgI — Agravo de Instrumento

Art. — Artigo

Arts. — Artigos

CC — Código Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988.

CPC — Código de Processo Civil

DF — Distrito Federal

EC — Emenda Constitucional

MG — Minas Gerais

Min. — Ministro

OAB — Ordem dos Advogados do Brasil

PL — Projeto de Lei

RCL — Reclamação.

Rel. — Relator

RESP — Recurso Especial.

ROMS — Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SP — São Paulo

STF — Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	08
CAPÍTULO 1 — DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	09
1.1 Princípio da Legalidade .....	10
1.2 Princípio da Moralidade .....	11
1.3 Princípio da Impessoalidade .....	14
1.4 Princípio da Eficiência .....	16
1.5 Princípio da Publicidade .....	18
CAPÍTULO 2 — DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....	20
2.1 Origens do Ministério Público .....	20
2.2 Princípios do Ministério Público .....	22
2.2.1 Unidade .....	22
2.2.2 Indivisibilidade .....	23
2.2.3 Independência Funcional .....	24
2.3 Princípio do Promotor Natural .....	25
2.4 Funções do Ministério Público .....	26
2.5 Garantias do Ministério Público .....	29
2.5.1 Garantias da Instituição do Ministério Público .....	29
2.5.2 Garantias dos Membros do Ministério Público .....	31
a) vitaliciedade .....	31
b) inamovibilidade .....	32
c) irredutibilidade de vencimentos .....	32
CAPÍTULO 3 — DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	34
3.1 Conceito .....	34
3.2 Antecedentes da Lei nº8.429/92 .....	35
3.3 A Lei de Improbidade Administrativa .....	36
3.4 Destinatários .....	37
3.4.1 Sujeito Ativo .....	37
3.4.2 Sujeito Passivo .....	38
3.5 Modalidades de Improbidade Administrativa .....	39
3.5.1 Enriquecimento Ilícito .....	40
3.5.2 Lesão ao Patrimônio Público .....	42
3.5.3 Lesão a Princípio da Administração Pública .....	43
3.6 Sanções .....	44
3.7 Legitimidade .....	46
3.8 Procedimento .....	47
3.9 Tutela Cautelar .....	50
3.10 Competência .....	52
3.11 Os Agentes Políticos e a sua Responsabilização pela Lei 8.429/92 .....	53
3.12 Prescrição .....	59

CONCLUSÃO ..... 60

REFERÊNCIAS ..... 62

## INTRODUÇÃO

A conduta dos agentes públicos em um Estado Democrático de Direito, deve pautar-se estritamente pelo disposto na Constituição Federal. Tendo em vista que esta é a Norma Máxima de nossa nação, derivada da vontade do povo e formalmente sacramentada por seus representantes.

Em que pese o brilhantismo de nosso Poder Constituinte ao tratar da improbidade no âmbito da Administração Pública, os preceitos constitucionais são diuturnamente violados por agentes públicos ímprobos, que usam a máquina estatal em favor de seus próprios interesses.

Este mau uso do exercício da função pública desorganiza a Administração do país, que assistindo à ofensa de seus princípios instrutores, evidentemente sai dos trilhos almejados pela sociedade.

Nesse contexto, por força da vontade constitucional, em 02 de junho de 1992 entrou em vigor a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) que pretende sancionar os agentes públicos de todas as esferas da Administração que incorram em tal prática.

Para operá-la, a Lei de Improbidade Administrativa, elegeu o Ministério Público como o seu principal legitimado, ampliando assim as responsabilidades deste órgão já tão alargadas pela própria Constituição.

Ganha dessa forma o órgão ministerial uma relevância ainda maior no cenário nacional, convertendo-se em um verdadeiro herói, capaz de com seus poderes exigir a observância da Constituição e assim conseqüentemente trazer a tona magnífica e esquecida nação idealizada por nossos constituintes.

## CAPÍTULO 1 — DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao nos aplicarmos no estudo de um ramo do Direito, qualquer que seja ele, faz-se necessário, inicialmente, que gastemos algum tempo no estudo de seus princípios instrutores.

Tal fato se justifica a partir do momento em que vislumbramos nos princípios sua verdadeira função; que certamente não se limita a palavras vazias postas ao acaso pelo legislador e que devem ser alvo de estudo apenas daqueles iniciantes dos estudos jurídicos.

Os princípios de um ordenamento jurídico, são sem dúvida a chave para a elucidação de seus mais controvertidos temas. Isso ocorre, pois dos princípios derivam o cerne das idéias do legislador; que por sua vez são, ou ao menos deveriam ser, o mais sincero reflexo dos fins almejados pela coletividade.

Nesse sentido, observamos a doutrina de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 118), que em obra conjunta ensinam:

Os princípios são idéias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de seu modo de organizar-se. Os princípios determinam o alcance e sentido das regras de um determinado ordenamento jurídico.

Todos os princípios informadores do ordenamento jurídico brasileiro estão explicita ou implicitamente desenhados no texto da Carta Magna de 1988. Assim sendo, dela podemos extrair todos os princípios norteadores da Administração Pública brasileira.

Ao tratarmos de tal tema avulta em importância o estudo do ‘caput’ do art. 37 da CF/88, pois, o mesmo elenca em um rol, de maneira nenhuma taxativo, alguns dos mais importantes princípios da Administração Pública. Quais sejam: Princípio da Legalidade, Princípio da Impessoalidade, Princípio da Moralidade, Princípio da Publicidade e o Princípio da Eficiência.

Buscou-se destacar, a não taxatividade do rol dos princípios do art. 37 da CF/88, pois de um estudo minucioso e integral da Norma Máxima podemos extrair inúmeros outros princípios, como notamos nos estudos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, que cita entre outros não menos importantes; o Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o Princípio da finalidade, o Princípio da razoabilidade, o Princípio da proporcionalidade, o Princípio do devido processo legal e da ampla defesa, etc.

Visando não nos estendermos demais, no presente estudo, vamos nos ater apenas aos princípios expressos no ‘caput’ do art. 37 da CF/88.

## 1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade nasceu com o Estado de Direito, pois é uma prerrogativa para a existência do mesmo e constitui uma das principais garantias aos direitos individuais. Isto ocorre pois, ao mesmo tempo que a lei define os direitos individuais, estabelece também os limites dos atos da administração que visem restringir tais direitos em prol do bem comum.

Dessa forma a lei regula as condutas, tanto dos administradores quanto dos administrados; sem, no entanto, privá-los de seus direitos e garantias inerentes e evitando excessos que seriam prejudiciais a ambos.

Cumpre, porém, destacar que o princípio da legalidade atua de formas diferentes em relação ao particular e a Administração Pública. Enquanto para os primeiros o princípio da legalidade define que é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, para o segundo só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Sendo assim, o princípio da legalidade amarra a Administração Pública, para que a mesma não faça mau uso do poder que lhe foi concedido; diminuindo com esse esforço as chances de praticas de atos que se desviem do bem comum.

O princípio da legalidade que a muito tempo já vinha sendo sustentado pela doutrina passou a ser imposição legal em 29 de junho de 1965, com a vigência da lei da ação popular. E apenas posteriormente passou a sustentar o conhecido status de princípio constitucional. Ficando resguardado no ‘caput’ do art. 37 da CF/88, vinculando todo ato administrativo, como podemos absorver das palavras de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 87):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso

O ordenamento administrativo não poderá ser descumprido nem por acordo de vontade entre seus aplicadores e seus destinatários, tendo em vista que tais leis são de ordem pública; não deixando margem para que o administrador renuncie ou se esquive desses poderes-deveres que lhe foram delegados.

O ato administrativo praticado em desacordo com o princípio da legalidade é inválido e poderá ser reprimido tanto pela própria administração (controle interno) quanto pelo Poder Judiciário (controle externo), como notamos dos ensinamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 120):

Assim, diz-se que a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua ilegalidade decretada pela própria administração que o haja editado ou pelo Poder Judiciário.

A observância do princípio da legalidade isoladamente, não é suficiente para conduzir o ato administrativo ao seu fim máximo, ou seja, o bem comum. Por isso faz-se mister a atenção também a moralidade, como ressalta sabiamente o ilustre jurista Hely Lopes Meirelles (2006, p. 88):

Cumprir simplesmente a lei na friez de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Desses princípios é que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa.

Dada tamanha relevância ao princípio da moralidade passamos a analisá-lo apartadamente.

## 1.2 Princípio da Moralidade

O princípio da Moralidade importa, não apenas às relações jurídicas, mas sim a toda e qualquer interação entre indivíduos que se respeitam e guardam em si os mínimos, de valores éticos.

Para alguns, felizmente, tal afirmação pode soar como senso comum, no entanto, não podemos ingenuamente esperar condutas morais de todos os agentes administrativos independentemente de esforço legal.

Sendo assim, inteligentemente, nosso legislador, na Constituição federal de 1988, esculpiu em seu art. 37 'caput' o princípio da moralidade, elegendo-o como pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Manifestou-se o Supremo Tribunal Federal (Min. MARCO AURÉLIO, RTJ 153/1030), acerca do princípio da moralidade afirmando:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, se quer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regradoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional é, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez “el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter” (El princípio de buena fe en el derecho administrativo. Madri, 1983. p.15). Princípios gerais do direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente Público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César

Os princípios em geral, como já exposto, são oriundos do interesse coletivo; sendo assim, o princípio da moralidade legitima o poder atribuído à Administração Pública a medida que a mesma exerce o referido poder, adequando-o as expectativas de moralidade da sociedade como um todo.

De maneira nenhuma visou-se com tal princípio limitar os poderes dos agentes públicos, pois os mesmos continuam com a liberdade de analisar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos. Passando-se apenas a se exigir dos últimos o enquadramento, não apenas no que é legal, mas também no que é honesto.

Tal exigência brota de vários trechos da Constituição Federal de 1988, como por exemplo no art. 14, parágrafo 10, onde ela dispõe:

O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de 15 dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude

Com o referido dispositivo a CF/88 visou submeter ao controle do Poder Judiciário a obtenção de mandato eletivo, gerando assim mais uma garantia para o administrado e progredindo no sentido de fortalecer nossa democracia representativa.

Outra vez em seu art. 15 a CF/88 voltou-se para o princípio da moralidade garantindo que:

Art. 15 É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de;

.....  
V- improbidade administrativa, nos termos do art. 37 parágrafo 4º.”

O parágrafo 4º do já citado art. 37 tem a seguinte redação:

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

A cassação dos direitos políticos no caso de improbidade administrativa enquadra-se perfeitamente em nossa realidade, tendo em vista as condutas de alguns agentes políticos.

O esforço constitucional foi no sentido de tornar eficaz as punições aos detentores de mandato eletivo vinculados a tão lesiva prática; atingindo-os naquilo que lhes é mais importante, ou seja, o poder gerado pelo cargo eletivo.

Ressaltamos nesse ponto, que a “forma e gradação previstas em lei” definidas no parágrafo 4º do art. 37, foi disciplinada apenas em 2 de junho de 1992 com a Lei 8.429 que passaremos a estudar mais adiante.

Noutro momento, no parágrafo 1º de seu art. 55 a carta Magna determina:

É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas

Mostrando assim, mais uma vez a vontade do constituinte em limitar as ações dos agentes públicos no âmbito da moral, como destacamos da doutrina de José Augusto Delgado (1992, p. 43):

O exercício do mandato político não concede ao seu titular o direito de agir sem observar o princípio da moralidade. Além dos outros princípios informativos do exercício do mandato eletivo, o da moralidade apresenta-se como sendo o do dever legal de pautar a ação política sob o comando da moral comum. Há, assim, de reconhecer as fronteiras não só do lícito e do ilícito, mas, também, do justo e do injusto, tudo visando para que o ato praticado quer legislativo, quer administrativo, não seja atacado de não-moralidade.

