

**Frederico Wildson da Silva Dantas**

**CONTROLE JURISDICIONAL DA MORALIDADE NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PRÁTICA DE ATOS DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:**

*PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA DO REGIME JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI  
8.429/1992, DESIGNADAMENTE FACE O ADVENTO DA LEI 10.628/2002,  
QUE DISCIPLINA O FORO PRIVILEGIADO PARA JULGAMENTO  
DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE*

Recife(PE), agosto de 2003

**Frederico Wildson da Silva Dantas**

**CONTROLE JURISDICIONAL DA MORALIDADE NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PRÁTICA DE ATOS DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:**

*PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA DO REGIME JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI  
8.429/1992, DESIGNADAMENTE FACE O ADVENTO DA LEI 10.628/2002,  
QUE DISCIPLINA O FORO PRIVILEGIADO PARA JULGAMENTO  
DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora  
como exigência parcial para obtenção do  
Título de Mestre em Direito Público pela  
Universidade Federal de Pernambuco, sob a  
orientação do Prof. Dr. Andreas J. Krell.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Recife(PE), agosto de 2003

**Banca Examinadora**

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti – Presidente

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Jr.

*Qualquer caminho é apenas um caminho e não constitui insulto algum – para si mesmo ou para os outros – abandona-lo quando assim ordena o seu coração. (...) Olhe cada caminho com cuidado e atenção. Tente-o tantas vezes quantas julgar necessárias... Então, faça a si mesmo e apenas a si mesmo uma pergunta: possui esse caminho um coração? Em caso afirmativo, o caminho é bom. Caso contrário, esse caminho não possui importância alguma.*

**Carlos Castañeda**, “Os Ensinamentos de Dom Juan.”

*Em verdade, o povo espera que algum dia se inicie a prática de punição dos governantes.*

**Pontes de Miranda**, “Comentários à Constituição de 1967, com a emenda número 1 de 1969.”

Dedico a realização deste curso a Deus, que me tem concedido tantas graças; a Ana e Francisco, de quem tenho o orgulho e o privilégio de ser filho; a meus queridos avós, Alírio e Noélia, a quem tanto admiro pela beleza da alma; a meu tio, Alírio, estímulo constante de meu crescimento pessoal e profissional com sua amizade e estima sincera; e a meus irmãos, Francisco, Fábio e Flávio, meus pares, referência invariável de humanidade, cuja convivência concede-me refúgio para o exercício da simplicidade e pureza de espírito.

Agradeço a meus professores e colegas pelo compartilhamento de idéias e de experiências, em especial ao meu orientador, Andreas Krell, e aos funcionários da Faculdade de Direito do Recife, na pessoa de Carmem Dolores, pela ajuda inestimável e auxílio invariavelmente afável e desvelado.

Agradeço de forma especial a minha mãe, Ana Florinda, pelo carinho, pelo incentivo constante, pela compreensão, pelo cuidado e paciência em examinar e acompanhar meu trabalho, proporcionando-me reflexões importantes sobre as questões analisadas, e, principalmente, por me ensinar com seu amor a nunca desistir de meus sonhos.

## RESUMO

A corrupção política é uma constante na história das instituições públicas brasileiras, afetando significativamente a legitimidade do poder, e deve ser compreendida como reflexo de um conjunto de fatores históricos e culturais que lhe conferem função específica na sociedade, de forma que a articulação de políticas públicas eficientes em sua repressão exige uma compreensão objetiva do fenômeno, que sopesse a conjuntura social e institucional. No Brasil, o sistema estatal de fiscalização da honestidade na Administração Pública organiza-se com fundamento no princípio constitucional da moralidade administrativa, e sua tutela jurisdicional tem como principal instrumento a Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade, que instituiu regime de controle judicial da corrupção na prática de atos de improbidade administrativa. Sua criação teve como objetivo principal viabilizar o controle da honestidade na atuação dos agentes públicos formadores da vontade superior do Estado, denominados de agentes políticos, que estão sujeitos a responsabilidade de natureza político-administrativa. A aplicação da Lei de Improbidade opera-se fundamentalmente através da atuação do Ministério Público, que para tanto utiliza o inquérito civil público e a ação civil pública, visando imputar aos agentes ímprobos sanções de natureza político-administrativa, administrativa, e civil, sem prejuízo da ação penal cabível. A repercussão social da Lei de Improbidade tem suscitado muitas controvérsias em sua interpretação, sendo que jurisprudência tem se posicionado no sentido de amenizar o rigor de sua aplicação, notadamente ao reconhecer em favor do réu garantias semelhantes às do processo penal e ao impor a proporcionalidade na cominação das sanções. A solução dada a algumas dessas questões polêmicas põe em risco a eficiência da Lei de Improbidade, dentre elas destaca-se a tese, encampada pela Lei 10.628/2002, de estender às ações de improbidade o foro privilegiado por prerrogativa de função de que gozam os agentes políticos no julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade.

## **ABSTRACT**

Political corruption is a regular fact in the history of Brazilians institutions, affecting significantly the legitimacy of power; it must be understood as a reflection of an assemblage of historical and cultural factors that grants it's specific function in the society. Therefore, the articulation of an efficient public policy in its repression requires an objective comprehension of the phenomenon that estimates the weight of both social and institutional conjectures. In Brazil, the State investigative system of honesty in Public Administration is organized based on the constitutional principle of "Administration Morality" and it's juridical tutorage's main instrument is the Act 8.429/1992 – the Improbability Act, which instituted the corruption's judicial control for the practice of administrative improbity acts. This Act's creation had, as a top aim, the viability of controlling honesty inside the actuation of public agents – those able to form the State's superior will – the so called "Political Agents", who are liable for political-administrative responsibility. The application of the Improbability Act is fundamentally performed by the District Attorney's Office, who makes use of the Public Civil Inquiry and the Public Civil Action to charge upon the wicked political-administrative agents, administrative and civil sanctions, along with the fitting Criminal Action. The social repercussion of the Improbability Act has raised up many controversies in its interpretation, having the jurisprudence nowadays being positioned in the direction to lessen the harshness of it's application, remarkably by recognizing, to the Defendant's benefit, guarantees that resemble those from the Criminal Process, and by requiring Proportionality in the sanction's imposition. The solution given to some of these controversial questions threatens the efficiency of the Improbability Act, among them stands out the thesis, placed by the Act 10.628/2002, of extending to the improbity actions privileged Courts of Justice due to the prerogatives that Political Agents enjoy in the judgment of the common and responsibility's crimes.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I: A CORRUPÇÃO COMO FATO SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO DA CORRUPÇÃO NA FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA COM VISTAS A POLÍTICAS PÚBLICAS EFICIENTES</b> .....	13
1.1 A recente história política brasileira, a instabilidade democrática e o impacto da corrupção sobre a legitimidade do poder .....	13
1.2 A corrupção como fato social: possíveis causas sociológicas .....	15
1.3 A corrupção no Brasil: enfoque histórico e institucional.....	19
1.4 O regime democrático e a corrupção .....	26
1.5 Necessidade de um tratamento científico do problema da corrupção como instrumento de políticas públicas eficientes .....	28
<b>CAPÍTULO II: PROBIIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LINEAMENTO DO CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL, COM ENFOQUE NO REGIME JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992</b> .....	33
2.1 A tutela jurídica da moralidade administrativa no Brasil .....	33
2.2 Alcance do conceito de probidade administrativa e sua relação com o princípio da moralidade .....	38
2.3 Improbidade administrativa: má-gestão ou desonestidade .....	41
2.4 Os agentes políticos e a responsabilidade culposa por ato de improbidade administrativa .....	46
2.5 Espécies de improbidade administrativa .....	50
<b>CAPÍTULO III: APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE: A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA REPRESSÃO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS</b> .....	54
3.1 A atuação da Administração Pública no controle e aplicação da Lei de Improbidade e o papel institucional do Ministério Público .....	54

3.2 Ação civil pública por ato de improbidade administrativa? .....	58
3.3 Efetividade da ação de responsabilização por ato de improbidade, medidas cautelares e o art. 20 da Lei de Improbidade .....	65
3.4 As sanções cominadas pela Lei de Improbidade .....	70

**CAPÍTULO IV: O JULGAMENTO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DOS CAPÍTULOS DA SENTENÇA E QUESTÕES RELEVANTES ENFRENTADAS PELA JURISPRUDÊNCIA NO JULGAMENTO DAS AÇÕES POR IMPROBIDADE ..** 75

4.1. A sentença na ação civil pública por improbidade administrativa .....	75
4.2 Proporcionalidade na imposição das sanções cominadas pela Lei de Improbidade .....	79
4.3 A questão da independência das instâncias penal e administrativa .....	83
4.4 A questão do foro privilegiado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal .....	89

**CAPÍTULO V: FORO PRIVILEGIADO NAS AÇÕES POR IMPROBIDADE: A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 10.628/2002 NA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....** 97

5.1 A tese da incompetência da primeira instância e a posituação do foro por prerrogativa para as ações por improbidade .....	97
5.2 O debate da questão no plano dogmático (a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa e suas conseqüências) .....	101
5.3 Argumentação de fundo extrajurídico .....	106
5.4 A alteração promovida através da Lei 10.628/2002 é compatível com a Constituição Federal? .....	109
5.5 Repercussão da mudança na competência na prática forense, perspectivas em curto, médio e longo prazo .....	111

**CONCLUSÕES.....** 117

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....** 124

## INTRODUÇÃO

Se é verdade que o poder corrompe, não é menos certo que a corrupção toma-lhe de assalto a legitimidade, conspirando para a deterioração das instituições. No Estado de Direito o poder estatal tem-se justificado pelo pacto constitucional, pela vontade geral expressa nas opções políticas do Parlamento, e pela limitação jurídica que se lhe impõe com o princípio da legalidade, cuja eficácia pretende-se garantir através do princípio da separação dos poderes, seja com a distinção das funções estatais ou mais propriamente com um sistema de freios e contra-pesos, uma vez que somente o poder pode limitar o poder.

A necessidade de se estabelecer instrumentos de fiscalização e controle do poder enseja o tema do controle jurisdicional da atividade administrativa. Esta espécie de controle dirige-se fundamentalmente à garantia da legalidade, já que a atuação concreta e material do Estado no cumprimento das leis, à primeira vista, não enseja discussões de outra natureza. Todavia, não se pode perder de vista que a legalidade é mais que a formal observância da lei, demandando uma atuação teleologicamente voltada para o atendimento do interesse público e da pauta de valores elegida na Constituição ao definir o papel institucional do Estado, destacadamente a moralidade administrativa, falando-se, então no controle de juridicidade.

O quadro de insatisfação da sociedade com o poder político, influenciado em grande parte pelo clima generalizado de impunidade, justifica o exame dessas questões, designadamente com vistas ao estudo do controle da moralidade da Administração Pública em razão da prática de atos de improbidade administrativa, com enfoque no regime jurídico instituído pela Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Era necessário, porém, delimitar o tema, que é um dos mais amplos dentro do Direito Administrativo.

A aplicação da Lei de Improbidade tem suscitado inúmeras polêmicas, sendo que a jurisprudência vem se posicionando no sentido de amenizar o rigor de sua aplicação, notadamente ao reconhecer em favor do réu garantias semelhantes às do processo penal, a exemplo da tipicidade e da proporcionalidade na cominação das sanções.

A solução dada a algumas dessas questões polêmicas põe em risco a eficiência da Lei de Improbidade, dentre elas destacando-se a tese, encampada pela Lei 10.628/2002, de

estender às ações de improbidade o foro privilegiado por prerrogativa de função de que gozam os agentes políticos no julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade.

Dessa forma, tomou-se como objeto das preocupações o regime jurídico instituído pela Lei de Improbidade, entretanto, direcionando-se o interesse do estudo para a perspectiva da eficiência do sistema de controle, em preferência a discussões de natureza normativa, seja de direito material ou processual, das quais não se ocupou senão quando diretamente relacionadas com esse aspecto.

Propõe-se, aqui, traçar um perfil do sistema de controle judicial da moralidade na Administração Pública pela prática de atos de improbidade administrativa, numa perspectiva da eficiência do regime jurídico instituído pela Lei de Improbidade, designadamente face o advento da Lei 10.628/2002, que disciplina o foro privilegiado para julgamento das ações de improbidade.

No planejamento da elaboração da dissertação, adotou-se o método descritivo crítico, com base em pesquisas documental, bibliográfica e jurisprudencial.

As pesquisas envolveram sobretudo material brasileiro e também material estrangeiro, haja vista que o estudo está centrado no sistema jurídico brasileiro, e a jurisprudência coletada foi mencionada, por amostragem em cada assunto com a qual se achava relacionada.

Na estruturação do texto adotaram-se as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), citando-se as obras pelo autor, título e local de publicação, e página. Adotou-se o sistema completo tanto para as referências bibliográficas quanto para as citações de nota de pé de página com o intuito de facilitar ao leitor a consulta das fontes de pesquisa, evitando, assim, as referências entre notas.

Na sua elaboração, o desenvolvimento da dissertação foi dividido em cinco capítulos.

No capítulo primeiro, fez-se referência à corrupção como fato social, isto a partir do entendimento de que a efetividade do sistema jurídico depende, em grande medida, de sua adequação à realidade social subjacente. Assim, a compreensão objetiva do fenômeno é instrumento necessário à elaboração racional e eficiente de políticas públicas de repressão à desonestidade na Administração Pública.

No capítulo segundo faz-se uma breve incursão nas questões pertinentes aos conceitos jurídicos utilizados pela Lei de Improbidade, especialmente os conceitos de probidade e improbidade administrativa, com os quais se irá trabalhar no decurso da pesquisa, dando-se enfoque à problemática da responsabilidade com fundamento na culpa, que dá ensejo a duas correntes de pensamento na caracterização dos atos de improbidade administrativa.

Trata-se, no capítulo terceiro, da aplicação da Lei de Improbidade, identificando-se, inicialmente os órgãos estatais que efetivam essa espécie de controle da administração, em seguida os instrumentos jurídicos utilizados para esse propósito, e, ao final, as conseqüências imputadas ao agente público que pratica atos de improbidade.

Logo depois, no capítulo quarto, procura-se estabelecer critérios para o julgamento das ações de improbidade, analisando a atividade jurisdicional, já que é a jurisprudência que determina, em grande parte, a repercussão social das leis, ao estabelecer em decisões revestidas de autoridade legal insuperável a solução e as conseqüências jurídicas das demandas que lhe são submetidas.

Encerrando o desenvolvimento da dissertação cuida-se, no capítulo quinto, de examinar detidamente a Lei 10.628/2002, notadamente no que diz respeito à discussão de sua compatibilidade com a Constituição e a repercussão em curto, médio e longo prazo para a eficiência do regime jurídico de controle da improbidade administrativa com fundamento na Lei de Improbidade.

Finaliza-se a dissertação com a exposição das conclusões sobre a matéria examinada, a partir do conteúdo de cada Capítulo, apontando as impressões colhidas sobre o tema debatido não só na forma como se apresenta atualmente, mas também em suas perspectivas de mudança.

## CAPÍTULO I

---

### **A CORRUPÇÃO COMO FATO SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO DA CORRUPÇÃO NA FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA COM VISTAS A POLÍTICAS PÚBLICAS EFICIENTES**

*SUMÁRIO: 1.1 A recente história política brasileira, a instabilidade democrática e o impacto da corrupção sobre a legitimidade do poder. 1.2 A corrupção como fato social: possíveis causas sociológicas. 1.3 A corrupção no Brasil: enfoque histórico e institucional. 1.4 O regime democrático e a corrupção. 1.5 Necessidade de um tratamento científico do problema da corrupção como instrumento de políticas públicas eficientes.*

#### **1.1 A recente história política brasileira, a instabilidade democrática e o impacto da corrupção sobre a legitimidade do poder**

A corrupção política faz parte do cotidiano dos brasileiros. Para constatá-lo, basta folhear os jornais e as revistas semanais, ou atentar para os noticiários de rádio e de televisão. Cada escândalo é divulgado e explorado exaustivamente até ser substituído por outro evento, mais recente, que roube a atenção da mídia e, desse modo, do público. Os casos dos “anões do orçamento”, das letras, dos precatórios, dos Bancos Marka e Fontecidam, da SUDAM/FINAM, do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (desvio de verbas), do DNER (precatórios), da OAS, da “Pasta Cor de Rosa” e da sede do TRT em São Paulo são fatos extraídos da recente história nacional que bem demonstram a frequência do fenômeno. Não olvidando o caso PC Farias, que se tornou paradigmático ao desembocar na renúncia, e posterior condenação perante o Senado Federal, do então Presidente da República, Fernando Collor de Melo.

A corrupção e os graves problemas que acarreta não se limitam, evidentemente, ao Brasil. Em 1996 a Organização dos Estados Americanos – OEA – criou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a primeira de seu gênero no mundo. Recentemente, durante a 31<sup>a</sup> Assembléia Geral da OEA em Heredia, Costa Rica, representantes de vinte e dois países membros assinaram acordo para estabelecer um mecanismo de continuação dos avanços na luta contra a corrupção no continente. Também em países europeus tem-se notícia de diversos instrumentos destinados a combater a corrupção, a exemplo da lei francesa 93-122, de 29 de janeiro de 1993, relativa à prevenção da corrupção e à transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos. A luta contra a corrupção, portanto, é objetivo

comum a diversas nações, o que significa, a *contrario sensu*, ser esse um problema difundido mundialmente.

Tal situação gera insatisfação da sociedade, provocando uma descrença generalizada nas instituições, no processo político e, em última análise, na própria democracia. Pesquisa realizada pelo IBOPE entre 17 e 21 de agosto de 2000 demonstra que, entre dez instituições, políticos são os que têm menos confiança da população. Nela, 61% dos entrevistados declararam não confiar no Congresso Nacional; 76% não confiam nos partidos políticos e 82% não confiam nos políticos de uma maneira geral. Em outra pesquisa, também do IBOPE, realizada entre 15 e 20 de março de 2001, demonstrou-se que para 51% dos brasileiros a corrupção aumentou no Governo Federal nos últimos dois anos; em relação às esferas Estadual e Municipal, 41% e 40% dos entrevistados, respectivamente, compartilham a mesma opinião, enquanto 39% e 36% acham que a corrupção continua igual. Mostrou-se, também, que para 61% da população existe muita corrupção no governo, para 26% existe um pouco e apenas 6% considera que não existe corrupção no governo; 8% dos entrevistados não quiseram opinar.

A história política brasileira mostra uma lenta e tortuosa evolução no sentido da democratização do poder, entrecortada por avanços e retrocessos, verdadeiros ciclos democráticos e autocráticos, o que pode ser verificado numa breve análise da história constitucional do Brasil. A primeira Carta Política nacional foi outorgada por um Imperador com poderes quase absolutos. Segue-se a primeira Constituição republicana, inspirada no ideário norte-americano, que traz o federalismo e a descentralização do poder. Em 1926 opera-se sua reforma, com o aumento do poder central com a criação de novas hipóteses de intervenção federal. Em 1930, a Revolução promete uma nova conformação do poder, o que se frustra em 1937, por ocasião do Estado Novo. Em 1946 nova onda democrática, que dura até a auto-intitulada Revolução Vitoriosa, o Golpe Militar de 1964, e sua Carta Política autoritária, de 1967 e, posteriormente, pela Emenda Constitucional n.º I de 1969, outorgada pelos Ministros das Forças Armadas. Por fim, em 1988 surge a promessa de uma nova ordem democrática, baseada na Constituição “cidadã”.

Desse modo, pode-se afirmar que o regime democrático brasileiro passa por um momento delicado de consolidação de suas instituições. Sem embargo, com a virada do século completaram-se treze anos, apenas, desde a redemocratização do país. Não há muito tempo, estava o Governo sob o jugo de militares, e as liberdades públicas sofriam toda ordem de

restrições. O poder necessita legitimar-se sob pena da instabilidade, decorrendo daí a necessidade de o regime político se compatibilizar com a realidade material (= política, social, econômica e cultural) onde vigora. Com efeito, não apenas argumentos éticos, políticos ou ideológicos justificam a importância do combate à corrupção; subjazem também razões de cunho pragmático, como a manutenção do equilíbrio nas relações sociais e da estabilidade das instituições.

## 1.2 A corrupção como fato social: possíveis causas sociológicas

Para os juristas, a corrupção é um crime que pode se materializar em duas espécies de conduta: 1- corrupção ativa, tipificada pelo art. 317 do Código Penal Brasileiro, consistente em “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”; e 2- corrupção passiva, tipificada no art. 333 do mesmo diploma legal, como “oferecer ou promover vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

O objeto deste estudo, contudo, demanda outro tipo de enfoque. É preciso examinar a corrupção antes de tudo como um fato social. O conceito jurídico de corrupção é propriamente um dogma – verdade pressuposta – que não se limita a descrever um fato desde já lhe atribuindo um juízo de valor, ou melhor, um desvalor que implica a rejeição social da conduta ao cominar-lhe uma pena. Quer-se aqui delimitar um conceito de corrupção como dado da realidade, na medida do possível despido de preconceitos e resistindo à reação valorativa na fixação de seu significado.

Como o objetivo mesmo deste tópico é a obtenção de uma definição, parece incoerente começar por apresentar algo já pronto e acabado, ao invés de construir uma definição examinando exemplos específicos da realidade. Todavia, não se pode negar a importância da contribuição da literatura existente sobre o tema, a exemplo do conceito, bastante citado, elaborado por J. S Nye:

Corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o status; ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> NYE, J. S.: “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”. *American Political Science Review*, n. 51, p. 417-429, jun. 1967, *apud* KLITGAARD, Robert E.: *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 40.

O termo corrupção é polissêmico tendo origem na palavra latina *corruptus*, significando decomposição, desmoralização, depravação, devassidão. Refere-se tanto ao comportamento político quanto ao sexual, traduzindo sempre uma noção de mal em oposição ao reto, probo, correto, justo. Tem um cunho moral, portanto.

Trata-se aqui, especificamente, da corrupção política, inserida no conceito antes mencionado de desvio dos deveres de uma função pública devido a interesses privados. A corrupção, nesse sentido, é uma espécie de influência exercida ilicitamente pelo agente no exercício de uma função pública. O fato de que tal influência é tida como ilícita, por outro lado, não significa que não seja empregada no âmbito das relações pessoais e tenha, até mesmo, relativa legitimação social.

A esse respeito, interessante observar que o clima de tolerância, de elasticidade de princípios e conceitos e permissividade leva ao que Celso Barroso Leite chama de desonestidade de pessoas honestas<sup>2</sup>. Defende o autor que a falta de uma referência segura para orientar a conduta das pessoas faz com que pessoas honestas ajam desonestamente, abrindo exceções à sua própria maneira de ser para praticar atos de discutível legitimidade, sem sequer se dar conta disso. Daí por que é importante observar que a desonestidade deve ser considerada objetivamente e não subjetivamente, ou seja, os atos valem por si mesmos e não pela pessoa.

Há quem defenda, também, que a ausência de uma referência segura decorre da crise dos valores cristãos do Ocidente, que se enlaça diretamente com o sentimento de obrigatoriedade em nossa sociedade. Argumenta-se que a causa ideológica da crise de valores está na extensão do relativismo moral e da concepção unitária da felicidade:

O relativismo moral é um produto do individualismo extremo, isto é, do egoísmo. Não existe instância superior à minha consciência, sou eu quem decide o que é bom e o que é mau, o que está bem e o que está mal. O bom não é bom porque seja bom em si, senão porque eu decido que é bom em virtude de minhas próprias razões, que são aquelas que me convencem.<sup>3</sup>

Com efeito, a concepção de que não existe um padrão objetivo de Moral leva a uma relativização dos valores e conduz, ao menos em boa parte das situações, à falta de parâmetros

<sup>2</sup> LEITE, Celso Barroso: “Desonestidade de pessoas honestas”. In LEITE, Celso Barroso (org.): *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 35-60, 1987.

<sup>3</sup> PÉREZ, Jesús González: *Administración pública y moral* [Administração Pública e Moral]. Madrid: Civitas, 1995, p. 21, citando também Robles, GREGÓRIO: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Civitas, 1992, p. 84 (traduzido livremente do espanhol).

claros e firmes para avaliação de condutas. Partindo desse pressuposto (inexistência de uma Moral objetiva), poder-se-ia considerar que o moralmente correto para uma categoria de pessoas não o seja para outras. Assim, por exemplo, a ética do cidadão não seria necessariamente a ética do político, isto é, pela situação especial em que este se encontra, seria válido aceitar-se nele comportamentos que em geral não seriam aceitos em outras pessoas.

Vale mencionar, nesse sentido, o estudo de Yves Mény<sup>4</sup>. Sustenta o autor que a própria definição do que seja corrupção depende do nível de tolerância, quantitativa ou simbólica, da opinião pública, bem como do nível que ela institucional que ela alcança, isso porque a opinião pública pode não se sensibilizar diante da corrupção de um agente subalterno, mas ao mesmo tempo ficar escandalizada com conduta semelhante (e. g. o desvio da mesma quantia de dinheiro) quando praticada por um servidor público ou político de alto escalão. Aponta, ainda, que onde a moralidade é flexível e onde o público, de forma geral, tem uma opinião justificadamente baixa dos políticos, a corrupção é tolerada porque é considerada como uma consequência inevitável do exercício do poder.

Ainda no que concerne à literatura sobre a corrupção, cabe mencionar a classificação proposta por Getúlio Carvalho<sup>5</sup>, distinguindo quatro correntes com distintas abordagens, que será objeto de um sucinto exame na busca de uma melhor compreensão do fenômeno.

A primeira, denominada de tradicionalista, considera o fenômeno isoladamente, cuidando dos fatos como ocorrências individualizadas, patológicas. Não se trata de algo sistêmico, senão um desvio, uma exceção, que, uma vez afastado ou “solucionado” não gera outras consequências, retornando o sistema à situação de normalidade. Ignoram-se, dessa maneira, as nuances contextuais e os fatores sociais que contribuem para sua ocorrência.

Uma segunda corrente, funcionalista, se detém sobre a função social da corrupção. Os aparentes desvios são, em boa verdade, o reflexo de determinada realidade social. Os padrões de conduta exigidos como decorrência de um determinado sistema político e de organização social, quando aplicados a sociedades diferentes, porque inadequados, geram aparentes disfunções que, na realidade, são mera decorrência das diferenças sociais. A

---

<sup>4</sup> MÉNY, Yves: “‘Fin de siècle’ corruption: change, crisis and shifting values”: In *International Social Science Journal: Corruption in Western Democracies*. Oxford : Blackwell, UNESCO, v. XLVIII, n. 3: p. 309-320, set. 1996.

<sup>5</sup> CARVALHO, Getúlio: “Da contravenção à cleptocracia”. In LEITE, Celso Barroso (org.): *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 61-82, 1987.

corrupção, portanto, tem uma função específica, na sociedade, de adaptação das relações sociais, por exemplo, o recurso ao nepotismo e à distribuição de cargos públicos a cabos eleitorais constitui importante fator de institucionalização dos partidos políticos, sem os quais o controle sobre a burocracia é inviável.

Diferentemente, o pensamento evolucionista se preocupa com as mudanças sócio-econômicas e suas causas. A idéia fundamental que inspira essa corrente é a de que as mudanças econômicas institucionais não são necessariamente acompanhadas por mudanças nos valores sociais, que têm uma dinâmica própria. A corrupção, portanto, decorre da desconexão entre as mudanças institucionais e os valores da sociedade.

A quarta e última, ético-reformista, entende que, embora se reconheça que fatores estruturais diversos se combinam com valores favoráveis à corrupção nos países subdesenvolvidos, não há dúvida de que nada promove mais a ação desonesta que a garantia oficial da impunidade. Os cientistas sociais ora mencionados concentram seus estudos na corrupção como sistema.

Dentre as correntes antes mencionadas, parece mais adequada a funcionalista. A corrente tradicional peca por ignorar que a corrupção é, antes de tudo, um fato social; já Durkheim demonstrara que o fato social é também produto dos condicionamentos e pressões da sociedade, de modo que fenômenos como a criminalidade ou, no caso, a corrupção, não são apenas manifestações isoladas de uma patologia ou “doença social”, mas consequência de fatores determinantes de origem histórica, econômica e cultural, verdadeiro reflexo de uma realidade social. Por sua vez, a denominada corrente ético-reformista se afasta da postura científica para se engajar na busca de mudanças e soluções, perdendo em objetividade. Já a concepção evolucionista parte do pressuposto de que a sociedade evolui, o que é o mesmo que aceitar a existência de “leis” a orientar o desenvolvimento das sociedades humanas.

Daí por que se entender que a corrupção tem uma função na sociedade, como resultado da necessária adaptação das relações de determinado grupo ao sistema institucional, ao menos na perspectiva deste estudo, serve melhor para explicar o fenômeno do que para atuar sobre ele, demonstrando a existência de causas sociológicas para a corrupção, cuja compreensão se busca.

Procurando determinar as causas sociológicas, ainda que sem a pretensão de esgotar a problemática de tema tão complexo como a corrupção, Antônio Evaristo de Moraes Filho<sup>6</sup> chega ao que se pode resumir em duas conclusões, que serão agora objeto de análise. A primeira é a de que a eleição da fortuna material a valor supremo, ainda quando obtida por meios ilegítimos, faz com que a corrupção seja apenas mais um dos meios para se obter o sucesso na vida. A segunda é que a impunidade é fator determinante para a corrupção. Merecem reflexão as assertivas. Sabe-se que a sociedade elege objetivos como padrões de referência para o sucesso: ter um carro importado, usar roupas de marca etc., ao mesmo tempo estabelece os meios institucionais para se obter tais metas: estudar, trabalhar, produzir. Algumas pessoas rejeitam as metas em si, v. g. os hippies, outras querem as metas, mas, por diversas razões, rejeitam os meios. Assim, é razoável concluir que somente num sistema social em que o trabalho seja dignificado é que a corrupção pode ser tida como algo excepcional, patológico.

Por outro lado, é evidente que a certeza da impunidade, em qualquer caso, será um estímulo para a prática da corrupção. O que merece destaque é a impunidade como fator institucional, isto é, como uma realidade histórica e cultural, cuja prática é admitida como algo até certo ponto natural e, pois, relativamente legítimo, nas relações de poder. Este sim é um fator determinante no círculo vicioso da corrupção, o que será mais bem analisado adiante. Na realidade, por ser um problema disseminado mundialmente, a corrupção tem causas gerais identificáveis em toda sociedade. Por outro lado, ainda no que toca à corrupção, deve-se reconhecer que cada sistema possui fatores imanentes e próprios daquela formação social em particular, que interferem e delineiam o fenômeno, a merecerem uma análise diferenciada.

### **1.3 A corrupção no Brasil: enfoque histórico e institucional**

Um dos instrumentos mais importantes para se compreender a dinâmica da corrupção no Brasil é o estudo histórico. Não se encontrará aqui um exame metódico da história brasileira, o que, aliás, não atenderia aos objetivos do estudo, mas apenas um breve esboço histórico a partir de informações obtidas da pesquisa realizada por Sérgio Habib<sup>7</sup>, em obra

---

<sup>6</sup> MORAES FILHO, Antônio Evaristo de: "O círculo vicioso da corrupção". In LEITE, Celso Barroso (org.): *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 21-34, 1987.

<sup>7</sup> HABIB, Sérgio: *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: SAFE, 1994. Vale consultar também a obra de CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque: *A corrupção no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1991.

que trata mais especificamente do tema, para a qual se remete o leitor que busque um estudo histórico mais aprofundado.

Já no período do Brasil-Colônia se tem notícia de “casos”<sup>8</sup> de corrupção. É interessante a referência feita à primeira carta de Pero Vaz de Caminha, datada de Porto Seguro da Ilha de Vera Cruz, a 1º de maio de 1500, que, muito embora não seja propriamente um caso de corrupção ao menos dá ensejo a algumas especulações, quando em seu final Caminha solicita favores para o genro, nos seguintes termos:

E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d’Ela receberei em muita mercê...

De uma maneira geral, a forma de ocupação das terras brasileiras serviu como estímulo à corrupção. Como se sabe, o interesse primeiro da Coroa Portuguesa residia apenas na exploração das riquezas naturais do país, a ponto de D. João VI dizer que o Brasil “era a vaca leiteira de Portugal”, de modo que a colonização só veio a ser implementada três décadas depois, com a missão colonizadora de Martim Afonso de Souza de 1531, como meio de proteger a Colônia dos constantes saques à sua costa.

Contribuiu para a corrupção no Brasil-Colônia a falta de uma Moral própria da colonização, uma vez que as pessoas que vinham para o Brasil, ao menos em sua maioria, não tinham maiores perspectivas em Portugal, buscando fazer fortuna além-mar<sup>9</sup>. Já aqui se têm as origens da ética distorcida pela qual as pessoas querem “levar vantagem em tudo”, isso porque, cada um valia por sua capacidade de obter maiores vantagens da terra e se apropriar de suas riquezas.