Incansavelmente, volta o constituinte em seu art. 85, V a manifestar-se repressivamente ao ato de improbidade administrativa:

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;

Fica assim assegurado, que até mesmo a autoridade máxima da Nação não se esquivava do dever de probidade. Continuando, a CF/88 em seu art. 86 ainda firmou o duplo controle sobre os atos do Presidente da república; atribuindo à Câmara dos deputados a faculdade de admitir ou não a acusação (controle político) e a competência do Senado para julgamento nos casos de crime de responsabilidade (controle jurisdicional).

Ante o exposto, torna-se evidente o compromisso do constituinte e consequentemente o da Administração Pública com o princípio da moralidade. Justifica-se, o referido compromisso, tendo em vista que uma Nação gerida sem a observância do princípio da moralidade não se sustenta como Estado Democrático de Direito; uma vez que este pauta-se na transferência da vontade popular para o ato administrativo.

### **1.3 Princípio da Impessoalidade**

O princípio da impessoalidade, que recebeu tal denominação pela primeira vez com o art. 37 da CF/88, apresenta dupla acepção no entendimento de grande parte da doutrina.

Por um lado a impessoalidade deve ser observada frente aos administrados; aproximando-se assim, do princípio da finalidade pública. Significando, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 85) “que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”.

Num outro prisma a impessoalidade deveria ser observada em relação a própria Administração. Tal acepção foi extraída do parágrafo 1º do art.37 da CF/88, *verbis*:

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

Neste desdobramento, como ensina Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 122), a impessoalidade:

[...] tem por escopo proibir a vinculação de atividades da Administração à pessoa dos administradores, evitando que estes utilizem a propaganda oficial para sua promoção.

Assim, uma obra realizada, por exemplo, pelo Estado do Rio de Janeiro, nunca poderá ser anunciada como realização de Fulano de Tal, Governador, ou José das Couves, Secretário estadual de Obras, pela propaganda oficial. Será sempre o “Governo do Estado do Rio de Janeiro” o realizador da obra, vedada a vinculação de qualquer característica do governante, inclusive símbolos relacionados a seu nome, às atividades da Administração.

Ainda que não expressamente outros pontos da Carta Magna referem-se ao princípio da impessoalidade, como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 104):

No texto constitucional há, ainda, algumas referências a aplicações completas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público, exatamente para que todos possam disputar-lhes o acesso em plena igualdade. Idem, no art. 37, XXI, ao estabelecer que os contratos com a Administração direta e indireta dependerão de licitação pública que assegure igualdade de todos os concorrentes. O mesmo bem jurídico também está especificamente resguardado na exigência de licitação para permissões e concessões de serviço público (art. 175).

Na legislação infra-constitucional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos lembra que podemos também extrair o princípio em estudo da Lei 9.784/99 (lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal), que em seu art. 2º, parágrafo único, inciso III, exige “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”. Determinando assim a referida lei a observância do princípio da impessoalidade nos dois sentidos assinalados.

Ressalta ainda Di Pietro, outro ponto da mesma norma que traz em seus artigos 18 a 21 as diretrizes sobre impedimento e suspeição. Afirmando a ilustre autora que a não declaração das causas de impedimento e suspeição criariam uma presunção de parcialidade, dessa forma, afrontando o princípio da impessoalidade.

Recentemente presenciamos questão relativa ao princípio da impessoalidade tomar grandes proporções no cenário nacional. Foi quando o STF deliberou sobre o nepotismo. A palavra nepotismo vem do latim e significa neto ou descendente, atualmente o termo é utilizado para designar o favorecimento de familiares no lugar de pessoas mais qualificadas, especialmente no que diz respeito à nomeação e promoção.

A referida deliberação resultou na súmula vinculante nº 13, que foi votada no dia 21 de agosto de 2008 e proibiu tal prática nos três Poderes, como notamos de sua íntegra (Súmula Vinculante nº 13):

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O nepotismo não é crime, no entanto, quando plenamente comprovada a intenção de dar privilégio a parentes, o agente público ou membro de fica sujeito à ação civil pública por ato de improbidade administrativa nos termos da Lei 8.429/92.

É louvável a implementação da súmula vinculante nº 13, pois ela veio reafirmar a posição do Poder Judiciário, no sentido de que o mesmo está alerta e não permitirá lesão aos princípios constitucionais.

#### **1.4 Princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência é um princípio novo se comparado com os já citados princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade; tendo em vista que o mesmo explicitou-se na Constituição apenas com o advento da EC nº 19 de 1988, juntamente com o princípio da publicidade.

O referido princípio preceitua que de nada adiantará o compromisso da Administração com os princípios da legalidade e da moralidade se seus atos não forem eficientes, no sentido de atender aos anseios do povo.

Dessa forma, podemos hoje exigir que o direito desça de seu pedestal para conferir se está de fato atendendo às necessidades argüidas pela coletividade.

Conceituou o princípio em pauta, Juliano Henrique da Cruz Cereijido (2001, p. 231-232) afirmando que:

Trata-se de norma principiológica destinada a conferir aos agentes públicos o dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal e em última análise, do interesse público que lhe dá embasamento e legitimidade.

Busca-se com o princípio da eficiência, a substituição da chamada “administração burocrática” pela “administração gerencial”, ou seja, visa-se não apenas a observância da norma legal, mas também que ela seja aplicada de maneira inteligente e produtiva.

Ainda no mesmo raciocínio cabe lembrar que a expressão eficiência utilizada no setor privado não se confunde com a eficiência do setor público. Isso porque a eficiência do setor privado preocupa-se pura e simplesmente com o crescimento do lucro, enquanto a eficiência da Administração Pública deve mobilizar-se no sentido de produzir, não o lucro, mas os fins almejados pela coletividade.

Como podemos ver nas palavras de Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 01):

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

O princípio da eficiência fez com que a lei deixasse de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade da Administração, tornando-se um meio de garantir que a mesma seja interpretada de maneira perspicaz, visando satisfazer as necessidades do povo.

Entendimento este que compartilhamos com Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 02) que afirmou:

O direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce de seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta. Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei; da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória.

A eficiência vem tomando espaço no ordenamento jurídico de maneira tão marcante que até mesmo o Poder Constituinte derivado decorrente de alguns Estados-Membros da Federação têm se manifestado; como lembra Alexandre de Moraes (2005, p. 299):

No Direito Constitucional estadual, podemos citar a Constituição do Estado do Tocantins que prevê em seu art 9º serem princípios da Administração Pública; legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e eficiência; e o art. 19 da Constituição do Estado de Rondônia que determina incumbir ao Poder Público assegurar, na prestação direta ou indireta dos serviços públicos, a efetividade dos requisitos, entre outros, de eficiência, segurança, continuidade dos serviços públicos

Observados tais aspectos, evidencia-se então, que o princípio da eficiência representa a evolução de nosso ordenamento administrativo, pois cuida da busca contínua do aperfeiçoamento da gestão daquilo que é de todos.

## 1.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade foi incorporado ao art. 37 da CF/88 pela EC nº 19 de 1998. Objetiva-se com o referido princípio que todo ato administrativo relevante aos administrados seja divulgado; diminuindo assim, as possibilidades de concretização de atos conflitantes com o interesse da coletividade.

A existência de atos sigilosos ou confidenciais que pretendam criar, restringir ou extinguir direitos, é inconcebível em um Estado de Direito.

A publicação oficial dos atos da Administração não é um requisito de validade, mas sim pressuposto para a eficácia dos mesmos. Como podemos abstrair dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 94):

A publicidade não é elemento formativo do ato,; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para a sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.

Além desse aspecto, o princípio da publicidade visa também garantir que os órgãos públicos prestem informações aos interessados, como notamos no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88.

[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Tal norma deve ainda ser combinada com o inciso LX do art. 5º da CF/88, para que se excepcione aquelas informações que afetem a intimidade do indivíduo ou o interesse social.

Ressalta ainda Di Pietro (2006, p. 89-90):

“O que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública”

Para a obtenção de informações relativas à pessoa devemos recorrer ao *habeas data*, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da Constituição:

[...] conceder-se-á hábeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo

Fica dessa forma, o *habeas data*, restrito às hipóteses previstas em lei, sendo que em outras circunstâncias, o direito a informação deve ser exercido pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança, já que a própria Constituição garante que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

## CAPÍTULO 2 — DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### 2.1 Origens do Ministério Público

A doutrina não é unânime no que tange as origens do Ministério público. No entanto, em que pese a inegável derivação de nosso direito do direito romano, os posicionamentos doutrinários, vêm se firmando no sentido de afastar as origens do Ministério Público das práticas jurídicas romanas; a medida em que a aproximam do antigo ordenamento francês.

Fato é que a Roma antiga conheceu instituições que desempenhavam funções parecidas com algumas das hoje exercidas pelo Ministério Público, entretanto, daí não podemos concluir serem aquelas instituições a semente do Parquet.

Nesse sentido, inclina-se a doutrina, a afirmar que as origens da instituição estariam muito mais conexas ao direito francês do que com qualquer outro ordenamento arcaico.

Dessa forma entende Salles (1999, p.18-19) que descreve:

Considerando a imbricação histórica já desenvolvida, é correta a posição que liga a origem remota do Ministério Público aos *avocats et procureur du roi*, criados no séc. XIV na França. [...] Na verdade, embora costumeiramente as duas figuras sejam confundidas, o surgimento do Ministério Público na França pode ser localizado no momento da junção das duas funções *avocat du roi* e de *procureur du roi*. Os advogados do rei foram criados no séc. XIV e eram escolhidos entre os advogados comuns, com atribuições exclusivamente civis. Contrariamente, como foi exposto, os procuradores do rei provêm de uma longa tradição, mas é também no séc. XIV que, a par de suas atribuições financeiras, adquire um papel essencialmente judicial de natureza criminal. O *avocat* e o *procureur*, embora exercendo papéis diferentes, no cível e no crime, na verdade têm sua atividade dirigida para um único objetivo, ou seja, a defesa do poder e dos interesses do soberano, personificando o poder do Estado. Em razão dessa semelhança, posteriormente ocorreu a fusão dessas duas funções em uma mesma entidade, o Ministério Público.

Compartilha da mesma opinião Jatahy (2006, p. 24), que ainda ensina que a origem das expressões ‘Parquet’ e ‘Ministério Público’ vêm da França pois naquele tempo os procuradores do rei já denominavam sua função como um ofício ou Ministério Público e eram chamados de Parquet os estrados das salas de audiência, onde os procuradores do rei se sentavam.

Extraímos o mesmo posicionamento da doutrina de Moacyr Amaral dos Santos, que vai além e traça um caminho de ligação do ordenamento da antiga França, onde o Órgão

Ministerial defendia apenas os interesses do soberano, com legislações mais recentes, onde passou a defender os interesses da sociedade e do Estado:

A opinião mais generalizada, hoje, entretanto, é que os mais remotos ancestrais do Ministério Público são os procuradores do rei (*lès gens du roi*) de França, encarregados da defesa dos interesses privados do monarca em juízo e, com o decorrer do tempo, convertidos em funcionários com a atribuição de defender os interesses do Estado e da sociedade em juízo. A eles já se refere, como instituição organizada, a ordenança de Felipe, o Belo, de 1579, regulamentada e aperfeiçoada, passou para o Código de Instrução Criminal francês, com as linhas com que se transportou para as legislações contemporâneas de outros povos.

No direito brasileiro a evolução do Ministério Público foi lenta e podemos encontrar seus primeiros vestígios nas Ordenações Manuelinas, que apesar de lusitanas vigoraram no Brasil quando do descobrimento.

Maior sistemática à figura do Promotor de Justiça veio, entretanto, com as ordenações Filipinas, em 1603, e posteriormente com o Código de Processo Criminal de 1832, onde já ganhou o Ministério Público a função de órgão de promoção da justiça no processo penal. Ainda na mesma década, em 1838, o Aviso nº16, determinou a competência dos promotores para o exercício da função de “*custos legis*”.

Mas foi mesmo apenas na República que o Ministério Público, através de um longo processo de desenvolvimento tomou corpo, organizando-se em Ministério Público Federal e os das várias unidades da federação; no entanto os membros do *parquet* ainda eram escolhidos entre os integrantes do Poder Judiciário.

Seguindo tal processo de desenvolvimento a concretização do Ministério Público no ordenamento nacional foi marcada pela Constituição de 1934, que presenteou a instituição com alguns traços de uma das suas mais importantes características, a autonomia institucional; assim como com as garantias de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, além de garantir a necessidade de aprovação em concurso público para o ingresso na carreira. Nota-se, porém, que o referido texto Magno, determinou o Ministério Público como integrante do Poder Executivo.

Com nada contribuiu a Constituição de 1937, que apenas previu que o Procurador-Geral da República poderia ser nomeado pelo Presidente da República, prática esta parecida com o instituto hoje chamado de quinto constitucional.

Em 1946, a nova Carta Magna obrigou a participação do Senado na escolha do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967 alterou a localização do *parquet* no texto magno, integrando-o agora ao capítulo “Do Judiciário”; localização esta alterada novamente pela EC nº1/1969 que a trouxe de volta para o capítulo “Do Executivo”.

A atual Constituição brasileira trata do Ministério Público em seus artigos 127 a 130, matéria esta que passamos a estudar mais adiante.

## **2.2 Princípios do Ministério Público**

Os princípios institucionais impostos pela CF/88 ao Ministério Público estão elencados em seu art. 127, §1º; são eles: unidade, indivisibilidade e a independência funcional.

### **2.2.1 Unidade**

Como já visto anteriormente, a organização interna do Ministério Público é multifacetária e diversificada. Partindo daí, como poderíamos exigir o princípio da unidade, sendo que a própria CF/88 estabelece sua divisão interna?

Outra dificuldade na implementação do princípio em estudo é o nosso contexto organizacional federativo, que por si só, já é diversificante.

Podemos notar também no art. 128, onde a CF/88 afirma que o “Ministério Público abrange [...]”, que o contribuinte objetivou firmar que a instituição do Ministério Público é uma e abrange todas as subdivisões indicadas no dispositivo.

O mesmo esforço já podíamos notar inclusive no posicionamento da Comissão elaboradora do ante-projeto da antiga Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar nº40/81 e reafirmado na atual Lei 8.625/93), segundo o qual o Ministério Público tratava-se de instituição uma, quer atue no plano federal, junto à justiça comum ou especial, que no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Frente ao exposto ânimo do arcabouço legal, não nos podemos esquivar da aplicação do princípio da unidade que deverá se manifestar como assinalou brilhantemente o Prof. Frederico Marques (1958, p. 245):

No Brasil, em virtude da organização federativa, pode-se dizer que há um parquet em cada Estado, além do que constitui o Ministério Público Federal e dos que funcionam junto das jurisdições especiais. Dentro de cada parquet existe a unidade e indivisibilidade que estruturam a instituição como um corpo hierarquizado. De parquet para parquet, há apenas unidade funcional sob a base da lei, pois na aplicação do direito existem laços de coordenação e igualdade.

De acordo com o entendimento dos ilustres autores da obra “Curso de Direito Constitucional” (2006, p. 435), o princípio em pauta manifesta-se ainda pela vedação de que outro órgão estatal realize as funções do Ministério Público; como notamos:

[...] o princípio da unidade do Ministério Público previsto no art. 127 § 1º, da Constituição Federal, corresponde a impossibilidade de atribuições das funções ministeriais a mais de uma carreira do Estado; a Instituição é uma; única a desempenhar o papel confiado ao Ministério Público. Na estrutura matéria do Estado não haverá outra Instituição com idênticas funções ou perfil constitucional. Sendo uma a Instituição, poderá ocorrer a substituição automática dentre os seus membros, seja nas hipóteses de afastamento temporário, seja nas situações de afastamento definitivo.

Ainda sobre a unidade manifestou-se Alexandre de Moraes (2005, p. 537):

A unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção uma de um só Procurador-geral, ressalvando-se, porém, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro, nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União.

Dessa forma evidencia-se que mesmo frente a estrutura fragmentado do Ministério Público nacional, garante-se a unidade do *parquet*, pois os objetivos visados com a imposição do princípio da unidade são plenamente atingidos com as referidas interpretações.

### **2.2.2 Indivisibilidade.**

O princípio da indivisibilidade deriva do princípio da unidade como ressalta Emerson Garcia, dizendo que o princípio da indivisibilidade tem “uma relação de continência com o da unidade”.

Afirma o referido princípio que a instituição é una e indivisível, admitindo a atuação de todos os seus membros em seu nome, por isso o posicionamento de um membro vinculará toda a instituição. Dessa forma os processos nos quais o Ministério Público atua não se

vinculam à pessoa do promotor e sim a instituição do Ministério Público, possibilitando a substituição de um membro do Órgão Ministerial por outro sem prejuízo nenhum.

Ainda fazendo referência ao princípio da unidade, Alexandre de Moraes afirmou (2005, p. 537):

O Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais. Importante ressaltar que a indivisibilidade resulta em verdadeiro corolário do princípio da unidade, pois o Ministério Público não se pode subdividir em vários outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros.

Notamos então, que da mesma maneira que no princípio da unidade; os desdobramentos do princípio da indivisibilidade refletem exatamente os objetivos visados ontologicamente pelo constituinte.

### **2.2.3 Independência Funcional**

O princípio da independência funcional é indissociável de qualquer Estado democraticamente estruturado, pois ele permite o livre convencimento do membro do Ministério Público, possibilitando que o mesmo exponha teorias de acordo com o seu íntimo juízo de convicção.

É evidente, no entanto, que os atos dos membros do Ministério Público, nunca poderão conter traços de discricionariedade, pois o livre convencimento deverá ser formado dentro dos limites técnicos da lei.

Dessa forma os membros do Ministério Público não se submetem às ordens de ninguém, nem mesmo aos seus superiores hierárquicos, como aponta Alexandre de Moraes (2005, p. 538):

Nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo. Os órgãos de administração superior do Ministério Público podem editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os integrantes da Instituição, mas sempre sem caráter normativo.

A única forma de chefia que existe, é no âmbito administrativo, onde se afirma, vinculando os demais membros do Ministério Público o Procurador-Geral da instituição.

Tal foi a importância dada à independência do Ministério Público pela CF/88, que a mesma em seu art. 85, II, definiu como crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que vise atentar contra o livre exercício da instituição.

Isso ocorre pois os membros do Órgão Ministerial são considerados agentes políticos e nesta qualidade, como ensina Hely Lopes Meirelles (2006, p. 76), deverão atuar:

[...] com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Sendo assim, graças a este princípio, o *parquet* está livre para assegurar todas as instituições, direitos e garantias legalmente concretizadas.

### **2.3 Princípio do Promotor Natural**

Vale ainda lembrar o princípio do promotor natural, que embora não consagrado expressamente pela constituição, já se firmou na doutrina e na jurisprudência.

O referido princípio visa impedir que promotores de exceção sejam indicados pelo chefe da instituição para atuarem em causas específicas.

Nesse prisma, Alexandre de Moraes (2005, p. 538) explicou que o princípio do promotor natural age:

[...] no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do promotor de exceção, em incompatibilidade com a Constituição Federal, que determina que somente o promotor natural é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com o seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia esta destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a instituição atuando técnica e juridicamente.

Dessa forma então, fica terminantemente vedado ao Procurador-Geral, afastar compulsoriamente um membro do Ministério Público para ser substituído por outro à sua escolha.

As designações arbitrárias são afastadas também pelo art. 10 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que permite apenas a designação de membro para atuar, acompanhando inquérito policial ou diligência investigatória. Ressalta-se, porém, que nesta

exceção o membro designado deverá ser o mais apto a officiar no feito de acordo com as regras de distribuição de serviço.

É vedada ainda a nomeação de membro do Ministério Público “*ad hoc*”, pois de acordo com o art. 129, §2º da CF/88, as funções do *parquet* só poderão ser exercidas por integrantes de carreira, investidos no cargo através de concurso público; que por força constitucional deverão ainda residir na Comarca da respectiva lotação.

Pelo princípio em análise manifestou-se o STF (1996, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 150/123), por maioria de votos:

[...] o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. Posição dos Ministros Celso de Mello (relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da *interpositio legislatoris* para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches). Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Ficou então, dessa forma, reconhecido o princípio do promotor natural e de outra maneira não poderia ser pois a escolha proposital de um ou outro membro distorceria o resultado dos casos práticos de acordo com a vontade do chefe da instituição. E assim sendo, certamente, o todo do órgão restaria desorientado e não apto a cumprir sua função social.

## **2.4 Funções do Ministério Público**

O Ministério Público teve o rol de suas funções muito ampliado pela Constituição Federal de 1988 e assim foi transformado em um garantidor dos direitos da sociedade.

A Carta Magna trata das funções do Ministério Público em seu art. 129, onde expõe em um rol de nove incisos, de maneira nenhuma taxativos, algumas dessas funções. São elas:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- 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;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos e suas manifestações processuais;
- IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Dessas funções exemplificativas do art.129, podemos extrair então, que a obrigação essencial do Órgão Ministerial é a manutenção do status constitucional dos indivíduos da sociedade, defendendo-os tanto individual quanto coletivamente.

Nesse sentido, e ainda ressaltando de maneira brilhante as diferentes esferas do status constitucional; ensinou Alexandre de Moraes (2005, p. 542):

[...] não podemos esquecer que a proteção do status constitucional do indivíduo, em suas diversas posições hoje, também é função do Ministério Público, que deve preservá-lo. Assim uma das posições do status constitucional corresponde à esfera de liberdade dos direitos individuais, permitindo a liberdade de ações, não ordenadas e também não proibidas, garantindo-se um espectro total de escolha, ou pela ação ou pela omissão. São os chamados status negativos. Outra posição coloca o indivíduo em situação oposta à liberdade, em sujeição ao Estado, na chamada esfera de obrigações; é o status passivo. O status positivo, por sua vez, permite que o indivíduo exija do Estado a prestação de condutas positivas, ou seja, reclame para si algo que o Estado está obrigado a realizar. Por fim, temos o status ativo, pelo qual o Estado recebe competências para participar do Estado, com a finalidade de formação da vontade estatal, como é o caso do direito de sufrágio. Conclui-se portanto, que a teoria do status evidencia serem os direitos fundamentais um conjunto de normas jurídicas que atribuem ao indivíduo diferentes posições frente ao Estado, cujo zelo também é função do Ministério Público

Portanto, garantir ao indivíduo a fruição de todos os seus status constitucionais, por desejo do próprio legislador constituinte, que em determinado momento histórico entendeu fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger é também função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O art. 25 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) repete as funções descritas no art. 129 e exemplifica mais algumas funções que cabem ao *parquet* desempenhar, são elas:

- I – propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, face à Constituição Estadual;
- II – promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção dos Estados nos Municípios;
- III – promover privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública na forma da lei;
  - a) para a proteção prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
  - b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas ou de entidades privadas de que participem;
- V – manifestar-se nos processos em que a sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;
- VI – exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;
- VII – deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos a sua área de atuação;
- VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;
- IX – interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Além dos referidos dispositivos, as funções do Ministério Público podem também ser previstas por lei estadual e pelas Constituições Estaduais, ficando proibido apenas que legislação municipal estabeleça atribuições ao *parquet*.