Com a independência do Brasil segue-se nova fase na História. Num primeiro momento, relatam os historiadores que houve uma fase de modernidade e progresso, em virtude dos investimentos culturais e para as melhorias das áreas de saúde, habitação e economia. Sem embargo, mesmo a leitura da crônica dos escândalos da monarquia parece

---

<sup>8</sup> As aspas pretendem indicar que a corrupção não é fenômeno isolado, individual, senão um fato social que reflete na realidade uma série de fatores das mais diversas naturezas.

<sup>9</sup> BUENO, Eduardo: *Náufragos, traficantes e degredados*: as primeiras expedições ao Brasil. Coleção Terra Brasilis, Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

indicar uma austeridade maior, não faltando depoimentos sobre políticos de uma honestidade exemplar.<sup>10</sup>

Ainda assim, persistia a corrupção. À época eram alvos de críticas as concessões de títulos em troca de favores, de modo que se chegou a elaborar projeto de lei propondo a proibição de membros do Poder Judiciário receberem, com exceção das hipóteses autorizadas legalmente, concessão, graça, título, distinção ou condecoração do Poder Executivo, sob pena de perda do emprego e sem direito à aposentadoria.

A corrupção grassou principalmente no fim do segundo reinado, pela impunidade decorrente da falta de um governo forte, vez que já D. Pedro II estava doente e enfraquecido politicamente. Nesse sentido, Emília Viotti da Costa<sup>11</sup> menciona artigos escritos por Fernando de Barros, sob o pseudônimo de Pacheco e Silva, em “A Província de São Paulo”, de onde se colhe a seguinte passagem:

Como não será bonito quando São Paulo puder mandar anunciar no Times ou no New York Herald e outros jornais do antigo e novo mundo o seguinte: A província de São Paulo, tendo liquidado os seus negócios com a antiga firma Brasil Bragantino Corrupção e Cia. declara que constitui-se em Nação Independente, com a sua firma individual [...].

Na República Velha, contribui para os maiores problemas concernentes à corrupção, entre outros fatores, o coronelismo, campo adequado para o desenvolvimento do tráfico de influência, apadrinhamento e protecionismo. Nessa fase cresce, principalmente, a corrupção eleitoral com as fraudes praticadas nos interesses da oligarquia dominante.

O Estado Novo, por sua vez, ao assumir os contornos de um Estado Social, acaba por ensejar toda uma nova sorte de instrumentos de corrupção, haja vista a necessidade de intervenção estatal nas ordens econômica e social, o que propicia uma maior liberdade para que os atores políticos façam uso de sua influência para satisfazer a interesses privados. Aliás, a experiência tem mostrado que os regimes autoritários regra geral favorecem a impunidade da corrupção, qualquer que seja o sistema econômico do Estado.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque: *A corrupção no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1991, p. 46.

<sup>11</sup> COSTA, Emília Viotti da: *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 5. ed., São Paulo: Brasiliense, [s.d.], apud HABIB, Sérgio: *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 24.

<sup>12</sup> MORAES FILHO, Antônio Evaristo de: “O círculo vicioso da corrupção”. In LEITE, Celso Barroso (org.): *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 21-34, 1987.

O fim da ditadura, em 1945, não trouxe alterações substanciais. Até os anos 50 e a ascensão de Juscelino Kubitschek, os índices de corrupção eram tão grandes que as campanhas eleitorais traziam o combate à corrupção como mote. Até os anos 60 a corrupção continuava presente na realidade nacional, principalmente na política, funcionalismo público e negócios envolvendo interesses de estrangeiros no país, tanto assim que Jânio Quadros assumiria o poder baseando sua campanha eleitoral na promessa de recuperar a moralidade.

Com o golpe militar renova-se a lição de que o autoritarismo contribui para a impunidade da corrupção. O regime militar interferia propositadamente na imprensa, nos tribunais e na legislatura, conduzindo a uma falta de transparência que evidentemente favorecia o aumento da corrupção. Nos dizeres de Sérgio Habib, estudioso cujo trabalho serviu em grande parte como fonte para o desenvolvimento dessa perspectiva histórica do estudo:

Nenhuma outra fase do Brasil-República, decerto, terá suplantado a que se instalou a partir dos anos sessenta, chegando aos dias atuais, tal o nível de corrupção a que se atingiu e tamanha a indignação popular, face à postura cínica dos que nela se envolveram.<sup>13</sup>

Não se trata de utilizar o argumento de autoridade, mas apenas de ressaltar que a falta de transparência do regime militar, fator determinante na impunidade dos corruptos, contribuiu de forma determinante para o aumento da corrupção. O que, por outro lado, não explica por que o restabelecimento da democracia, ao invés de diminuir a corrupção, a ascende mais ainda, a ponto de casos escandalosos de corrupção se tornarem corriqueiros no dia-a-dia do brasileiro.

A corrupção, como fato social, no Brasil de hoje, pode ser analisada a partir de duas perspectivas: a institucional e a social. A institucional aborda os fatores estruturais do sistema político que contribuem para a prática da corrupção. Já a social procura estudar as causas do fenômeno mais ligadas às relações pessoais e sua interferência na atuação da pessoa que exerce uma função pública.

No que concerne à primeira perspectiva, deve-se mencionar que o Brasil passou recentemente por uma fase de transição de um regime autoritário. O processo de

---

<sup>13</sup> HABIB, Sérgio: *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: SAFE, 1994. Vale consultar também a obra de CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque: *A corrupção no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1991.

redemocratização do país teve que enfrentar diversos obstáculos de natureza política, mas, notadamente, de natureza institucional. Explica-se.

Durante a experiência autoritária houve uma mudança substancial na sociedade brasileira, que adquiriu uma complexidade crescente. Não era possível o simples retorno às condições preexistentes ao regime militar. A nova estrutura política criada a partir da Constituição Federal de 1988 era acusada de gerar a ingovernabilidade, gerando o que Carlos Ayres Brito denominou de desestima constitucional.<sup>14</sup> Por outro lado, até então os militares se justificavam dizendo que conseguiam governar, enquanto os democratas haviam fracassado.<sup>15</sup> O fato de que o Brasil se encontrava em um momento difícil de sua história econômica contribuiu, ainda, para que a transição fosse especialmente delicada.

Bárbara Geddes e Artur Ribeiro Neto<sup>16</sup> sustentam a tese de que as mudanças na legislação eleitoral e na Constituição aumentaram a probabilidade de corrupção no Brasil porque: a) diminuíram a capacidade do Executivo para forjar coalizões estáveis e assegurar a fidelidade de seus seguidores no Congresso; e b) aumentaram o poder do Congresso, favorecendo práticas corruptas e clientelistas.

Partem os autores da idéia de que em todos os sistemas ocorre a manipulação de poder e recursos governamentais em busca do apoio político e da comunidade de negócios. Daí por que a diminuição da autonomia do Executivo deve levar, naturalmente, ao aumento dessa manipulação e, conseqüentemente, favorecer a prática da corrupção. Ainda que politicamente incorreta, pois parte da premissa de que um Legislativo forte, longe de coibir a prática da corrupção, acaba por contribuir para seu aumento, a tese tem pontos de argumentação bastante consistentes. Efetivamente, uma das fontes institucionais da corrupção no Brasil é seu sistema político; para percebê-lo, basta examinar o custo de uma campanha eleitoral.

Seria ingênuo admitir que a contribuição de empresários para a eleição de um candidato não implique um vínculo deste com os interesses de quem o financiou. Além disso,

---

<sup>14</sup> Tese defendida em palestra proferida no II Congresso Alagoano de Estudos Constitucionais, realizado entre 29 de agosto e 1º de setembro de 2001, no auditório da Justiça Federal, Maceió-AL.

<sup>15</sup> SKIDMORE, Thomas: "A queda de Collor: uma perspectiva histórica". In ROSENN, Keith S.; e DOWNES, Richard (org.): *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Trad. de Roberto Grey, Rio de Janeiro: FGV, p. 23-46, 2000.

<sup>16</sup> GEDDES, Bárbara e RIBEIRO NETO, Artur: "Fontes institucionais da corrupção no Brasil". In ROSENN, Keith S.; e DOWNES, Richard (org.): *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Trad. de Roberto Grey, Rio de Janeiro: FGV, p. 47-79, 2000.

as trocas consistentes na “compra” de apoio político pelo Executivo no Congresso, bem como de apoio financeiro pela comunidade de negócios, como defendido pelos mencionados autores, é um dado facilmente perceptível. A esse propósito, analisando a relação entre o regime democrático e a corrupção, Susan Rose-Ackerman afirma que as eleições são dispendiosas, obrigando os candidatos a acumularem fundos de campanha, e que essas pressões financeiras podem incentivar políticos a aceitarem propina. Diverge do argumento de que a democracia pode de algum modo favorecer a corrupção, ponderando que o sistema de decisões políticas acaba funcionando como um mecanismo inibidor, pois se uma decisão favorável do Legislativo é necessária, então a maioria deve ser persuadida, de forma que se torna mais difícil dispor de recursos suficientes para influenciar tantos políticos, mesmo quando há fortes interesses em jogo. Em suas palavras:

A característica da existência de fontes de autoridade independentes, da maioria dos sistemas democráticos, contribui para limitar a corrupção multiplicando os controles da atuação governamental e aumentando o custo da transação para alguns tipos de negócios corruptos. Contudo, um sistema eleitoral é um instrumento dissuasivo insuficiente para a corrupção.<sup>17</sup>

Ademais, o aumento da corrupção está ligado à forte intervenção estatal na economia, que gera mais oportunidades para a manipulação do poder e recursos governamentais. Tome-se como exemplo o caso dos “anões do orçamento”, onde se demonstrou que parlamentares estabeleceram uma complexa rede de corrupção com grandes empreiteiros, destinando verbas públicas a instituições inexistentes e financiando obras superfaturadas. Por outro lado, o fortalecimento do Congresso não deve ser isoladamente considerado como fator de aumento da corrupção. Embora tal consequência seja fruto de falhas do sistema político, parece razoável admitir que uma reforma no sentido de aumentar a vinculação dos parlamentares a seus partidos, limitando a liberdade e prerrogativas dos congressistas, possa servir como freio para as práticas descritas.

Ainda quanto ao quadro da corrupção no Brasil, cabe analisar a perspectiva social, assim denominada aquela que se detém sobre as relações pessoais determinantes da prática da

---

<sup>17</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan: “Democracy and ‘grand’ corruption” [Democracia e ‘alta’ corrupção]: In *International Social Science Journal: Corruption in Western Democracies* [Revista Internacional de Ciência Social: Corrupção nas Democracias Ocidentais]. Oxford : Blackwell, UNESCO, v. XLVIII, n. 3: p. 365-380, set. 1996. (traduzido livremente do inglês)

corrupção. Nesse sentido, existe um estudo de Marcos Otávio Bezerra<sup>18</sup> que reflete sobre condições sociais que contribuem para a prática da corrupção. Em linhas gerais, o autor sustenta que a obtenção de vantagens de forma corrupta se funda em relações pessoais, isto é, contatos que se estabelecem em razão de laços familiares, amizade, conhecimento etc. que, no entanto, não obedecem a um modelo mercantil de troca, mas sim ao que denomina de lógica pessoal. Significa dizer que as relações de obrigação pessoal têm características próprias que as distinguem de outras relações sociais.

A lógica pessoal decorre do fato de que, em primeiro lugar, as relações pessoais não são instantâneas, isto é, não se realizam em um momento específico, mas sim se estendem no tempo. Desse modo, existe um espaço entre a prestação de um favor e sua retribuição. Além disso, a utilização de tais relações fundadas na lógica pessoal é estratégia socialmente aceita, de maneira que as pessoas formam uma espécie de “capital social” ao qual podem recorrer. Como, por exemplo, garantir o acesso a vantagens e pessoas, benefícios etc.. Na perspectiva das relações pessoais, é perfeitamente aceitável que uma pessoa peça favores e seja atendida, mesmo no exercício de funções públicas, haja vista que essa não abstrai a pessoa de suas relações pessoais.

O que ocorre é que o exercício de uma função pública, ao invés de levar ao rompimento das relações sociais, diferentemente, faz com que a atuação da pessoa seja permeada por elas. As relações pessoais determinam a realização de trocas entre a pessoa que exerce a função pública e as que com ela se relacionam, o que acaba por fortalecer ainda mais o vínculo. Conclui o autor que:

As práticas designadas como corruptas e corruptoras estão fundadas em princípios de ação associados à lógica pessoal que, apesar de não oficialmente incorporados às representações oficiais ou às análises sobre o Estado, estão, todavia, presentes, orientam e regulam, tanto quanto os procedimentos formais e em combinação com estes, as ações daqueles que são responsáveis pelo seu funcionamento e das pessoas que com ele interagem.<sup>19</sup>

A tese, muito bem articulada, tem o mérito de explicar o mecanismo social das relações de corrupção, notadamente pela formulação da noção de lógica pessoal. Não obstante,

<sup>18</sup> BEZERRA, Marcos Otávio: *Corrupção*: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará / ANPOCS (co-edição), 1995.

<sup>19</sup> BEZERRA, Marcos Otávio: *Corrupção*: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará / ANPOCS (co-edição), 1995, p. 186.

é de se considerar que um fenômeno de tal complexidade demanda sejam considerados fatores das mais variadas ordens para sua maior compreensão.

#### 1.4 O regime democrático e a corrupção

Para se compreender a repercussão da corrupção no regime democrático, cabe, antes de tudo, tecer algumas considerações acerca da democracia. Democracia “é o governo do povo, pelo povo e para o povo”. A definição cunhada por Lincoln consegue traduzir de maneira concisa o sentido que o homem comum dá hoje à palavra democracia, mas nem sempre foi assim. O conceito de democracia é histórico, verdadeiro legado da civilização ocidental, fruto da evolução de uma idéia que teve como berço a Atenas da Grécia Antiga.

A idéia de democracia implicou sempre a de consenso. Desde sua origem mais remota as decisões políticas representavam a vontade da coletividade; em Atenas o poder era exercido diretamente pelos cidadãos, em comum acordo. O consenso acompanhou a concepção liberal, quando se destaca a *volonté générale* de Rousseau<sup>20</sup>, a democracia de então trazia implícita a idéia de que o poder era exercido de acordo com a vontade e o interesse geral. É lícito concluir, portanto, que na democracia o poder político, entendido como o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, precisa ser justificado, representar a vontade geral, porque pressupõe a idéia de consenso, de legitimidade. E o que é legitimidade? A legitimidade é a justificação do poder, é se dizer que o poder é o que o poder deve ser. O problema da legitimidade pode ser resumido à seguinte pergunta: Por que obedecer?<sup>21</sup>

Todo regime democrático tem evidente necessidade de justificar o poder, muito embora esta não seja indispensável para caracterizar um ordenamento como jurídico ou não. Tal exigência decorre do fato de que no regime democrático o poder pertence ao povo e deve ser exercido em seu interesse e de acordo com sua vontade, real ou presumida, logo, a justificação do poder democrático, sua legitimação, se expressa pelos princípios da soberania popular e da participação política. A legitimidade, além de ser inerente ao processo democrático, é fator marcante em sua evolução. Com efeito, essa exigência é vetor de

<sup>20</sup> A *volonté générale*, ou vontade geral, é uma categoria utilizada por Rousseau para representar a vontade do povo. Esta, para que seja geral, “nem sempre é necessário que seja unânime, mas é preciso que todos os votos sejam contados”. ROUSSEAU, Jean Jacques: *Do Contrato Social* [Du Contrat Social]. Trad. de Lourdes Santos Machado, Coleção Os Pensadores, v. 24, São Paulo: Abril Cultural, 1973, Livro Segundo, p. 51.

<sup>21</sup> FARIA, José Eduardo: *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 19.

incorporação dos novos valores da sociedade, pois a democracia pressupõe um poder justo ou ao menos justificado. Pergunta-se, então: qual o impacto que tem a corrupção em um regime como esse?

Seja qual for o regime político, a corrupção repercute de alguma forma sobre ele, valendo mencionar a respeito o que diz Michel Johnston.<sup>22</sup> O autor examina o que denomina de paradoxo da corrupção: a maneira pela qual a influência corrupta, tão útil a pessoas e grupos desejosos de mudar processos e decisões políticas, pode dificultar mudanças nos sistemas e sociedades como um todo. Esse efeito decorre da natureza da corrupção como forma de influência que depende no seu uso da posse de recursos escassos e distribuídos de maneira desigual.

Defende, em síntese, que a corrupção na maioria dos casos tende a reforçar as desigualdades, privilégios e distribuição de forças existentes no sistema como um todo, antes fazendo com que uma sociedade resista às reformas e adaptações necessárias. Sugere que, se admitimos que a influência corrupta é utilizada em seu próprio benefício pelos que possuem tais recursos, a corrupção ajuda caracteristicamente os que “têm” a proteger e ampliar as vantagens de que já disponham. A corrupção que envolve recompensas muito grandes pode não só alargar a brecha entre os que “têm” e os que “não têm”, numa sociedade, mas também transtornar completamente as acomodações e arranjos entre as elites. Nesses termos, a corrupção pode muito bem atingir seriamente, ou até derrubar, sistemas e instituições políticos, evitando que eles façam adaptações necessárias.

O regime democrático apresenta, ainda, peculiaridades. Da necessária legitimidade do poder político decorrem, como características, o uso da crise internacional para salvar o poder interno e a difamação como arma política. Isso porque a imagem cresce em importância como fator de legitimidade.

Assim, a corrupção contribui em grande escala para o esvaziamento da legitimidade da democracia, o que leva à desestabilização do regime. São nesse sentido as reflexões feitas por Robert Klitgaard<sup>23</sup>, para quem a corrupção muitas vezes conduz à alienação e à instabilidade políticas. É que sua disseminação leva à desilusão pública com o governo. Com efeito, as promessas de combater a corrupção são politicamente populares, exatamente porque

---

<sup>22</sup> JOHNSTON, Michel [traduzido pelo organizador]: “O paradoxo da corrupção: efeitos grupais e sistêmicos”. In LEITE, Celso Barroso (org.): *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 138-152, 1987.

<sup>23</sup> KLITGAARD, Robert E.: *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed., 1994, p. 60 e ss.

existe um repúdio generalizado à corrupção, como fontes de dificuldade da nação. Ora, se o descrédito do governo é fator de instabilidade para qualquer regime político, quanto mais para o regime democrático que se legitima exatamente na soberania e na participação popular. Em razão disso, Jean-François Revel<sup>24</sup> chega a afirmar que:

A corrupção cresce na razão inversa da democracia, onde a democracia não existe, a corrupção é um dos mais duros obstáculos ao seu nascimento, e onde ela existe é um dos mais perniciosos meios de violá-la.

No que concerne ao sistema brasileiro, cabem, ainda, duas considerações. Primeiramente é um dado muito positivo o fato de que se obteve notável sucesso ao conseguir afastar um presidente e mais recentemente três importantes senadores sem violência nem violação da legalidade, casos até então inéditos na história do país, de modo que a crise fez com que a democracia brasileira saísse fortalecida. Em segundo e último lugar, deve-se sempre levar em conta que, nas palavras de Thomas Skidmore,<sup>25</sup> a paciência do Brasil com a democracia não é infinita, nem é o autoritarismo estranho aos seus impasses políticos.

### **1.5 Necessidade de um tratamento científico do problema da corrupção como instrumento de políticas públicas eficientes**

Do que se vem de ver é lícito concluir que o tratamento científico do problema é um instrumento indispensável para a articulação de políticas públicas eficientes no combate à corrupção na Administração Pública. A compreensão profunda das suas causas tem como finalidade a obtenção de dados que possibilitem uma aplicação efetiva da legislação repressora de práticas dessa natureza a partir do convencimento de que não basta criar instrumentos jurídicos de repressão à corrupção, sendo pertinente e necessária a adequação desses instrumentos à realidade social. Uma política pública eficiente pressupõe planejamento a partir de dados concretos colhidos da realidade que permita o funcionamento racional da burocracia.

Antes de tudo, convém estabelecer distinções conceituais necessárias entre a eficiência, que se pretende obter nas políticas públicas de combate à corrupção e que se

---

<sup>24</sup> REVEL, Jean-François: “Corrupção, ameaça à democracia”. O Estado de São Paulo, 17.8.1986.

<sup>25</sup> SKIDMORE, Thomas: “A queda de Collor: uma perspectiva histórica”. In ROSENN, Keith S.; e DOWNES, Richard (org.): *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Trad. de Roberto Grey, Rio de Janeiro: FGV, p. 23-46, 2000.

identifica com a idéia de eficácia social, e a eficácia jurídica. Eficácia jurídica é conceito que se coloca apenas no plano da dogmática, em nível normativo, significando a qualidade de uma norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados.<sup>26</sup> Eficácia social, por sua vez, aproxima-se da noção de efetividade e encontra-se no plano sociológico, na realidade social; quando a conduta se efetiva de acordo com a própria norma, diz-se que a norma jurídica é socialmente eficaz. É também chamada de eficiência, mas distingue-se da eficiência no sentido econômico, que importa maximização de resultados, e que nem sempre leva à eficácia jurídica das políticas públicas.<sup>27</sup>

A legislação brasileira que disciplina a repressão à corrupção na Administração Pública, notadamente com o regime jurídico instituído pela Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa – é uma das mais modernas de que se tem notícia. Contraditoriamente, o Brasil vem obtendo classificação bastante desfavorável nos relatórios divulgados anualmente pela Transparência Internacional, indicando o Índice de Percepção de Corrupção – IPCorr, sendo que em 1999 ocupou a 45<sup>a</sup> colocação, obtendo índice de 4,1, e em 2000 caiu para o 49<sup>o</sup> lugar, com índice de 3,9, ficando na sexta colocação na América Latina.<sup>28</sup>

O problema, como bem enfatiza George Sarmento, não está no caudal de leis disponíveis, mas sim no baixo nível de efetividade dessas leis, que gera o sentimento de que há um clima de impunidade generalizada:

... o grande desafio das nações democráticas não reside na criação de leis, mas na visibilidade de sua concretização. Isso implica a férrea determinação de acabar com os vícios provenientes do patrimonialismo medieval e da cultura de privilégios herdada do *Ancien Régime*. É, portanto, uma questão de eficácia social, não de positivação de direitos.<sup>29</sup>

Daí se considerar a insuficiência da criação de instrumentos jurídicos que viabilizam o controle e contenção da desonestidade no exercício de funções públicas para, então, assegurar a eficácia do sistema repressor. A formulação de políticas públicas eficientes depende da identificação dos fatores sociais e políticos que favorecem a corrupção. Em

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da: *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 55.

<sup>27</sup> FONSECA, Antônio: “O princípio da eficiência”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 35-66, 2002.

<sup>28</sup> *Transparência Brasil* <<http://www.transparencia.org.br/tbrasil-ie!>>.

<sup>29</sup> SARMENTO, George: *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 27.

pesquisa realizada pela Transparência Internacional entre altos executivos e advogados comercialistas de quinze países com economias emergentes e importadoras, dentre os quais o Brasil, no período de dezembro de 2001 a março de 2002, foram levantadas, de acordo com a opinião dos entrevistados, causas que contribuem para o aumento da corrupção, onde se destacaram a tolerância pública ante a corrupção, a deterioração dos instrumentos legais e as imunidades dos escalões superiores da Administração Pública.<sup>30</sup>

Nesse sentido, menciona-se ainda pertinente contribuição do autor já referido, relacionando, resumidamente, as propostas que, na avaliação de diversas instituições transnacionais como a Organização das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos e da União Européia, podem contribuir para a supressão de práticas de improbidade, veiculando-as em um decálogo:

1. desregulamentação e desburocratização da economia;
2. transparência dos processos licitatórios;
3. independência do Poder Judiciário;
4. fortalecimento dos órgãos de controle financeiro e contábil;
5. simplificação do Direito Processual;
6. profissionalização do serviço público;
7. capacitação e articulação de juizes, promotores de justiça, autoridades fazendárias e policiais para o combate à corrupção;
8. incentivo ao jornalismo investigativo;
9. estímulo à cidadania e à democracia participativa;
10. respeito aos direitos fundamentais.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite: “A probidade na era dos desencantos”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 147-188, 2002.

<sup>31</sup> SARMENTO, George: *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 43.

No Brasil, a repressão à corrupção tem como referência normativa fundamental o regime jurídico instituído pela Lei 8.429/92. A par das disposições em nível constitucional com vistas à repressão da improbidade administrativa, tem-se nesse diploma legal o mais importante instrumento de fiscalização da desonestidade no âmbito da Administração Pública, ocupando posição central nas preocupações dos estudiosos da matéria. É na Lei de Improbidade Administrativa que se encontram as definições legais dos atos de improbidade administrativa e as conseqüências jurídicas de diversa natureza que delas decorrem, além de dispositivos de índole processual que instrumentalizam a atuação dos órgãos do Estado na repressão à corrupção.

A Lei de Improbidade é objeto de críticas, muitas delas apontando a existência de inúmeras falhas técnicas que contribuem para a sua ineficácia. É curioso observar o fato de que o texto da Lei de Improbidade busca ser extremamente rigoroso, inclusive alcançando de maneira genérica e imprecisa as mais variadas situações, e, contudo, não tem produzido a finalidade a que se destina, exatamente pela atecnia de sua elaboração. José Adércio Leite Sampaio pondera sobre a questão da seguinte maneira:

Na perspectiva estritamente dogmática, a técnica da Lei 8.429/92 pode nos deixar realmente perplexos. Não se sabe bem se por uma intenção congênita do legislador para impedir a aplicação eficaz da lei ou por excesso de zelo na tipificação das condutas ímprobas e na impugnação de suas conseqüências, caindo na armadilha de que 'quién mucho abarca, poco aprieta'.<sup>32</sup>

A análise técnico-jurídica da Lei de Improbidade cresce em importância quando aliada a uma pesquisa que tenha em mira sua eficácia social. O problema da efetividade do combate à corrupção administrativa através da Lei de Improbidade implica questões concernentes à fixação de conceitos jurídicos indeterminados, como a moralidade administrativa, a probidade administrativa e os atos de improbidade, mas também exige a ponderação das razões e fundamentos acolhidos pela jurisprudência na aplicação de suas disposições. Nessa seara têm sido suscitadas várias questões polêmicas, tais como as medidas judiciais que importam a indisponibilidade de bens, o papel do Ministério Público na atuação da Lei e a competência por prerrogativa de foro nas ações civis públicas por ato de improbidade.

---

<sup>32</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite: "A probidade na era dos desencantos". In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 147-188, 2002.

Nesse passo, o estudo das decisões judiciais que abordaram esses problemas tem um significado relevante para a compreensão da efetividade da Lei de Improbidade, já que a concepção formalista do Direito não oferece elementos consistentes para o exame do problema da eficácia social de suas disposições, haja vista que se limita ao debate das questões no plano normativo. Contra isso se insurge o pensamento do realismo jurídico, fortemente influenciado pela perspectiva pragmática do jurídico, a ponto de afirmar que a tarefa da ciência jurídica é a de predizer como vão comportar-se os tribunais ante os casos, porque o Direito em sentido estrito é o que os tribunais determinam.<sup>33</sup> Rejeitando-se embora o extremismo dessa concepção, deve-se ponderar e aferir em justa medida o peso da jurisprudência na aplicação e na efetividade do sistema legal de repressão à improbidade.

É a jurisprudência que determina, em grande parte, a repercussão social das leis, ao estabelecer, em decisões revestidas de autoridade legal insuperável, a solução e as conseqüências jurídicas das demandas que lhe são submetidas. As tendências ideológicas que influenciam o Poder Judiciário, decorrentes de posturas muitas vezes contraditórias como o ativismo judicial ou o conservadorismo, são, elas também, dados importantes na análise da efetividade da Lei de Improbidade, e justificam a opção metodológica por um estudo que prestigie a pesquisa de casos julgados. Nem poderia ser diferente, já que apenas dados da realidade podem munir o estudioso de elementos que lhe permitam uma reflexão crítica objetiva acerca da eficácia social da repressão à corrupção com base no regime jurídico instituído pela Lei de Improbidade.

O enfoque na questão relativa à fixação da competência em razão da prerrogativa de função traz, intrínseca, a preocupação quanto à eficiência das ações de combate à corrupção, fundamentadas na Lei de Improbidade. Considera-se, então, o grande número de demandas que sofrerá repercussão direta com o deslocamento da competência para Tribunais, ponderando os possíveis reflexos da alteração na dinâmica da aplicação da Lei de Improbidade. Quer-se com isso pôr em relevo a discussão acerca das conseqüências produzidas pela alteração legislativa na eficiência da repressão à corrupção administrativa à luz dos dados já colhidos, confrontando a solução adotada pelo legislador com os indicativos que recomendam a diminuição da burocracia, a simplificação do Direito Processual e rejeitam a imunidade dos altos escalões da Administração Pública.

---

<sup>33</sup> LAPORTA, Francisco: *Entre el Derecho y la Moral* [Entre o Direito e a Moral]. 2. ed., México: Fontamara, 1995, p. 21.

## CAPÍTULO II

---

### **PROBIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LINEAMENTO DO CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL, COM ENFOQUE NO REGIME JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992**

SUMÁRIO: 2.1 A tutela jurídica da moralidade administrativa no Brasil. 2.2 Alcance do conceito de probidade administrativa e sua relação com o princípio da moralidade. 2.3 Improbidade administrativa: má-gestão ou desonestidade? 2.4 Os agentes políticos e a responsabilidade culposa por ato de improbidade administrativa. 2.5 Espécies de improbidade administrativa.

#### **2.1 A tutela jurídica da moralidade administrativa no Brasil**

A tutela jurídica da moralidade da Administração Pública no Brasil remonta à Constituição de 1946, de cujo art. 141, § 31 se extrai o seguinte enunciado: “A Lei disporá sobre o seqüestro e perdimento dos bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

O dispositivo foi regulamentado pela Lei 3.164, de 1.6.1957, conhecida como Lei PITOMBO-GODÓI ILHA, posteriormente complementada pela Lei BILAC PINTO, Lei 3.502, de 21.12.1958, ambas recepcionadas pela Constituição da República de 1988. Ao que parece, contudo, essas leis não foram exitosas na implementação do controle e repressão da corrupção administrativa no Brasil. Assinala George Sarmiento que não houve vontade política de aplicá-las, nem independência do Judiciário para condenar empresários e autoridade do alto escalão acusados de enriquecimento ilícito, e que durante o período em que estiveram em vigor não se tem conhecimento de punições exemplares impostas a agentes públicos ímprobos.<sup>34</sup> Posteriormente, foram revogadas pela Lei 8.429, de 2.6.1992, a Lei de Improbidade Administrativa.

O texto constitucional vigente incluiu a moralidade entre os princípios regedores da Administração Pública e dispôs expressamente, em seu art. 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa importam 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. Afora isso, há a norma inserta no art. 15,

---

<sup>34</sup> SARMENTO, George: *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 58.

V da Constituição, que, em sintonia com este último dispositivo, autoriza a decretação da perda ou suspensão de direitos políticos pela prática de ato de improbidade administrativa.

A rigor, a moralidade administrativa não é senão um desdobramento do princípio da legalidade da Administração Pública e, em última análise, do princípio republicano. O sentido amplo de legalidade compreende não apenas a adequação formal da conduta à lei como também sua adequação material, de maneira que a moralidade da atuação – que implica a honestidade, a lealdade e a boa-fé – é um pressuposto tão importante para sua legalidade quanto a competência do agente ou o procedimento adotado. A concepção de que a moralidade é elemento interno da legalidade se extrai do conceito de moralidade administrativa formulado por Hauriou, para quem esta consiste no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração Pública.<sup>35</sup> Ademais, a idéia de que a Administração Pública não gere interesses seus nem atua em nome próprio é suficiente para justificar sua perene vinculação finalística e ética ao interesse público, podendo-se encontrar a matriz do princípio da moralidade já no art. 1º da Constituição Federal, que constitui o Estado brasileiro na forma de República Federativa.

A consequência imediata do princípio da moralidade administrativa é a de que a atividade estatal deve ser materialmente legal, ou legítima, não bastando para tanto que a conduta do administrador seja lícita ou formalmente legal; é necessário que ela seja além de tudo moral, já que *nons omne quod licet honestum est*. O princípio dirige-se tanto ao administrador quanto ao legislador, pois a própria elaboração e positivação do Direito pressupõem o atendimento à moralidade, de forma que o conteúdo do princípio da moralidade administrativa não é apenas a moralidade do agir material da Administração Pública em face do ordenamento, mas a própria moralidade das leis para as atividades da Administração; nos dizeres de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O que se constata, então, é que o princípio da moralidade administrativa não apenas tem o sentido da moralidade da Administração Pública segundo o Direito, mas a moralidade do Direito para o aperfeiçoamento das atividades da Administração. O Direito legítimo traz o grão e produz o fruto da moralidade.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> HAURIOU, Maurice: *Précis Élémentaires de Droit Administratif*, apud Meirelles, HELY LOPES: *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. at., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 86.