Entre as várias funções aqui enumeradas, cabe ressaltarmos: a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público (art. 129, III, CF/88) e o ingresso em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas. Isto porque, tais funções, são a base para as manifestações do Órgão Ministerial no tocante à Improbidade Administrativa.

Ainda sobre as funções institucionais do Ministério Público, cabe trazer a tona o florescer do princípio da unidade no § único do art. 25 da Lei 8.625/93, determinando a vedação de que pessoas estranhas ao Ministério Público desempenhem funções restritas ao *parquet*. Assim mais uma vez demonstrando e objetivando tornar mais forte a atuação do Ministério Público.

Assim, firma-se o *parquet* no cenário nacional, como bem disse o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, como o possuidor de uma titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e eficácia da Constituição.

Concluiu então o STJ (1997, p. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 3.340) que:

[...] na sociedade contemporânea de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra o Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

Observa-se ante o exposto, de maneira inequívoca, que o status alcançado pelo Ministério Público com a CF/88 e relevantíssimo à manutenção da ordem constitucional, proporcionando ao mesmo que se comporte como um verdadeiro herói na defesa do Estado Democrático de Direito.

## **2.5 Garantias do Ministério Público**

As garantias do Órgão Ministerial dividem-se em duas espécies: as garantias da instituição do Ministério Público e as garantias de seus membros, sendo que estas últimas ainda se dividem em garantias de liberdade e garantias de imparcialidade ou vedações.

Antes de tratarmos de maneira individualizada, cada uma dessas garantias, vale frizar que as mesmas não se traduzem em privilégios da instituição ou de seus membros e sim em uma maneira de assegurar que o ministério Público e seus membros possam efetivamente realizar as funções a eles designadas pela Constituição federal.

### **2.5.1 Garantias da Instituição do Ministério Público**

As garantias institucionais do Ministério público estão previstas no § 2º do art. 127 da CF/88 – com redação determinada pela EC nº 19/1998 – e no art. 3º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

O citado dispositivo constitucional garante ao Ministério Público a autonomia funcional e administrativa, enquanto o art. 3º da Lei 8.625/93 assegura também a autonomia financeira.

A autonomia funcional do já citado princípio da independência funcional e permite que o ministério Público ao desempenhar suas funções, não se subordine a quem quer que seja, guiando-se apenas pelos limites legais constitucionalmente impostos.

Administrativamente a autonomia do ministério público torna-se possível pelo disposto no art. 127, § 2º da CF/88 que possibilita ao *parquet* propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira.

Assim a soma das autonomias funcional e financeira possibilita que a instituição, em seu âmbito interno, pratique atos próprios da gestão, como elenca Alexandre de Moraes (2005, p. 547):

Praticar atos de decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, bem como afixação e o reajuste dos vencimentos de seus servidores; prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado; editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos de carreira e dos serviços auxiliares, bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores; organizar suas secretarias e os serviços auxiliares das Procuradorias e Promotorias de Justiça; compor seus órgãos de administração; elaborar seus regimentos internos; exercer outras competências dela decorrentes.

Na visão de Fábio Konder Comparato, a expressa menção à autonomia financeira do art. 3º da Lei 8.625/93, já estava implícita no § 3º do art. 127 da Constituição, por isso mesmo o constituinte não a mencionou expressamente no § 2º da citada norma constitucional, como fez com as autonomias funcional e administrativa.

Hely Lopes Meirelles (703, p. 2006) definiu a autonomia financeira como sendo:

[...] a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Esta autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se

ficassem na dependência de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias.

Em 8 de dezembro de 2004, a EC nº 45 reforçou a autonomia financeira do Ministério Público e ainda a regulamentou, determinando a redação dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 127, são eles:

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhará a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais

Dessa forma conclui-se que procedeu de forma brilhante o constituinte ao presentear o Ministério Público com tamanha autonomia, pois ninguém melhor do que seus próprios membros para decidir sobre os caminhos a serem trilhados pela instituição.

## **2.5.2 Garantias dos Membros do Ministério Público**

As garantias dos membros do Ministério Público, como já dito anteriormente dividem-se em: de liberdade e de imparcialidade.

As garantias de liberdade estão previstas no art. 128, § 5º da CF/88 e visam dar segurança aos membros do Ministério Público, para que os mesmos possam atuar de acordo com suas próprias convicções, como preceita o princípio da autonomia funcional, sem medo de sofrer retaliações que venham a ferir seus interesses.

São três as garantias de liberdade: vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.

a) Vitaliciedade: os membros do Ministério Público adquirem a vitaliciedade após a realização satisfatória do estágio probatório que deverá durar dois anos. Cumpre lembrar que

o ingresso na carreira, como já dito anteriormente, dependerá de aprovação em concurso público, no qual a OAB participará obrigatoriamente.

Diferentemente de algumas exceções do Poder Judiciário, como por exemplo o ingresso de juízes nos Tribunais Superiores, que confere imediata vitaliciedade; os membros do Ministério Público só alcançarão a referida garantia com a realização do estágio probatório.

No entanto nos lembra José Afonso da Silva (2006, p. 601) que:

Admite-se, contudo, a remoção por motivo de interesse público, mediante a decisão de órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada a ampla defesa.

Ainda nesse sentido, interessa notar a exceção criada pelo ADCT em seu art. 29, § 3º, que facultou aos membros do Ministério Público admitidos antes da CF/88 escolher o regime de garantias anterior, no qual o estágio probatório não gerará a vitaliciedade; ficando preservada tão-somente a garantia da estabilidade.

**b) Inamovibilidade:** o já citado princípio do promotor natural é que garante a inamovibilidade. Sendo assim, fica impedida a Administração de, sem razão ou motivo justo, afastar membros do Ministério Público de suas funções, substituí-los ou impedi-los de atuar.

A única exceção, que já foi citada quando tratamos da vitaliciedade, está prevista no art. 128, §5º, I, “b” da CF/88, que determina que será possível a movimentação de membro do *parquet* por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta. Assegurando-se nesse caso a ampla defesa.

**c) Irredutibilidade de Subsídios:** a remuneração dos membros do Ministério Público é determinada de acordo com o previsto no art. 39, § 4º da CF, observados os mesmos critérios impostos para o Poder Judiciário.

Porém, nesse prisma vale lembrar, que a irredutibilidade tem sido apenas formal, pois não existem correções de desvalorização da moeda.

As garantias de imparcialidade dos membros do Ministério Público se manifestam na forma de vedações que estão previstas no art. 128, § 5º, II, letras “a” a “f”, sendo que a alínea “e” teve sua redação modificada pela EC nº 45/2004 e a alínea “f” foi acrescentada pela referida Emenda.

São chamadas de garantias de imparcialidade, pois o constituinte ao proibir os membros do Ministério Público de realizar alguns atos, visou impedir que os mesmos se vinculassem a pessoas ou entidades que futuramente poderiam vir a interferir na livre convicção dos mesmos.

São as vedações (art. 128, § 5º):

II – as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorário percentagens ou custas processuais;
- b) exercer advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária;
- f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Dessa maneira, fica o Órgão Ministerial livre da interferência de terceiros; mantendo-se assim nos rumos determinados pela Carta Magna.

## CAPÍTULO 3 — DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 3.1 — Conceito

A expressão Improbidade Administrativa não possui um conceito jurídico determinado, o que demanda a pesquisa de seu significado comum. Nesse esforço concluímos que a palavra improbidade é de origem latina “improbitate” e significa 1. falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. maldade; perversidade. Por isso usamos tecnicamente a expressão Improbidade Administrativa para designarmos a comumente chamada “corrupção administrativa”. Ato este que certamente descreve a conduta praticada por um agente público mais lesiva ao desenvolvimento de uma nação.

Em linhas gerais podemos descrever a improbidade administrativa como sendo o ato no qual o agente público se prevalece de seu cargo para realizar condutas de interesse particular em detrimento do interesse público; assim desvirtuando o todo da máquina administrativa, na marcha rumo ao progresso.

Doutrinariamente a improbidade administrativa pode ser definida como (1996, p. 15):

[...] a 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 as 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 dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Convém ainda, neste esforço de conceituar a improbidade administrativa, destacarmos a marcante diferença entre as definições de imoralidade e improbidade. Na visão de José Afonso da Silva, a imoralidade administrativa é mais ampla do que a probidade, entendendo que esta se cuida de uma imoralidade administrativa qualificada, definindo o ímprobo como um devasso da administração pública.

Sendo assim a improbidade é uma espécie de imoralidade. Entendimento este que compartilhamos com o referido autor e que podemos deduzir a partir da vigência da Lei 8.429/92; que visa atingir as condutas que se enquadrem em ato de improbidade administrativa. Isto por que no caso de ofensa a moralidade administrativa, nosso arcabouço legal já

previa a Lei 4.717/65. Dessa forma, não faria sentido o legislador empenhar-se na confecção de institutos diversos visando alcançar o mesmo fim.

### **3.2 Antecedentes da Lei 8.429/92**

O vigor da Lei 8.429/92, é derivado de um longo caminho de desenvolvimento. Onde o interesse do legislativo buscou o controle dos atos de improbidade praticados por agentes públicos. É o que notamos desde a época imperial, quando a Constituição Imperial de 1824 criava a possibilidade de responsabilização de seus Ministros de Estado por peita, suborno ou concussão, bem como pela dissipação dos bens públicos.

No mesmo sentido a Constituição republicana de 1891, previu a responsabilidade do Presidente da República nos atos que atentassem contra a probidade da Administração e a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos; sendo que tais preceitos foram reproduzidos nas constituições de 1934 e 1937.

Em 8 de maio de 1941, entrou em vigor o Decreto-lei 3.240, que previu o seqüestro e a perda dos bens de autores de crimes que causassem prejuízo à Fazenda Pública, assim locupletando ilicitamente seus patrimônios pessoais. Subsidiariamente o referido Decreto-lei ainda previa a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens ilegítimamente adquiridos por pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

A promulgação da Constituição de 1946, além do já mencionado, previsto pelas Constituições anteriores, tratou do seqüestro e do perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito de agente público. Autorizando que a lei dispusesse sobre tais sanções.

Regulamentando o referido dispositivo constitucional vieram as Leis 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói) e 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), que previam respectivamente: a perda em favor da fazenda pública dos bens adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo, função ou emprego público, e as causas nas quais se daria o enriquecimento ilícito.

Posteriormente em 1965, visando a proteção do patrimônio público diante dos atos de improbidade administrativa, foi editada a Lei 4.717, responsável pela instituição da ação popular; instituto este que ganhou relevância magna com a Constituição de 1967.

A Constituição Federal de 1988, seguindo os objetivos dos textos magnos anteriores, procurou tratar de forma plenamente satisfatória o tema da moralidade administrativa. Sendo assim, já em seu art. 14, § 9º autorizou, que lei complementar estabelecesse outros casos de

inelegibilidade, diversos dos já previstos em seu texto, visando proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

O art. 15, V da CF/88, introduziu no arcabouço legal a figura da improbidade administrativa, conceituando-a como causa de suspensão dos direitos políticos. E finalmente, concluindo a intenção do Constituinte, veio o art. 37, § 4º determinando: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Dessa forma então, ficou aberto o caminho para a criação de legislação infra-constitucional, destinada à reprimir os atos de improbidade praticados em todos os extratos da Administração Pública. Sendo assim, visando regulamentar o dispositivo constitucional, em 02 de junho de 1992, entrou em vigor a Lei 8.429, que passa a ser nosso objeto de estudo.