<sup>36</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes: *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 195.

A concepção larga da moralidade administrativa como pressuposto da validade das normas positivadas no ordenamento reflete, em boa verdade, a moderna compreensão do sistema jurídico como um complexo de princípios e regras. Na perspectiva formalista do positivismo, considera-se válida a norma criada em conformidade com o processo legislativo estatuído por outras normas superiores (a Constituição), que, por sua vez, tem seu fundamento de validade em uma norma fundamental ou *grund norm*, que é o acatamento generalizado do sistema jurídico. A validade é uma relação de pertinência entre a norma (ou ato) e o sistema jurídico, e assim, a norma válida é aquela que pertence ao sistema, bastando, para tanto, que tenha ela sido construída dentro da legalidade formal.<sup>37</sup>

Atualmente, porém, a tendência é pela superação dessa concepção do Direito, que privilegia a legalidade, principalmente em face da constitucionalização de princípios e fortalecimento do constitucionalismo. Prevalece, hoje, o entendimento de que os princípios têm normatividade, sendo que as normas são um gênero de que são espécies as regras e os princípios.<sup>38</sup> Aliás, além de se reconhecer normatividade aos princípios, tem-se lhes atribuído primazia em relação às regras, o que se pode imputar em grande monta às idéias de Ronald Dworkin, para quem não existe uma separação rígida entre o Direito e a Moral. Germana Moraes resume bem essa mudança de concepção, afirmando que a superação da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo, com o reconhecimento de que o Direito inclui tanto princípios quanto regras, levou à superação da legalidade, surgindo em seu lugar uma compreensão de Direito por princípios.<sup>39</sup>

O sentido dessa mudança pode ser resultado de uma busca de legitimidade. Nesse quadrar, Francisco Laporta afirma que, ao longo de um processo histórico, o sistema jurídico vem numa crescente incorporação de princípios morais para justificar seu conteúdo, aplicando-se um esquema de controle das normas jurídicas mediante critérios éticos, um controle que se estende por todo o ordenamento, numa tarefa complexa e diversificada que se denomina de moralização do Direito.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito* [Reine Rechtslehre]. Trad. de João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 210.

<sup>38</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional*. 5. ed. rf. am., Coimbra: Almedina, 1991, p. 171.

<sup>39</sup> MORAES, Germana de Oliveira: *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 19.

<sup>40</sup> LAPORTA, Francisco: *Entre el Derecho y la Moral* [Entre o Direito e a Moral]. 2. ed., México: Fontamara, 1995, p. 64.

A assertiva leva ao problema de se saber em que consiste o agir moralmente; determinar que espécie de Moral foi incorporada ao sistema jurídico. Existe uma moralidade jurídica ao lado da Moral comum?

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>41</sup>, a submissão da Administração Pública e seus agentes ao princípio da moralidade significa que ambos têm que atuar na conformidade de princípios éticos, tais como a lealdade e a boa-fé, princípios estes de cunho moral, trazidos para o sistema jurídico através da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados. Também José Augusto Delgado<sup>42</sup> distingue a Moral comum da Moral jurídica, afirmando que, enquanto aquela se baseia no conjunto de normas que orientam o homem em sua realização, isto é, do homem como um fim em si mesmo, esta se referiria apenas à atuação externa dos agentes públicos no exercício de suas funções. A moralidade comum é genérica; já a moralidade jurídica ou pública é restrita à prática de atos externos e públicos. Germana Moraes afirma que o conteúdo da moralidade administrativa reporta-se, quanto aos fins da Administração Pública, à vinculação teleológica da atuação administrativa e, quanto aos meios utilizados para a consecução desses fins, aos valores éticos de observância obrigatória pelos agentes públicos.<sup>43</sup>

Um dos aspectos fundamentais que distinguem a ordem moral da ordem jurídica é o fato de que o Direito privilegia a exteriorização, a vontade manifestada, enquanto para a Moral importa fundamentalmente a intenção. Moralmente de nada vale dar uma esmola a um mendigo com a intenção de mostrar-se à sociedade como uma pessoa caridosa; pelo contrário, isso é reprovável ao levar-se em consideração não o ato exteriorizado e sim a intenção do agente. A aceção que se quer dar à moralidade administrativa é a de que a conduta interna dos agentes deve pautar-se por princípios morais, o que abrange não apenas os motivos como também a própria atuação em si mesma considerada. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles atesta que tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional

---

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. rev. at. amp., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 89.

<sup>42</sup> DELGADO, José Augusto: "Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 680: p. 209-223, jun. 1992.

<sup>43</sup> MORAES, Germana de Oliveira: *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 19.

e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda.<sup>44</sup>

Questiona-se, então, se ao tutelar a moralidade, deve o agente aplicar seus padrões morais ou os padrões médios aceitos socialmente.

Destoa-se, aqui, da idéia, generalizada na doutrina brasileira, de que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, porque ela é composta por regras da boa administração, isto é, não só pela distinção entre o bem e o mal, o certo e o errado, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa, pensamento este que se atribui a Henri Welter, discípulo de Maurice Hauriou, cuja obra trata do princípio da moralidade administrativa.<sup>45</sup>

Considera-se que o princípio da moralidade administrativa não importa inovação de monta, sendo relevante apenas na medida em que constitucionalizou a noção de legalidade material que informa o serviço público, consistente na exigência de que os agentes públicos incorporem em seu agir interno a Moral comum, isto é, a Moral jurídica representa a posituação da Moral comum.

Com efeito, o legislador constitucional, ao positivizar a moralidade como princípio da Administração Pública, trouxe para o Direito um conceito essencialmente ético. Mesmo entendendo-se o Direito como um sistema fechado, que trabalha com categorias próprias, não há lugar para uma diferença entre a Moral comum e uma Moral jurídica. A técnica de normatização do Direito utiliza conceitos da vida, do mundo fático, transportando-os para o Direito; a partir de conceitos econômicos, políticos, éticos são construídos conceitos jurídicos. A incorporação de um conceito ou categoria pelo sistema jurídico não tem o condão de transmutá-lo, o que se dá é tão-somente uma qualificação do conceito, que permanece inalterado em seu conteúdo. Assim é que a posituação da Moral como princípio constitucional não cria uma categoria à parte – a moralidade jurídica – apenas introduz no sistema jurídico uma norma de cunho ético, fazendo com que o valor que representa passe a ter normatividade. Não há distinção entre Moral comum e Moral jurídica: a Moral é uma só.

---

<sup>44</sup> MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. at., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 87.

<sup>45</sup> Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme: “A moralidade administrativa – história de um conceito”: In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, v. 230: p. 291-303, out./dez. 2002, p. 295.

Para saber em que consiste o conceito de Moral elevado a princípio constitucional, há que se determinar, antes de tudo, o conteúdo a que se quer referir, posta a natureza polissêmica da palavra “moral”. Há diversos tipos de Moral: a Moral da consciência ou Moral individual, a Moral dos sistemas religiosos ou filosóficos, a Moral social ou positiva e a Moral particular ou de determinados grupos. A moralidade que consta do texto constitucional deve poder ser aplicada de maneira geral, de forma que corresponda à expectativa de toda a coletividade; aproxima-se, destarte, da Moral social, a qual, assinala Paulo Otero:

... compreende o conjunto de preceitos éticos existentes em determinada sociedade, isto é, que aí são aceites e que efetivamente vigoram num concreto momento histórico entre os membros de tal sociedade, traduzindo, deste modo, as idéias ou sentimentos dominantes de uma determinada colectividade expressos através da sua consciência ético-social geral ou da consciência ética maioritária dos seus membros.<sup>46</sup>

Nesse mesmo diapasão, ao discorrer sobre a discricionariiedade na estática ou na dinâmica da norma, Lucia Valle Figueiredo afirma que o agente público não é livre para valorar a norma com seus critérios próprios, devendo considerar para tanto os valores existentes na própria comunidade social.<sup>47</sup> A moralidade administrativa é, assim, a Moral social introduzida no ordenamento jurídico para vincular a atuação do administrador à ética da comunidade, como forma de preservar, a um tempo, a legitimidade de seus atos e da própria Administração Pública e, em última análise, do próprio Estado.

## **2.2 Alcance do conceito de probidade administrativa e sua relação com o princípio da moralidade**

A relação entre moralidade administrativa e probidade é motivo de dissenso entre os autores que tratam do tema, podendo-se verificar três opiniões conflitantes. Na primeira identificam-se moralidade e probidade. É o que se lê nos escritos de Ives Gandra Martins da Silva<sup>48</sup>, onde se destaca que a expressão probidade administrativa está constitucionalmente referida à moralidade administrativa. Outros, ainda, defendem ser a probidade administrativa

<sup>46</sup> OTERO, Paulo da Cunha Costa: *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. v. 1, 1º tomo, Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, p. 269.

<sup>47</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle: *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 172.

<sup>48</sup> MARTINS, Ives Gandra: “Aspectos procedimentais do instituto jurídico do ‘Impeachment’ e conformação da figura da improbidade administrativa”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 685: p. 286-299, nov. 1992.

o gênero do qual a moralidade é a espécie. Nesse toar estão Flávio Sátiro Fernandes<sup>49</sup> e Fábio Medina Osório<sup>50</sup>. Por fim, há quem sustente que a moralidade é categoria mais ampla, englobando, além da probidade, conceitos como a lealdade e a ética da Administração, a exemplo de Marcelo Figueiredo.<sup>51</sup>

A origem e o significado da palavra improbidade também não são assentes na doutrina. Marcelo Figueiredo afirma que improbidade deriva do latim *improbitate*, significando desonestidade. Para o autor, cometem maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringem a moralidade administrativa.<sup>52</sup> Segundo De Plácido e Silva<sup>53</sup>, improbidade vem do latim *improbitas*, revelando a qualidade do homem que não procede bem, por ser desonesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência por ser amoral. Flávio Sátiro Fernandes<sup>54</sup>, entretanto, afirma que *improbitas* significa em sentido próprio má qualidade de uma coisa, e, ainda, *improbus*, também em sentido próprio, teria dado origem à palavra ímprobo, significando mau, de má qualidade.

Convém assinalar que nenhum dos autores referidos nega a vinculação íntima entre os conceitos de moralidade e probidade administrativa, o que, de resto, se afigura inegável, dado que ambos decorrem de exigências de cunho ético impostas à Administração. Não se põe em questão a existência da relação em si, mas a forma como ela se apresenta para o Direito.

Afasta-se de pronto o juízo de que os conceitos se confundiriam, pois o que se verifica não é identidade senão mera semelhança. Conquanto se originem de noções éticas de certo e de errado, de bom e de mau, a moralidade e a probidade possuem tratamento e natureza jurídica diversos.

---

<sup>49</sup> FERNANDES, Flávio Sátiro: “Improbidade Administrativa”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro : Renovar, v. 210: p. 171-181, out./dez. 1997.

<sup>50</sup> OSÓRIO, Fábio Medina: *Improbidade Administrativa, observações sobre a Lei. 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 55.

<sup>51</sup> FIGUEIREDO, Marcelo: *Probidade Administrativa, comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*: São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 21.

<sup>52</sup> FIGUEIREDO, Marcelo: *Probidade Administrativa, comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*: São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 269.

<sup>53</sup> SILVA, De Plácido e: *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 431.

<sup>54</sup> FERNANDES, Flávio Sátiro: “Improbidade Administrativa”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro : Renovar, v. 210: p. 171-181, out./dez. 1997.

A moralidade administrativa ostenta posição de princípio constitucional; como princípio é uma idéia e um valor que, por integrar a ordem constitucional brasileira, vincula e fundamenta a atuação da Administração Pública. A probidade, por sua vez, tem a feição de um dever imposto aos agentes públicos em decorrência da função por eles exercida, cuja inobservância acarreta diversas sanções, podendo culminar, inclusive, na perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Aliás, cabe mencionar que a probidade da Administração Pública, ao lado de ser um dever do administrador, é um direito fundamental do cidadão. O art. 5º da Constituição Federal estabelece, em seu inciso LXXIII, que qualquer cidadão pode propor ação popular visando a anular ato lesivo à moralidade administrativa. A ação popular é garantia constitucional do cidadão, conferindo aos titulares de direitos fundamentais um instrumento que os torna exigíveis<sup>55</sup>. Nesse passo, fica claro que o objeto de tutela da ação popular é, entre outros, o interesse difuso, de cada um e de ninguém, que tem a coletividade, entre outras coisas, a um governo probo e uma Administração honesta<sup>56</sup> e que, por consequência, a probidade administrativa é um direito fundamental dos cidadãos brasileiros.

Considerando a diferenciação entre moralidade e probidade, cumpre examinar qual a relação entre elas. Para quem entende ser a probidade categoria mais ampla, há o argumento de que a Constituição Federal e os textos legais que regulam a matéria referem-se sempre a improbidade e moralidade como conceitos distintos, onde a moralidade está contida pela improbidade. Pretende-se demonstrar a validade da proposição com a análise dessas normas da forma seguinte: extrai-se do art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988 que o ato de improbidade importa a perda da função pública, sendo que, conforme disposto no art. 11 da Lei de Improbidade, os atos contra moralidade administrativa ensejam, também, a perda da função pública. Uma vez que a violação da moralidade, apesar de importar perda da função pública, não está referida como determinante dessa sanção no dispositivo constitucional, o fato é que ela estaria necessariamente compreendida entre os atos de improbidade.

---

<sup>55</sup> Não há que se confundir os direitos fundamentais em si com as garantias, que são instrumentos de sua efetivação, nesse sentido v. SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. rv., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 392 e, do mesmo autor, *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 82.

<sup>56</sup> MARQUES, José Frederico: “As Ações Populares no Direito Brasileiro”, *apud* SILVA, José Afonso da: *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 80.

Além disso, o art. 85, V, da Carta Política pátria estatui como crime de responsabilidade ato do Presidente da República que atente contra a probidade administrativa, ao tempo em que os atos contra a moralidade administrativa, na medida em que revelam má-fé, corrupção e desonestidade, configurarão, eles também, crime de responsabilidade. Logo, se a violação da moralidade não está referida como crime de responsabilidade, é de se admitir que a noção de moralidade já estaria contida na de probidade administrativa.

Finalmente, a evidência de que a moralidade estaria contida na probidade administrativa consta do tratamento dado à matéria pela Lei 8.429, de 2.6.1992, que define três espécies de atos de improbidade administrativa: os que ensejam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração, entre os quais se incluem a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, e a eficiência, além de outros que estão implícitos na Constituição. Ora, se a probidade compreende todos os princípios da Administração, e a moralidade é um desses princípios, forçoso concluir que a probidade administrativa é conceito mais amplo que a moralidade nele contida.

A idéia inversa é a de que a moralidade é um conceito mais amplo e a probidade nele está contida. Argumenta-se que o dever de probidade é o dever de administrar com correção, ou seja, nada mais é do que a observância dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A improbidade, como violação desse dever, não se basta na mera inabilidade do administrador; é, necessariamente, violação ao princípio da moralidade administrativa. Improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa.<sup>57</sup>

### **2.3 Improbidade administrativa: má-gestão ou desonestidade**

As linhas de argumentação aqui relatadas resumem o embate de dois pensamentos acerca do alcance da Lei de Improbidade. O primeiro cuida serem atos de improbidade todos aqueles, sem exceção, em que fique caracterizada a má-gestão da coisa pública, não apenas os que importem enriquecimento ilícito ou mesmo benefício patrimonial indevido, e ainda quando inexistir dolo do agente, uma vez que a improbidade não significa apenas desonestidade, podendo resultar do despreparo e da incompetência administrativa.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Fernando; e FAZZIO JUNIOR, Waldo: *Improbidade Administrativa, aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 37.

<sup>58</sup> OSÓRIO, Fábio Medina: *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 55.

Acompanhando uma tendência aparente do regime jurídico instituído pela Lei de Improbidade, sustenta-se que a responsabilidade do agente pela prática de atos de improbidade se caracteriza mesmo em situações onde reste demonstrado que a conduta decorreu de culpa, desde que dela resulte prejuízo ao erário ou violação de princípios da Administração Pública, daí poder-se denominá-la de corrente objetivista.<sup>59</sup>

De outro lado, a corrente subjetivista segue orientação oposta, de que a probidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem<sup>60</sup>, de maneira que a caracterização do ato de improbidade administrativa exige a ocorrência do comportamento desonesto, não sendo possível excluir-se o dolo do conceito de improbidade. Afasta-se, conseqüentemente, a possibilidade de responsabilização do agente por ato de improbidade administrativa com fundamento na gestão ineficiente da coisa pública em si mesma considerada, pugnano pela necessidade de haver-se demonstrada a má-fé, a desonestidade.

A despeito da opção política manifestada na Lei de Improbidade Administrativa, coerente com a corrente objetivista – na medida em que propõe uma conceituação ampla dos atos de improbidade administrativa e concebe como espécie de ato de improbidade a lesão ao erário, ainda que culposa, afora estatuir, de forma genérica e imprecisa, a categoria de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, descritos como qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições – merece razão o pensamento subjetivista, pelo qual se restringe a tipificação dos atos de improbidade às condutas viciadas pela desonestidade do agente, embora numa versão moderada.

A improbidade administrativa é uma espécie de imoralidade qualificada, configurando um desvio de conduta que viola um dever jurídico, seja ele um dever funcional, um dever de lealdade para com a Constituição, ou, ainda, um dever enquanto servidor público, mas, em todo caso, um dever administrativo. Acompanha-se, no particular, a tese de Marcelo

---

<sup>59</sup> A nomenclatura objetivista quer significar que o critério adotado por essa corrente na caracterização do ato de improbidade administrativa considera objetivamente a má-gestão e o prejuízo ao erário como cerne da improbidade, admitindo a culpa apenas como elemento completante ou secundário, em oposição ao critério subjetivista cuja referência fundamental é o elemento subjetivo consistente na intenção desonesta do administrador. Não se confunde com a responsabilidade civil objetiva, que independente da culpa *lato sensu*.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 652.

Figueiredo<sup>61</sup>, para quem a improbidade, genericamente considerada, denota desonestidade, que por sua vez está abarcada no conceito maior de moralidade:

A improbidade é um *minus* (está contida) da moralidade. A improbidade caracteriza-se por ser uma das facetas da moralidade. O problema do conceito não se situa tanto na questão da distinção, mas de *relação entre conteúdo e continente*.

O debate pertinente à improbidade teve lugar também no Direito trabalhista diante do esforço de interpretação e aplicação da norma estatuída pelo art. 482, alínea “a” da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, estabelecendo que o ato de improbidade constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho.

Délio Maranhão identificou a divergência entre o critério subjetivo, que acentua o aspecto da violação de um dever moral, e o critério objetivo, cuja inclinação é no sentido de considerar a improbidade a violação de um dever legal. Segundo o autor, o primeiro o sentido que se empresta à improbidade é a prática de desonestidade, má-conduta no serviço ou fora dele que caracterize ilícito civil ou penal; atenta-se para a circunstância de que a base do contrato de trabalho é a confiança, e que a improbidade, por sua natureza, importa a violação de uma obrigação geral de conduta. Para o segundo, a improbidade deve caracterizar-se objetivamente, traduzindo sempre um crime contra o patrimônio, pois a sociedade não exige do indivíduo que seja virtuoso, mas apenas socialmente adequado.<sup>62</sup>

Adotando-se a tese subjetivista, concebe-se a improbidade administrativa como a violação de um princípio ético que deve presidir as relações jurídicas sujeitas ao regime de Direito Público, a violação de um dever jurídico de probidade estabelecido em lei que acarreta a repressão à desonestidade punível. Argumenta-se, nessa linha de pensamento, que, embora a Lei de Improbidade Administrativa preveja a inversão do ônus da prova em algumas situações, presumindo o dano ao erário, ao mesmo tempo adota a teoria tradicional da responsabilidade, a teoria subjetiva, fazendo-se necessário conciliar a noção de responsabilidade estabelecida e o conceito de dano e culpabilidade.

---

<sup>61</sup> FIGUEIREDO, Marcelo: *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47 e ss.

<sup>62</sup> MARANHÃO, Délio: *Instituições de Direito do Trabalho*. v. 1, cap. XVI, p. 616 *apud* FIGUEIREDO, Marcelo: *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 49.

A questão pode ser abordada ainda pelo enfoque constitucional, ao distinguir-se a moralidade, como princípio, e a proibição como regra. De forma geral, utilizam-se diversos critérios para diferenciar as normas-princípio das normas-regra, a saber, que os princípios são normas de maior grau de abstração enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida, que os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação direta, que os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico dada sua posição hierárquica no sistema das fontes, que os princípios estão mais próximos da idéia de Direito e as regras podem ter conteúdo meramente funcional, e que os princípios são fundamento de regras, desempenhando função normogénica.<sup>63</sup>

Todavia, encontra-se na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy o critério definitivo para estabelecer a distinção. Sua definição de princípios é a de mandatos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que seu cumprimento não só depende de possibilidades reais como também de possibilidades jurídicas; o princípio não é ele mesmo uma diretriz senão razão, critério e justificação para estatuir-se a diretriz. De seu lado, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, pois, se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.<sup>64</sup> Acerca da diferenciação entre regras e princípios, são precípuas as seguintes ponderações de Alexy:

... Como as regras exigem que se traga exatamente o que nelas se ordenam, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fácticas, o que pode conduzir a sua invalidade; mas, se não é esse o caso, vale então definitivamente o que a regra diz. Por isso, pode-se pensar que todos os princípios têm um mesmo carácter *prima facie* e todas as regras um mesmo carácter definitivo. Um modelo tal se percebe em Dworkin quando diz que as regras, quando valem, são aplicáveis de uma maneira de tudo ou nada, enquanto os princípios só contêm uma razão que indica uma direção, mas que não tem como consequência necessariamente uma determinada decisão. Sem embargo, este modelo é demasiado simples. Se requer um modelo mais diferenciado. Mas, também dentro do marco de um modelo diferenciado, há que se manter o diferente carácter *prima facie* das regras e dos princípios.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional*. 5. ed. rf. am., Coimbra: Almedina, 1991, p. 172.

<sup>64</sup> ALEXY, Robert: *Teoría de Los Derechos Fundamentales* [Teoria dos Direitos Fundamentais]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert: *Teoría de Los Derechos Fundamentales* [Teoria dos Direitos Fundamentais]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 102. (traduzido livremente do espanhol).

Em resumo, os princípios são sempre razões *prima facie*; as regras são razões definitivas, desde que inexista uma exceção. Entre os critérios de distinção entre regras e princípios, o mais adequado é o que caracteriza os princípios como razões para as regras, pois as regras expressam um juízo concreto de dever ser, uma razão definitiva. Por sua vez, os princípios são razões *prima facie*, eis que estabelecem apenas direitos à primeira vista, que não se podem verificar de pronto.

É o que se verifica na relação entre moralidade e probidade administrativas. O princípio da moralidade estabelece um horizonte de sentido a ser perseguido pelo intérprete, incidindo com eficácia integrativa na avaliação e aplicação sistemática das normas jurídicas. A moralidade administrativa tem por função servir de referência para padrões exigidos dos agentes públicos em sua conduta, principalmente no exercício de suas funções públicas, sendo que, por sua própria natureza, o princípio da moralidade administrativa pode, e até mesmo deve, ceder diante de algumas situações limite onde colida com outros princípios constitucionais, *e. g.*, na hipótese em que se convalida um ato administrativo ilegal do qual se originem benefícios ao particular quando transcorridos mais de cinco anos desde a ocasião de sua prática. Em situações que tais, privilegia-se o princípio da segurança jurídica em face do princípio da moralidade administrativa e nem por isso se pode falar na invalidação do princípio.

Já a regra que impõe o dever de probidade será cumprida ou não. Ou o agente praticou ato caracterizado como improbidade administrativa, e nesse caso a norma incide para determinar sua responsabilização, ou não praticou conduta reprovável ao fundamento da prática de improbidade administrativa, e a regra não incide. Existem situações em que, a despeito da prática do ato de improbidade, não haverá responsabilização, a exemplo daquelas em que decorrido o lustro prescricional para aplicarem-se as sanções cominadas na Lei de Improbidade, mas isso se justifica tão-somente pela existência de uma regra de exceção, sem a qual a incidência da norma seria obrigatória, sob pena de caracterizar-se o descumprimento da ordem jurídica.

Na realidade, a técnica empregada pelo legislador na elaboração da Lei 8.429/92 visa, apenas, a permitir um maior controle da atuação do administrador, estabelecendo situações em que se presume a ocorrência de dano ao erário ou a violação de princípios da Administração Pública, porém uma análise mais detida do problema revela que a improbidade não é mera inabilidade, incompetência.

## 2.4 Os agentes políticos e a responsabilidade culposa por ato de improbidade administrativa

A responsabilização civil e administrativa por imperícia<sup>66</sup>, que se aplica aos agentes administrativos, estava prevista no ordenamento jurídico já anteriormente à edição da Lei de Improbidade e independe dela. Daí se afirmar que a improbidade administrativa é categoria destinada, precipuamente, ao controle dos atos de corrupção administrativa, que importem benefício patrimonial indevido aos agentes públicos. Tanto assim que uma das maiores contribuições da Lei de Improbidade Administrativa é a de permitir a imposição de sanções de natureza político-constitucional a agentes públicos detentores de mandatos eletivos, implementando a promessa constitucional dos art. 15, V e 37, § 4º.

Inobstante, sabe-se que os membros de poder, incluídos na categoria de agentes políticos, não podem ser responsabilizados por erros de atuação, exceto quando tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. A idéia é a de que a sujeição desses agentes à responsabilização civil por erros, ainda que grosseiros, mas praticados de boa-fé, acabaria por embaraçar-lhes a atuação.<sup>67</sup>

No tocante à responsabilização dos membros do Poder Judiciário, há disposições normativas especiais disciplinando a matéria. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar 34, de 14.3.1979 – estabelece, em seu art. 41 que salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir. Surge daí uma primeira questão a ser examinada, que concerne à possibilidade de submeter os atos judiciais à fiscalização da Lei de Improbidade.

Acompanha-se, no particular, a opinião de Mauro Roberto Gomes de Mattos, para quem a norma do art. 41 da LOMAN, antes citada, exclui a possibilidade jurídica de ingresso de ação por improbidade contra ato judicial, ao estabelecer que o juiz não pode ser punido ou prejudicado pelas omissões ou pelo teor de suas decisões, quando no exercício de sua função jurisdicional. Nem poderia ser diferente, pois a sujeição das decisões judiciais ao controle da

<sup>66</sup> Lei nº 8.112/90, art. 121: “O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”, e 122: “A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.”

<sup>67</sup> Hely Lopes Meirelles menciona em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*: 20. ed. at, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 73 decisão do então Juiz de Direito de São Paulo, que veio a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal, Rodrigues de Alckmin, confirmada na íntegra pelo Tribunal de Justiça do Estado, que acolhe essa doutrina, publicada na RT 205/213.

Lei de Improbidade atenta contra princípio constitucional da independência do Poder Judiciário, e, nos dizeres do autor:

Retirar do Magistrado a sua independência e seu livre convencimento é o mesmo que engessar a Justiça, deixando os jurisdicionados ao talante da própria sorte.<sup>68</sup>

Ainda relativamente à LOMAN, cumpre mencionar a norma do art. 49 a qual estabelece que o magistrado responde por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, procede com dolo ou fraude, ou quando recusa, omite ou retarda, sem justo motivo, providência que se deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes; dispositivo legal cujo enunciado está repetido no art. 133 do CPC. O mesmo vale para os membros do Ministério Público, face ao disposto no art. 85 do CPC, que condiciona sua responsabilização civil às hipóteses em que proceder com dolo ou fraude. Do que se vem de ver, fica afastada a possibilidade de responsabilizar os membros da Magistratura ou do Ministério Público pela prática culposa de atos de improbidade administrativa no exercício de suas funções, não se lhes aplicando essa parte da norma do art. 10 da Lei de Improbidade, pelo critério da especialidade da legislação especial já mencionada.

No que é pertinente à atividade legislativa, é bastante questionável a possibilidade de responsabilizá-los por atos de improbidade, haja vista a natureza política do ato e a inviolabilidade de tais agentes quando no exercício do mandato. Há quem defenda a aplicabilidade da Lei de Improbidade ainda nessas hipóteses, respaldado no argumento de que se trata de abuso de poder, acrescentando, ainda, que o abuso de poder não supõe intencionalidade ou dano para sua caracterização<sup>69</sup>, mas, com a devida *vênia*, é virtualmente impossível atribuir-se responsabilidade de tal natureza fundamentada na culpa do agente, já que a “improbidade legislativa”, nesse caso, consistiria no desvio de finalidade na função de legislar, onde não se pode entrever a responsabilização a título culposo, pena afrontar a independência do Legislativo, sujeitando-o à fiscalização não só da legalidade e moralidade dos atos que produz como também da legalidade e moralidade dos motivos por que o fez, motivos estes de caráter inegavelmente político.

---

<sup>68</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de: “Improbidade administrativa e atos judiciais”: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, v. 230: p. 187-195, out./dez. 2002, p. 192.

<sup>69</sup> Quanto à possibilidade de aplicar-se a Lei de Improbidade a atos de improbidade legislativa v. NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do: “Improbidade Legislativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 409-427, 2002.

Excluindo-se a responsabilidade culposa desses últimos agentes políticos, sobra, por fim, a atividade administrativa em sentido estrito, exercida tipicamente não pelos agentes do Executivo, mas também por agentes políticos dos demais Poderes do Estado.

Questiona-se, então – considerando que, como visto, descabe responsabilizar civilmente o agente político cujo erro causa dano ao erário – como se justificar a repressão por ato de improbidade, muitas vezes com sanções muito mais graves, como a suspensão de direitos políticos? E qual a justificativa para fazê-lo tão-somente em relação a uma categoria de agentes políticos ou uma espécie de atividade, a administrativa?

Talvez fosse o caso de estabelecer dois regimes diversos de responsabilização por atos de improbidade: a responsabilização dos agentes administrativos, admitindo-se a modalidade culposa, e a responsabilização dos agentes políticos, esta adstrita às hipóteses em que houver demonstrado o dolo ou a culpa grave. Evidente que a solução acaba por esvaziar em grande medida a finalidade da Lei de Improbidade, já que, como mencionado, a responsabilização dos agentes administrativos, até mesmo por atos culposos, tinha respaldo em legislação anterior. A menos que se admita como seu escopo o de permitir a suspensão de direitos políticos de agentes administrativos ímprobos.

O fato é que a improbidade não se coaduna com a mera inabilidade ou culpa simples, sendo necessário, na configuração da improbidade para fins de aplicação das sanções constitucionalmente previstas, o dolo do agente ou, quando menos, culpa grave.

Vale mencionar, a esse respeito, recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça onde se decidiu que o ato involuntário de má-gestão do agente público não é ato de improbidade. A Corte entendeu que, comprovado não haver má-fé ou dolo, intenção de causar dano, isto é, inexistindo desonestidade do agente, não há que se falar em improbidade administrativa, como se extrai da ementa a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido. (RESP 213994/MG; 1999/0041561-2; DJ 27/09/1999, p. 59; Rel. Min. Garcia Vieira; Primeira Turma)

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra ex-prefeito, imputando-lhe a contratação de servidores sem concurso público, pedindo fosse o réu condenado ao ressarcimento do dano causado ao erário municipal, à suspensão de seus direitos políticos, ao pagamento de multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público.

A ação fora julgada parcialmente procedente na 1ª instância, onde se constatou que não houve enriquecimento ilícito do réu nem prejuízo à municipalidade, porque as pessoas admitidas efetivamente prestaram serviços, afastando-se os pedidos de ressarcimento e de aplicação de multa civil, porém condenando-o com a suspensão dos direitos políticos por cinco anos e com a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber incentivos por três anos. O Tribunal, entretanto, em decisão referendada pelo STJ, afastou a aplicação até mesmo de tais penas ao fundamento de que as contratações irregulares, a par de terem inobservados os princípios norteadores da Administração Pública, não têm gravidade suficiente para admitir a aplicação da pena de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público.

Argumentou-se contra a aplicação de penalidades mais severas que seria imprescindível que a atuação do agente fosse manifestamente incompatível com pautas morais básicas, infringindo os deveres de retidão e lealdade ao interesse público. Em sede de embargos declaratórios, o Tribunal esclareceu que o legislador pretendeu punir o administrador desonesto, e não o incompetente, isto é, que a razão de punir é a má-fé, a desonestidade, e não o despreparo do agente.