### **3.3 A Lei de Improbidade Administrativa**

A lei 8.429/92, já em seu preâmbulo, define que regulará 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 da outras providências.

No entanto, como veremos mais a diante, a referida lei vai além, punindo não apenas aqueles que incidem em ‘enriquecimento ilícito’, mas também àqueles que causem ‘lesão ao erário público’ e até mesmo os que ‘descumpram os princípios fundamentais da Administração Pública’.

O art. 1º ‘caput’ da referida lei, de pronto já define o seu raio de atuação, definindo que os atos de improbidade administrativa praticados por qualquer agente público, deverão ser punidos de acordo com suas disposições. Revogando ainda em seu art. 25 as disposições em contrário das já citadas leis 3.164 de 1º de junho de 1957 e 3.502 de 21 de dezembro de 1958.

Neste ponto passamos a estudar pormenorizadamente alguns aspectos da Lei de Improbidade Administrativa, buscando ressaltar a sua importância na luta contra o desvirtuamento da Administração Pública, e pela garantia do Estado Democrático de Direito.

### 3.4 Destinatários

#### 3.4.1 Sujeito Ativo

O sujeito ativo, ou seja, o agente público executor da conduta recoberta com as características da improbidade administrativa está definido nos arts. 2º e 3º da lei 8.429/29.

A referida lei buscando dilatar ao máximo seu alcance, ampliou a definição doutrinária de agente público dizendo que se considera como tal (art. 2º, Lei 8.429/92):

[...] 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 art. anterior.

Com a mesma intenção o art. 3º dispõe que a lei 8.429/92, se aplica também “aquele 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.”.

Dessa forma, o autor da conduta – lesão ao erário, enriquecimento ilícito ou ofensa aos princípios da administração pública – será o servidor público (improbidade própria); enquanto o particular, pessoa física ou jurídica que induzir, concorrer ou se beneficiar, será o partícipe (improbidade imprópria).

O esforço do legislador, visando ampliar ao máximo os destinatários da lei de improbidade administrativa, foi evidentemente no sentido de impedir que qualquer envolvido venha a se esquivar das sanções impostas pela lei.

Assim sendo, como nos lembra Adilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 76), até mesmo “um dirigente de uma sociedade mercantil, mesmo que não se dedique à execução de serviço público, poderá ser considerado agente público”. Bastando para isso, apenas, uma ligação entre o ato de improbidade e benefício, subvenção ou incentivo advindo dos cofres públicos.

No mesmo sentido, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça no RESP 416.329 – RS concluiu que hospitais particulares e médicos conveniados com o SUS, além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, podendo assim ser enquadrados como possíveis sujeitos ativos de atos de improbidade.

Concluimos frente a tais posicionamentos que tanto a doutrina quanto a jurisprudência atenderam aos anseios do legislador. Sendo que hoje a abrangência do termo “agente pú-

blico” é muito mais completa, garantindo assim, a responsabilização de todos os envolvidos na improbidade administrativa.

Vale lembrar, que o art. 3º da lei em questão alude à figura da participação, matéria esta, estudada pelo direito penal. Entretanto o simples fato de brotar da lei civil uma característica de lei penal, não justifica o posicionamento de alguns no sentido de transportar toda a essência da Lei 8.429/92 para o âmbito criminal. Toda via trataremos da referida querela, mais a frente, quando tratarmos do procedimento.

Ao tratarmos dos sujeitos submetidos às sanções da Lei 8.429/92, ainda cabe nos referirmos ao art. 8º, como lembra Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 76):

Não descurou referido diploma de, nas situações de lesão ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito, sujeitar os sucessores do ímprobo às cominações legais até o limite da herança, perfilhando regra incorporada à tradição de nosso sistema jurídico, estando presente tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.587) quanto no atual (atrs. 1.792 e 1.821).

Felizmente, como se buscou demonstrar, é grande o alcance da Lei 8.429/92, satisfazendo assim o desejo da coletividade, que espera que ninguém se desvie de suas responsabilidades.

### **3.4.2 Sujeito Passivo**

O destinatário passivo é a Administração Pública (sujeito passivo mediato), que frente a um ato de improbidade, poderá ser lesada em qualquer uma das esferas de seu domínio; desde a Administração direta, até entidades apenas patrocinadas pelo erário. Tal entendimento é o que podemos extrair do art. 1º da Lei 8.429/92 e de seu parágrafo único.

Sendo assim, nas palavras do próprio legislador, os atos de improbidade administrativa atentam (art. 1º, Lei 8.429/92):

[...] 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 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Ou ainda (art. 1º, § único, Lei 8.429/92):

[...] contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal e creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja

criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual.

O sujeito passivo imediato será a pessoa jurídica de direito público ou privado efetivamente lesada pelo ato, devendo se enquadrar em um dos modelos previstos no 'caput' do art. 1º da Lei 8.429/92.

Assim sendo, o sujeito passivo será a Administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como as empresas de direito público, as incorporadas ao patrimônio público e até mesmo aquelas que apenas recebam subvenção, benefício ou incentivo do governo.

Por fim notamos que a lesão causada pela Administração Pública não se restringe ao seu âmbito interno, causando prejuízos da mesma forma ao contribuinte; que passa a ocupar também a posição de prejudicado. Isso ocorre, pois mesmo sem ver lesão em seu patrimônio pessoal, certamente sofrerá com os desdobramentos de uma Administração ímproba. Por isso apesar de não podermos defini-lo como sujeito passivo, pois não fará parte da relação jurídica em estudo (ação de improbidade administrativa), não podemos esquecer de sua atuação, que de acordo com o art. 14 da Lei de Improbidade Administrativa terá grande relevo, já que o contribuinte poderá representar à autoridade administrativa para que seja instaurada investigação objetivando apurar suposto ato de improbidade.

### **3.5 Modalidades de Improbidade Administrativa**

A Lei 8.429/92, em seus arts. 9º, 10º e 11, estabelece três modalidades de improbidade administrativa, são elas: enriquecimento ilícito (art. 9º), lesão ao erário (art. 10º) e ofensa aos princípios da administração pública (art. 11).

É de se ressaltar, buscando acentuar o caráter civil da lei em estudo, que as descrições de cada artigo, por terem natureza eminentemente civil são gerais, não possuindo a especificidade comum aos tipos penais, como aponta Alexandre de Moraes (2007, p. 09):

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.

No entanto, tal característica nunca dará margem a responsabilidade objetiva (ou seja, responsabilização sem dolo ou culpa), devendo ser seguida a regra geral do Novo Có-

digo Civil, aplicando-se a teoria da responsabilidade subjetiva (ou seja, para responsabilização será necessário comprovar o dolo ou a culpa).

Sobre a teoria da responsabilidade subjetiva, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 07) disse:

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada teoria da culpa, ou "subjetiva", pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Tendo em vista a gravidade das sanções aplicadas aos agentes públicos pela Lei de Improbidade Administrativa, outro não poderia ser o entendimento no tocante à matéria de responsabilidade civil; sendo que fica ainda excluída a inversão do ônus da prova na hipótese de evolução desproporcional do patrimônio do agente supostamente ímprobo.

### **3.5.1 Enriquecimento Ilícito.**

As condutas que recaem em enriquecimento ilícito, sem margem para contestação, são as mais graves elencadas pela Lei de Improbidade Administrativa; e por isso possuem também as mais graves penas.

São 12, as condutas descritas pela Lei 8.429/92, capazes de caracterizar o enriquecimento ilícito e estão descritas nos 12 incisos do art. 9º da referida lei.

Sendo assim incide em improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, o agente público que perceber (Art. 9º, 'caput' combinado com Art. 1º 'caput', ambos da Lei 8.429/92):

qualquer 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.

Ou ainda, se perceber tal vantagem prejudicando (art. 1º, § único):

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 50 % do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Dessa forma, para que o caso concreto se amolde perfeitamente nas condutas previstas no art. 9º, será mister a concorrência de quatro requisitos, os quais, as descrições, tomamos emprestadas da doutrina de Alexandre de Moraes (2007, p. 10):

- 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".
- Ilícitude da vantagem obtida;
- Existência denexo causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida.

É de se destacar que as condutas descritas no art. 9º são meramente exemplificativas, sendo possível o amoldamento de outras condutas como ato de improbidade administrativa, limitando-se nestes casos àquelas onde exista congruência com os elementos descritos no 'caput' do art. 9º.

Também previu tal possibilidade Kiyoshi Harada (2002, p. 01):

De se notar, igualmente, que cada um desses três artigos acima transcritos definiu genericamente o ato de improbidade no caput e deu uma definição pormenorizada em vários incisos, o que ensejará, certamente, uma interminável discussão quanto à taxatividade ou exemplificatividade das hipóteses

elencadas, a exemplo do que ocorreu com a lista de serviços municipais.

Nesse aspecto, a Lei 8.429/92, empregou a mesma postura da já citada Lei 3.502/58, que também não possuía um rol taxativo de condutas.

### 3.5.2 Lesão ao Patrimônio Público

De acordo com o art. 10 da Lei 8.429/92, comete ato de improbidade administrativa por lesão ao erário, o agente público que praticar 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 da referida lei.

Assim, podemos concluir que para a tipificação de um caso de lesão ao erário, deverão existir concomitantemente quatro requisitos; estes descritos por Alexandre de Moraes (2007, p. 11) da seguinte forma:

- Conduta dolosa ou culposa 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 analisar per si 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 si – dirigir veículo oficial em atividade oficial – não é ilícita.
- Existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento 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 nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público.

É de se ressaltar nesse ponto, que para a caracterização da lesão ao erário, não será necessária a ocorrência de nenhuma vantagem por parte do agente. Sendo assim, caracterizando-se apenas o dolo ou a culpa, ligado ao prejuízo ao erário, já estará o agente recoberto com os elementos necessários para o enquadramento no art. 10.

Da mesma forma que no art. 9º, os 13 incisos que descrevem as condutas referentes à improbidade administrativa por lesão ao erário público não são taxativos, aceitando que outras condutas se enquadrem, feitas as mesmas ressalvas do art. 9º, ou seja, que haja congruência com os elementos previstos no ‘caput’ do art. 10.

### **3.5.3 Lesão a Princípio da Administração Pública.**

O art. 11 da Lei 8.429/92 ensina que constituirá 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.

Podemos assim, então, qualificar uma conduta como atentatória aos princípios da Administração Pública, quando a mesma possui os 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 (MORAES, Alexandre de. 2007, p. 11)

O exposto anteriormente sobre a taxatividade dos incisos dos arts. 9º e 10, aplica-se também aos 6 incisos do art. 11 (todos da Lei 8.429/92).

### 3.6 Sanções

As sanções resultantes de atos de improbidade administrativa estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/92. O art. 37, parágrafo 4º da Constituição já previa como sanções dessa prática: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública e o ressarcimento ao erário.

Sendo assim, o art. 12 apenas manteve as sanções constitucionalmente impostas e acrescentou a possibilidade de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; de pagamento de multa civil e a vedação de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos por prazo determinado.

Feliz foi o legislador ao aplicar o princípio da proporcionalidade na dosimetria das referidas sanções.

Dessa forma, as sanções aplicadas nos casos de enriquecimento ilícito, lesão ao erário e ofensa a princípio da administração pública, são essencialmente as mesmas, diferindo apenas quanto ao tempo que ficarão os direitos políticos suspensos; quanto ao valor da multa civil a ser aplicada; e quanto ao tempo de impedimento de contratar com o Poder Público.