A questão é bastante polêmica. É certo que a responsabilidade dos agentes políticos no exercício de suas competências, sejam eles ocupantes de cargos eletivos do Poder Executivo, Legislativo ou cargos vitalícios do Poder Judiciário, não é administrativa e sim constitucional, o que significa dizer que em princípio só cabe responsabilizá-los nas hipóteses em que agirem com dolo. Todavia, é cediço que tais agentes podem, excepcionalmente, serem responsabilizados quando agirem culposamente, desde que haja culpa grosseira, admitindo-se em situações limite a responsabilização do administrador ainda que não tenha atuado desonestamente, aplicando-se, nessas hipóteses, o princípio do *in dubio pro societate*.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> FIGUEIREDO, Marcelo: “Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 285-299, 2001.

## 2.5 Espécies de improbidade administrativa

O regime jurídico instituído pela Lei de Improbidade contempla três categorias de atos de improbidade administrativa: os atos que importam enriquecimento ilícito, os que causam dano ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A primeira modalidade concerne aos atos que importam enriquecimento ilícito por ter o agente auferido qualquer tipo de vantagem indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública (art. 9º). Para configurá-la, não é indispensável a lesão ao patrimônio público; o elemento material do enriquecimento ilícito é a percepção de vantagem indevida, entendida genericamente como qualquer prestação, positiva ou negativa, de que se beneficie o agente público. Ao analisar a expressão vantagem econômica, à luz da Lei 3.502/58, Francisco Bilac Pinto afirmou que “sob a forma de prestação positiva, abrange todo e qualquer título ou documento representativo de valor, tais como ações ou cotas de sociedade, títulos da dívida pública, letras de câmbio, notas promissórias, cheques, confissões de dívidas etc.” e que, sob a forma de prestação negativa, compreende a utilização de serviços, a locação de móveis ou imóveis, o transporte ou a hospedagem gratuitos ou pagos por terceiro.<sup>71</sup>

Em respeito a essa primeira categoria de atos de improbidade, inexistem dúvidas quanto ao elemento subjetivo integrante da descrição normativa, uma vez que não se afigura plausível a hipótese de enriquecimento ilícito culposo. Nesse sentido, tem-se afirmado que as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido, rechaçando-se a possibilidade de que o sujeito possa atuar com desonestidade por negligência, imperícia ou imprudência:

Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> BILAC PINTO, Francisco: *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 158.

<sup>72</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Fernando; e FAZZIO JUNIOR, Waldo: *Improbidade Administrativa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 63. V. tb. DA COSTA, José Armando: *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 67.

A delimitação do âmbito de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa nas hipóteses do art. 11, que disciplina os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, dada sua indeterminação, sugere, ainda, outras ponderações. É possível cominar as sanções da Lei de Improbidade em razão de condutas que não estejam descritas objetivamente na norma, mas apenas a partir de uma tipificação aberta?

Em suas reflexões a respeito do assunto, Marcelo Figueiredo conclui que não existe a possibilidade de sancionar comportamentos tidos como atentatórios à moralidade e à probidade na Administração sem fundamentá-los em previsão tipificada em lei. Entende o autor que a tipificação por demais aberta de condutas que se atribuem a noções morais tende a atritar com os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica<sup>73</sup>. Partilhando dessa opinião, Pedro da Silva Dinamarco articula que os atos que não se enquadrarem em hipóteses taxativas descritas na Lei de Improbidade não podem fundamentar a imposição de sanções a esse título, pena de gerar enorme insegurança jurídica que inviabilizaria a atuação dos administradores e dos particulares com a Administração, pelo temor de uma acusação de improbidade. Além do que, os tipos teriam de ser interpretados restritivamente, adotando-se as regras de hermenêutica típicas do Direito Penal.<sup>74</sup>

Diferentemente, Humberto Pimentel Costa<sup>75</sup> sustenta que a improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública dispensa tipificação legal, sendo certo que a intenção do legislador é exatamente a de abarcar situações diversas que, embora não descritas expressamente no texto legal, violam a lógica e a ética internas do serviço público. De qualquer modo, o critério da desonestidade ganha em relevância pois, na medida em que a Lei é imprecisa ao descrever as condutas que configuram atos de improbidade atentatórios a princípios, a intenção (dolo) do agente torna-se elemento determinante na caracterização da improbidade administrativa, isto é, para que a violação de princípios da Administração Pública configure ato de improbidade é necessário que o agente manifeste a vontade de agir de forma desonesta, no que a tese se aproxima da corrente subjetivista antes mencionada.

---

<sup>73</sup> FIGUEIREDO, Marcelo: *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 72.

<sup>74</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva: "Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa". In BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 330-342, 2001.

<sup>75</sup> COSTA, Humberto Pimentel: *Improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2001.

A par da discussão acerca da legalidade da tipificação aberta de atos de improbidade, o fato é que a modalidade culposa tem lugar tão-somente nas hipóteses do art. 10 da Lei de Improbidade, de modo que não se pode razoavelmente cogitar da imposição de sanções por ato de improbidade ao fundamento do art. 11, cuja inexatidão reclama uma aplicação restritiva em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Uma interpretação sistemática leva à conclusão de que, para caracterizar a improbidade, pressupõe-se que a ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições tenha como elemento subjetivo o dolo.

Mais complexa é a questão relativa à responsabilidade do agente público por atos de improbidade que resultam em prejuízo ao erário, assim entendida qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres públicos, a teor do disposto no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Note-se que as expressões “erário” e “patrimônio público” não são sinônimos. Patrimônio tem um sentido amplo, que compreende bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico das entidades públicas. O termo “erário” restringe-se aos bens e direitos de valor econômico. A lei refere-se, apenas, aos casos em que há lesão ao erário; logo, seu objeto de tutela é a parcela do patrimônio público que possui valor econômico.

Afora isso, o legislador faz, aqui, menção expressa à culpa, admitindo a ocorrência da modalidade culposa de improbidade administrativa, o que traz de novo a questão de saber da possibilidade de punir, a título de improbidade, o administrador despreparado ou desastrado, isto é, o agente que, embora incompetente, não é desonesto. É inegável que a Constituição da República outorgou ao legislador ordinário competência para definir em que consiste o ato de improbidade, deixando-lhe um livre espaço de conformação para traçar o alcance do dispositivo constitucional. Para além disso, a opção do legislador é dotada de proporcionalidade, não se podendo simplesmente desconsiderá-la ao argumento de que é incompatível com a teoria da responsabilidade, pelo que se rejeita, aqui, o argumento de Aristides Junqueira Alvarenga<sup>76</sup> para quem, estando excluída do conceito constitucional de

---

<sup>76</sup> ALVARENGA, Aristides Junqueira: “Reflexões sobre improbidade administrativa”. In SCARPINEL-LA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 86-92, 330-342, 2001, p. 332.

improbidade, a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos contida na expressão “culposa”, do art. 10 da Lei de Improbidade, é inconstitucional.

A solução legítima para os que abraçam a tese de que a improbidade é uma imoralidade qualificada pelo agir desonesto reside na interpretação, coerente e razoável, de que a culpa mencionada pela Lei de Improbidade em seu art. 10 deve ser entendida estritamente como culpa grosseira, ou seja, aquela negligência, imprudência ou imperícia tão flagrante que nas situações limite justificaria a responsabilização por ato de improbidade que importa em prejuízo ao erário. Dessa forma, manter-se-ia coerência entre a responsabilidade especial instituída pela Lei 8.429/92 e o regime tradicionalmente aplicado aos agentes políticos no sistema jurídico brasileiro, cujos atos, embora ilegítimos, só acarretam responsabilidade pessoal quando maculados pela má-fé, corrupção ou culpa de maior monta.

## CAPÍTULO III

---

### **APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE: A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA REPRESSÃO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS**

*SUMÁRIO: 3.1 A atuação da Administração Pública no controle e aplicação da Lei de Improbidade e o papel institucional do Ministério Público. 3.2 Ação civil pública por ato de improbidade administrativa?. 3.3 Efetividade da ação de responsabilização por ato de improbidade, medidas cautelares e o art. 20 da Lei de Improbidade. 3.4 As sanções cominadas pela Lei de Improbidade.*

#### **3.1 A atuação da Administração Pública no controle e aplicação da Lei de Improbidade e o papel institucional do Ministério Público**

A efetivação da Lei de Improbidade concretiza-se através da atuação dos órgãos estatais de controle da Administração Pública. De forma geral, o controle da atividade administrativa pode ser social ou institucional: o primeiro, praticado pela comunidade, individualmente ou coletivamente através de entidades organizadas, decorre do exercício de uma prerrogativa da cidadania, e o segundo é realizado pelas instituições estatais de controle da Administração Pública. Na prática, a atuação e o controle da improbidade administrativa ficam restritos ao controle institucional, pois a sociedade não dispõe de instrumentos diretos de fiscalização, vendo-se obrigada a fazê-lo provocando os órgãos estatais competentes, daí poder-se afirmar que a aplicação da Lei de Improbidade está condicionada à atuação desses órgãos para materializar-se.

A Lei de Improbidade prevê, em seu art. 14, que qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada a investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade e que, desde que atenda a determinados requisitos – ser formalizada por escrito ou ser reduzida a termo e assinada, contendo a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento – deve ser processada pela autoridade administrativa competente. Entrementes, o próprio dispositivo autoriza a autoridade administrativa a rejeitar a representação em despacho fundamentado; afora isso, mesmo que determine a apuração dos fatos objeto da representação, a autoridade administrativa pode decidir que não houve improbidade administrativa e determinar o arquivamento do procedimento.

Além da representação à autoridade administrativa, cabe, outrossim, representação ao Ministério Público, conforme previsão do art. 22 da Lei de Improbidade, à qual aplicam-se os mesmos requisitos do art. 14. Existe, também aqui, a obrigação do representado de apurar os fatos de que teve notícia. Marino Pazzaglini Filho<sup>77</sup> afirma que essa obrigação é um dever mitigado, reconhecendo que o Ministério Público pode avaliar a consistência dos fatos descritos e a licitude da prática denunciada em ordem de dar início à persecução judicial. Como *dominus litis*, o Ministério Público não pode ser obrigado a propor a ação quando não se convencer da existência de elementos suficientes para configuração do ato de improbidade, podendo até mesmo negar-se a fazê-lo desde que exponha os motivos dessa recusa.

Diferentemente, Adriano Perácio de Paula sustenta que a discricionariedade não se ajusta à função institucional do Ministério Público, pois aquilo que a um particular constituiria numa faculdade, a ele apresenta-se num agir vinculado em razão da natureza de suas atividades, de forma que a inércia deve ser motivada, como no processo crime, submetendo-se o caso ao Conselho Superior do Ministério Público, que discutirá o relatório e sua homologação (art. 9º da Lei 7.347/85).<sup>78</sup>

De um modo ou de outro, a efetivação do controle social da improbidade depende da provocação e da atuação dos órgãos estatais de controle institucional, não se confundindo, por exemplo, com o controle exercido mediante ação popular. Na ação popular, a legitimação ativa estende-se a todo cidadão, enquanto a legitimidade para propor ação por improbidade restringe-se ao Ministério Público e às pessoas jurídicas de Direito Público interessadas. Conquanto sirva de ponte entre a sociedade e a atuação da Lei de Improbidade, a representação aos órgãos administrativo e ministerial, também por qualquer cidadão, não chega a configurar um poder de agir: o autor da ação contra improbidade nunca é o cidadão.

O controle institucional pode ser interno ou externo. O controle interno, controle administrativo ou autocontrole é o exercido pelos órgãos dos Poderes sobre suas próprias atividades, em função do dever-poder de autotutela que a Administração tem, consolidado na Súmula 473 do STF. Os sistemas de controle interno são exercidos pelas corregedorias, como no caso do Ministério Público e do Poder Judiciário, e pelas auditorias, como no caso das

---

<sup>77</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Fernando; e FAZZIO JUNIOR, Waldo: *Improbidade Administrativa, aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 202.

<sup>78</sup> PAULA, Adriano Perácio de: “Sobre a Lei 8.429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas Ações de Improbidade no Processo Civil”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 44-64, 2001, p. 48.

instituições militares. Questiona-se a eficiência desses sistemas de controle, principalmente ao argumento de que, na realidade, e em regra, tal fiscalização fica sujeita à decisão política das pessoas que ocupam posições de direção ou chefia dos órgãos. As pessoas jurídicas interessadas podem propor ação de responsabilização pela prática de improbidade administrativa, no entanto as procuradorias dos órgãos estão por demais ligadas, dir-se-ia mesmo submetidas aos poderes centrais – Executivo e Legislativo – para poderem realizar um controle eficaz de sua atuação. Por sua vez, o controle externo é exercido por órgãos estranhos à atividade em si: pelos órgãos legislativos, nos termos da Constituição e com fundamento eminentemente político, pelos Tribunais de Contas, pelas ouvidorias e pelo Ministério Público.

Quanto ao controle legislativo, exercido via Comissões Parlamentares de Inquérito, convocações, pedidos de informações e mediante uma atuação produtiva dos Tribunais de Contas, já se afirmou que:

É uma forma importante de controle, mas seu campo é restrito e, na maioria das vezes, em decorrência de diversos fatores, entre os quais as pressões políticas, torna-se muito difícil a apuração de atos ímprobos e a punição dos agentes políticos que os praticaram.<sup>79</sup>

Tem-se acentuado a importância do controle efetuado pelo Ministério Público que, a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, assumiu uma posição de destaque como órgão encarregado da defesa dos interesses públicos, não apenas do Estado, mas da própria coletividade. O Ministério Público pode ser definido como um órgão do Estado e não do governo, uma instituição dotada de especiais garantias, ao qual a Constituição da República e as leis atribuem algumas funções ativas ou interventivas, como autor ou fiscal, em juízo ou fora dele, para a defesa de interesses da coletividade, os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Suas origens remontam à Idade Média, com o surgimento, na França, dos Procuradores dos Monarcas junto aos Tribunais (*Les Gens du Roi*), Mão do Rei (*Manus Regis*), Advogados do Rei (*Avocats du Roi*), com atribuições exclusivamente cíveis, e dos Procuradores do Rei (*Procureus du Roi*). Estes, com atribuições criminais, inicialmente

---

<sup>79</sup> Marino Pazzaglini Filho: “A Improbidade Administrativa e a reforma do Estado”. *RT*, [s/l], ano 87, n. 747, jan. de 1998.

destinavam-se à defesa do Monarca, assim como à defesa dos desprotegidos, por quem deveria zelar o Rei.<sup>80</sup>

O Ministério Público evoluiu junto com a sociedade. Sua chegada ao Brasil deu-se no período colonial, através das Ordenações Filipinas, as quais atribuíam ao Promotor da Justiça da Casa de Suplicação a promoção da ação penal. Desde o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que esboçou os contornos da instituição, passando pela Constituição de 1946, que destinou um título autônomo ao Ministério Público concedendo-lhe estabilidade na função e instituindo o ingresso mediante concurso de provas e títulos, e pela Lei Complementar 40 de 1981, que estabeleceu normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos estaduais, a instituição veio incorporando novos conteúdos e assumindo feição própria.

Na conformação que lhe deu a Constituição da República, não é órgão vinculado ao Poder Judiciário, nem tampouco ao Poder Executivo, mas sim instituição essencial à justiça, integrando-se no âmbito da sociedade civil. Na redação do art. 127 da Constituição Federal, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a que se assegura autonomia funcional e administrativa.

Ganha em relevância o controle da atividade administrativa exercida pelo Ministério Público, tanto em nível administrativo quanto judicial, em razão da autonomia da instituição, que lhe permite atuar de forma independente ao sabor das pressões e interesses políticos. As relações de poder existentes entre os órgãos da Administração inibem uma atuação eficaz por parte de suas procuradorias, quando o ato de improbidade é praticado pelos chefes dos órgãos. Numa situação hipotética em que o Governador do Estado pratique um ato de improbidade, seria pouco factível a propositura de ação contra ato de improbidade pela Procuradoria do Estado; as relações políticas servem como uma espécie de barreira para a efetivação do Direito.

Já se consignou que o controle interno ou administrativo e o controle legislativo são mais suscetíveis de influências externas, restando a tarefa ao controle pelo Ministério Público. Nesse mesmo diapasão, a opinião de Fábio Medina Osório:

---

<sup>80</sup> TRÊS, Celso Antônio: “A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa proibida no combate à improbidade”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 67-93, 2002, p. 69.

A impunidade no período pré-constituente há de ser compreendida, especificamente, no contexto em que o Ministério Público estava bastante ligado ao Poder Executivo, ao passo que o Poder Judiciário exercia timidamente suas funções. Os poderes centrais não sofriam, pois, controle rigoroso (...)

Daí porque a correta operacionalização do combate à improbidade administrativa depende, necessariamente, de um Ministério Público e Poder Judiciário independentes e dotados de garantias constitucionais como inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos, prerrogativas de foro, e, mais ainda, com as atuais atribuições constitucionalizadas na Carta de 1988.<sup>81</sup>

Órgão constitucionalmente destinado à defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é, o Ministério Público, o principal ator da ação contra a improbidade administrativa. Coube a ele propor as célebres ações civis por ato de improbidade administrativa contra o ex-presidente Fernando Affonso Collor de Mello, Paulo César Cavalcante de Farias – o PC, Cláudio Francisco Vieira e mais vinte e quatro empresas; contra João Alves de Almeida e outros por enriquecimento ilícito decorrente de manobras perante a Comissão Mista de Orçamento, que a imprensa chamou de “anões do orçamento”; também no caso de contratação de obras, supostamente superfaturadas, para a construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, além de inúmeras outras ações.

Como bem ressalta George Sarmento<sup>82</sup>, a importância do Ministério Público para a atuação da Lei de Improbidade Administrativa se afigura ainda mais claramente pelo fato de que dispõe de exclusividade para a instauração do inquérito civil, podendo notificar pessoas e proceder à oitiva de depoimentos, requisitar documentos e determinar a realização de perícias. Além disso, cabe-lhe receber os relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito e proceder, também de ofício, à persecução judicial de atos de improbidade administrativa veiculados na imprensa, participando obrigatoriamente de processos dessa natureza, na condição de autor, fiscal da lei ou assistente litisconsorcial.

### **3.2 Ação civil pública por ato de improbidade administrativa?**

A atuação do Ministério Público no controle da improbidade administrativa é veiculada através de processo judicial, mediante a propositura de ação de responsabilização por ato de improbidade. Existe certo dissenso na doutrina sobre a ação processual adequada para a responsabilização por ato de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade estabelece que a ação principal, que terá rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público

<sup>81</sup> OSÓRIO, Fábio Medina: *Improbidade Administrativa, observações sobre a Lei. 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 56.

<sup>82</sup> SARMENTO, George: *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 154.

ou pela pessoa jurídica interessada, sem, no entanto, identificar a natureza da ação principal. Daí alguns indicarem como cabível a ação civil pública, ao passo que outros identificam uma ação especial com vistas à responsabilização do agente público em razão da prática de atos de improbidade administrativa.

Para Marcelo Figueiredo, a multiplicidade de objeto da ação de improbidade, que serve à reparação do dano, à decretação da perda dos bens havidos ilicitamente, bem como à aplicação das penas descritas na lei, é mais ampla que o objeto da ação civil pública, cujo objeto pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a teor do disposto no artigo 3º da Lei 7.437/85. É dizer que, embora a ação civil pública seja instrumento adequado à defesa do patrimônio público, a ação de improbidade tem por finalidade especial a reparação de dano causado pela improbidade, com alcance mais amplo, vez que importa, inclusive, a aplicação de penalidades mais graves.<sup>83</sup>

A especialidade do objeto da Lei de Improbidade, contudo, não se encontra na ação de responsabilização, isto é, no campo processual, mas sim no direito material, como bem demonstra agudo raciocínio de Sérgio Ferraz.<sup>84</sup> Ao tempo em que enuncia que a ação judicial “poderá” ter por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a Lei da Ação Civil Pública prevê, em seu art. 1º, IV, sua aplicabilidade às ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A interpretação e aplicação sistemática e harmônica da Lei não admitem o sentido restritivo que se lhe pretende dar, afastando a ação civil pública de seu fim primeiro que é a responsabilização pela prática de danos materiais e morais ao patrimônio público *lato sensu*.

Há também outra construção argumentativa no sentido de que, nos art. 17 e 18 da Lei de Improbidade, o legislador pretendeu traçar os contornos de uma ação especial de responsabilização por ato de improbidade administrativa, designadamente ao referir que a “ação principal, que terá o rito ordinário”, dispondo especialmente sobre a legitimidade para agir, determinando a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei e vedando a transação. Todavia, o sistema processual civil brasileiro já dispõe de um leque amplo de ações

<sup>83</sup> FIGUEIREDO, Marcelo: *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 91.

<sup>84</sup> FERRAZ, Sérgio: “Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 364-386, 2001, p. 369.

processuais para a tutela coletiva, adequadas à veiculação da pretensão inerente à ação de responsabilização por ato de improbidade, além do que a pobreza da regulação processual, constante da Lei de Improbidade, estaria a exigir, de qualquer modo, a aplicação subsidiária de disposições do CPC e da Lei da Ação Civil Pública.

Em respeito à legitimação processual regulada na Lei de Improbidade, calha pôr em relevo que a legitimidade para agir do Ministério Público tem fundamento nos art. 127 e 129, III e IX da Constituição da República, e decorre já da Lei 7.347/85, ao passo que a legitimação da pessoa jurídica interessada é ordinária, de forma que o silêncio da Lei em nada alteraria a legitimidade processual desses atores, o Ministério Público como substituto processual em legitimação extraordinária e a pessoa jurídica interessada com legitimação ordinária.<sup>85</sup>

Também a proibição da transação ou acordo judicial, tal como previsto, a rigor seriam dispensáveis. A demanda envolve interesse público e, por isso mesmo, indisponível, já que se origina da lesão ao erário, enriquecimento ilícito ou violação de disposições legais e constitucionais. A ilegalidade no agir da Administração Pública não pode ficar sujeita à esfera de liberdade e interesses das partes nem muito menos admite negociação, impondo-se a vedação da transação, independentemente do disposto na Lei de Improbidade. O mesmo argumento vale para determinar a necessidade de intervenção do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, nas demandas em que não figure como autor da ação, como, aliás, já prevê a norma do art. 82 do CPC. Do que se vem de ver, os dispositivos não podem ser razoavelmente evocados em favor da tese da especialidade da ação de responsabilização por ato de improbidade.

Mencione-se que a jurisprudência tem sido tranqüila em admitir a ação civil pública como instrumento adequado para veicular a pretensão de responsabilização por ato de improbidade administrativa, como se extrai do acórdão da Terceira Seção do STJ, a seguir transcrito:

---

<sup>85</sup> Consultar, nesse sentido, ALMEIDA, João Batista de: “Adequação da ação e combate à improbidade administrativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 131-145, 2002.

RECLAMAÇÃO. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. INOCORRÊNCIA DAS 1ª E 3ª SEÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIMENTO INTERNO. DELIMITAÇÃO DA ÁREA DE COMPETÊNCIA DE CADA ÓRGÃO. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.** QUESTÃO DE ORDEM. 1. Reclamação que não se conhece por inócurrenre invasão de competência, fixada no RI/STJ, por um órgão em área de outro, do próprio STJ. 2. Questão de Ordem acolhida, por maioria, para fixar-se a competência da 1ª Seção e respectivas Turmas para processar e julgar feitos relativos a Prefeito e Vereador em que se discute aplicação de **sanção pela prática de atos de improbidade administrativa de que trata a Lei 8.429/92.** (RCL 799/DF; DJ 25.3.2002, p. 157; rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; Terceira Seção) (Grifo nosso).

A ação civil pública surgiu como instrumento de veiculação de interesses e direitos difusos e coletivos, havidos como socialmente relevantes. Visa à tutela dos interesses difusos e coletivos e, excepcionalmente, serve também à defesa de interesses individuais homogêneos. Pode-se dizer que o principal ator da ação civil pública é o Ministério Público, no exercício das funções que lhe foram atribuídas pelo art. 129, III da Constituição da República. Junto ao Código de Defesa do Consumidor, constitui um sistema processual autônomo: o processo coletivo. Sua finalidade imediata é a de permitir maior efetividade ao Direito, pois as maiores dificuldades ao acesso à justiça residem mais na sociedade do que na Justiça mesma. Arruda Alvim as indica da seguinte maneira: a) a parte ignora que tem direitos, decorrentes da lei; b) se a parte sabe que tem direito lhe é difícil ter advogado; c) há precariedade na assistência aos necessitados, embora a Constituição Federal, na letra da lei, tenha aberto perspectivas.<sup>86</sup>

A Constituição Federal, em seu art. 129, III, estatui que a ação civil pública é o instrumento processual adequado para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. O objeto de tutela da Lei de Improbidade é o interesse difuso, de cada um e de ninguém, que tem a coletividade, entre outras coisas, a um governo probo e a uma Administração honesta, de modo que a ação por improbidade se qualifica como espécie de ação civil pública. As ações distinguem-se em razão de seu elemento subjetivo, as partes, e seus elementos objetivos, causa de pedir e pedido. A ação civil pública é civil porque não se dirige ao exercício de pretensão penal, e nesse sentido toda ação processual que não tiver caráter criminal é uma demanda cível. A qualificação de pública decorre de que essa ação apresenta um espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo

---

<sup>86</sup> Arruda Alvim: “Ação Civil Pública”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 87, Conferências, p. 154.

“limbo jurídico”. Dessa forma, e como aponta José Jairo Gomes<sup>87</sup>, toda ação proposta pelo Ministério Público com vistas à defesa dos interesses difusos e coletivos pode ser rotulada de ação civil pública.

Importa referir, também, tese sustentada por Ada Pellegrini Grinover<sup>88</sup>, segundo a qual a ação por ato de improbidade administrativa institui nova modalidade de legitimação à ação popular. Com base no art. 25, IV, “b”, da Lei 8.625/93 – Lei Orgânica do Ministério Público que confere ao órgão ministerial legitimidade para postular através de ação civil pública a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio ou à moralidade administrativa, afirma-se que a diferença entre a ação popular constitucional e a ação civil pública para anular ato lesivo à moralidade administrativa reside exclusivamente na legitimação ativa, sendo que no primeiro caso o legitimado é o cidadão, ao passo que na ação civil pública o legitimado é o Ministério Público.

Sucedo que o art. 5.º da Constituição Federal é manifesto em conferir exclusivamente ao cidadão a legitimidade para propor a ação popular, enunciando que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. Não parece razoável que o legislador ordinário possa modificar o conteúdo da Constituição Federal para admitir outros legitimados. Tanto assim que não se tem admitido a legitimidade do Ministério Público para propor ação popular, mesmo porque a mudança na titulação da ação não altera sua natureza, que se afere fundamentalmente a partir do pedido formulado em juízo.

Ademais, por várias razões, não se afigura válida a assertiva de que a ação civil pública por ato de improbidade confunde-se com a ação popular. Veja-se. Ambas têm por objeto a tutela de interesses da coletividade, porém, enquanto a ação contra improbidade resguarda fundamentalmente a probidade administrativa e, reflexivamente, o erário, a ação popular visa precipuamente à proteção do patrimônio histórico e cultural, da moralidade administrativa e do meio ambiente. Insista-se que a ação popular é o instrumento por excelência para proteção do patrimônio público, enquanto a ação por improbidade, não obstante sirva também a essa finalidade, destina-se precipuamente à punição do ímprobo da

---

<sup>87</sup> GOMES, José Jairo: “Apontamentos sobre a improbidade administrativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 239-294, 2002, p. 287.

<sup>88</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: “Uma nova modalidade de legitimação à ação popular”. In MILARÉ, Edis (coord.): *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1995, p. 23 e ss.

Administração. Outro aspecto relevante é a legitimidade ativa que, no caso da ação popular, estende-se a todo cidadão, enquanto na ação contra improbidade restringe-se ao Ministério Público e às pessoas jurídicas de Direito Público interessadas.

É de se mencionar, ainda, a diferença de fundamentos de ambas as ações. A ação popular é um instituto da democracia direta, pois representa uma forma de o cidadão participar diretamente do processo democrático; fundamenta-se, portanto, no art. 1º, parágrafo único, da Constituição. A ação contra a improbidade, por sua vez, é uma ação civil para a defesa de um interesse difuso em especial: a probidade da Administração, e busca sua fundamentação no princípio da moralidade administrativa do art. 37 da Constituição e no art. 129, que a institui como instrumento processual adequado para defender interesses e direitos coletivos e difusos. Ambos os institutos têm, como aspecto mais relevante, seu caráter político, contudo, enquanto o caráter político da ação popular está no pólo ativo, com a legitimação de qualquer cidadão, fundada no princípio da soberania popular e, em última análise, no próprio princípio democrático, a ação contra improbidade tem seu aspecto político no pólo passivo, que é a possibilidade de suspensão dos direitos políticos do autor da improbidade.

Em 27 de dezembro de 2000, editou-se a Medida Provisória 2.088-35<sup>89</sup>, criando procedimento especial na ação civil pública por ato de improbidade. O diploma previa, originalmente, imposição de multa de até R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais) ao agente público proponente de ação manifestamente improcedente, admitindo, outrossim, a reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitando a improbidade do agente público proponente, incluindo-se no art. 11 da Lei de Improbidade o tipo consistente em instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente. A finalidade da medida era estabelecer limites à atuação dos promotores de justiça e procuradores da república que promoviam ações por improbidade desprovidas de elementos de prova consistentes, divulgadas pela imprensa com ares de linchamento público, num prejulgamento que causa prejuízos irreparáveis à reputação e à honra das pessoas.

Acusada de autoritária, de inverter ilegitimamente os papéis, de burocratizar a fluência do processo, de buscar proteger os agentes ímprobos e de intimidar os defensores da

---

<sup>89</sup> Atualmente, Medida Provisória 2.225-45, de 4 de setembro de 2001.

moralidade da Administração, especialmente os membros do Ministério Público<sup>90</sup>, a medida sofreu forte pressão da opinião pública. Ato contínuo, foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a redação dada à Lei de Improbidade pela MP 2.088-35/2000: a ADIN 2.384/DF, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – e a ADIN 2.385/DF, aforada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT –, reforçando a tese da inconstitucionalidade. Isso motivou o recuo do Poder Executivo e provocou alterações no texto original, de forma que a reedição subsequente da MP retirou os dispositivos mais polêmicos, passando a vigorar apenas um juízo de admissibilidade da ação, precedido de manifestação por escrito do requerido, e a punição à litigância de má fé.

As alterações fizeram com que as ADIN's mencionadas fossem julgadas prejudicadas, e foram bem recebidas pela comunidade jurídica, pois deram ao procedimento especial da ação por improbidade administrativa uma feição garantista dos direitos individuais dos acusados, sem inviabilizar a propositura de ações de responsabilização, reforçando a importância de seriedade em procedimentos dessa natureza. Nesse sentido, comenta George Sarmiento:

Ao invés de impedir a atuação do Ministério Público no combate à improbidade, a Reforma da Lei nº 8.429/92 terminou criando um procedimento que impede o uso indevido da civil pública. Isso evita que esse importante instrumento de defesa da cidadania seja manipulado para satisfazer interesses estranhos ao bem-comum da coletividade.<sup>91</sup>

Nada obstante, o então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.410/DF, buscando a declaração de ilegitimidade constitucional parcial, sem redução do texto, da Lei de Improbidade, com a redação dada pela MP 2.088/2000 e subsequentes reedições, para excluir do âmbito de incidência do parágrafo 6.º de seu art. 17, os Membros do Ministério Público, isto é, visando a afastar qualquer interpretação que importe a responsabilização pessoal do agente responsável pelo ajuizamento de ação por improbidade, inclusive na hipótese em que for caracterizada a má-fé, que supostamente teria de ser atribuída à pessoa jurídica de Direito Público por ele apresentada.

---

<sup>90</sup> Cf. registra COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e: “Improbidade Administrativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 335-392, 2002, p. 385.

<sup>91</sup> SARMENTO, George: *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 160.

### **3.3 Efetividade da ação de responsabilização por ato de improbidade, medidas cautelares e o art. 20 da Lei de Improbidade**

Com vistas a conferir efetividade à ação de responsabilização, a Lei de Improbidade prevê a possibilidade de ordenarem-se medidas cautelares. Seu artigo 16 autoriza a decretação liminar do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido e causado dano ao patrimônio público desde que haja fundados indícios de responsabilidade, ao passo que o artigo 20, parágrafo único, dispõe que a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Como qualquer tutela cautela, as medidas têm por finalidade garantir a utilidade prática do provimento principal, resguardando as condições de fato e de direito para que a prestação jurisdicional seja efetiva.

O fundamento constitucional da medida de seqüestro, do afastamento do agente público e de outras medidas cautelares admitidas na ação civil pública de responsabilização por improbidade administrativa reside na efetividade da jurisdição. Ao proibir a autotutela privada, o Estado assumiu o ônus de tutelar adequada e efetivamente as situações de conflito, pois a prestação da tutela jurisdicional deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.<sup>92</sup> É o desdobramento natural e necessário da norma insculpida no art. 5º, XXXV da Constituição da República, segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário.