Fica evidente o uso do princípio da proporcionalidade, quando analisamos o parágrafo único do já mencionado art. 12: “Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como proveito patrimonial obtido pelo agente.”.

A utilização do referido princípio não se limitou à gradação das penas sendo que em alguns casos chega até a excluir o ato ímprobo. Isso ocorre no caso de insignificância da violação à ordem jurídica.

Nesse sentido Edilson Pereira Nobre Júnior (2004, p. 78):

Não esquecer aqui também que a proporcionalidade possui influência para afastar o ilícito pela adequação da conduta ao contexto social. Há situações em que o servidor tem em sua guarda bem público com vistas a realizar a sua missão; nada impedindo que, eventualmente, utilize-o em atividade de interesse particular. Por exemplo, um computador destinado ao serviço de determinada repartição, poderá, ocasionalmente, vir a ser utilizado pelo servidor para a realização de um serviço particular, sem que tal fato provoque grave atentado ao interesse público.

Constituindo-se então, o princípio da proporcionalidade, como importante ferramenta na aplicação das sanções da Lei 8.429/92.

Outro ponto merecedor de destaque é o ‘caput’ do art. 12, que diz: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o

responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações”, ponto em que o referido artigo passa a discorrer sobre as sanções específicas referentes aos arts. 9º, 10 e 11.

Com esta redação, a lei 8.429/92 afirma ser possível a cumulação de penas (desde que sejam as penas de diferentes esferas de jurisdição), de acordo com a célula mater que em seu art. 37, § 4º autoriza a concorrência de ação penal cabível com a ação de improbidade administrativa.

O que não é permitida é a cumulação de penas dentro da mesma esfera de jurisdição, sob pena de afronta ao inciso XLVI do art. 5º da CF/88, que garante a individualização da pena; impossibilitando o bis in idem, ou seja, não permitindo que um mesmo ato seja punido mais de uma vez. Assim, imposta uma obrigação de ressarcimento no âmbito civil, afasta-se completamente a possibilidade da mesma consequência em ação de improbidade que também tem natureza civil.

Ainda neste mesmo prisma, interessante questão surgiu com a Lei 8.443/92. A referida lei disciplina a atividade do Tribunal de Contas da União e prevê a possibilidade de multas; as quais em alguns casos podem coincidir com os tipos previstos na lei de improbidade administrativa.

Sobre tal contenda manifestou-se Edílson Pereira Nobre Júnior (2004, p. 79), nos seguintes termos:

Abstraindo-se o sujeito e o fato, tem-se que a multa, instituída pela Lei 8.443/92, em virtude de dano ao patrimônio público, não apresenta traço distintivo daquela decorrente de ato de improbidade. A única diferença – e que, nem de longe, não atinge a essência de ambas sanções – é que uma delas é aplicada pelo Tribunal de Contas da União e outra, pelo Judiciário. Desse modo, permitir-se a possibilidade de aplicação da multa civil em ação de improbidade, mesmo já tendo o agente assim sido punido pelo Tribunal de Contas da União, nos termos dos dispositivos legais citados, é o mesmo que conceber que duas punições, dotadas de fundamento comum, sejam aplicadas a um só fato, o que é inaceitável.

Fique claro, que o bis in idem ocorreria apenas no caso de aplicação das multas das Leis 8.429/92 e 8.443/92 cumulativamente. Pois as punições em esferas distintas (civil, penal e administrativa) são plenamente possíveis.

Ao estudarmos as sanções derivadas da Lei de Improbidade Administrativa, vale ainda assinalar o fato de que a pena de proibição de contratar com o poder público vai além do sujeito ativo da improbidade, alcançando também pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

De outra forma, não poderia mesmo ser, pois nessa hipótese a pessoa jurídica poderia continuar a se beneficiar ilicitamente por meio de suas relações com a Administração Pública.

### 3.7 Legitimidade

A legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa é definida pelo art. 17 de Lei 8.429/92; onde se prevê que têm legitimidade concorrente o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada.

Entretanto, cotidianamente assistimos à inércia das pessoas jurídicas, fato este que acentua ainda mais a responsabilidade do *parquet* no combate a improbidade.

Realidade esta que podemos visualizar das palavras de Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho (2002, p. 259):

Fato curioso e revelador da importância da atuação do Órgão Ministerial no combate a improbidade administrativa é que, apesar da legitimidade concorrente conferida a entidade da Administração Pública interessada para propositura da ação por ato de improbidade administrativa, na Bahia todas as sanções dessa natureza foram propostas pelo Ministério Público, realidade esta não muito diversa nos outros Estados. Com raras exceções, o que se assiste é a inércia da pessoa jurídica lesada pela conduta de seus próprios dirigentes. Dificilmente instaura-se sindicância, auditorias internas ou inquéritos administrativos para averiguação dos atos lesivos à Administração Pública, praticados por seus agentes.

Inteligentemente, o legislador precaveu-se ao dispor no § 4º do art. 17 da lei em estudo, que o órgão ministerial participe de uma forma ou de outra, das ações de improbidade administrativa, ao determinar que: “O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará, obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade.”

Sendo assim, concluímos que a legislação em estudo reconheceu o avanço da Constituição de 1988 que definiu o Ministério Público como sendo a instituição encarregada de resguardar a ordem jurídica democrática, conferindo-lhe, para tanto, maiores garantias e prerrogativas.

Por fim cabe ainda lembrar, que a legitimidade não exclui o princípio federativo. Dessa forma se a improbidade ferir interesse da Administração Pública Federal caberá ao Ministério Público Federal ingressar com a respectiva ação; enquanto, nos demais casos, a ação deverá ser proposta pelo Ministério Público dos Estados.

### 3.8 Procedimento

O procedimento e o processo judicial estão previstos no capítulo V da Lei 8.429/92, do art. 14 ao 18. Os referidos artigos no ano de 2001 foram alvo das medidas provisórias 2.180-35-2001 e 2.225-45-2001, que acrescentaram 8 parágrafos ao art. 17.

Ficou definido então na lei, que qualquer pessoa poderá noticiar ato de improbidade administrativa para a autoridade competente, por meio de representação, que sob pena de não recebimento da mesma, deverá ser escrita e assinada. Isto para não dar espaço à litigância de má-fé; que se ocorrer deverá ser respondida com firmeza de acordo com os arts. 16, 17, 18 do CPC.

Estando os requisitos da representação todos em dia (parágrafo 2º, art. 14), a autoridade determinará a apuração dos fatos e dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas, da existência dos mesmos; sendo que estes últimos poderão designar representantes para acompanhar o procedimento.

Será possível também o seqüestro dos bens do agente ou terceiro, no caso de fundados indícios da materialidade e autoria – medida esta que será estudada mais a frente.

A ação de improbidade administrativa será processada pelo rito ordinário e obviamente não admitirá de forma alguma transação, acordo ou conciliação.

A já citada medida provisória 2.180-35-2001 acrescentou o parágrafo 5º ao art. 17, determinando nas palavras de Edílson Pereira Nobre Júnior (2004, p. 81):

[...] algumas modificações à tramitação da ação de improbidade. Destacase, inicialmente, que a propositura da demanda, que prevenirá o juízo competente para todas as ações posteriores que venham possuir a mesma causa de pedir, ou o mesmo objeto, será instruída com documentos ou justificação contendo indícios suficientes da existência do ato de improbidade, ou com razões que justifiquem a impossibilidade de apresentação de tais elementos

O restante dos parágrafos do art. 17 (§§ 6º ao 12) foram inseridos pela medida provisória 2.225-45-2001. Entre as inovações trazidas pela mencionada medida provisória, destaca-se inicialmente a implantação de uma fase de recebimento da petição inicial; na qual o juiz ordenará a notificação do requerido para no prazo de 15 dias apresentar manifestação por escrito.

Tal fase de recebimento foi alvo de críticas da doutrina e da jurisprudência por assemelhar-se muito à defesa prévia, instituto este restrito ao processo penal, sendo assim, como poderia existir dentro de uma ação iminentemente civil.

Criticou-se ainda a defesa prévia com a arguição de sua inconstitucionalidade como notamos (2006, AgI nº. 415.308 -5/5-00, 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Nelson Calandra, j. 17.01.2006):

Improbidade administrativa – Necessidade de prévia manifestação – A Medida Provisória nº. 2.225, de 04/09/01, não foi convertida em Lei, e não foi regulamentado o art. 4º, que inseriu os parágrafos 6º ao 12 no artigo 17 da lei 8.429/92, perdendo a eficácia tais dispositivos, consoante o disposto nos § do art. 62 da Constituição Federal – Desnecessidade da prévia manifestação do réu.

(...) 3. A Medida Provisória de nº. 2.225, de 04/09/01, segundo informa a página da Presidência da República não foi convertida em lei, e apenas foram regulamentados os artigos 6º e 7º da Medida provisória, através do Decreto nº. 4.187/02, de modo que o seu artigo 4º, que inseriu os parágrafos 6º ao 12 no artigo 17 da lei 8.429/92, perdeu a eficácia, consoante o disposto nos § do artigo 62 da Constituição Federal.

Assim, não se aplica mais o disposto no artigo 17, § 7º, da Lei nº. 8.429/92, que prevê manifestação prévia do réu em ação de improbidade administrativa

Rebatendo tal posicionamento notamos Francisco Octavio de Almeida Prado Filho (2002, p. 01):

Antes de qualquer análise sobre a sistemática prevista para a defesa preliminar, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito da EC 32, de 11 de setembro de 2001. A referida emenda criou uma série de restrições para a edição de Medidas Provisórias, vedando, expressamente, as relativas a direito penal, processual penal e processual civil, entre outras. Com base nessas vedações, houve quem sustentasse a inconstitucionalidade da MP 2225-45 por tratar de direito processual civil. Ocorre, no entanto, que o parágrafo 2º da referida Emenda não deixa dúvidas quanto à constitucionalidade da referida norma já que, com relação às medidas provisórias já editadas e ainda em vigor, caso da MP 2225-45, dispôs:

Art. 2º - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Como se vê, referido artigo determina, explicitamente, sejam mantidas as medidas provisórias já editadas, independente das matérias por elas reguladas.

Outra apreciação negativa foi o fato de que o prazo de 15 dias traria ainda mais morosidade ao andamento do feito. Nesse sentido a referida defesa prévia foi alvo inclusive do projeto de lei nº 1.523 de 2003, apresentado pelo Deputado Carlos Sampaio, que visava a extinção da mesma.

No entanto o referido PL foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça em 21 de outubro de 2004, ocasião em que o relator, Deputado José Eduardo Cardozo justificou a medida nos seguintes termos:

A alteração proposta no § 7º do art. 17 exclui a chamada defesa prévia ou preliminar, a qual consiste em manifestação do réu antes de o juiz determinar se aceitará ou não o processamento da ação. A existência dessa defesa gera, de fato, um pequeno atraso no andamento da ação. Não obstante, sua ocorrência é necessária para evitar que ações manifestamente temerárias tenham curso. Trata-se, além disso, da consagração do princípio da ampla defesa, constitucionalmente garantido (CARDOZO, José Eduardo. Projeto de Lei nº 1.523/2003).

Ainda a favor do § 7º da lei 8.429/92 mais uma vez notamos Francisco Octavio de Almeida Prado Filho, que em sua defesa, ainda levanta a negatividade do uso político da referida lei (2002, p. 01):

Apesar de ter causado certa estranheza a introdução do contraditório preliminar pela MP 2225-45, ao contrário do que se pensou, não constitui um privilégio dos agentes públicos, uma forma de se dificultar o processamento da ação, beneficiando aqueles que agem em descompasso com os interesses da administração. Ao contrário, é uma forma de se proteger o agente íntegro, que age de acordo com o interesse público. Dificulta o uso da ação como forma de perseguição política<sup>1</sup>, inibindo o trâmite de ações que tem como único objetivo prejudicar esta ou aquela pessoa. Como é sabido, a simples existência de uma ação por atos de improbidade em face de determinada pessoa implica, automaticamente, em uma “condenação moral” por parte da sociedade. O agente público, principalmente aqueles que ocupam cargos eletivos tem como um de seus maiores patrimônios a imagem pública e, nesse caso, a prova da inocência após um longo e desgastante processo está longe de devolver ao Réu a credibilidade perdida. Ainda que o Estado, aplicando de forma plena o princípio da presunção de inocência, só venha a considerar determinada pessoa culpada após os fatos terem sido devidamente apurados, a sociedade não age da mesma forma. Nesse sentido, em brilhante artigo intitulado “Limites à Atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública” deixou escrito o Professor Adilson Abreu Dallari: Muitas vezes o agente público, o agente do Executivo, o funcionário, o prefeito (que é o agente público mais vulnerável), recebe uma pressão direta da coletividade, e tem que tomar uma atitude que não é muito ortodoxa, da qual acaba tendo como resultado a propositura de uma ação civil pública, que seria perfeitamente evitável se ele fosse pelo menos ouvido, se ele fosse consultado, se houvesse um mínimo de verificação preliminar.

Sendo assim concordamos com o entendimento receptivo à defesa preliminar, tendo em vista que a pequena vantagem de 15 dias, gerada ao agente público, se justifica frente às exposições acima ressaltadas.

De qualquer forma, se antes da ação houver a instauração de inquérito civil, será dispensada a aludida formalidade.

Na seqüência, o juiz, no prazo de 30 dias em decisão fundamentada decidirá pela rejeição ou recebimento da inicial, determinando a citação do réu para apresentar resposta.

Cabe lembrar neste ponto que no caso de recebimento da petição inicial caberá agravo de instrumento e contra a decisão que rejeitá-la, caberá apelação.

Na ação de improbidade administrativa ficará ainda facultado ao magistrado extinguir o processo sem julgamento do mérito, em qualquer fase do feito se reconhecida a inadequação da ação.

Em caso de procedência da ação, a sentença determinará o pagamento ou a reversão patrimonial em favor da pessoa jurídica prejudicada. Dessa forma fica a pessoa jurídica responsável pela promoção da respectiva execução, de acordo com o parágrafo 2º do art. 17 da lei 8.429/92.

### **3.9 Tutela Cautelar**

A tutela cautelar é uma garantia jurisdicional que visa assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse legitimado; sempre que forem ameaçados por dano iminente de difícil reparação.

Nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva (2002, p. 339):

Trata-se, portanto, de forma essencialmente preventiva de proteção jurisdicional, destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação de emergência que os coloque em posição de risco iminente de periclitção.

Na Lei 8.429/92 a tutela cautelar manifesta-se com a indisponibilidade dos bens do agente público ímprobo.

Com essa providência o legislador visou impedir que o fruto da lesão ao patrimônio público ou os bens ou quantias acrescidas ilicitamente ao patrimônio do ímprobo seja dissipado antes da sentença irrecurável.

Dessa forma, são suscetíveis de medida cautelar, apenas os atos de improbidade descritos nos arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (lesão ao erário), já que o ato de ofensa aos princípios da administração pública não gera perigo de impossibilitar a jurisdição.

O art. que trata da indisponibilidade dos bens do indiciado é o 7º da Lei 8.429/92 e seu parágrafo único; onde expressamente se designa o Ministério Público como titular de tal medida.

No entanto, a legitimidade para o requerimento da tutela cautelar não deve se limitar a iniciativa do *parquet*, como notamos nas palavras de Edilson Pereira Nobre Junior (2004, p. 83):

Embora este dispositivo aluda à iniciativa ministerial, tenho que nada veda, antes recomenda, que tal venha a caber á pessoa jurídica interessada, a qual não está privada de proteger seu patrimônio, inclusive mediante medidas acautelatórias.

Ante o exposto, podemos concluir que o objeto da medida é apenas garantir que aquilo que foi tirado do erário seja restituído, devendo para isso restringir-se aos bens adquiridos a partir dos atos ilícitos a serem apurados, não alcançando os anteriormente acrescidos.

A indisponibilidade pode ser argüida na própria ação, inclusive em momento posterior ao seu ajuizamento, ou em lide cautelar autônoma.

A medida visa apenas impedir que o réu venha a alienar parte do seu patrimônio, por isso não obsta que o mesmo continue administrando os bens atingidos pela medida. Como já foi decidido no ROMS 6.197 – DF.

O art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa prevê também a possibilidade de seqüestro dos bens do agente ímprobo – lembrando que tal medida também se limita aos casos de enriquecimento ilícito e lesão ao patrimônio público.

O seqüestro é medida mais gravosa que a indisponibilidade, pois além de impossibilitar a alienação do bem, impossibilita também a fruição do mesmo. Por isso mesmo para sua incidência são exigidos “fundados indícios de responsabilidade”.

Sobre o seqüestro na ação de improbidade administrativa, cabe ainda lembrar que o mesmo difere do conceito doutrinário do instituto por incidir sobre bens objeto de disputa judicial.

Outro ponto que merece exame é o de perigo na demora reverso, ou seja, o perigo de que a morosidade do processo venha a causar a deterioração ou até mesmo a perda do patrimônio do agente. Da mesma forma, é necessário que o magistrado atue com razoabilidade, excluindo da medida situações que possam comprometer a subsistência do agente. Como ficou decidido na Medida Cautelar 1.804 – SP do STJ.

No mesmo conjunto de medidas enquadra-se a perda da função pública de acordo com o art. 20 da lei em estudo. Em regra geral a perda da função pública por ato de improbidade administrativa exige o transitio em julgado da decisão; no entanto o art. 20 da Lei

8.429/92 possibilita que a autoridade judicial ou a administrativa determinem o afastamento do cargo, emprego ou função, sem prejuízo de sua remuneração.

Este afastamento visa propiciar a livre colheita de provas, impedindo que o agente elimine elementos de convicção, ou dificulte a produção dos mesmos. Por esse motivo, se anteriormente inquérito civil tiver colhido as provas e indícios necessários contra o agente, a medida não terá cabimento

### **3.10 Competência**

A competência nos atos de improbidade administrativa foi tema de longas discussões tanto na doutrina como na jurisprudência, pois respeitáveis decisões se levantaram de dois lados. Por um lado defendia-se o foro por prerrogativa de função do agente político e por outro a competência do juízo de primeiro grau.

Manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça por meio da reclamação 591 – SP, afirmando que juizes de Tribunal Regional do Trabalho, no caso de ação civil não estariam amparados pelo foro diferido pela função, nos termos do art. 105, I, a da Constituição Federal, exatamente pela natureza extra criminal da ação.

Da mesma forma, o Egrégio Tribunal decidiu pela inexistência de foro privilegiado nos casos de improbidade administrativa praticada por Prefeito Municipal. Alegando na ocasião, que a competência constitucionalmente determinada, garante aos Prefeitos o foro privilegiado em matérias criminais – nada falando sobre outras ações, incluindo as ações civis referentes a atos de Improbidade Administrativa.

Contrariamente, defendeu a existência de foro privilegiado nos casos de improbidade administrativa o ex-Ministro Paulo Brossard, 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.

Em apoio a tal posição, notamos Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (200\_, p. 140) que 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.

Nesse dilema então, notamos como correta a colocação de Alexandre de Moraes (2007, p. 01):

Discordamos desse posicionamento (posicionamento que prega a existência do foro privilegiado), 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.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato repudia o foro privilegiado de maneira contundente 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.

Dessa forma, concluímos que não estão nem o Poder Judiciário, nem o Executivo aptos a criar prerrogativas de foro, devendo então, a ação civil pública relativa a improbidade administrativa ser proposta no juízo de primeiro grau. Diferentemente do que presenciamos na jurisprudência hoje disseminada no território nacional.

### **3.11 Os Agentes Políticos e a sua Responsabilização pela Lei 8.429/92.**

Da mesma forma que a competência, no entanto com desdobramentos mais graves, a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, também foi alvo celeuma jurídica.

No dia 03 de maio de 2007, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 456649/MG, onde atuou como relator o Min. Luiz Fux, proferiu decisão excluindo os agentes políticos do alcance da Lei de Improbidade Administrativa.

Na ocasião, justificou-se tal decisão, afirmando-se que pela natureza especial dos cargos ocupados por agentes políticos, a responsabilização deveria ser feita a luz do Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores na esfera penal.

Define a ilustre doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, o agente público como sendo (2003, p. 230):

Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores.

Podemos abstrair do conceito anterior, que os agentes políticos são destacados do rol dos agentes públicos pelo cargo que ocupam. A concessão de vantagens para alguns cargos como as imunidades material e formal e o foro por prerrogativa de função são legais, no entanto tais benefícios têm que derivar de lei e não de decisão do Poder Judiciário.

Cabe ressaltar, que a Lei 8.429/92, visando ampliar ao máximo a sua aplicabilidade, já em seu art. 1º definiu que estariam abrangidos pelo seu regime “qualquer agente público servidor ou não”. Em que pese as várias formas de interpretação do texto legal, no caso em pauta, de acordo com grande parte da doutrina e jurisprudência deve prevalecer a interpretação literal, como afirmou Luiz Gonzaga Pereira Neto (2007, p. 03):

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

Nesse ponto, vale apresentar os motivos do STJ pormenorizadamente, por meio da citação da íntegra da Ementa da decisão do RESP nº 456649/MG:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VOTO DIVERGENTE DO RELATOR.

1. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se em definir se a conduta do ex-prefeito, consistente na negativa do fornecimento de informações solicitadas pela Câmara Municipal, pode ser enquadrada, simultaneamente, no Decreto-lei n.º 201/67 que disciplina as sanções por infrações político-administrativas, e na Lei n.º 8.429/92, que define os atos de improbidade administrativa.

2. Os ilícitos previstos na Lei n.º 8.429/92 encerram delitos de responsabilidade quando perpetrados por agentes políticos diferenciando-se daqueles praticados por servidores em geral.

3. Determinadas autoridades públicas não são assemelhados aos servidores em geral, por força do cargo por elas exercido, e, conseqüentemente, não se inserem na redução conceitual do art. 2º da Lei n.º 8.429/92 ("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"), posto encartados na lei que prevê os crimes de responsabilidade.

4. O agente político exerce parcela de soberania do Estado e por cause atuam com a independência inextensível aos servidores em geral, que estão sujeitos às limitações hierárquicas e ao regime comum de responsabilidade.

5. A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como "crime de responsabilidade", de natureza especial.

6. A Lei de Improbidade Administrativa admite no seu organismo atos de improbidade subsumíveis a regime jurídico diverso, como se colhe do art. 14, § 3º da lei 8.429/92 ("§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares."), por isso que se infere excluída da abrangência da lei os crimes de responsabilidade imputáveis aos agentes políticos.

7. O Decreto-lei n.º 201/67, disciplina os crimes de responsabilidade dos agentes políticos (prefeitos e vereadores), punindo-a com rigor maior do que o da lei de improbidade. Na concepção axiológica, os crimes de responsabilidade abarcam os crimes e as infrações político-administrativas com sanções penais, deixando, apenas, ao desabrigo de sua regulação, os ilícitos civis, cuja transgressão implicam sanção pecuniária.