O princípio constitucional da efetividade da jurisdição é a gênese de todo um conjunto de direitos e garantias que o ordenamento jurídico estabelece para garantir um acesso à justiça célere e eficaz, fazendo com que a tutela jurisdicional assegure ao litigante vitorioso exatamente aquilo a que tem direito, isto é, realizando material e concretamente o direito reconhecido judicialmente. Afora isso, gize-se, não é suficiente que a prestação jurisdicional do Estado seja eficaz; deve ser também célere, já que a efetividade da jurisdição implica que o julgamento da demanda dê-se em prazo razoável e sem dilações indevidas.<sup>93</sup>

Com efeito, de nada serviria a atuação fiscalizadora do Ministério Público se a imposição das sanções por ato de improbidade ficasse apenas no plano normativo, sem

---

<sup>92</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da: *A lide cautela no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 18.

<sup>93</sup> TUCCI, Rogério Lauria; e TUCCI, José Rogério Cruz: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 99.

repercutir significativa e concretamente na realidade. A morosidade inerente ao processo judicial pela necessidade imperiosa de assegurar-se o contraditório e a mais ampla defesa, eventualmente agravada pelo intuito protelatório do acusado, conduz muita vez à inviabilização das medidas sancionatórias e, por conseqüência, à inutilidade da tutela jurisdicional. A ação de responsabilização por improbidade administrativa admite diversas medidas cautelares necessárias à efetividade do processo, visando principalmente à defesa do erário e à garantia da instrução processual.

A medida mais importante para realizar o primeiro desses dois escopos é o seqüestro dos bens do réu, tal como previsto nos artigos 7º e 16 da Lei de Improbidade. A natureza jurídica da medida cautela em comento tem sido bastante discutida, mas, seja qual for o contorno processual, sua finalidade é fundamentalmente a decretação cautela da indisponibilidade patrimonial. A esse respeito, cabe mencionar pertinente observação de George Sarmiento, asseverando que o debate em torno da configuração formal da medida é inócuo, pois não importa sua modalidade processual desde que garantido o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela Fazenda Pública.<sup>94</sup>

Tem fundamento constitucional, porquanto o parágrafo quarto do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão, entre outras coisas, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Se a indisponibilidade dos bens é um *plus* em relação ao ressarcimento ao erário, apresenta-se nitidamente com natureza cautela, no sentido de assegurar a indenização, fora de que não haveria sentido na medida restritiva. Fábio Medina Osório expõe esse entendimento, asseverando que não haveria sentido no impor sanção genérica de indisponibilidade patrimonial, na medida em que tal gravame tem por único objetivo assegurar efetiva perspectiva de pagamento dos valores relativos ao *quantum* de multa e ressarcimento de prejuízos causados pelo réu aos cofres públicos.<sup>95</sup> De fato, partindo-se da premissa de que a lei não contém palavras inúteis, e considerando que o ressarcimento ao erário fora previsto expressamente, forçoso concluir que o sentido da cominação da indisponibilidade dos bens do réu está em resguardar a efetividade de eventual decisão condenatória.

<sup>94</sup> SARMENTO, George: *Improbidade administrativa*: Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 164.

<sup>95</sup> OSÓRIO, Fábio Medina: *Improbidade Administrativa, observações sobre a Lei. 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 159.

Questiona-se acerca do alcance da medida. Há quem sustente que podem ser objeto de restrição mesmo os bens adquiridos antes da prática de atos de improbidade, pois a Lei de Improbidade não faria qualquer distinção, não cabendo ao intérprete fazê-lo. Em sentido contrário, defende-se também que, quando a indisponibilidade amparar-se em acusação de enriquecimento ilícito, a medida só poderia atingir bens incorporados ao patrimônio após o ato lesivo ao erário, dado seu caráter sancionatório: a decretação da indisponibilidade de todos os bens, indistintamente, justificar-se-ia apenas onde tivesse por finalidade ressarcir dano causado ao erário.

Essa última tese mereceu a acolhida do Superior Tribunal de Justiça que, no RMS 6.182/DF<sup>96</sup>, fixou o entendimento de que a indisponibilidade visa a assegurar o resultado útil do processo judicial exclusivamente quanto à perda dos bens objeto de enriquecimento ilícito e ao ressarcimento dos danos causados ao erário. Se a ação principal não é de indenização ao erário, mas de perda de bens que teriam sido adquiridos de modo a configurar enriquecimento ilícito, a medida cautela tem seu limite claramente traçado na própria lei: a indisponibilidade recairá sobre o acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.<sup>97</sup>

No que é pertinente ao segundo escopo, garantia da instrução processual, impende mencionar a medida de afastamento liminar do agente público de seu cargo. Essa se justifica quando existem indícios de que o administrador, ficando em seu cargo, poderá perturbar a coleta de provas e encontra-se fundamento na norma do artigo 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade, segundo o qual a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Trata-se de medida excepcional e seu cabimento exige a prova inequívoca de que o agente público ou a autoridade administrativa está provocando sérias dificuldades para a instrução processual.

Questão tormentosa é a da admissibilidade da medida em comento para determinar o afastamento de agente que ocupa cargo eletivo.

Há quem rejeite essa possibilidade ao argumento de que os ocupantes de mandatos eletivos, considerados agentes políticos, não ocupam propriamente cargo público e sim um

---

<sup>96</sup> RMS 6.182/DF, DJ 01.12.1997, p. 62.700, rel. Min. Hélio Mosimann, rel. p/ acórdão Min. Adhemar Maciel, STJ – Segunda Turma.

<sup>97</sup> V. tb. Carlos Mário Velloso Filho: “A indisponibilidade de bens na Lei n. 8.429, de 1992”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 98-109, 2001.

cargo político, vínculo diverso do jurídico-administrativo dos agentes administrativos. O afastamento de tais agentes, portanto, só seria possível na hipótese de suspensão de direitos políticos, sanção que pressupõe cognição plena e trânsito em julgado de uma sentença condenatória, mesmo porque não há previsão constitucional de suspensão de direitos políticos decorrente de instrução processual, sendo impossível sua inclusão, por via de interpretação, na norma do parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade.<sup>98</sup>

A tese não se sustenta. O conceito jurídico de agentes políticos é empregado pela doutrina administrativista no estudo das diversas categorias de agentes públicos, principalmente no sentido de diferenciar a responsabilidade de uns e outros, e não implica ou justifica em hipótese alguma excluí-los desse grupo ou negar a natureza de Direito Público do vínculo que mantêm com a Administração. A construção é forçada. Não se pode falar seriamente em cargos ou vínculos de natureza exclusivamente política, pois atos, fatos, negócios, relações ou situações “políticas” só passam a ter relevância para o Direito ao traduzirem-se em fatos jurídicos, pela incidência de uma norma jurídica e a produção de eficácia jurídica. Assim sendo, e porque assim é, existe uma relação jurídica a ligar os ocupantes de mandato eletivo da Administração e sua natureza é inegavelmente pública, na medida em que o vínculo sujeita-se ao regime jurídico de Direito Público. Nem poderia ser diferente, pois antes de qualquer empregado ou servidor da Administração Pública, são eles, os agentes políticos, agentes públicos por excelência, por exercerem atribuições ínsitas aos Poderes e a eles serem imputados o desempenho e a atuação do papel institucional do Estado.

De outro modo, sustenta-se que a impossibilidade de afastamento do ocupante de cargo eletivo resultaria da interpretação sistemática do parágrafo único do artigo 20. Parte-se da constatação de que a norma permite à autoridade administrativa competente determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo para considerar-se que, tendo em vista que nenhum agente administrativo teria poder para determinar o afastamento de ocupante de cargo eletivo, a norma não se destina aos titulares de mandato eletivo, mas tão-somente aos agentes administrativos.

É bem verdade que o artigo também prevê que a determinação poderá partir de autoridade judicial. Contra isso se pondera que as restrições de direito não comportam

---

<sup>98</sup> DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; e DAL POZZO, Augusto Neves: “Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 65-85, 2001.

interpretações ampliativas, e o dispositivo menciona apenas a possibilidade do afastamento do exercício de cargo, emprego ou função, tendo deliberadamente omitido o exercício de mandato. O sentido da exclusão, assevera-se, é que o tempo indevidamente subtraído ao exercício de cargo, emprego ou função sempre pode, em princípio, ser reparado, bastando que o período de afastamento seja computado como tempo de exercício, enquanto o tempo indevidamente subtraído ao exercício de um mandato político é absolutamente irreparável.<sup>99</sup>

Esse raciocínio, conquanto razoável, afigura-se equivocado e não merece melhor sorte que o primeiro, pois a norma permite o afastamento do agente público do cargo que ocupa e o exercício do mandato dá-se sempre com a ocupação de um cargo. Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente<sup>100</sup>, ou seja, nada mais é que um feixe de competências. O agente passa a ocupar o cargo com a posse, e passa a exercê-lo quando desempenha suas atribuições. Aliás, o artigo 15 da Lei 8.112/90 estatui de forma expressa o conceito de exercício como “efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função pública.”

Ademais, carece de sentido a distinção entre cargo político e cargo público. Parafraseando Marcelo Figueiredo, não se trata de uma questão de distinção e sim uma relação de conteúdo e continente: todo cargo político é público. Destarte, ao autorizar o afastamento do agente do cargo, a Lei estatui inegavelmente que a medida cabe contra todos os agentes que ocupam cargo público, inclusive os que ocupam cargos públicos eletivos. Embora grave, a medida não é incompatível com o ordenamento jurídico, cumprindo-se aplicá-la com parcimônia e sensatez.

Melhor razão apresenta George Sarmiento<sup>101</sup>, ao ponderar que o ocupante de cargo eletivo não se equipara a funcionário público para efeito de afastamento cautelar, uma vez que o voto secreto, livre e soberano é a base da democracia brasileira e a alternância do poder político impõe limitação dos mandatos a períodos estabelecidos, mas que ainda assim seu afastamento é juridicamente possível. Ressaltando, embora, que a adoção de medidas tais

---

<sup>99</sup> DALLARI, Adilson Abreu: “Limitações à atuação do Ministério Público”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 19-43, 2001.

<sup>100</sup> MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 360.

<sup>101</sup> SARMENTO, George: *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 172.

contra ocupantes de cargo eletivo causa insegurança jurídica, potencializando os efeitos da detração desses agentes como arma política de seus adversários e que denúncias infundadas, quando acompanhadas da suspensão do mandato eletivo, resultariam indefectivamente na queda de popularidade, em crise de governabilidade e desestruturação administrativa ainda quando houvesse a reintegração ao cargo e absolvição do réu. Conclui que o afastamento terá sempre caráter excepcional e seu julgamento deve dar-se em regime de urgência, o que não importa excluir de forma absoluta sua possibilidade.

Impende gizar, por fim, que a jurisprudência tem aceitado com tranqüilidade a possibilidade de afastamento cautela de ocupantes de cargos eletivos, embora com rigor, como se extrai dos acórdãos seguintes:

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. ADMISSÃO EM RARA EXCEPCIONALIDADE. PREFEITO. DENÚNCIA. IMPROBIDADE. AFASTAMENTO DO CARGO. PROVIDÊNCIA QUE SE IMPÕE EM BENEFÍCIO DO ERÁRIO E DA MORALIDADE PÚBLICA. - **Constituindo os fatos irrogados ao Prefeito, crime em tese, e havendo possibilidade de, no exercício do cargo, manipular documentos, pressionar testemunhas, dificultando a apuração dos fatos, e mais, com vistas a repetição da conduta reprovável, impõe-se decretar o afastamento temporário do Prefeito até o término da instrução criminal e julgamento do mérito, motivadamente** (art. 2º, II, de Decreto-lei 201/67). “Fumus boni iuris” indemonstrado. - Agravo conhecido e desprovido. (AGRMC 1411/PA, DJ 19.10.1998, p. 373, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – STJ) (Grifo nosso).

MEDIDA CAUTELAR. AFASTAMENTO DE AUTORIDADE DE CARGO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ATOS QUE EMBARACEM A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 20, DA LEI 8429/92. CAUTELAR CONCEDIDA. LIMINAR MANTIDA. 1. **Não existindo prova incontroversa de que a autoridade situada no pólo passivo da ação de improbidade administrativa esteja praticando atos que embarquem a instrução processual, não há que se falar em seu afastamento do cargo, em pleno exercício do seu mandato.** 2. “In casu” o Ministério Público Federal ao opinar, apoiou-se, unicamente, em declarações a ele próprio prestadas sem obediência ao devido processo legal, não existindo, portanto, real demonstração de que o Prefeito esteja dificultando a instrução criminal. 3. Medida cautela que se julga procedente, mantendo-se a liminar concedida. (MC 3181/GO, DJ 12.3.2001, p. 95, rel. Min. José Delgado – STJ) (Grifo nosso).

### 3.4 As sanções cominadas pela Lei de Improbidade

A liberdade é essencial à condição humana. Diferentemente de outros animais, cuja atividade é uma determinação total e absoluta, porque vinculada a uma ordem natural, o ser humano não possui as informações biológicas necessárias sobre o porvir e precisa optar. Assim, enquanto aos animais é dado o seu agir, o homem propõe o seu agir. Ser livre é muito

menos a possibilidade de se fazer o que se quiser e muito mais não se saber o que fazer e estar-se obrigado a decidir para viver: o homem está condenado a fazer escolhas.<sup>102</sup> Daí por que se dizer que as normas jurídicas são por definição violáveis: a eventual descoincidência entre a norma e a conduta por ela prescrita não é apenas uma possibilidade, mas verdadeiro pressuposto de sua existência, vez que seria inútil uma regra para impor ou proibir comportamentos absolutamente vinculados por sua própria natureza.

No pensamento formalista do positivismo jurídico, as normas jurídicas diferenciam-se das demais normas de conduta social exatamente pelo fato de que são obrigatórias, consistindo essa obrigatoriedade na possibilidade da aplicação de sanções, ou mesmo da coerção física irresistível; as normas jurídicas caracterizam-se por possuírem eficácia reforçada, uma efetivação expressa através da força. Diferentemente, argumenta-se que a sanção não é elemento essencial da norma porque há normas que se limitam a declarar direitos, tais como as normas que estatuem direitos fundamentais, *e. g.* a norma do art. 5º da Constituição da República, segundo a qual todos são iguais perante a lei. Sejam todas as normas sancionadas, ou o sejam apenas em sua maioria, acolhendo-se ou não a concepção do Direito como um sistema de normas coercitivas, caracterizado pela possibilidade, em última *ratio*, de utilizar a força, inegável que a efetividade do ordenamento jurídico não dispensa a previsão de sanções como instrumento de coerção.

A prática de atos de improbidade administrativa desafia a um tempo sanções de natureza diversa, importando a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, sem prejuízo da ação penal cabível. Significa dizer que pela prática de um ato, apenas, o agente poderá suportar cumulativamente graves sanções nos âmbitos político-constitucional, administrativo, civil e penal.

Do que se viu, a indisponibilidade dos bens tem natureza cautela, com o objetivo de resguardar a efetividade de eventual decisão condenatória, vinculando-se ao ressarcimento ao erário. Este, de seu lado, visa a proteger o patrimônio público, partindo dos princípios da proibição do enriquecimento sem causa e de que deve reparar o dano, seja ele material ou não, quem a ele deu causa. Sua natureza é essencialmente indenizatória. A reparação é sempre pecuniária e alcança o patrimônio pessoal do agente.

---

<sup>102</sup> CORDEIRO, Paulo Machado: “Apreciação algo filosófica sobre a necessidade de uma teoria geral na atividade dos operadores jurídicos”. *Direitos e Deveres*. Maceió: Imprensa Universitária – UFAL, ano 2, n. 4: p. 75-99, jan./jun. 1999.

Na hipótese de enriquecimento ilícito, não se trata, propriamente, de uma sanção, pois o autor da improbidade nada perde, apenas devolve o que adquiriu ilegalmente.<sup>103</sup> A reparação indenizatória abrange não só a reparação dos danos materiais ao erário público como também os danos de conteúdo moral, esta com natureza punitiva. Para tanto, aplica-se multa civil, cujo valor é fixado na sentença condenatória nos limites do art. 12 da Lei de Improbidade, isto é, de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial.

A perda do cargo ou função pública volta-se aos princípios da moralidade e eficiência administrativa, valendo ressaltar que a imposição dessa sanção comporta exceções. Não poderá sofrer a sanção da perda do cargo o Presidente da República, vez que as hipóteses de *impeachment* do texto constitucional não decorrem de ação civil mas apenas de ação penal, no caso de crime comum ou de responsabilidade. Em regra não se aplicaria aos senadores e deputados, pois a perda do mandato só pode decorrer das hipóteses previstas no art. 55 da Constituição. Todavia, a suspensão dos direitos políticos, prevista pelo art. 15 também da Lei Maior para os casos de improbidade, implica a perda do mandato, nos termos do art. 55, inciso IV, logo, indiretamente pode resultar a ação de responsabilização por ato de improbidade na perda da função pública também para os deputados e senadores.

Ainda em relação à perda do cargo ou função, tem-se como certo que sua finalidade é de proteger o interesse da coletividade, evitando que o agente ímprobo possa voltar a causar prejuízos ao erário ou a moralidade da Administração Pública. Em razão disso, George Sarmento assevera que a punição deve alcançar toda e qualquer função pública exercida pelo réu. Assim, ainda que o cargo ou função pública seja distinto daquele que o agente ocupava no momento da prática do ato de improbidade, a condenação posterior o fará perdê-lo, e se o agente acumular mais de uma função, perderá ambas. É dizer que a sanção equivale ao banimento do réu de qualquer atividade pública: “Na prática, a autoridade fica proscrita das atividades públicas.”<sup>104</sup> A mesma idéia tem sido defendida no Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região pelo Desembargador Federal Francisco de Queiroz Cavalcanti, mas a tendência da Col. Corte Regional é de rejeitá-la, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Apelação Penal 122/PE<sup>105</sup>, onde o Pleno do Tribunal, por maioria, decidiu não haver perda do cargo, em face da investidura do réu em outro mandato.

---

<sup>103</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Fernando; e FAZZIO JUNIOR, Waldo: *Improbidade Administrativa, aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 128.

<sup>104</sup> SARMENTO, George: *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 200.

<sup>105</sup> Trata-se, no caso, de crime de responsabilidade, mas a discussão pode ser aplicada na ação por improbidade.

É que, como anteriormente mencionado, a jurisprudência pátria vem se posicionando no sentido de amenizar as graves conseqüências que acarreta a aplicação da Lei de Improbidade, notadamente com o reconhecimento, em favor do réu, de garantias típicas do Direito Penal. Dessa forma, a sanção da perda do cargo ou função pública, ao invés de ser considerada um instrumento de proteção do interesse e do patrimônio público, é tida como uma forma de reprimir o agente ímprobo e, por isso mesmo, cominada proporcionalmente à ilicitude praticada, sem ultrapassar, em hipótese alguma, os estreitos limites do caso concreto.

Há, aí, duas situações que demandam alguma reflexão.

A primeira delas diz respeito à interpretação dada ao texto legal. Tem-se que a Lei de Improbidade é um instrumento teleologicamente voltado para a repressão da desonestidade do administrador, diploma que assume ares sancionatórios e, por isso mesmo, aproxima-se bastante do aspecto repressivo da legislação penal. Tal justifica a interpretação restritiva e limitadora que vem sendo empregada pelos Tribunais quando de sua aplicação, designadamente na visão garantista do Direito que privilegia o viés liberal e individualista do sistema constitucional.

De outra mão, há as preocupações relativas à eficiência do diploma legal. Questiona-se a utilidade social da ação por improbidade, em especial da medida repressora em comento (perda do cargo ou da função pública) diante das teses que rejeitam condicionam o afastamento do agente a uma decisão condenatória transitada em julgado e, ao mesmo tempo, limitam o âmbito de eficácia da condenação à relação jurídica original que, na quase totalidade das vezes, ao menos em se tratando de cargos eletivos, ao final do processo já estará extinta.

Parece mais adequada uma solução intermediária, que admite a providência cautelar de afastamento dos ocupantes de cargos eletivos, mas, em contrapartida, limita a eficácia da sentença condenatória ao cargo ou função pública que deu ensejo à prática do ato de improbidade, mesmo porque a Lei de Improbidade realmente tem por finalidade essencial a de punir o agente público, ainda que, indiretamente, contribua para a proteção dos interesses da coletividade. Realmente, se a intenção do legislador (ou a mensagem da lei) fosse a de banir o réu do serviço público, tal deveria constar expressamente de seu texto, não se admitindo a previsão abstrada e limitada da perda do cargo ou função pública. Nem poderia ser diferente, pois senão estar-se-ia admitindo em tese a possibilidade de imputação de sanção

– ou pena – de caráter perpétuo, algo proibido pela Constituição da República, já que a própria Lei de Improbidade não estabelece limites, nem muito menos critérios, para fixar o período de duração desse afastamento do réu das atividades públicas o que, evidentemente, não poderia ficar ao talante ou arbítrio do julgador.

Prevê a Lei de Improbidade a interdição temporária de direitos, com a proibição de o condenado, por ato de improbidade, contratar com qualquer órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, em nível federal, estadual ou municipal, além da proibição de receber benefícios, incentivos fiscais ou tributários de natureza federal, estadual ou municipal. A sanção aplica-se a todas as modalidades de improbidade administrativa a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo, o juiz, fixá-la em dez, cinco ou três anos, respectivamente, em caso de enriquecimento ilícito, prejuízos ao erário e violação aos princípios da Administração Pública.

A suspensão dos direitos políticos é uma projeção do princípio democrático, pelo qual quem exerce uma função política deve resguardar o interesse da coletividade e não o seu próprio. Cresce em importância, assim, a ação de improbidade como instrumento de controle da Administração Pública e, notadamente, de legitimação do poder. Esse caráter político constitui, por assim dizer, a alma da ação contra a improbidade. A par de ser um instrumento técnico para proteção do patrimônio, ela se destina precipuamente ao controle da atividade política, notadamente com a imposição da pena de suspensão dos direitos políticos.

Igualmente, os atos de improbidade administrativa podem caracterizar ilícito penalmente reprovável. São exemplos de atos de improbidade que importam ilícitos penais o peculato, a concussão, a corrupção passiva, o abandono de função, a usurpação de função pública, a corrupção ativa, além dos crimes da Lei 8.666/93 e Decreto 291/67, que tipifica os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais. Da condenação penal transitada em julgado decorre a suspensão dos direitos políticos, o que se dá ainda quando está em curso o período de suspensão condicional da pena, dependendo, em se tratando de deputado ou senador, de deliberação da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal sobre o afastamento do parlamentar.

## CAPÍTULO IV

---

### **O JULGAMENTO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DOS CAPÍTULOS DA SENTENÇA E QUESTÕES RELEVANTES ENFRENTADAS PELA JURISPRUDÊNCIA NO JULGAMENTO DAS AÇÕES POR IMPROBIDADE**

SUMÁRIO: 4.1 A sentença na ação civil pública por improbidade administrativa. 4.2 Proporcionalidade na imposição das sanções cominadas pela Lei de Improbidade. 4.3 Independência das instâncias penal e administrativa. 4.4 A questão do foro privilegiado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

#### **4.1 A sentença na ação civil pública por improbidade administrativa**

O exame da efetividade na fiscalização e repressão da corrupção na Administração Pública inclina-se, por fim, sobre a atividade jurisdicional, já que é a jurisprudência que determina, em grande parte, a repercussão social das leis, ao estabelecer, em decisões revestidas de autoridade legal insuperável, a solução e as consequências jurídicas das demandas que lhe são submetidas. Pesquisar a efetividade<sup>106</sup> do controle jurídico da improbidade administrativa importa analisar a persecução judicial da improbidade e a conclusão desse processo com a decisão final do Poder Judiciário.

A sentença prolatada na ação de responsabilização por ato de improbidade pode apreciar, fundamentalmente, três pretensões deduzidas em juízo: a pretensão à declaração de ocorrência de improbidade administrativa na prática de determinado ato, a pretensão à desconstituição deste ato e a pretensão à imposição das sanções legais aos agentes que o praticaram, as quais, como já examinado, importam a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, a perda da função pública, e a suspensão dos direitos políticos, sem prejuízo da ação penal cabível. O julgamento de cada uma dessas pretensões perfaz-se num único ato complexo, mas que reúne diversas decisões distintas entre si, denominadas capítulos

---

<sup>106</sup> Aqui entendida como o fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de que uma conduta humana conforme a norma se verifica na ordem dos fatos, cf. KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito* [Reine Rechtslehre]. Trad. de João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

da sentença, correspondendo à fragmentação, na sentença, das decisões acerca dos pedidos deduzidos pelo demandante.<sup>107</sup>

Nos casos de improbidade administrativa, a sentença conterà sempre diversos capítulos, notadamente capítulos declaratório e constitutivo, e capítulo condenatório. A esse propósito, de examinar os capítulos da sentença prolatada na aplicação da Lei de Improbidade, traz-se um caso concreto onde o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública contra Prefeito Municipal em razão da prática de ato de improbidade administrativa consistente na aquisição de veículo por valor acima do preço praticado no mercado. O Juiz de Direito, acolhendo o pedido, proferiu sentença cujo dispositivo foi veiculado nos termos seguintes<sup>108</sup>:

Diante de tais fundamentos e das evidências trazidas aos autos pelos documentos acostados com a inicial, admitida a verdade de todos os fatos pela revelia do Réu, observada a gradação da ilicitude praticada, ainda a sua repercussão no patrimônio do Município e no prejuízo causado à comunidade; observado também, o caráter doutrinador, testemunhal e moralizador que deve ser alcançado por decisões de jaez, JULGO PROCEDENTE a ação e declaro, na forma do pedido, que o Réu praticou os atos de improbidade administrativa, definidos como tal nos arts. 9º, caput, 10º, caput e inciso V e art. 11º da Lei 8.429/92, em razão do que condeno o Sr. FULANO DE TAL<sup>109</sup> nas sanções previstas no art. 12º da referida lei: a perda do cargo público que exerce de Prefeito do Município X, com a conseqüente suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 06 (seis) anos; também, deve o Réu pagar ao Município, a título de multa civil, e considerada a sua condição de agente público, o valor correspondente a 20 (vinte) vezes a sua remuneração mensal, percebida nesta data.

Estando este Juízo de posse do veículo, em razão de medida liminar de busca e apreensão concedida nestes autos, e não tendo sido cumprida a determinação para regularização da documentação do referido bem, mantenho os efeitos daquela e determino, seja o veículo colocado em depósito na Prefeitura Municipal, onde deverá ser provida a sua manutenção. Tendo em vista a condenação do Réu na perda do cargo de Prefeito, nomeio como depositário do veículo o Sr. BELTRANO, Vice-Prefeito, que deverá ser compromissado na forma da lei e obrigado à regularização da documentação no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de responder pelo crime de desobediência, independente de outras sanções legais.

Cumprindo dever de ofício e verificando dos autos a existência de elementos que apontam para a prática, também, de ilícito penal, nos tipos previstos nos arts. 312 e 327 do Código Penal Pátrio e Decreto-Lei nº 201/67, determino sejam extraídas cópias de todas as suas peças e encaminhadas à Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado, a quem cabe, por designação legal, nestes casos, a iniciativa da ação penal.

<sup>107</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos: “Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 300-329, 2001, p. 307.

<sup>108</sup> “Sentença por improbidade administrativa: prefeito perde o cargo e os direitos políticos”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=366>>. Acesso 10 jun. 2003.

<sup>109</sup> Optou-se por omitir o nome do réu e o município em questão haja vista a irrelevância desses dados para os objetivos do estudo.

O dispositivo aqui transcrito fez constar de forma expressa o capítulo declaratório, o que se vê na declaração, na forma do pedido, de que houve a prática dos atos de improbidade administrativa, definidos como tal nos arts. 9º, caput, 10º, caput e inciso V e art. 11º da Lei 8.429/92.

Quando o pedido declaratório não é formulado expressamente aprecia-se a improbidade administrativa em caráter meramente incidental, ou *incidenter tantum*, como questão prejudicial. Nesse caso, a declaração, em regra, não forma coisa julgada material, pois os limites objetivos da coisa julgada não alcançam os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, a teor do disposto no art. 469, I do CPC. De outro modo, se o réu tiver pretensão de prevenir futuras demandas com o mesmo fundamento, ele poderá ajuizar ação declaratória incidental, com fundamento nos art. 5º e 325 do CPC, fazendo com que a certificação da ocorrência da improbidade seja apreciada *principaliter*, na condição de causa prejudicial, quando a declaração passará a produzir plenamente a eficácia da coisa julgada.

Ainda que não seja formulado pedido declaratório quando houver pedido constitutivo, a exemplo da anulação do ato (pedido constitutivo negativo, ou desconstitutivo), haverá, necessariamente, a declaração *principaliter* de que o ato é ímprobo. Isso porque o capítulo constitutivo da sentença desdobra-se em dois momentos sucessivos: o primeiro deles reconhece e certifica o direito do autor à modificação, constituição ou extinção de uma relação jurídica, e o segundo opera efetivamente tais transformações, *e. g.*, decretando a nulidade do ato administrativo que implicou a prática de improbidade administrativa.<sup>110</sup> Forma, portanto, coisa julgada material tanto quanto à declaração quanto ao que se refere às conseqüências (modificação, constituição ou extinção) produzidas na relação jurídica objeto da demanda.

No caso examinado, constata-se que o dispositivo da sentença traz, ainda, capítulo condenatório. Os efeitos condenatórios da sentença na ação de improbidade são, em grande medida, a principal finalidade da demanda, porque ela visa fundamentalmente à tutela probidade da Administração Pública através da repressão da desonestidade. A importância da

---

<sup>110</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos: “Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 300-329, 2001, p. 308.

condenação, portanto, decorre de seu caráter eminentemente sancionatório: a ação tem por finalidade responsabilizar o agente, impondo-lhe as conseqüências jurídicas pela prática do ilícito.

Veja-se que o MM. Juiz de Direito, ao impor ao réu a perda do cargo público, com a conseqüente suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 06 (seis) anos, e o pagamento ao Município, a título de multa civil, e considerada a sua condição de agente público, do valor correspondente a 20 (vinte) vezes a sua remuneração mensal, o fez fixando expressamente os efeitos condenatórios da sentença. Isso se deve ao fato de que tais efeitos não são decorrência automática do reconhecimento de que do ato resultou a prática de improbidade administrativa. Não. Trata-se de pedido autônomo e que, por isso mesmo, deve ser apreciado *principaliter*, ou seja, como objeto principal da demanda.

Como último capítulo no dispositivo da sentença analisada, consta a determinação de medidas acessórias à solução da lide, a saber, a nomeação de depositário do veículo e a extração de cópias das peças processuais com seu encaminhamento à Procuradoria Geral de Justiça para as medidas cabíveis, pertinentes à iniciativa da ação penal. As medidas relativas à restituição do bem apreendido ao erário têm caráter nitidamente administrativo e não guardam maior interesse para este estudo, merecendo realce a comunicação feita ao Ministério Público com vistas à responsabilização penal.

Sabe-se que é dever de todo agente público informar à autoridade competente a ocorrência de fato ilícito de que teve ciência em razão de suas atribuições, o mesmo valendo para o magistrado nas demandas em que verificar fatos dessa natureza no decurso do processo judicial.

A sentença que julga procedente ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa pode, em diversas hipóteses, caracterizar a prática de ilícitos penais, como é o caso do peculato, da concussão, da corrupção passiva, do abandono de função, da usurpação de função pública, da corrupção ativa, além dos crimes da Lei 8.666/93 e Decreto 291/67, que tipifica os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais. Logo, é de se esperar que a sentença condenatória nas ações por improbidade resulte, naturalmente, na propositura da ação penal correspondente.

Pergunta-se, contudo, como agir nas causas em que o próprio Ministério Público figura como autor da demanda. Seria necessário, ainda assim, proceder-se à extração de documentos e remessa ao *Parquet* para fins de responsabilização penal do agente?

Em princípio, e desde que o magistrado identifique a ocorrência de quaisquer delitos, impõe-se formalizar comunicação à autoridade competente, informando-a acerca dos fatos apurados, mesmo porque a responsabilização civil e administrativa não elide a responsabilização penal; pelo contrário, a caracterização da improbidade pode acabar apontando indícios da prática de crime. Por outro lado, a circunstância de que o *Parquet* propôs a ação civil pública correspondente, embora não impeça a tomada dessa medida salutar, justifica a inércia do magistrado. Ora, se o Ministério Público tem inequívoca ciência dos fatos supostamente delituosos, nada justifica exigir-se do magistrado que gize ou ressalte de qualquer maneira essa circunstância, pois a inércia da jurisdição não permite ao juízo atuar provocando o ajuizamento de ações penais.