8. Conclusivamente, os fatos tipificadores dos atos de improbidade administrativa não podem ser imputados aos agentes políticos, salvo através da propositura da correspondente ação por crime de responsabilidade.

9. O realce político-institucional do *thema iudicandum* sobressai das conseqüências das sanções inerentes aos atos ditos ímprobos, tais como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

10. As sanções da ação por improbidade podem ser mais graves que as sanções criminais *tout court*, mercê do gravame para o equilíbrio jurídico-institucional, o que lhe empresta notável colorido de infração penal que distingue os atos ilícitos civis dos atos ilícitos criminais.

11. Resta inegável que, no atinente aos agentes políticos, os delitos de improbidade encerram crimes de responsabilidade e, em assim sendo, revela importância prática a indicação da autoridade potencialmente apenável e da autoridade aplicadora da pena.

12. A ausência de uma correta exegese das regras de apuração da improbidade pode conduzir a situações ilógicas, como aquela retratada na Reclamação 2138, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, que por seu turno, calçou-se na Reclamação 591, assim sintetizada: "A ação de improbidade tende a impor sanções gravíssimas: perda do cargo e inabilitação, para o exercício de função pública, por prazo que pode chegar a dez anos. Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal Supremo. Entretanto a admitir a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do STF e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. Vê-se que se está diante de solução que é incompatível como o sistema."

13. A eficácia jurídica da solução da demanda de improbidade faz sobrepor-se a essência sobre o rótulo, e contribui para emergir a questão de fundo sobre a questão da forma. Consoante assentou o Ministro Humberto Gomes de Barros na Rcl 591: "a ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do direito civil. A circunstância de a lei denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais."(STJ, REsp 456649/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ Data 5/9/2006, grifos nossos).

Primeiramente cumpre ressaltar que a decisão do STJ está viciada por não diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade penal, como bem disse Luiz Gonzaga Pereira neto (2007, p. 08): "entende-se que a tese do STJ parte de equívoco genético, já que não realizou a devida distinção entre a responsabilidade civil (prevista na Lei 8.429/92) e a responsabilidade penal disciplinada pelo Decreto-Lei nº 201/67."

Continua o referido autor, ainda afirmando que a respeitável decisão da margem a impunidade dos agentes políticos: “O posicionamento do STJ, data vênua, acarreta a institucionalização da impunidade de agentes políticos ímprobos, ao menos na esfera civil”.

A responsabilização na esfera penal, regada pelo Decreto-Lei 201/67 não deve excluir a aplicabilidade da Lei 8.429/92 na esfera civil; isto por que a própria constituição é clara ao declarar a independência das esferas civil e penal.

Outro ponto do extrato da Ementa a ser lembrado trata da afirmação de que a concessão de medidas liminares acarretariam situações insustentáveis, como por exemplo o afastamento liminar do Presidente da República.

Tal alegação não procede, pois tais medidas só seriam aplicadas se não se caracterizasse o *periculum in mora* inverso (como já lembrado anteriormente), ou efeito multiplicador indesejável; cabendo aos magistrados ponderar sobre a questão com um mínimo de bom senso e os citados problemas nunca ocorreriam.

Em 19 de novembro de 2002, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, como relator da Reclamação 2.138; ressaltou as diferenças entre os regimes de responsabilidade político administrativa dos arts. 37, § 4º e 102, I, ‘c’ da Constituição Federal. E desse entendimento concluiu que os agentes políticos por serem regidos por normas especiais não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92 e sim por crime de responsabilidade com base na Lei 1.079/50.

Concluiu seu voto o ilustre Ministro, pela procedência da referida reclamação, definindo também a competência do STF para o caso. Nesta ocasião, acompanharam o voto do Ministro Nelson Jobim, os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Correa e Ilmar Galvão, mas o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Ministro Carlos Velloso em 20 de novembro de 2002.

Dessa forma, apenas em 18 de abril de 2008, o STF manifestou-se conclusivamente sobre a Reclamação 2.138 publicando a seguinte Ementa:

**EMENTA:** RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.

I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. Questão de ordem rejeitada.

I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada.

## II. MÉRITO.

II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n° 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4° (regulado pela Lei n° 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei n° 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4°) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei n° 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n° 8.429/1992).

Na ocasião do julgamento o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ainda declarou que a referida reclamação era fruto de manobra política, onde procuradores buscavam a realização de fins pessoais ou corporativistas.

Tal declaração provocou, justificadamente, profundo mal estar com a Procuradoria Geral da República, que divulgou notas oficiais repudiando as colocações do Ministro Gilmar Mendes, afirmando que a ação foi iniciada com fundamento nas provas recolhidas em investigações iniciadas no ano de 2004 e ainda exigindo responsabilidade do referido Ministro ao emitir opiniões sobre trabalhos oriundos do MPF no desempenho de suas funções.

Dessa forma, prevalece hoje na jurisprudência nacional, contrariamente as reivindicações de grande parte da doutrina e de aplicadores do direito, a não aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos.

Disseminando-se dessa forma o sentimento de impunidade, já tão marcado na história da Nação.

### 3.12 Prescrição

Os atos de improbidade administrativa têm sua prescrição regradada pelo art. 23 da Lei 8.429/92. O referido dispositivo, para efeito de prescrição, separa os agentes públicos em dois grupos. Em seu inciso I, define que o prazo será de 5 anos, contados após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

Neste ponto cabe lembrar que a expressão mandato engloba tanto atividades públicas como atividades em empresas privadas como é o caso, por exemplo, de investidura em diretoria ou conselho de administração de sociedade anônima. Este caso então deverá também ser regido pelo inciso I do art. 23 da lei em questão.

Já o inciso II estabelece que no caso de cargo efetivo ou emprego, o prazo prescricional será o previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. A lei específica que regulamenta tal questão é a Lei 8.112/90, que em seu art. 142, I, determina que “a ação disciplinar prescreverá: em 5 (cinco) anos, quanto as infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão”.

No tocante as causas de suspensão e interrupção do curso do prazo prescricional, o inciso primeiro será regido pela regra geral determinada pelos arts. 197 a 204 do CC. Enquanto nos casos do inciso II a matéria deverá também ser tratada por lei específica, ou seja, a Lei 8.112/90 que disciplina a questão em seus §§ 3º e 4º do art. 142.

## CONCLUSÃO

Inquestionavelmente a Lei de Improbidade Administrativa tem capacidade para se tornar um marco na história da nação, possibilitando a desvinculação do país de seu passado tão marcado pela prática infame da corrupção.

Num primeiro momento de vigor da Lei 8.429/92 verificamos algum progresso nesse sentido tendo em vista que, em que pese o baixíssimo nível de condenações transitadas em julgado pela referida norma, os eleitores conscientes dos processos em andamento, através do exercício da cidadania, impediram que grande parte desses agentes públicos retornasse ao poder.

No entanto, infelizmente, até hoje no Brasil, não basta a existência da lei, é necessário que a mesma passe pelo crivo dos que por ela serão atingidos (especialmente quando falamos de atingir os detentores do poder), para que, só então, se for aprovada, ganhe eficácia completa.

Tendo em vista a recente decisão do STF, no sentido de excluir do raio de atuação da Lei de Improbidade Administrativa os agentes políticos, a mesma tornou-se inoperante, não mais atingindo seus principais destinatários.

A partir deste momento, o que devemos esperar deste Supremo Tribunal?

Gostaríamos de esperar julgados que visem assegurar a suprema vontade do povo; decisões que respeitem os supremos princípios constitucionais, trazendo eficácia às normas tão almejadas pela sociedade. Gostaríamos de esperar imparcialidade suprema para que a política nunca interferisse nas convicções pessoais de nossos Ministros, que nada mais são do que servidores do povo. Gostaríamos de confiar que os profundos conhecimentos jurídicos desses julgadores fossem usados com o único e supremo fim de fazer justiça e dar a cada um o que é seu.

No entanto, não sei o que posso esperar daqui para frente.

Nós, estudiosos do Direito, temos não só a capacidade, mas o dever de trabalhar incansavelmente na busca do desenvolvimento da nação. Para isso se faz mister que nos desvinculemos das velhas amarras legais, das já tão conhecidas e rebuscadas teorias que visam apenas tolher a Constituição de seus sentidos reais que, embora tão claramente manifestados, sofram distorções em prol de uma elite imunda que dirige esse país com a mesma mentalidade exploradora de nossos colonizadores.

E para isso, não precisamos de ternos caros, de togas e nem de poses para a imprensa. Não precisamos de Supremos Tribunais, de Colendas Turmas e nem de Ilustres Julgadores, o que precisamos é apenas de Homens, comuns, competentes, trabalhadores, honestos e com vontade de fazer a diferença.

Somente estes requisitos são capazes de realizar o disposto na Constituição, dando vigência plena aos seus preceitos e assim reconduzindo a nação à Ordem e ao Progresso.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 58-64, 118-136.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A lei de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 237, 2004. p. 01-07.

BROSSARD, Paulo. **Princípio do juiz natural como garantia constitucional**. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=76>

CARDOZO, José Eduardo. **Projeto de Lei 1.523 de 2003**. Disponível em: [www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=246174](http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=246174)

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. **O princípio constitucional da eficiência na administração pública**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 226, 2001. p. 231-241.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ELIAS ROSA, Márcio Fernando; SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 192-202.

COMPARATO, Fabio Konder. *Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais*,

DELGADO, José Augusto. **O princípio da eficiência e a constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 680, 1992. p.38-46.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 80-100.

DROPA, Romualdo Flávio. **Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/improbidadeadministrativa-controlesocial.htm>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil, Volume XI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 07.

HARADA, Kiyoshi. Improbidade administrativa. Disponível em:  
<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/abril/1204/ARTIGOS/A02.htm>

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do ministério público**. 2. ed. ver., amp. e atual. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

MARQUES, Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I, p. 245.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 576-586.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87-103.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: 2004, p. 86-127, 226-309.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 531-565.

\_\_\_\_\_. **Ministério público e o combate a corrupção – breves comentários à lei de improbidade administrativa**. 2007.

Disponível em:

[http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\\_cidadania/Improbidade\\_Administrativa/Doutrina\\_Improbidade/24-artigo.htm](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/24-artigo.htm)

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira, **Improbidade administrativa: alguns aspectos controversos**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 235, 2004. p. 61-91.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Marcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 13-32.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. Os agentes políticos e sua responsabilização a luz da lei 8.429/92. Disponível em:

[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_VII\\_janeiro\\_2007/Os%20agentes\\_politicos\\_luiz\\_gonzaga.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_janeiro_2007/Os%20agentes_politicos_luiz_gonzaga.pdf)

\_\_\_\_\_. **Os agentes políticos e sua responsabilização a luz da lei 8.429/92**. Disponível em:

[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_VII\\_janeiro\\_2007/Os%20agentes\\_politicos\\_luiz\\_gonzaga.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_janeiro_2007/Os%20agentes_politicos_luiz_gonzaga.pdf)

PRADO FILHO, Francisco Octávio de Almeida. O contraditório preliminar na lei de improbidade administrativa. Disponível em: [http://www.mptap.com/c\\_preliminar.htm](http://www.mptap.com/c_preliminar.htm)

SALLES, Carlos Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do ministério público**. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, RONALDO PORTO (coord.). Ministério Público II: democracia. São Paulo: Atlas, 1999, p. 13-43.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 666-691.

SILVA, José Alfredo de Paula; NASCIMENTO, Raquel Barquinho P. M. **Nota ao Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:  
<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-mendes/?searchterm=nota%20improbidade%20stf>

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 339.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **A eficácia social da atuação do ministério público no combate à improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 227, 2002. p. 253-263.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, p. 138-213.