#### **4.2 Proporcionalidade na imposição das sanções cominadas pela Lei de Improbidade**

Ainda em respeito à sentença prolatada na ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, tem-se questionado acerca da necessidade de individualização da pena, a exemplo do que sucede no Direito Penal. De forma geral, a doutrina tem sustentado a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções da Lei de Improbidade, com fundamento do seu art. 12, parágrafo único, segundo o qual, na fixação das penas, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Alega-se que em algumas situações menos graves não se justificaria a cumulação de todas as sanções cabíveis, pena de equiparar o agente ao sujeito que praticou condutas mais sérias.

Significa dizer que o réu eventualmente condenado em sede de ação de improbidade tem o direito a um edito condenatório que identifique o porquê da imposição de determinadas sanções em lugar de outras, ou em conjunto com outras, bem como os motivos que legitimam a imposição de sanções em patamares superiores ao mínimo cominado na legislação, adotando para tanto critérios objetivos, a exemplo do que ocorre na sentença condenatória de natureza criminal.

Argumenta-se, também, que as sanções poderiam, e deveriam, ser aplicadas isoladamente quando dessa forma atenderem à sua finalidade, *e g.*, impondo-se apenas a reversão dos bens e multa civil, além do mais as condenações deveriam ser proporcionais, adequadas e razoáveis.<sup>111</sup>

O princípio constitucional da proporcionalidade, como doutrina Paulo Bonavides<sup>112</sup>, permite controlar a validade de atos jurídicos, submetendo-os a um juízo de proporção entre os meios empregados e a finalidade a que eles se destinam; exige-se que esses meios sejam adequados, necessários e proporcionais à realização do objetivo procurado.

Historicamente, o princípio da proporcionalidade surge como técnica para controlar e limitar o poder de polícia da Administração Pública. É em sentido análogo a este que se pretende utilizar o princípio da proporcionalidade para viabilizar a contenção da atividade jurisdicional na imposição de sanções por ato de improbidade, proibindo-lhe o excesso. Inicialmente voltada para o Poder Executivo, a proporcionalidade desenvolveu-se e afirma-se, hoje, como norma vinculante para todos os Poderes Públicos, inclusive, e especialmente no que importa a este estudo, ao Poder Judiciário.<sup>113</sup>

Sua introdução no sistema jurídico pátrio deveu-se notadamente ao intercâmbio entre os constitucionalistas brasileiros e os constitucionalistas da Alemanha, onde a proporcionalidade consagrou-se como princípio destinado à fiscalização da constitucionalidade das leis, com o fim precípua de reduzir o livre espaço de conformação do legislador, reduzindo o subjetivismo e a discricionariedade no desdobramento do conteúdo das normas constitucionais. A transposição do princípio da proporcionalidade para o Brasil tem repercutido significativamente na doutrina administrativista, de onde, aliás, advêm suas raízes, já que a construção teórica da proporcionalidade remonta originalmente à doutrina administrativista alemã.

Fábio Medina Osório dedica capítulo de sua obra especialmente ao estudo do princípio da proporcionalidade na imposição das sanções da Lei de Improbidade.<sup>114</sup> Afirma

---

<sup>111</sup> FIGUEIREDO, Marcelo: *Probidade Administrativa, comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 177.

<sup>112</sup> BONAVIDES, Paulo: *Curso de Direito Constitucional*: 7. ed. rev. at. amp., cap.12 “O princípio constitucional da proporcionalidade e a constituição de 1988”, São Paulo: Malheiros, p. 356-397, 1997.

<sup>113</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio: *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145 e ss.

<sup>114</sup> OSÓRIO, Fábio Medina: *Improbidade Administrativa, observações sobre a Lei. 8.429/92*. cap. 10 “Do princípio da proporcionalidade e a imposição das sanções”. Porto Alegre: Síntese, p. 181-193, 1997.

que podem ocorrer situações em que o fato que importe a prática de improbidade administrativa não tenha intensa repercussão social, como na hipótese em que a lesão ao erário é mínima ou até inexistente, ou a ilegalidade ou imoralidade não traduzem ofensa séria aos valores sociais tutelados pela ordem jurídica. Em situações que tais, seria possível reduzir as sanções a depender do caso concreto e das circunstâncias reconhecidas pelo julgador, especialmente onde houver erro do agente ou falta da consciência da ilicitude da conduta. Ainda segundo o autor, o momento ideal para a eventual restrição do objeto da demanda, com a exclusão de determinadas sanções, é a sentença, onde o magistrado deve efetuar o controle incidental da constitucionalidade da Lei de Improbidade para justificar a redução da condenação ou, excepcionalmente, até mesmo rejeitar a cominação de determinadas sanções, como a suspensão dos direitos políticos do agente.

Dessa forma, e adotando-se o postulado da proporcionalidade, a aplicação das sanções cominadas pela Lei de Improbidade estaria a exigir a fundamentação clara e individualizada das razões que justificaram a imposição de determinada sanção e sua graduação, notadamente no que concerne à adequação da medida – significando sua aptidão para realizar a finalidade almejada, à sua necessidade – considerando que não existe outra medida menos restritiva que sirva ao mesmo propósito, e sua proporcionalidade em sentido estrito – verificando-se a ponderação entre bens jurídicos em conflito.

Consiste o princípio da proporcionalidade num instrumento de limitação do subjetivismo do juiz na aplicação das sanções, o que se afigura ainda mais relevante quando se sabe que a Lei prevê diversas e sérias conseqüências jurídicas para o mesmo fato, sem estipular de forma clara e objetiva os critérios pertinentes e relevantes na mensuração da gravidade dessas conseqüências. As razões que informam sua utilização são bastante consistentes e coerentes, tanto assim que de uma forma geral vêm sendo acolhidas pelos Tribunais no julgamento das ações por improbidade; há, nesse sentido, expressivos precedentes de jurisprudência mencionados por Paulo Henrique dos Santos Lucon.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos: “Liticonsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 300-329, 2001, p. 311. Os julgados são, respectivamente, do TJPR, 5ª C., acórdão 2.777, rel. Des. Fleury Fernandes, v. u., DJE 21.9.1998; do TJSP, 2ª C., Ap. 39.205-5/4, rel. Des. Corrêa Viana, v. u.; e do TJSP, 4ª C., Ap. 22.390-5, rel. Des. Clímaco de Godoy, j.. 20.8.1992, v. u., JTJ 121/148.

No primeiro dos casos mencionados pelo autor, decidiu-se que, na ação de reparação de dano por improbidade administrativa, o juiz não é obrigado a impor, em conjunto, as sanções previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, podendo determinar apenas a reparação do dano com seus acréscimos legais, em casos menos graves. No segundo, julgou-se que as penalidades cominadas na Lei de Improbidade não são cumulativas, devendo ser aplicadas conforme a gravidade do ilícito cometido, pena de mostrarem-se exageradas. O terceiro e último informa que se deve observar na aplicação da pena gradação compatível com a gravidade do ilícito, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região acolheu parcialmente apelação interposta contra sentença condenatória, adotando de forma expressa o entendimento de que, na sentença prolatada em ação por ato de improbidade, a imposição das penalidades cabíveis deve atentar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>116</sup>

Com efeito, carece de sentido aplicar as sanções cominadas pela Lei de Improbidade de maneira automática, sem examinar as circunstâncias que envolvem o caso concreto. O princípio da individualização da pena não constitui mera faculdade atribuída ao magistrado, mas sim verdadeira garantia fundamental do réu, desdobrando-se diretamente dos princípios constitucionais da isonomia e do devido processo legal em sentido material.

Aliás, calha pôr em relevo as considerações de Germana Moraes<sup>117</sup>, que, pesquisando o princípio da proporcionalidade, observa que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de inferir da Constituição da República as noções de proporcionalidade e de razoabilidade dos princípios constitucionais implícitos, ou explícitos, havendo vários julgados onde se reconhece a razoabilidade como ínsita ao conteúdo do princípio da igualdade e, mais recentemente, extraídos do devido processo legal, tal como nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 966-4 e n. 958-3.

Do que se vem de ver, na condenação por ato de improbidade é necessário observar as exigências da individualização da pena e da proporcionalidade das sanções. No caso em comento, porém, a sentença que condenou o réu à perda do cargo público, à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de seis anos e, cumulativamente, a pagar ao Município, a título de

---

<sup>116</sup> AC 241785/RN, Quarta Turma, DOU 17/01/2002, p. 1862, rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria.

<sup>117</sup> MORAES, Germana de Oliveira: *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. p. 19/21, São Paulo: Dialética, 1999, p. 133 e ss.

multa civil, valor correspondente a vinte vezes a remuneração mensal do cargo público, deixou de fazê-lo.

Não ficou claro se o agente praticara anteriormente outros fatos da mesma natureza, não foram elencadas quaisquer outras circunstâncias que justificassem a aplicação de sanções em patamar superior ao mínimo, deixou-se também de avaliar objetivamente a gravidade da lesão causada ao erário, ou mesmo se houve ulterior reparação, sequer enfrentando-se a questão pertinente à culpabilidade do agente. Na realidade, o dispositivo da ação de improbidade demanda capítulos semelhantes aos da sentença penal condenatória, onde se utiliza o sistema trifásico de fixação da pena a fim de garantir uma prestação jurisdicional efetiva e adequada, e ao mesmo tempo respeitar as garantias individuais do réu.

#### **4.3 A questão da independência das instâncias penal e administrativa**

Impende gizar que, embora a improbidade administrativa possa repercutir ao mesmo tempo em várias instâncias, justificando muita vez a imposição de sanções com natureza jurídica diversa, sua caracterização não está de forma alguma vinculada a decisões nessas esferas. A assertiva encontra respaldo no Direito Positivo. Lê-se do art. 1.525 do Código Civil de 1916 (art. 935 do Código Civil de 2002) que a responsabilidade civil é independente da criminal, mas que não se poderá questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime. Já o art. 126 da Lei 8.112/90 estatui que a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Conquanto se admita um conceito amplo e invariável de fato jurídico ilícito, tendo como elemento cerne a contrariedade a direito imputável, a ilicitude agrega elementos diversos em cada instância em que é cogitado, de forma que o mesmo fato pode, há um tempo, ser considerado lícito no âmbito penal e ilícito no âmbito civil ou administrativo, o que se convencionou denominar independência das instâncias. Não se há de confundir, portanto, as várias incidências de diferentes normas jurídicas sobre suportes fáticos distintos, originando ilícitos autônomos e independentes, apenas pela circunstância de que sua concretização teve por suporte material o mesmo fato ou o mesmo conjunto de fatos.

É por essas razões que a doutrina administrativista é unânime em apontar que não cabe à Administração aguardar a decisão da instância penal para punir o funcionário, isso porque a sentença penal só é vinculativa nas hipóteses em que afirmar a inexistência do fato ou da autoria. Nesse sentido, o mestre Hely Lopes Meirelles acentua que a absolvição no crime nem sempre isenta o servidor da responsabilidade civil e da responsabilidade administrativa, porque pode não haver ilícito penal e existirem ilícitos administrativo e civil, de forma que a absolvição por falta de provas ou ausência de dolo não vincula a Administração, mas apenas aquela fundada na inexistência do fato ou negativa da autoria imputada ao servidor.<sup>118</sup>

O Direito surge, em um primeiro momento, do fato social. Todavia, o fato social em si mesmo considerado é irrelevante para o jurídico, pois representa tão-somente de acontecimento situado em termos de realidade fáctica. O objeto das preocupações do operador do Direito é o fato social qualificado pela incidência de uma norma jurídica, daí afirmar-se que o fato social torna-se jurídico – ou juridiciza-se – quando traduzido em linguagem normativa, e isso exatamente porque a norma busca qualificar determinados fatos ou conjunto de fatos como jurídicos, os quais descreve abstratamente como pressupostos para sua incidência, com o intuito de atribuir-lhes conseqüências juridicamente relevantes. O equívoco em pretender-se vincular as instâncias consiste em conceber-se o Direito numa perspectiva meramente fáctica, ignorando-se sua interpretação jurídica: a incidência da norma jurídica que sanciona a improbidade administrativa é autônoma à incidência da norma jurídica penal, inexistindo relação de prejudicialidade entre ambas.

A jurisprudência é mansa e pacífica nesse sentido, valendo mencionar a Súmula n. 18 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é admissível a punição administrativa do servidor público pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal.

Essa orientação tem se firmado, igualmente, na responsabilização por ato de improbidade administrativa, tanto assim que a própria Corte Suprema rejeitou em mais de uma oportunidade mandados de segurança impetrados ao fundamento de que descaberia a aplicação de sanções em razão da prática de atos de improbidade antes do julgamento da causa penal, como soa dos acórdãos seguintes:

---

<sup>118</sup> MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. at., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 419.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: POLICIAL: DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO e ILÍCITO PENAL. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA: AUTONOMIA. I. - Servidor policial demitido por se valer do cargo para obter proveito pessoal: recebimento de propina. Improbidade administrativa. **O ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a Administração Pública, tendo em vista a autonomia das instâncias.** II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 21.294- DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; MS 21.293-DF, Relator Ministro Octavio Gallotti; MMSS 21.545-SP, 21.113-SP e 21.321-DF, Relator Ministro Moreira Alves; MMSS 21.294-DF e 22.477-AL, Relator Ministro Carlos Velloso. III. - Procedimento administrativo regular. Inocorrência de cerceamento de defesa. IV. - Impossibilidade de dilação probatória no mandado de segurança, que pressupõe fatos incontrovertidos, prova pré- constituída. V. - Mandado de Segurança indeferido. (MS 23401/DF, DJ 12.04.2002, p. 55, rel. Min. Carlos Velloso – STF, Tribunal Pleno) (Grifo nosso)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DEMITIDO POR ILÍCITO ADMINISTRATIVO. SIMULTANEIDADE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E PENAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. PRECEDENTES. **Esta Corte tem reconhecido a autonomia das instâncias penal e administrativa, ressaltando as hipóteses de inexistência material do fato, de negativa de sua autoria e de fundamento lançado na instância administrativa referente a crime contra a Administração Pública.** Precedentes: MS nº 21.029, CELSO DE MELLO, DJ de 23.09.94; MS nº 21.332, NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 07.05.93; e 21.294, SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 23.10.91; e MS nº 22.076, Relator para o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA. Segurança denegada. (MS 21708/DF, DJ 18.05.2001, p. 434, rel. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. Acórdão Min. Maurício Corrêa – STF, Tribunal Pleno) (Grifo nosso).

É por esses fundamentos que os Tribunais têm decidido, relativamente à improbidade administrativa, que a sentença penal é desnecessária em ordem de impor as sanções cominadas pela Lei 8.429/92. A unanimidade desse entendimento, aliás, num primeiro exame afasta até mesmo a relevância da questão suscitada, já que não há quaisquer dúvidas acerca da independência das instâncias.

Inobstante, a importância da discussão evidencia-se em razão do disposto no art. 20 da Lei de Improbidade, estatuinto expressamente que a perda da função pública só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória. É dizer que, na literalidade do citado dispositivo legal, a exclusão do serviço público em razão da prática de ato de improbidade administrativa pressupõe sentença judicial da qual não caiba mais recurso judicial, ou seja, a perda da função para qualquer agente só seria possível ao final de um processo judicial, ficando a autoridade administrativa proibida de aplicar a penalidade em comento.

Não há como ignorar o claro e inequívoco enunciado da lei: a perda da função pública só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Pergunta-se, então: uma decisão de caráter administrativo tem aptidão para decretar a perda da função pública com fundamento na Lei de Improbidade? Mais que isso, a Lei de Improbidade revogou a

competência das autoridades administrativas para aplicarem essa espécie de penalidade? É evidente que não.

A perda da função pública tem fundamento no art. 37, § 4º da Constituição da República de 1988. A rigor, o dispositivo em nada inovou o Direito anterior, vez que a legislação infraconstitucional já punia o agente administrativo com a perda do cargo ou função pública em razão de atos de improbidade.

Aliás, insista-se que a responsabilização civil e administrativa por imperícia<sup>119</sup>, que se aplica aos agentes administrativos, estava prevista no ordenamento jurídico já anteriormente à edição da Lei de Improbidade e dela independe, o mesmo valendo para a responsabilização penal. Daí por que se afirmou, inclusive, que a improbidade administrativa é categoria destinada, precipuamente, ao controle dos atos de corrupção administrativa que importem benefício patrimonial indevido aos agentes políticos. Antes mesmo da Lei de Improbidade, a responsabilização dos agentes públicos já vinha se desdobrando em sanções de natureza administrativa, civil e penal, de forma que uma das maiores contribuições da Lei de Improbidade Administrativa é, exatamente, a de permitir a imposição de sanções de natureza político-constitucional a agentes públicos detentores de mandatos eletivos, implementando a promessa constitucional dos art. 15, V e 37, § 4º.

Há que se distinguir entre a perda do cargo público que decorre de ação processual de responsabilização por ato de improbidade e a perda do cargo público que decorre de procedimento administrativo e culmina com a aplicação da penalidade de demissão. O procedimento administrativo disciplinar é autônomo, segue procedimento próprio e tem amparo constitucional no que concerne à possibilidade de demissão do servidor público. Realmente, o art. 41, § 1º, II, da Constituição da República prevê que o servidor público poderá perder o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa, e se o texto constitucional autoriza a Administração Pública a decretar a perda do cargo para o servidor público ao final de procedimento administrativo disciplinar, nada justifica condicioná-lo à prévia sentença judicial transitada em julgado, em restrição inadmissível da eficácia de norma hierarquicamente superior. Pelo contrário, a harmonização dos diplomas legais impõe uma interpretação sistemática, afastando a aplicação do art. 20 da Lei de Improbidade do âmbito do processo administrativo disciplinar.

Em julgado bastante significativo, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça denegou mandado de segurança<sup>120</sup> impetrado por policial rodoviário federal que houvera sido demitido antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, considerando que a situação enquadra-se na jurisprudência relativa à independência das instâncias penal e administrativa. No voto condutor, o MM. Relator considerou que a prática da improbidade havia sido demonstrada, incidindo, na hipótese, a norma do art. 132, IV, da Lei 8.112/90, que comina a penalidade de demissão nos casos de improbidade administrativa.

Segundo esse entendimento, a Lei de Improbidade não afastou o regime jurídico dos servidores públicos civis, valendo para eles a norma que permite a demissão em razão da prática de improbidade administrativa independente de sentença condenatória, seja ela penal ou civil, na hipótese de ação civil pública por improbidade. Aliás, oportuno mencionar que o julgado adotou, na hipótese, solução compatível com a corrente subjetivista da improbidade administrativa ao utilizar o conceito de improbidade do Prof. Ivan Barbosa Rigolin<sup>121</sup>, que, com a devida *vênia*, passa-se a reproduzir:

Improbidade administrativa quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vista à vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. **A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente.** Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto. (Grifo nosso).

Quanto ao entendimento de que o art. 20 da Lei de Improbidade não tem aplicação no processo administrativo disciplinar mas tão-somente ao processo judicial, convém mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já proferiu inúmeras decisões nesse sentido. Como o capítulo dedica-se precipuamente ao estudo da jurisprudência, quadra relacionar alguns deles a título de ilustração:

<sup>119</sup> Lei nº 8.112/90, art. 121: “O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”, e 122: “A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.”

<sup>120</sup> MS 8132/DF, DJ 17.02.2003, p. 219, rel. Min. Jorge Scartezini – STJ, Terceira Seção.

<sup>121</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa: *Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 227.

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. MINISTRO DA JUSTIÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. POSSÍVEL PERDA DO CARGO. PROCESSOS CRIMINAL E ADMINISTRATIVO INSTAURADOS. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR A DECISÃO CRIMINAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS RESPECTIVAS. **O procedimento administrativo disciplinar é autônomo, com regramento próprio e respaldo constitucional. Tendo sido observados os princípios do contraditório e ampla defesa, pode o servidor ser demitido pela Administração, por ato de improbidade administrativa apurada conforme a Lei nº 8.112/90. Inaplicabilidade, no caso, da Lei nº 8.429/92.** Independência das instâncias penal e administrativa. Precedentes. Ordem denegada. (MS 6939/DF, DJ 27.11.2000, p. 121, RSTJ 150, p. 433, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca). (Grifo nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. 1. **Caracterizado ato de improbidade administrativa, o ato ilícito praticado por servidor quando do ingresso na carreira de policial rodoviário federal, será apenado com demissão, segundo a Lei 8112/90, art. 132.** Não há desproporcionalidade na penalidade aplicada. 2. A decisão judicial somente repercute na esfera administrativa, afetando a decisão desta, quando se pronunciar pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria. 3. A lei não confere nenhum privilégio a portadores de doenças contagiosas, em relação aos processos administrativos disciplinares, podendo estes serem indiciados e, até mesmo, apenados. 4. Mandado de Segurança denegado. (MS 6789/DF, DJ 25.06.2001, p. 101, rel. Min. Edson Vidigal). (Grifo nosso).

Ressalte-se que a independência das instâncias não apenas justifica a aplicação da penalidade de demissão ao agente no final de procedimento administrativo disciplinar como também certifica a autonomia da ação civil pública de responsabilização pela prática de improbidade em relação à ação penal correspondente, caso haja. Para além disso, lembre-se, uma vez mais, a justeza do que se vem defendendo acerca da finalidade da ação de improbidade, relativamente à necessidade de harmonizar o regime jurídico instituído pela Lei de Improbidade e as regras especiais aplicáveis aos agentes políticos.

Sucedem que os agentes políticos, assim entendidos os titulares de cargos estruturais à organização política do país, não respondem tal qual os demais agentes públicos, agentes administrativos e os particulares em colaboração com o Poder Público, na esfera puramente administrativa. Como bem acentua Mônica Nicida Garcia, sua responsabilidade é político-administrativa, designadamente em razão da prática dos chamados crimes de responsabilidade, verdadeiras infrações de natureza político-administrativas que permitem a responsabilização dessa natureza para os agentes políticos.<sup>122</sup>

<sup>122</sup> GARCIA, Mônica Nicida: “Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade”. *Boletim dos Procuradores da República*: ano V, n. 56: p. 15-18, dez. 2002.

Merece razão, outrossim, a douta Procuradora Regional da República, ao advertir que essa responsabilidade político-administrativa não exclui os agentes políticos das demais esferas de responsabilidade em que todos os agentes públicos estão inseridos, cumulando-se as responsabilidades penal, civil, político-administrativa e por ato de improbidade.

Isso posto, não tem sentido interpretar a Lei de Improbidade como se fosse um diploma legal apenas voltado para a fiscalização e controle da atividade de agentes administrativos. Sua criação foi teleologicamente voltada para a implementação do controle jurisdicional da atuação dos agentes políticos, notadamente com a possibilidade de afastá-los, ao menos temporariamente, do exercício de funções públicas, mediante a suspensão de seus direitos políticos.

Muito embora o regime jurídico instituído pela Lei de Improbidade seja aplicável, da mesma forma, aos demais agentes do serviço público, forçoso concluir que sua aplicação uniforme pressupõe uma interpretação coerente com as regras especiais pertinentes aos primeiros, afastando a punição com fundamento na culpa simples. Se nas infrações político-administrativas os agentes políticos não podem ser responsabilizados a título de culpa, por que motivo o seriam em razão da prática de atos de improbidade, que têm natureza exclusivamente administrativa?

#### **4.4 A questão do foro privilegiado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal**

A questão pertinente à responsabilização dos agentes políticos suscita, ainda, outra controvérsia, relacionada à competência do juízo de primeira instância para processar e julgar a ação civil pública por ato de improbidade. O debate originou-se, fundamentalmente, em virtude do grande número de ações por ato de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público nos diversos Estados-membros da República contra prefeitos municipais, desembargadores e outros agentes políticos, tendo sido levantada a tese de que a competência para apreciar essas demandas seria respectivamente dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, numa interpretação extensiva dos art. 29, X e 105, I, “a”, da Constituição Federal.

Realmente, o controle da atuação dos prefeitos municipais, desembargadores e outros agentes políticos realizado pelo Ministério Público com fundamento da Lei de Improbidade

vinha mostrando-se extremamente efetivo. Prova disso são as célebres ações aforadas pelo Ministério Público, a exemplo de ação por ato de improbidade motivada pela rejeição legislativa de contas públicas, com fundamento na ausência de aplicação do percentual compulsório mínimo determinado pelo texto constitucional em favor do ensino fundamental<sup>123</sup>, a ação por improbidade baseada em dados da CPI do orçamento contra os integrantes da denominada “máfia do orçamento” na Câmara dos Deputados, a ação por improbidade administrativa contra o ex-presidente Fernando Affonso Collor de Mello, Paulo César Cavalcante de Farias – o PC, Cláudio Francisco Vieira e mais vinte e quatro empresas, acusadas de pagar-lhes quantias em troca de favores funcionais e, também, no caso de contratação de obras, supostamente superfaturadas, para a construção do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O interesse prático – e político – do problema justificou, até mesmo, recente alteração no art. 84 Código de Processo Penal, através da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002. A nova redação do dispositivo inclui o julgamento da ação de improbidade da Lei 8.429/92 na competência por prerrogativa de função do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. A modificação será objeto de exame mais detido no próximo capítulo, motivo pelo qual se limita, aqui, a examinar a jurisprudência mais relevante que lhe antecedeu, nomeadamente a jurisprudência do STJ e do STF.

A tese da incompetência do juízo de primeira instância foi obstinadamente trazida ao Superior Tribunal de Justiça. Inicialmente a Corte deixou de apreciá-la em sede de recurso especial ao fundamento de que a matéria teria fundo constitucional, sendo incompatível com a finalidade desse recurso, mas acabou por fazê-lo ao julgar reclamação onde se alegava ser de competência do STJ processar e julgar as ações de improbidade ajuizadas contra membros de Tribunais Regionais do Trabalho. Na oportunidade, a Corte Especial do STJ decidiu pela improcedência da tese ao argumento de que competência não se presume, rejeitando a possibilidade de estendê-la por força de compreensão ou por interpretação lógico-extensiva. É o que se vê no acórdão adiante transcrito:

---

<sup>123</sup> RE 160432/SP, DJ 06.05.1994, p. 10494, rel. Min. Celso de Mello – STF, Primeira Turma. A tese, contudo, foi rejeitada, considerando-se que a inobservância do comando constitucional não conduz, por si só, ao reconhecimento de uma situação caracterizadora de improbidade administrativa.

Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Cód. Civil, arts. 159 e 1.518, Leis nºs 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautela inominada e ação civil pública. Foro por prerrogativa de função (membro de TRT). Competência. Reclamação. 1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ. 2. **Competência não se presume (Maximiliano, Hermenêutica, 265), é indisponível e típica (Canotilho, in REsp-28.848, DJ de 02.08.93). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva.** 3. **Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa.** Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau. 4. De *lege ferenda*, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais. 5. À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação. (RCL 591/SP, DJ 15.05.2000, p. 112, JSTJ vol. 17, p. 102, rel. Min. Nilson Naves – STJ, Corte Especial).<sup>124</sup> (Grifo nosso).

A mesma orientação prevaleceu no julgamento da Reclamação 580/GO<sup>125</sup>. Alegava-se que, em vista da competência do STJ para processar e julgar as ações por crime comum ou de responsabilidade de Conselheiros de Tribunais de Contas Estaduais, não poderia o Ministério Público proceder a investigação, sindicância ou inquérito a pretexto de apurar fato tipificado como crime sob o pálio da investigações de atos de improbidade administrativa. A tese foi rejeitada ao fundamento de que o inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa não se confunde com a instância penal.

A questão foi revisitada, ainda, no julgamento da Reclamação Rcl. 780/AP<sup>126</sup>, tendo a Corte mantido o entendimento de que sua competência estatuída nos termos do art. 105, I, “a”, da Constituição da República é para a ação penal, o que não se confundiria com a ação judicial para apuração de ato de improbidade, de natureza administrativa, da mesma forma não seria do STJ a competência para decidir medida cautelar preparatória daquela ação. Essa última decisão da Corte Especial, assim como a anterior, foi obtida por maioria de votos. De fato, o próprio relator do processo, Ministro César Asfor Rocha, sustentava exatamente a tese oposta de que, na ação judicial fundada em ato de improbidade administrativa, o acionado que desfruta de foro especial por prerrogativa de função teria assegurada a garantia outorgada pela Carta Magna no art. 105, I, “a”. Afirmou, em seu voto, que fora precipitada a conclusão de que o foro especial por prerrogativa de função não tem guarida na Constituição. Partindo da premissa de que a experiência jurídica não se esgota na norma e, sem que se lhe vote desprezo

<sup>124</sup> RESP 150329/RS, DJ 05.04.1999, p. 156, rel. Min. Vicente Leal – STJ, Sexta Turma.

<sup>125</sup> RCL 580/GO, DJ 18.02.2002, p. 210, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, STJ – Corte Especial.

algum, a legitimidade de sua inteira compreensão impõe a análise dentro da amplitude, ou dos limites, do sistema de que ela seja integrante, argumentou que a Lei 8.429/92 veicula efeitos penais, de forma que a lógica do sistema imporia observar-se a garantia consistente no foro especial por prerrogativa de função, aos acionados por ela contemplados, também nas ações por improbidade.

O Ministro Vicente Leal acompanhou o relator defendendo que o STJ deveria ser competente para apreciar e julgar as ações de improbidade nas hipóteses em que fosse competente em matéria penal, porque essas ações implicam a perda de cargo e o afastamento das funções. Considerou que o sentido da norma é o de preservar a dignidade da função pública, e que essa finalidade imporia a extensão da competência por foro privilegiado às ações de improbidade, dada a gravidade das sanções que comina. Segundo seu convencimento, o mesmo espírito que inspirara o constituinte a dar um foro privilegiado, não como privilégio, mas como resguardo da liturgia do cargo, deveria inspirar a idéia de que, pela lógica do sistema, esse mesmo foro deve ser competente para julgar as ações de improbidade.

Vencido, também, o Ministro Humberto Gomes de Barros, o qual sustentou que as sanções de natureza civil têm escopo indenizatório, visando a restaurar o patrimônio lesado, ao passo que as sanções penais têm caráter retributivo, de forma que as sanções da ação de improbidade administrativa, em boa verdade, travestem-se de caráter penal. Na mesma linha de pensamento, o Ministro Francisco Peçanha Martins sustentou a justeza da interpretação extensiva. Articulou, preliminarmente, que o art. 29, X, da Constituição Federal não discrimina as espécies de ação que deveriam ser julgadas pelo Tribunal de Justiça, de maneira que não caberia ao intérprete fazê-lo. É que é exatamente contra os prefeitos que se dirigem preferentemente essas ações civis públicas, até porque é o prefeito que exercita o poder mais próximo do eleitorado, ficando, por isso mesmo, sempre na mira dos acusadores. Concluiu asseverando ser inadmissível que o mandatário político, que por receber sua legitimação do voto popular deve ser respeitado ao máximo, seja julgado no juízo de primeira instância quando a Constituição lhe defere foro privilegiado. Esse, argumento, aliás, foi determinante na formação do convencimento do Ministro José Arnaldo da Fonseca, que mudou seu voto para acompanhar o relator.

---

<sup>126</sup> RCL 780/AP, DJ 07.10.2002, p. 161, rel. Min. César Asfor Rocha, rel. Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar – STJ, Corte Especial.

O Ministro Edson Vidigal ponderou razões de política judiciária para reconhecer a competência do STJ, aduzindo que a improbidade que se pratica na Administração Pública envolve dinheiro público, não se conhecendo ato de improbidade que não configure ilícito penal, e como a investigação da improbidade administrativa na primeira instância fatalmente resulta na apuração de ilícito penal, a competência originária da improbidade administrativa possibilitaria à Corte identificar de antemão o ilícito penal para, assim, prosseguir com a ação. De outro modo, caso a ação originária de improbidade administrativa não importasse ilícito penal, poder-se-ia remeter o processo à instância de primeiro grau para apreciar as questões de competência cível. Por fim, acompanharam o relator os Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão e Fernando Gonçalves.

Nada obstante, prevaleceu a tese de que a disciplina constitucional da improbidade administrativa não lhe confere caráter publicístico. A idéia, como bem resumido no voto do Ministro Nilson Naves, é a que como o art. 37, § 4º da Carta Magna prevê a imposição de diversas sanções em razão da prática da improbidade administrativa, sem prejuízo das ações criminais denotou que o espírito do constituinte foi bifurcado em dois pensamentos: uma ação de natureza cível, sem impedir as conseqüências penais. Afora isso, o Ministro Garcia Vieira ressaltou que não se pode dar interpretação ampliativa à matéria de competência, sob pena de, por exemplo, estender-se a competência do STJ para julgar ação popular ou qualquer ação que importe perda de mandato ou perda de cargo público.

O Ministro Fontes de Alencar manifestou sua preocupação no que concerne à garantia constitucional da amplitude de defesa a todos assegurada pela Constituição, que, a seu ver, restaria prejudicada com a possibilidade de alguém ser julgado em instância única, sem previsão legal e sem autorização constitucional. Por fim, calha mencionar o argumento do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, para quem, sendo a matéria tipicamente constitucional, será enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira que não se justificaria a mudança no posicionamento inicial da Corte em prejuízo da estabilidade de seus julgados, principalmente em casos de alta significação, gerando instabilidade e insegurança jurídica. Entenderam da mesma forma os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Eliana Calmon, José Delgado, Ruy Rosado Aguiar, Barros Monteiro e Milton Luiz Pereira.

Como se pode perceber, a tese que afinal consolidou-se no STJ, pela rejeição da interpretação extensiva na fixação da competência para processar e julgar ações de improbidade, não foi completamente vitoriosa. Longe de obter o consenso dos julgadores, a

solução foi sujeita a questionamentos de variada ordem, a saber, argumentos puramente dogmáticos ou técnico-jurídicos, argumentos sociológicos, sob o pálio da política de administração judiciária, e argumentos axiológicos, no que concerne à legitimação democrática do julgamento dessas ações na primeira instância do Poder Judiciário. Decisão controvertida, que não obteve o consenso da Corte Superior, acabou superada pela inovação legislativa no sentido de confirmar a competência para julgamento das ações de responsabilização por improbidade em razão do foro por prerrogativa de função.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão foi trazida através da Reclamação Rcl. 1.110/DF, interposta pelo então Senador da República, Luiz Estevão de Oliveira Neto, com vistas a submeter à competência do Supremo Tribunal Federal inquérito civil público, instaurado para apurar indícios da ocorrência de fraude à licitação e dano ao patrimônio público, decorrentes da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo. Defendeu-se, na ocasião, que o inquérito tinha natureza criminal, atraindo a competência do STF, a teor do disposto na alínea “b”, do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal. Tal inquérito dera origem à Ação Civil Pública n. 980036590-7, em curso na 12.<sup>a</sup> Vara Federal de São Paulo, visando à reparação dos danos causados aos cofres públicos e à responsabilização dos envolvidos.

Inicialmente, concedeu-se liminar em medida cautelar para suspender os efeitos da portaria que instaurara o inquérito civil público. A decisão, de lavra do Min. Marco Aurélio, vice-presidente no exercício da presidência da Corte, fundamentou-se na natureza criminal do procedimento, “pouco importando haja sido rotulado de civil público”. Lê-se, da decisão, que o tema de fundo, o conteúdo da investigação, deve se sobrepor ao aspecto meramente formal, e que, quando o funcionário está no exercício da função, a investigação do fato criminoso cabe à mesma autoridade competente para julgar a causa.<sup>127</sup>

Todavia, em sede de agravo regimental, o relator do processo, Min. Celso de Mello, reformou a decisão que concedera a liminar, recusando plausibilidade jurídica à pretensão do reclamante.

Segundo fez constar em sua decisão, a competência originária do STF tem conteúdo essencialmente constitucional e, ante o regime de direito estrito a que está submetida, não comporta possibilidade de extensão a situações que extravasem os limites rigidamente fixados

---

<sup>127</sup> Decisão publicada no DJ n. 146, de 02/08/1999, Ata n. 103.

pelo rol do art. 102, I, da Constituição, mencionando, ainda, a orientação jurisprudencial consolidada pelo STF, no sentido de recusar a ampliação da competência por foro de prerrogativa para abarcar causas de natureza civil, tais como ações populares e ações civis públicas, não referidas no texto constitucional, ainda que promovidas contra agentes estatais a quem se outorgou, *ratione muneris*, prerrogativa de foro em sede de persecução penal, ou ajuizadas contra autoridades públicas, que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do STF. Eis a ementa da decisão:

O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas.

Precedentes.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I da Constituição da República.<sup>128</sup>

O processo foi, ao final, extinto sem exame do mérito pela superveniente perda de objeto, porquanto o inquérito civil público que dera origem à Reclamação não mais existia, convertido que fora em ação civil pública.

Há a registrar, ainda, uma causa que tem relevância ímpar, por indicar com garde verossimilhança a tendência atual do Supremo Tribunal Federal na questão da competência por foro de prerrogativa. Trata-se da Reclamação Rcl. 2.138/DF, interposta pela União Federal contra o Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, e contra o Relator da AC n. 1999.34.00.016727-9, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Sucedo que o Ministério Público Federal propôs Ação de Improbidade Administrativa contra Ronaldo Mota Sardemberg, Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE – da Presidência da República, que, à época da reclamação, ocupava o cargo de Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, acusando-o de haver solicitado e utilizado indevidamente aeronaves da FAB, para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação com as suas atividades funcionais. A ação foi julgada procedente e o réu condenado nas sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Ato contínuo, a

<sup>128</sup> Decisão publicada no DJ n. 233, de 07/12/1999, Ata n. 186.

União Federal interpôs a Reclamação, pretendendo o reconhecimento da usurpação da competência do STF para julgar Ministro de Estado por crime de responsabilidade

O relator, Min. Nelson Jobim, deferiu a liminar para suspender a sentença reclamada, sustentando a tramitação do processo. Sua decisão amparou-se em diversos fundamentos, a saber: a competência caberia ao STF, em primeiro lugar, pelo fato de que o sistema constitucional conferiu prerrogativa de foro a determinadas autoridades públicas, em razão do cargo exercido; além do mais, a ação por improbidade invadiria a competência do STF, porque o Ministro de Estado não responde por ato de improbidade com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade, em ação que somente pode ser proposta perante o STF; os agentes políticos não poderiam ser considerados agentes públicos, para fins de sujeição à Lei de Improbidade, em virtude da independência de sua atuação e da capacidade de tomar decisões que se remetem ao exercício da própria soberania do Estado, devendo, sua responsabilidade, ser apurada por meios diversos daqueles com que se averigua a responsabilidade do agente administrativo.<sup>129</sup>

A Reclamação foi submetida a julgamento no Plenário do STF, tendo sido colhidos os cinco primeiros votos – dos Ministros Nelson Jobim, Relator, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão – todos no sentido de julgá-la procedente, assentando a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ações civis públicas por ato de improbidade, em razão do foro por prerrogativa de função. Após, o Min. Celso de Mello pediu vista do processo.<sup>130</sup>

Do que se vem de ver, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior à Lei 10.628/2002, inclina-se significativamente no sentido de acatar a tese da competência por prerrogativa de função para o julgamento das causas de improbidade administrativa, não obstante sua natureza eminentemente civil. Assim, tudo indica que o STF irá ratificar a opção política do Poder Legislativo, manifestada com a alteração do art. 84 do CPP.

Todavia, o debate ainda não se encerrou. Não. Agora, impugna-se a validade dessa modificação legislativa ao fundamento de sua incompatibilidade com a Constituição Federal. É o que se examina, mais cuidadosamente, em seguida.

---

<sup>129</sup> Decisão publicada no DJ n. 179, de 17/09/2002, Ata n. 134.

<sup>130</sup> Cf. DJ n. 228, de 27/11/2002, Ata n. 36.

## CAPÍTULO V

### **FORO PRIVILEGIADO NAS AÇÕES POR IMPROBIDADE: A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 10.628/2002 NA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

*SUMÁRIO: 5.1 A tese da incompetência da primeira instância e a positivação do foro por prerrogativa para as ações por improbidade. 5.2 O debate da questão no plano dogmático (a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa e suas conseqüências). 5.3 Argumentação de fundo extrajurídico. 5.4 A alteração promovida através da Lei 106.28/2002 é compatível com a Constituição Federal? 5.5 Repercussão da mudança na competência na prática forense, perspectivas em curto, médio e longo prazo.*

#### **5.1 A tese da incompetência da primeira instância e a positivação do foro por prerrogativa para as ações por improbidade**

A Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterou o art. 84 do Código de Processo Penal para incluir o julgamento da ação de improbidade da Lei 8.429/92 na competência por prerrogativa de função do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. A modificação resulta do êxito, junto ao Poder Legislativo, da tese de que não compete à primeira instância do Poder Judiciário processar e julgar ação de improbidade administrativa contra autoridades das altas esferas governamentais, tais como o Presidente e o Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União, ou até mesmo Prefeitos Municipais e Desembargadores.

A tese referida parte, basicamente, de duas premissas. A primeira considera que os atos de improbidade administrativa praticados por essas autoridades são, necessariamente, crimes de responsabilidade, de forma que a competência para o julgamento de ação de responsabilização por ato de improbidade caberia ao mesmo juízo competente para processar e julgar tais crimes, isto é, reconhecendo o foro por prerrogativa de função. A segunda considera o princípio da hierarquia que subjaz à instituição do foro por prerrogativa de função, argumentando que, para evitar incongruências no sistema jurídico vigente, as autoridades detentoras de privilégio de foro para crimes comuns também teriam direito ao

juízo por atos de improbidade administrativa nos Tribunais de Justiça Estaduais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.<sup>131</sup>

São partidários desse pensamento juristas renomados como Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald, que defendem, em artigo conjunto<sup>132</sup>, 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 à perda da função pública. Em outras palavras, a gravidade das sanções proposta na ação por improbidade não permite considerá-la uma ação puramente civil. Não. O fato de que a Lei de Improbidade comina sanções como a suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, estaria a demonstrar o forte conteúdo penal e incontestáveis aspectos políticos da ação.

Assim, conferir competência funcional aos juízos de primeira instância nas ações de responsabilização por improbidade em que sejam réus as autoridades que desfrutam de privilégio de foro equivaleria a subverter todo o sistema nacional de repartição de competências, que segue regras de competência hierárquica. De fato, vez que a prerrogativa de foro não é assegurada em razão da suspeição do juiz de primeiro grau, mas sim em decorrência do significado da causa no quadro político institucional, não haveria sentido em instituir o foro privilegiado para a esfera penal, cujas penas raramente implicam a perda da função ou a restrição temporária de direitos, e deixar de fazê-lo para causas que podem afetar diretamente o pleno exercício das funções públicas do acusado, superando os efeitos de sentença penal condenatória.

Afora isso, muitos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, de modo que ressalta, ainda mais, a possibilidade de incongruência entre decisões na esfera criminal e na ação civil de improbidade, com sérias conseqüências para o sistema jurídico. Considera-se irrazoável permitir que, em um sistema constitucional que consagra a prerrogativa de foro, um juiz de primeira instância possa suspender os direitos ou decretar a perda do cargo a um

---

<sup>131</sup> V. LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros: “Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ”. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3633>>. Acesso em: 5 jun. 2003.

<sup>132</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e WALD, Arnaldo: “Ação por improbidade administrativa: competência”. *Revista Jurídica Consulex*. São Paulo: Consulex, ano I, n. 5, mai. 1997.

ministro de Estado, a um parlamentar, ou até mesmo ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Para evitar incoerência tal, admite-se a possibilidade de construção interpretativa em matéria de competência. Considerando que a questão suscitada evidencia uma lacuna no ordenamento jurídico, mais precisamente uma lacuna no texto constitucional, argumenta-se favoravelmente à possibilidade de extensão ou até mesmo ampliação da competência quando esta resulte implícita no próprio sistema. É dizer que a circunstância de que o texto constitucional não prevê o foro por prerrogativa para o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa decorre, em boa verdade, da falta de norma, e que sua solução está na integração desse espaço vazio.

Essa, também, a postura defendida por Sebastião Botto de Barros Tojal e por Flávio Croce Caetano<sup>133</sup>, amparados em parecer do Ministro aposentado Paulo Brossard, acostado aos autos da Reclamação Rcl. – STJ 591/98, já mencionada no capítulo anterior, e precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais se operou a integração da Constituição, mediante interpretação, para suprir lacunas em matéria de competência.

Extraí-se, daí, menção à lacuna do art. 57, § 2º da Constituição de 1891, segundo o qual cabia ao Senado julgar os membros do Supremo Tribunal Federal, e este os juízes federais inferiores, sem, no entanto, referir-se a respeito de crimes comuns. Na ocasião, decidiu-se que caberia apenas ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar uns e outros, tendo o Congresso editado a Lei 221/1894 com vistas a suprir a lacuna. Outro caso referido é o do art. 59, II da Constituição de 1891, que conferia ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos de decisões de juízos e tribunais federais, sem referir-se às decisões arbitrais. Nada obstante, Ruy Barbosa apelou para o Supremo de uma decisão arbitral, e o Tribunal conheceu e julgou o recurso.

Permite-se, aqui, breve aparte com vistas a uma reflexão sobre os fundamentos dessa argumentação. Ao ordenamento jurídico atribuem-se três características: unidade, coerência e completude, sendo que esta última consiste, exatamente, na ausência de lacunas. É dizer que um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qual

---

<sup>133</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros; e CAETANO, Flávio Croce: “Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa.”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, p. 350-363, 2001.

quer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.<sup>134</sup> Não significa dizer que o ordenamento é completo, ele não o é, porém é completável com normas extraídas do próprio sistema. Para tanto, vale-se de dois métodos: a heterointegração e a auto-integração.

A heterointegração consiste na integração operada através do recurso a ordenamentos diversos ou a fontes diversas daquela que é a dominante – a lei. Nessa última hipótese está compreendido o recurso ao costume, considerado como fonte subsidiária da lei. Trata-se do chamado *consuetudo praeter legem*. O método mais importante de heterointegração é o recurso ao poder criativo do juiz, onde se lhe atribui o poder de emitir juízos de equidade. Não é esse o caso. Pretende-se, aqui, obter solução mediante auto-integração, já que a competência por foro de prerrogativa de função nas ações por improbidade estaria implícita no próprio sistema constitucional.

A auto-integração apóia-se particularmente em dois procedimentos: a analogia e os princípios gerais do Direito. Entende-se por analogia – *analogia legis* – o procedimento pelo qual se atribui uma regra a um caso não-regulamentado semelhante: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulados. Note-se, contudo, que não basta haver uma semelhança qualquer; é preciso ascender dos dois casos qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a mesma razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências. *Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio* – onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de Direito.

O recurso aos princípios gerais do Direito – *analogia iuris* – consiste na aplicação de normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. Muitos desses princípios foram constitucionalizados, outros encontram-se positivados no corpo dos códigos, mas ao lado desses princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais. Segundo Bobbio<sup>135</sup>, a regra de integração refere-se apenas aos princípios gerais não-expressos, exatamente pelo fato de que, quando os princípios são expressos, sendo normas como as demais, não se pode falar de lacuna.

---

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto: *Teoria do ordenamento jurídico* [Teoria dell'ordinamento giuridico]. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. ed., Brasília: UNB, 1999, p. 115.

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto: *Teoria do ordenamento jurídico* [Teoria dell'ordinamento giuridico]. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. ed., Brasília: UNB, 1999, p. 160.

Do que se vem de ver, a solução pretendida resulta da aplicação da analogia em matéria de competência, reconhecendo a existência de uma regra de competência implícita no sistema constitucional.

Ao utilizar-se da analogia para suprir uma suposta lacuna no ordenamento, a Lei 10.628/2002 apenas veicula uma solução já aventada pela parte da doutrina que considera os juízos de primeiro grau incompetentes para processar e julgar ações de improbidade administrativa contra as autoridades das altas esferas governamentais. Por conseqüência, e em se tratando da confirmação de um pensamento cujos fundamentos são anteriores à própria Lei, a alteração legislativa produzida não chega a representar uma inovação no sistema jurídico. Não. Cuida-se tão-somente de explicitar, mediante ato normativo infraconstitucional, regra de competência supostamente já implícita no próprio sistema constitucional, sem nada lhe acrescentar.

## **5.2 O debate da questão no plano dogmático (a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa e suas conseqüências)**

Contrariamente à tese do foro privilegiado por prerrogativa de função, tem-se alegado que o princípio da isonomia veda tratamento desigual sem fundamento constitucional e que a natureza civil da ação de improbidade administrativa justifica seu julgamento pelos juízos de primeira instância. Essa é a opinião de Fábio Konder Comparato<sup>136</sup> que, em estudo dedicado ao exame dessa questão específica, sustenta a competência dos juízos de primeiro grau.

Discorre o autor que o sistema jurídico é organizado a partir da pauta de valores estabelecida pelos princípios constitucionais, que têm função genética, de maneira que as normas específicas do texto constitucional devem ser harmonizadas com as normas gerais – estatuídas nos princípios – que informam o sistema. Daí concluir-se que a ausência, na Constituição vigente, de proibição explícita de foro privilegiado, que constou de todas as Cartas Políticas anteriores, não autoriza a criação de prerrogativas não contempladas no próprio texto constitucional: a vedação a privilégios decorre direta e imediatamente do princípio da igualdade de todos perante a lei, insculpido no art. 5º, LIII. Ademais, sendo o foro privilegiado uma contração de *lex in privos lata*, isto é, uma norma para os casos

---

<sup>136</sup> COMPARATO, Fábio Konder: “Competência do juízo de 1º grau”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 119-129, 2002.

particulares, a vedação do privilégio pessoal desdobra-se, outrossim, do princípio republicano. Isso porque na república o poder não pertence a nenhum particular, e todos os que o exercem são considerados funcionários ou servidores do bem comum – *res publica*.

Rejeitando embora o privilégio do foro pessoal, admite, em contrapartida, alguns privilégios reais ligados aos cargos e ao serviço público, ou no interesse social, que são os privilégios de função. Todavia, a criação de foro privilegiado observa a reserva de natureza constitucional ou legal, sendo que no sistema jurídico brasileiro, a reserva exclusivamente constitucional, e na medida em que a Constituição distingue e separa a ação por ato de improbidade e as sanções por ela expressas da ação penal cabível é porque a demanda não tem natureza penal e não está abrangida no foro privilegiado. Conclui afirmando que, como as disposições excepcionais não comportam interpretação ampliativa ou analógica, tanto mais quando excepcionam princípios fundamentais, a exemplo do privilégio de foro, que representa exceção ao princípio constitucional da igualdade, decisão que afaste o julgamento das ações por improbidade dos juízos de primeiro grau representa grave usurpação de sua competência.

É certo que a prática de ato de improbidade administrativa desafia a um tempo sanções de naturezas diversas, importando a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. Significa dizer que pela prática de um ato, apenas, o agente poderá suportar cumulativamente graves sanções nos âmbitos político-constitucional, administrativo, civil e penal, o que faz sobrelevar a questão da natureza jurídica do ato de improbidade.

A improbidade é, antes de tudo, um ilícito. O ilícito é categoria fundamental para o Direito, tanto assim que a concepção formalista do positivismo jurídico o insere como nota caracterizante da estrutura da norma jurídica, ao considerar que, para haver norma jurídica em sua integridade, tem de haver ilícito, ou ainda, que a ilicitude é componente sempre presente na estrutura analítica da norma.<sup>137</sup>

Marcos Bernardes de Mello<sup>138</sup> leciona que o fato jurídico ilícito tem como elemento cerne de seu suporte fático a contrariedade ao Direito e como elemento completante a imputabilidade, definindo-o como o contrário a direito imputável. Esse sentido amplo do conceito de ilícito não diferencia as diversas modalidades de ilicitude, mesmo porque não há

---

<sup>137</sup> Sobre o conceito geral de ilícito consultar BRAGA NETTO, Felipe Peixoto: *Teoria dos ilícitos civis*. cap. 3, “O ilícito na teoria geral do direito: dois autores paradigmáticos”. Belo Horizonte: Del Rey, p. 41-62, 2003.

<sup>138</sup> MELLO, Marcos Bernardes de: *Teoria do fato jurídico*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 179.

uma diferença qualitativa entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer espécie; a distinção é meramente metodológica.

Ocorre que cada ramo do Direito dá tratamento próprio a seus ilícitos, estabelecendo critérios diversificados na sua conformação; ao definir os casos específicos de ilicitude, o ordenamento estabelece outros elementos que, associados à contrariedade a direito imputável, definem aquela espécie de ilicitude. O Direito Penal, até mesmo pela gravidade de suas sanções, acresce a exigência de que o fato corresponda a uma conduta descrita na lei, encetando o princípio da tipicidade fechada como corolário da legalidade estrita. Já o Direito Civil dispensa em alguns casos até mesmo o elemento subjetivo do agente, admitindo a responsabilização objetiva independente de culpa, relacionando-a proporcionalmente ao dano.

A improbidade configura a violação de um dever jurídico do agente público, o que conduz o intérprete naturalmente à conclusão de que se trata de ilícito administrativo. A circunstância de que o fato jurídico repercute em tão diferentes instâncias, contudo, faz notar que é uma situação multifacetada que pode configurar a um tempo outros ilícitos, ensejando a incidência concomitante e autônoma de várias normas de caráter sancionatório, na medida em que a licitude da conduta na esfera penal não implica a inexistência de ilícito civil ou administrativo, conquanto se admita a vinculação dos juízos nas hipóteses em que na instância criminal decidir-se pela inexistência do fato ou pela negação de sua autoria.

No que concerne às conseqüências político-constitucionais, consistentes na suspensão dos direitos políticos do ímprobo, essas nunca estiveram relacionadas a fato meramente institucional. Inexiste, no sistema brasileiro, a chamada responsabilização política. Adota-se, aqui, o mandato representativo, que presume a legitimidade da atuação do agente, desvinculando-o de uma pauta política preestabelecida. Nessa trilha, a imposição de sanções de natureza político-constitucional pressupõe infrações de ordem político-administrativas, no caso, os crimes de responsabilidade. E qual a relação dos crimes de responsabilidade com a improbidade administrativa?

Jonas de Medeiros Lima<sup>139</sup> desenvolve o tema em estudo que pretende justificar a competência dos juízos de primeira instância. Lembra, em seu trabalho, que na justificação do projeto que veio dar origem à Lei dos Crimes de Responsabilidade – Lei 1.079/50, constava

---

<sup>139</sup> LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros: “Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ”. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3633>>. Acesso em: 5 jun. 2003.

que o *impeachment* era uma instituição de Direito Constitucional que se revestia de uma característica eminentemente política, que o objetivo histórico desse instituto era o afastamento definitivo do titular da função pública que não revelou aptidões para exercê-la, e que a finalidade da Lei era a de criar um processo político para a decretação da perda do cargo do agente. De outro modo, a Lei dos Crimes de Responsabilidade visava à criação de um processo político e não judicial; somente com a Lei de Improbidade foi que se pretendeu criar um processo judicial que culminasse com a perda da função do agente, processo esse que tramitaria perante um juiz de primeira instância.

Assim, a Lei de Improbidade distingue-se da Lei dos Crimes de Responsabilidade pois, enquanto a primeira criou um processo político de julgamento no Senado Federal e nas Assembléias Legislativas, a segunda criou um procedimento judicial, de natureza cível, a tramitar na Justiça Comum ou Federal de Primeira Instância, independente da autoridade envolvida, seguindo o rito ordinário do Código de Processo Civil. Tanto mais quando a Lei dos Crimes de Responsabilidade permitia a perda do cargo pelo julgamento político, sem maiores desdobramentos, a Lei de Improbidade criou um procedimento judicial para apuração desses atos, que somente permite a perda do cargo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, em última análise, todos os agentes políticos, de qualquer hierarquia, sempre poderão recorrer até ao Supremo Tribunal Federal antes de perderem o cargo e até mesmo de sofrerem as outras cominações da Lei 8.429/92.

Seguindo a mesma linha de argumentação, Mônica Nicida Garcia<sup>140</sup> desenvolve agudo raciocínio no sentido de rejeitar o foro privilegiado nas ações de improbidade, ao fundamento de que a possibilidade de responsabilizar os agentes políticos pela prática de crimes de responsabilidade representa um *plus* ao sistema de responsabilidade dos demais agentes públicos, não autorizando a ilação de que a perda do cargo ou a suspensão dos direitos políticos dessas autoridades não possam ser decretadas pelo juiz de primeiro grau.

A autora parte da premissa de que a esfera em que se insere o agente político não é puramente administrativa, mas sim político-administrativa. Daí por que o agente político não poderia ser responsabilizado administrativamente: sua responsabilidade dá-se através dos crimes de responsabilidade na esfera político-administrativa. Como consequência imediata desse raciocínio, deduz-se que os crimes de responsabilidade não são verdadeiramente crimes,

---

<sup>140</sup> GARCIA, Mônica Nicida: “Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade”. *Boletim dos Procuradores da República*. ano V, n. 56: p. 15-18, dez. 2002.

isto é, os crimes de responsabilidade não têm natureza penal, mas sim de infrações de caráter político-administrativo.

Ato contínuo, articula que tal circunstância não afasta a responsabilidade dos agentes políticos nas demais instâncias, ou ainda, que a responsabilidade político-administrativa não exclui as esferas criminal e civil ou a esfera da improbidade. O fato de que os agentes políticos estão sujeitos a uma responsabilidade político-administrativa não os isenta de responderem por crime comum, pelo ilícito civil, nem muito menos pela prática de atos de improbidade administrativa, que, aliás, tem fundamento constitucional.

Pelo contrário, o fato de que tais agentes devem poder agir com independência na veiculação da vontade superior do Estado estaria a exigir a sujeição a um grau de responsabilidade ainda maior do que o dos demais agentes, pois a importância do cargo exercido não pode ser pretexto para afastar a responsabilidade, senão justo motivo para reforçá-la. Sua conclusão é a de que a responsabilização por ato de improbidade administrativa não é incompatível com a previsão de responsabilização por crimes de responsabilidade nem significa que a perda do cargo para os agentes políticos, sujeitos à esfera de responsabilidade político-administrativa, só pode ser determinada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Senado Federal, e não por um juiz do primeiro grau, pois este foi o sistema adotado pela Constituição, foro privilegiado para algumas hipóteses e não para outras:

Se é preciso uniformizar essa situação, dando, assim, à Constituição uma interpretação que de sua literalidade não se extrai, talvez seja o caso não de criar um foro privilegiado onde ele não existe, mas sim de abolir o foro privilegiado onde ele existe.

Seria esta, pelo menos, uma solução mais condizente com princípios da igualdade e republicano, tão maltratados e menosprezados, neste início de século, mas que não pode deixar, jamais, de perseguir.<sup>141</sup>

Em síntese, o pensamento contrário à tese do foro por prerrogativa de função para as ações por improbidade administrativa consiste em reputar-se que no sistema constitucional brasileiro é inadmissível privilégio de foro sem expressa previsão constitucional, designadamente em face dos princípios da isonomia e republicano. Que essa espécie de responsabilização – por ato de improbidade – tem caráter não-penal, e, portanto, é autônoma e inconfundível com as hipóteses dos crimes de responsabilidade, tanto mais pela circunstância

---

<sup>141</sup> GARCIA, Mônica Nicida: “Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade”: *Boletim dos Procuradores da República*. ano 5, n. 56: p. 15-18, dez. 2002, p. 18.

de que o processo por crimes de responsabilidade é eminentemente político, ao passo que a ação por improbidade tem caráter judicial, de forma que o foro por prerrogativa de função não contempla essa espécie de ações.

### 5.3 Argumentação de fundo extrajurídico

Além dessas observações de caráter técnico-jurídico, outras razões têm sido utilizadas na discussão da tese da incompetência dos juízos de primeira instância, ou, de outro modo, da tese da competência dos Tribunais de Justiça Estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para as ações por ato de improbidade administrativa contra as autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função. Optou-se por denominá-las razões de fundo extrajurídico, porquanto, embora tenham conteúdo jurídico – *lato sensu* – não se traduzem em linguagem normativa, sendo metodologicamente inadequado incorporá-las à argumentação normativa ou jurídica *stricto sensu*. Nesse contexto podem-se relacionar argumentos de cunho valorativo, ou axiológico, e argumentos de cunho sociológico.

A discussão fundamental no plano axiológico diz respeito à legitimidade dos juízes de primeira instância para processar e julgar autoridades das altas esferas governamentais, principalmente as que ocupam cargos eletivos, como os parlamentares e os vários níveis do Poder Executivo. É o que se extrai, por exemplo, de ponderações como as do Ministro Peçanha Martins no julgamento da Reclamação Rcl. 780/AP, segundo o qual é inadmissível que o mandatário político, que por receber sua legitimação do voto popular deve ser respeitado ao máximo, seja julgado no juízo de primeira instância, quando a Constituição lhe defere foro privilegiado. Em boa verdade, pode-se traduzir o argumento na afirmação de que o juiz de primeira instância, que não detém mandato eletivo, não tem legitimidade para decretar a suspensão dos direitos políticos ou a perda do cargo de mandatários políticos, cuja legitimidade vem do voto popular.

A questão situa-se na compreensão do conteúdo e do alcance do princípio democrático. A democracia é um regime político centrado na soberania popular e na participação popular, onde, ao menos em tese, o poder político pertence ao povo, que o exerce diretamente ou através de seus representantes, nos termos da Constituição. Fundada na idéia subjacente de consenso, a democracia não deixa de ser uma ideologia que possibilita a legitimação do poder instituído. Daí a consistência do argumento da ilegitimidade dos juízos de primeiro grau, já que a preservação do regime democrático exige o resguardo dos agentes

cuja legitimidade decorre diretamente da escolha popular em detrimento do controle difuso da Administração, o que ficaria seriamente prejudicado com a possibilidade de afastamento dessas autoridades sem qualquer intervenção dos órgãos superiores do Estado.

De outro lado, pode-se argumentar que o princípio democrático tem como grande fundamento a participação popular, cujo conteúdo em grande medida consiste em eleger, cobrar, acompanhar, fiscalizar, corrigir e analisar o representante político.<sup>142</sup> O foro privilegiado seria instrumento de restrição desproporcional do acesso à justiça, obstaculizando a passagem da democracia formal para a democracia real. Além disso, pode-se argumentar que a idéia de que os agentes políticos devem desfrutar de um sistema diferenciado, ao pálido argumento de que a proteção é para o cargo e não para o agente, encerra um mecanismo de garantia da impunidade dessas autoridades, mostrando-se fundamentalmente antiisonômico, pois, se o sistema processual ordinário é válido para o particular, deveria ser, também, para as altas esferas governamentais. Nas palavras de Waldo Fazzio Júnior<sup>143</sup>:

Pergunta-se: qual é o problema de um Juiz de 1º grau julgar a ação civil impetrada contra qualquer executivo municipal por atos de improbidade? Se condenado em primeira instância, o prefeito poderá recorrer ao Tribunal de Justiça, cumprindo-se a garantia processual do duplo grau de jurisdição.

A alegação ganha importância quando agregada ao argumento, eminentemente pragmático, de que as ações de improbidade consistirão potencialmente em instrumentos do jogo político. Se se considera que nas democracias modernas a imagem do poder é instrumento de dominação, ressalta a possibilidade de que as ações de improbidade sejam utilizadas como instrumento político de desestabilização das autoridades constituídas. Aliás, é tradição dos regimes democráticos modernos o ataque ao governante como arma política, como ocorreu há alguns anos com o Presidente dos EUA, Bill Clinton, em razão de seu envolvimento com uma estagiária da Casa Branca. Foi cogitando essa possibilidade de abuso que se editou a MP 2.088-35/2000, posteriormente revogada, pretendendo limitar o ajuizamento das ações por improbidade. É que os acusados nessas demandas diziam-se vítimas de promotores e procuradores que utilizavam suas atribuições com finalidades

---

<sup>142</sup> CHALITA, Gabriel: *Ética dos governantes e dos governados*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 141 e ss..

<sup>143</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo: *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. 2. ed., São Paulo: Atlas: 2001, p. 34.

político-partidárias, em conluio com a imprensa sensacionalista, divulgando notícias baseadas em especulações ou denúncias anônimas.<sup>144</sup>

De outro lado, defende-se que o acolhimento do foro privilegiado acaba por infirmar a atuação de numerosos juízos de primeiro grau que, no exercício de sua competência cível originária, estavam presidindo ações por improbidade, impondo em muitos casos a remessa dos autos ao juízo criminal, com prejuízo dos atos processuais e da eficiência jurisdicional.<sup>145</sup> Acusa-se a Lei de servir ao interesse político de dificultar a persecução judicial da corrupção inibindo a atuação do Ministério Público, já que, diferentemente do que ocorre na primeira instância, o foro privilegiado acaba por repercutir na redução ou mesmo na eliminação do processo judicial de responsabilização, dada a morosidade da tramitação dos feitos nos tribunais. É o que ocorreu, *e. g.*, no julgamento de tentativa de homicídio praticada em dezembro de 1993 por Ronaldo Cunha Lima, então Senador da República pelo Estado da Paraíba, contra o ex-governador do mesmo Estado, Tarcísio Buriti, cujo interrogatório no Supremo Tribunal Federal só veio a ocorrer nove anos depois. Assevera-se que a concentração da competência nos tribunais acabará, na prática, por inviabilizar a movimentação de ações por improbidade, esvaziando a finalidade do instituto.

Além disso, o foro privilegiado vai de encontro às recomendações da pesquisa realizada pela Transparência Internacional das causas que contribuem para o aumento da corrupção, onde se destacaram a deterioração dos instrumentos legais e as imunidades dos escalões superiores da Administração Pública.<sup>146</sup> Também em sentido oposto ao do foro privilegiado, propõe-se que a efetividade dos instrumentos de fiscalização da corrupção na Administração Pública tende a aumentar com a simplificação do Direito Processual e a capacitação e articulação de juízes, promotores de justiça, autoridades fazendárias e policiais para o combate à corrupção.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> SARMENTO, George: *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 156.

<sup>145</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius: “Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 461-483, 2002.

<sup>146</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite: “A probidade na era dos desencantos”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 147-188, 2002, p. 151.

<sup>147</sup> SARMENTO, George: *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 43.

#### 5.4 A alteração promovida através da Lei 10.628/2002 é compatível com a Constituição Federal?

A par da discussão narrada, o fato é que a Lei 10.628/2002 expressou a opção do Poder Legislativo pela tese do privilégio de foro para as ações por improbidade, mas resta saber se o legislador ordinário poderia fazê-lo em ordem de modificar a competência constitucional do Poder Judiciário. É que como as competências por prerrogativa de função, estatuída nos art. 29, inciso X, art. 96, inciso III, 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, art. 105, inciso I, alínea “a”, e art. 108, inciso I, alínea “a”, todos da Constituição Federal, são espécies de competência originária, advoga-se que sua modificação só poderia ser veiculada mediante alteração do próprio texto constitucional.<sup>148</sup>

É dizer que, em se tratando de competência originária, instituída com vistas tão-somente ao processo e julgamento de infrações penais ou crimes de responsabilidade, não poderia o legislador ordinário usurpar o papel do constituinte para modificá-la, nem mesmo sob o pálio de arvorar-se no papel de intérprete maior da Constituição, estendendo-a a ações de natureza não-penal como as ações por improbidade. Competência é fonte e limite de poder, e os limites traçados soberanamente pelo constituinte não podem ser transmudados pelo legislador ordinário, cujas atribuições estão adstritas ao desdobrar das normas constitucionais hierarquicamente superiores.

Veja-se que, com exceção do art. 29, inciso X, as normas que estatuem foro privilegiado têm em mira, expressamente, crimes comuns ou de responsabilidade, e, mesmo em relação aos Prefeitos, pacificou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a hipótese prevista pelo art. 29, inciso X restringe-se à matéria penal, como se lê do expressivo excerto doutrinário adiante transcrito:

Por fim, saliente-se que a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, salvo as exceções acima analisadas, **somente para o processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizadas contra o Prefeito Municipal**, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência do foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas, e demais ações de natureza cível. (Grifo nosso).

---

<sup>148</sup> ALMEIDA, Luis Cláudio Carvalho de: “A competência nas ações de improbidade administrativa”. *Revista Virtual Fundação do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Disponível em: <<http://www.femperj.org.br>>. Acesso em: 3 jun. 2003.

Da mesma forma, **inexiste foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de Prefeitos Municipais, por ausência de previsão constitucional específica**, devendo, portanto, ser ajuizadas perante a 1.<sup>a</sup> instância.<sup>149</sup>

Assim, e em qualquer caso, a competência em razão do foro por prerrogativa de função não poderia abranger ações por improbidade. Destaque-se, porque oportuno, que, no que pertine à competência dos Tribunais de Justiça, há norma expressa na Constituição Federal, art. 125, § 1º, estabelecendo que sua definição será procedida na Constituição do Estado. Dessa forma, as normas constitucionais de repartição de competência originária em razão do foro por prerrogativa de função são fronteiras demarcadas e invioláveis ao talante do legislador infraconstitucional, seja ele federal, estadual ou mesmo nacional, tanto mais quando a jurisprudência do próprio STF é mansa e pacífica em reconhecer que a competência originária dos tribunais deve ser interpretada restritivamente.

Em vista desses fundamentos, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797/DF contra os §§ 1º e 2º da Lei 10.628/2002. Postulou-se medida liminar como meio de evitar a paralisação processual das ações em curso perante os juízos de primeiro grau, como consequência de remessa dos respectivos autos aos Tribunais considerados competentes, considerando que o *periculum in mora*, no caso, residiria no julgamento precipitado de tais ações por juízes que poderão vir a ser declarados incompetentes pelo STF. Todavia, a cautelar foi indeferida ao pelo Min. Ilmar Galvão, no exercício da presidência da Corte, com o fundamento de que a provável remessa de milhares de ações da espécie para os diversos tribunais, e a interrupção de seu processamento, é medida recomendável enquanto a questão constitucional não é dirimida pelo STF.<sup>150</sup>

A despeito da razoabilidade da alegação de que a lei ordinária não pode fixar ou alterar a competência originária dos tribunais, modificando o rol estabelecido na própria Constituição, impende gizar que a compatibilidade da Lei 10.628/2002 com a Constituição não pode ser examinada sob prisma meramente formal.

---

<sup>149</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 256.

<sup>150</sup> Decisão publicada no DJ n. 24, de 04/02/2003 – Ata n. 2 – Relação de Despachos/Decisões do Presidente.

Toda argumentação tecida, no sentido de que ao legislador ordinário não cabe modificar competências originárias apostas no texto constitucional, parte da premissa de que a alteração do art. 84 do CPP, com a inclusão das ações por improbidade no rol de causas sujeitas ao privilégio de foro, importou modificação no sistema constitucional de repartição de competências, o que, de fato, seria juridicamente reprovável, dado o caráter absoluto dessas competências originárias. Todavia, como já consignado anteriormente, ao abraçar tese sustentada desde há muito, a Lei 10.628/2002 não apresenta a pretensão de modificar o sistema constitucional de repartição de competências. Não. Cuida-se, fundamentalmente, de expressar a opção do Poder Legislativo por uma entre as duas interpretações possíveis do texto constitucional, apenas adotando a solução cogitada para uma aparente incongruência do sistema.

O ordenamento jurídico é caótico e paradoxal e o papel do jurista é exatamente o de depurar as incoerências do ordenamento, emprestando-lhe um perfil harmônico que se denomina sistema jurídico. É isto que o legislador ordinário pretendeu fazer: apontar um caminho como o ideal para o desate de supostas incongruências do ordenamento. Logo, saber se a inclusão das ações por improbidade na competência por privilégio de foro é ou não compatível com a Constituição depende de determinar qual das teses suscitadas deve prevalecer, a que reconhece a inclusão das ações por improbidade no rol de competências originárias por foro de prerrogativa ou a que afasta seu julgamento face a seu caráter não-penal. É equivocado afastar completamente a possibilidade de intervenção do legislador infraconstitucional, já que a Lei tem caráter, ao menos pretensamente, declaratório, reconhecendo hipóteses já implícitas no sistema. A decisão, ao final, caberá ao Supremo Tribunal Federal.

### **5.5 Repercussão da mudança na competência na prática forense, perspectivas a curto, médio e longo prazo**

Uma primeira questão a ser apreciada diz respeito ao alcance das mudanças promovidas pela Lei 10.628/2002. O Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha sinalizado forte tendência no sentido de reconhecer a constitucionalidade da alteração promovida no art. 84 do CPP, particularmente no que se refere à competência por foro privilegiado nas ações por ato de improbidade administrativa, vem restringindo sua aplicação, no que se denomina de “jurisprudência de preservação.”

A jurisprudência de preservação do STF consiste numa atitude reducionista na fixação dos limites de suas competências constitucionais. Em face do volume exacerbado de feitos que processa anualmente, e que aumenta a cada ano, o Tribunal vê-se obrigado a estabelecer critérios bastante rígidos para a admissão de sua competência em causas diversas, buscando, com isto, limitar a demanda e resguardar a própria viabilidade do serviço jurisdicional prestado. São exemplos da jurisprudência de preservação a exigência de pertinência temática como requisito de admissibilidade das ações diretas de inconstitucionalidade, a rejeição do controle de constitucionalidade do direito anterior à Constituição, a limitação da regra de competência do art. 102, inciso I, alínea “e” da Constituição, bem como a abolição da Súmula 394, que admitia a preterição da competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessão do exercício da função pública.

Aliás, no que toca à revogação da Súmula n. 394, há expressivos julgados que merecem referência por sua relação com as causas de improbidade. Explica-se. Não se tem notícia, até aqui, de decisões relativas às ações por improbidade após o advento da Lei 10.628/2002, mas o STF já se pronunciou acerca do foro por prerrogativa em relação às ações penais, isto é, já se manifestou acerca do alcance da regra do art. 84 do CPP, com a redação dada pela Lei nova, reiterando o entendimento de que, quando o indiciado não estiver no exercício de mandato que acarrete prerrogativa de foro perante o STF, e, além disso, os fatos pelos quais responder não tiverem relação direta com o exercício da função ou cargo público ocupado, não se reconhece a competência do Tribunal para a causa.<sup>151</sup> Significa dizer que o Supremo pode vir a adotar a mesma postura relativamente às ações por ato de improbidade administrativa e, com o término do mandato, remeter os autos para o juízo de primeiro grau ou tribunal que seja competente em razão do deslocamento da competência.

Na perspectiva da efetividade da Lei de Improbidade vale examinar a repercussão da mudança na competência na eficiência do controle da corrupção mediante ações civis públicas. É inegável que a medida influencia significativamente as atuações do Ministério Público e do Poder Judiciário, principais atores desse controle. Os órgãos especializados em matéria de improbidade administrativa, criados no âmbito da primeira instância, como comissões e grupos de trabalho do Ministério Público, têm sua atividade fiscalizatória bastante reduzida, isso tanto em termos numéricos como em razão da relevância social das causas. A

---

<sup>151</sup> V. INQ 1837/SP, DJ 09/06/2003, p. 28; INQ 814/SC, DJ 05/03/2003, p. 27; INQ 1673/SP, DJ 21/02/2003, p. 55, INQ 1854/RO, DJ 18/02/2003, p. 413 e INQ 1862/AC, DJ 18/02/2003, p. 413.

concentração das causas de expressão social nos Tribunais amputa a atuação dos juízos de primeiro grau, seja porque o controle da improbidade em nível administrativo é efetuado pelo próprio controle interno da Administração, seja porque a Lei de Improbidade foi instituída principalmente para possibilitar o controle dos agentes políticos.

Em caráter imediato, vê-se a completa inviabilização do controle que até aqui vinha sendo realizado em relação aos agentes políticos. Há duas providências possíveis para os juízos de primeira instância a partir da vigência da Lei 10.628/2002. A primeira consiste em reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do foro privilegiado, afastando a incidência da norma no caso concreto, para prosseguir com o processamento da ação por improbidade no juízo de primeiro grau. A segunda é a de acusar a incidência imediata da norma estatuída pelo art. 84 do CPP, com a redação que lhe dá a Lei 10.628/2002, reconhecendo a competência dos tribunais para apreciar a lide.

A primeira, inclusive, já encontra respaldo em precedente de jurisprudência, uma vez que a 9ª Câmara de Direito Público de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 24 de janeiro de 2003, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 313.238-5/1-00, da Comarca de Dracena, deixou de aplicar a Lei 10.628/2002 por reputá-la inconstitucional. O voto do relator, Desembargador Antônio Rulli, acompanhado pelos Desembargadores Sidnei Beneti e Yoshiaki Ichihara, julga que a Lei não tem fundamento na Constituição Federal vez que o art. 37, § 4º da Carta Magna trata da suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o que demonstra ser eminentemente civil a natureza da ação de responsabilização. Isto posto, decidiu-se que o processo por improbidade deve tramitar inicialmente na primeira instância, somente subindo para a instância superior na hipótese de recurso.

Todavia, a segunda alternativa afigura-se mais adequada, não propriamente em razão do convencimento do magistrado quanto à procedência da tese da constitucionalidade, mas principalmente pela circunstância de que a questão não comporta um enfrentamento pontual. A problemática é infensa à solução individual na esfera de cada lide, principalmente quando tal opção cria expectativa, razoável, de que os atos praticados com fundamento de validade no reconhecimento da competência do juízo sejam invalidados, deixando de apresentar resultado útil à sociedade. Considerando que o prosseguir da demanda no juízo de primeiro grau ocasiona potencial desperdício de tempo e de trabalho de todos os profissionais nela

envolvidos, e tendo como norte a necessidade de velar pelo desenvolvimento válido da relação jurídica processual, bem assim pela celeridade e efetividade do processo, impõe-se a declinação da competência em favor dos tribunais.

Em última análise, a insegurança jurídica causada pelo afastamento da incidência da Lei é o efeito imediato mais nocivo para o controle da improbidade administrativa. Enquanto não houver uma definição do STF quanto à constitucionalidade do foro de prerrogativa de função para as ações de improbidade, um grande número de processos será remetido aos tribunais e outros tantos continuarão a tramitar na primeira instância, de forma que a solução ao final adotada, seja ela qual for, acarretará a nulidade de inúmeras demandas. Sopesando o fato de que a Suprema Corte já negou liminar na ADIN 297/DF, é lícito concluir que a tendência, em curto prazo, é a de infirmar a atuação dos juízos de primeiro grau, sobretudo estaduais, com a remessa dos autos ao competente juízo criminal, resultando muita vez no prejuízo dos atos processuais e da própria efetividade da prestação jurisdicional.

Ainda numa análise da repercussão da mudança introduzida pela Lei 10.628/2002, em curto prazo constata-se que o acolhimento da medida invalida inúmeros julgamentos anteriores à sua vigência. Com efeito, considerando a premissa de que a Lei 10.628/2002 não poderia alterar as competências originárias da Constituição, mas tão-somente explicitar regras implícitas no próprio sistema de repartição de competências, não há como se afastar a nulidade de todas as decisões que, deixando de observar a regra do foro privilegiado, foram proferidas pelos juízos de primeira instância. Com efeito, a compatibilidade da “mudança”<sup>152</sup> da competência para processar e julgar as ações por improbidade com o texto constitucional importa o acolhimento da tese de que essa competência preexistia à Lei, de maneira que as demandas que não tramitaram no juízo originariamente competente, isto é, cumprindo a regra do foro por prerrogativa de função, estão inevitavelmente eivadas de nulidade pela incompetência absoluta do juízo. Justifica-se, então, a desconstituição de todas as decisões proferidas nessas circunstâncias com fundamento não propriamente na Lei 10.628/2002, mas sim na tese que corrobora e positiva.

Num horizonte de dez anos, tempo de vigência da Lei de Improbidade, parece razoável considerar-se que em médio prazo a mudança repercute diretamente na demora na tramitação das ações civis públicas por ato de improbidade, já que é inegável que os tribunais

---

<sup>152</sup> As aspas foram utilizadas para demonstrar que não se trata de verdadeira mudança, senão da explicitação de norma supostamente pré-existente no sistema.

pátrios sofrem com acúmulo de processos. Dados do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – BNDPJ – informam que em 2000 o STF recebeu 105.307 processos e julgou 86.138, em 2001 recebeu 110.771 e julgou 109.692, e em 2002 recebeu 160.453 e julgou 83.097.<sup>153</sup> Significa dizer que um ministro do Supremo Tribunal Federal que, em 1997, julgava cerca de 3,5 mil processos por ano, nos últimos anos vem julgando uma média de 8,5 mil processos. No Superior Tribunal de Justiça, conforme estatísticas do próprio Tribunal, divulgadas pelo seu presidente, Ministro Nilson Naves, já no primeiro semestre de 2003 houve um incremento de 72% no número de recursos autuados. Os 33 ministros julgaram 84.340 processos e decidiram monocraticamente 60.847 vezes; o número de processos distribuídos para os ministros do Tribunal aumentou em 33%, o que dá uma média de 3.535, significando aumento de 40% no volume de trabalho para cada ministro do STJ. De acordo com o presidente, o esforço dos ministros mostra “a vontade teimosa de viver um Judiciário soberano, agente de uma justiça célere, acessível e efetiva, e por essa causa vamos continuar lutando.”<sup>154</sup>

A lentidão do processamento das ações de improbidade nos tribunais agrava-se pelos incidentes processuais que podem ser suscitados. Além da sobrecarga de trabalho que prejudica a eficiência dos tribunais, o que se demonstrou com a análise bastante representativa, conquanto perfunctória, da movimentação processual dos dois tribunais mais importantes do país, a mera possibilidade de que seja suscitada a incompetência do juízo de primeiro grau, ou, inversamente, que seja reconhecida a inconstitucionalidade da Lei, devolvendo-se os autos ao juízo monocrático, é, em si mesmo, considerada causa de procrastinação do feito. A controvérsia dá margem a discussões de natureza eminentemente processualista e resultará, muita vez, na invalidação do procedimento com desperdício de tempo e de trabalho em evidente prejuízo da eficiência da prestação jurisdicional.

Em longo prazo, a mudança operada através da Lei 10.628/2002, por constituir fator de burocratização do processo de responsabilização por ato de improbidade, resulta na redução da eficiência da repressão à corrupção na Administração Pública. Não é sem motivo que, na avaliação de diversas instituições transnacionais como a Organização das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos e da União Européia, a supressão de práticas de improbidade depende da simplificação do Direito Processual.

---

<sup>153</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>>. Acesso em: 27 jun. 2003.

<sup>154</sup> Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes\\_noticias.asp?seq\\_noticia=8355](http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=8355)>. Acesso em: 01 jul. 2003.

Demais disso, considerando a circunstância de que a importância da Lei de Improbidade reside fundamentalmente na possibilidade de controle judicial da atuação de agentes políticos, estabelecendo um processo democrático de fiscalização e repressão da corrupção nas altas esferas da Administração Pública, forçoso concluir que a redução da eficiência do sistema contribui para sua relativização e, em última análise, para o seu esvaziamento como instrumento jurídico, amputando-lhe exatamente o aspecto socialmente mais relevante. Se a Lei de Improbidade não se presta a uma fiscalização eficaz da desonestidade nos altos escalões do Governo, pouco resta a justificar sua instituição, que não a criação de um sistema de responsabilização mais severa dos agentes administrativos por atos de improbidade, e o oferecimento de uma resposta de natureza prevalentemente formal aos reclames da sociedade por uma Administração mais proba e por maior rigidez no controle da corrupção política.

## CONCLUSÕES

Após o exame da matéria, e a partir do conteúdo de cada capítulo e das impressões colhidas no decurso da pesquisa, chegou-se às seguintes conclusões:

### **a) A corrupção como fato social:**

1. A corrupção política é uma constante na história das instituições públicas brasileiras, além de ser um problema mundialmente difundido, e a necessidade de reprimi-la decorre, dentre outros fatores, da insatisfação que gera na sociedade, provocando uma descrença generalizada nas instituições, no processo político, e, em última análise, na própria democracia. A história política brasileira mostra uma lenta e tortuosa evolução no sentido da democratização do poder, o que sobreleva a importância do combate à corrupção com vistas à manutenção do equilíbrio nas relações sociais e da estabilidade das instituições políticas.

2. Corrupção, entendida como espécie de influência exercida ilicitamente pelo agente no exercício de uma função pública devido a interesses privados, deve ser considerada objetivamente, porque os atos valem por si mesmos e não em razão da pessoa que os pratica. A falta de um padrão objetivo de Moral leva a uma relativização dos valores e conduz à falta de parâmetros claros e firmes para avaliação de condutas.

3. Compreende-se a corrupção como o reflexo de um conjunto de fatores históricos e culturais que lhe conferem função específica na sociedade, de adaptação das relações sociais. Pode-se identificar causas sociológicas da corrupção na eleição da fortuna material a valor supremo, ainda quando obtida por meios ilegítimos, e na impunidade, notadamente quando considerada como fator institucional, isto é, como uma realidade histórica e cultural, cuja prática é admitida como algo até certo ponto natural e relativamente legítimo nas relações de poder.

4. Na perspectiva institucional verifica-se que as mudanças na legislação eleitoral e na Constituição contribuíram para o aumento da no Brasil, porque diminuíram a capacidade do Executivo para forjar coalizões estáveis e assegurar a fidelidade de seus seguidores no Congresso e aumentaram o poder do Congresso, favorecendo práticas corruptas e clientelistas.

Demais disso, o aumento da corrupção está ligado à forte intervenção estatal na economia, que gera mais oportunidades para a manipulação do poder e recursos governamentais.

5. Seja qual for o regime político a corrupção repercute de alguma forma sobre ele, propendendo a reforçar as desigualdades, privilégios e distribuição de forças existentes no sistema social como um todo, antes fazendo com que uma sociedade resista às reformas e adaptações necessárias. Sua disseminação conduz à desilusão pública com o governo, contribuindo em grande escala para o esvaziamento da legitimidade do poder e à desestabilização do regime, daí por que se afirmar que a corrupção cresce na razão inversa da democracia.

6. A legislação brasileira que disciplina a repressão à corrupção na Administração Pública, notadamente com o regime jurídico instituído pela Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, é uma das mais modernas de que se tem notícia mas o problema não está no caudal de leis disponíveis e sim no baixo nível de efetividade dessas leis, que gera o sentimento de que há um clima de impunidade generalizada. Considerando-se que a criação de instrumentos jurídicos que viabilizam o controle e contenção da desonestidade no exercício de funções públicas é insuficiente para assegurar a eficácia do sistema repressor, conclui-se que a formulação de políticas públicas eficientes depende da identificação dos fatores sociais e políticos que favorecem a corrupção.

7. São medidas que contribuem para a supressão de práticas de corrupção a desregulamentação e desburocratização da economia, a transparência dos processos licitatórios, a independência do Poder Judiciário, o fortalecimento dos órgãos de controle financeiro e contábil, a simplificação do Direito Processual, a profissionalização do serviço público, a capacitação e articulação de juizes, promotores de justiça, autoridades fazendárias e policiais para o combate à corrupção, o incentivo ao jornalismo investigativo, o estímulo à cidadania e à democracia participativa e o respeito aos direitos fundamentais.

#### **b) Probidade e improbidade administrativa:**

8. A tutela jurídica da moralidade na Administração Pública, com fundamento constitucional no art. 37, *caput*, que institui o princípio da moralidade, e no art. 37 § 4º, dispondo que os atos de improbidade administrativa importam 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, não é senão um desdobramento do princípio da legalidade, em última análise, do princípio republicano.

9. Em razão do princípio da moralidade administrativa a atividade estatal deve ser materialmente legal, ou legítima, não bastando para tanto a licitude em sentido estrito ou a legalidade meramente formal, o que vale tanto para a atividade material ou administrativa como também para a função legislativa, o que reflete a moderna compreensão do sistema jurídico como um sistema complexo de princípios e regras.

10. Inexiste distinção ontológica entre Moral comum e Moral jurídica, porque o conceito positivo de Moral identifica-se com a Moral social, a qual compreende o conjunto de preceitos éticos acatados generalizadamente na sociedade, traduzindo as idéias ou sentimentos dominantes de uma determinada coletividade, expressos através da sua consciência ético-social geral ou da consciência ética majoritária dos seus membros.

11. A probidade está contida na categoria mais ampla da moralidade e consiste no dever de administrar com correção, observando os princípios constitucionais que informam a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

12. Improbidade administrativa é a transgressão do dever de probidade, a violação do princípio ético que preside as relações jurídicas sujeitas ao regime de Direito Público. É espécie de imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem, e sua caracterização exige a ocorrência de comportamento desonesto ou com culpa grosseira, não se compadecendo com a mera inabilidade ou incompetência.

### **c) Aplicação da Lei de Improbidade:**

13. A efetivação da Lei de Improbidade concretiza-se através da atuação dos órgãos estatais de controle da Administração Pública, que operam tanto o controle institucional quanto o controle social, pois este último realiza-se mediante sua provocação, diferentemente do controle exercido mediante ação popular.

14. Os sistemas de controle interno da Administração Pública são pouco eficientes, pois em regra tal fiscalização fica sujeita à decisão política das pessoas que ocupam posições de direção ou chefia dos órgãos, comprometidos com os poderes centrais.

15. A importância do controle exercido pelo Ministério Público, em nível administrativo e judicial, decorre tanto da autonomia da instituição, que lhe permite atuar de forma independente ao sabor das pressões e interesses políticos, quanto de seus poderes investigatórios, que lhe permitem instaurar o inquérito civil, notificando pessoas e procedendo à oitiva de depoimentos, requisitando documentos e determinando a realização de perícias.

16. A atuação do Ministério Público no controle da improbidade administrativa é veiculada através de processo judicial mediante a propositura de ação civil pública de responsabilização por ato de improbidade, a qual não se confunde com a ação popular constitucional.

17. O procedimento especial para as ações de improbidade, instituído pela MP 2.088-35/2000, que em sua redação atual consiste num juízo de admissibilidade, precedido de manifestação por escrito do requerido, e a punição à litigância de má fé, confere ao processo uma feição garantista dos direitos individuais dos acusados, impedindo seu uso indevido sem, contudo, inviabilizar a propositura de ações de responsabilização.

18. A concessão de medidas cautelares na forma estabelecida na Lei de Improbidade garante a efetividade da ação de responsabilização, seja decretando liminarmente o seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido e causado dano ao patrimônio público, seja determinando o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

19. Embora o ocupante de cargo eletivo não se equipara ao funcionário público para efeito de afastamento cautelar, ainda assim admite-se a adoção dessa medida contra si, porém em caráter excepcional.

20. A efetividade do ordenamento jurídico não dispensa a previsão de sanções como instrumento de coerção, o que justifica a imposição cumulada de sanções de diversa natureza em razão da prática de atos de improbidade administrativa.

#### **d) Julgamento das ações de responsabilização por improbidade administrativa:**

21. A sentença prolatada na ação de responsabilização por ato de improbidade pode apreciar, fundamentalmente, a pretensão à declaração de ocorrência de improbidade administrativa na prática de determinado ato, a pretensão à desconstituição deste ato, e pretensão à imposição das sanções legais aos agentes que o praticaram, o que se perfaz num

único ato complexo, mas que reúne diversas decisões distintas entre si acerca dos pedidos deduzidos pelo demandante.

22. A teor da norma do art. 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade, segundo o qual na fixação das penas o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, o julgamento das ações de responsabilização por improbidade administrativa deve observar o princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções cominadas, justificando-se sua redução, a depender do caso concreto e das circunstâncias reconhecidas pelo julgador, e até mesmo a exclusão de determinadas sanções.

23. A aplicação das sanções cominadas pela Lei de Improbidade exige a fundamentação clara e individualizada das razões que justificaram a imposição de determinada sanção e sua graduação, no que concerne à adequação da medida – significando sua aptidão para realizar a finalidade almejada, à sua necessidade – considerando que não existe outra medida menos restritiva que sirva ao mesmo propósito, e sua proporcionalidade em sentido estrito – verificando-se a ponderação entre bens jurídicos em conflito.

24. A responsabilidade por ato de improbidade administrativa independe da responsabilidade criminal, salvo quando a sentença penal afirmar a inexistência do fato ou da autoria.

25. A norma do art. 20 da Lei de Improbidade não se aplica no âmbito do processo administrativo disciplinar, que é autônomo, segue procedimento próprio e tem amparo constitucional no que concerne à possibilidade de demissão do servidor público, com fundamento no art. 41, § 1º, II, da Constituição da República.

26. A jurisprudência pátria, particularmente do STJ, firmou-se no sentido de rejeitar a tese da incompetência do juízo de primeiro grau para processar e julgar as ações de improbidade ajuizadas contra autoridades que gozam de foro privilegiado por prerrogativa de função. A solução, contudo, é frágil porque não obteve o consenso do Tribunal, cujas decisões foram proferidas por maioria de votos, e precedidas por acirrado debate.

27. Diferentemente, a jurisprudência do STF aponta no sentido de reconhecer a constitucionalidade da Lei 10.628/2002.

28. O interesse político despertado pelo problema justificou a alteração no art. 84 CPP, através da Lei 10.628/2002 em sentido absolutamente contrário ao do entendimento jurisprudencial.

**e) Foro privilegiado nas ações por improbidade**

29. A tese da incompetência dos juízos de primeiro grau parte da premissa de que os atos de improbidade administrativa praticados por essas autoridades são, necessariamente, crimes de responsabilidade. Considera, também, que o princípio da hierarquia subjaz à instituição do foro por prerrogativa de função, em virtude do que, para evitar incongruências no sistema de repartição de competências, o privilégio de foro para crimes comuns e de responsabilidade deveria ser estendido para o julgamento por atos de improbidade administrativa.

30. O acolhimento da tese do foro privilegiado importa admitir a possibilidade de construção interpretativa em matéria de competência, assentando-se que a circunstância de que não há previsão de foro por prerrogativa para o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa decorre de lacuna no texto constitucional.

31. Ao utilizar-se da analogia para suprir uma suposta lacuna no ordenamento a Lei 10.628/2002 apenas veicula uma solução já aventada pela parte da doutrina que considera os juízos de primeiro grau incompetentes para processar e julgar ações de improbidade administrativa contra as autoridades das altas esferas governamentais, logo, não chega a representar uma inovação no sistema jurídico, apenas explicitando regra de competência supostamente já implícita no próprio sistema constitucional.

32. Contrariamente à tese do foro por prerrogativa de função para as ações por improbidade administrativa argumenta-se que no sistema constitucional brasileiro é inadmissível privilégio de foro sem expressa previsão constitucional, designadamente em face dos princípios da isonomia e republicano.

33. Articula-se, também, que a responsabilização por ato de improbidade tem caráter não-penal, sendo autônoma e inconfundível com as hipóteses dos crimes de responsabilidade, tanto mais pela circunstância de que o processo por crimes de responsabilidade é eminentemente político, ao passo em que a ação por improbidade tem caráter judicial.

34. A alegação de que ao legislador ordinário não cabe modificar as competências originárias fixadas no texto constitucional é irrelevante para determinar a compatibilidade da Lei 10.628/2002 com a Constituição porque a Lei não pretende modificar o sistema constitucional de repartição de competências, tão-somente expressando a opção do Poder Legislativo por uma entre as duas interpretações possíveis do texto constitucional, com vistas a solucionar uma aparente incongruência do sistema.

35. A repercussão imediata da Lei 10.628/2002 que se afigura mais nociva à eficiência do controle da improbidade administrativa é a insegurança jurídica, porque enquanto não houver uma definição do STF quanto à constitucionalidade do foro de prerrogativa de função para as ações de improbidade um grande número processos será remetido aos tribunais e outros tantos continuarão a tramitar na primeira instância, de forma que a solução ao final adotada, seja ela qual for, acarretará a nulidade de inúmeras demandas.

36. Atestar a compatibilidade da Lei 10.628/2002 com o texto constitucional equivale a acolher a tese de que o foro de prerrogativa para as ações de improbidade consta de norma implícita no sistema de repartição de competências, de forma que as demandas dessa natureza processadas equivocadamente no juízo de primeiro grau são nulas de pleno direito em razão da incompetência absoluta do juízo.

37. Considerando o horizonte de tempo de dez anos, em médio prazo a mudança da competência do juízo repercute diretamente na demora na tramitação das ações civis públicas por ato de improbidade que envolvam autoridades beneficiadas pelo foro privilegiado, face a sobrecarga de trabalho dos tribunais.

38. Em longo prazo, a mudança operada através da Lei 10.628/2002, por constituir fator de burocratização do processo de responsabilização por ato de improbidade, resulta na redução significativa da eficiência da repressão à corrupção na Administração Pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. Livros

ALEXY, Robert: **Teoria de Los Derechos Fundamentales** [Teoria dos Direitos Fundamentais]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BEZERRA, Marcos Otávio: **Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará / ANPOCS (co-edição), 1995.

BILAC PINTO, Francisco: **Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BOBBIO, Norberto: **Teoria do ordenamento jurídico** [Teoria dell'ordinamento giuridico]. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. ed., Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo: **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rv., at. e amp., São Paulo: Malheiros, 1997.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto: **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BUENO, Eduardo: **Náufragos, traficantes e degredados: as primeiras expedições ao Brasil**. Coleção Terra Brasilis, Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes: **Direito Constitucional**. 5. ed. rf. am., Coimbra: Almedina, 1991.

CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque: **A corrupção no Brasil**. São Paulo: Siciliano, 1991.

CHALITA, Gabriel: **Ética dos governantes e dos governados**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COSTA, Humberto Pimentel: **Improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública**. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2001.

COSTA, José Armando da: **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, [s/d].

CUNHA, Alcides Munhoz da: **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

FARIA, José Eduardo: **Poder e Legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo: **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2.ed., São Paulo: Atlas: 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle: **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo: **Probidade Administrativa, comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_: **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABIB, Sérgio: **Brasil: quinhentos anos de corrupção**. Porto Alegre: SAFE, 1994.

KELSEN, Hans: **Teoria Pura do Direito** [Reine Rechtslehre]. Trad. de João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLITGAARD, Robert E.: **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

LAPORTA, Francisco. **Entre el Derecho y la Moral** [Entre o Direito e a Moral]. 2.ed., México: Fontamara, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes: **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. rv., at. e amp., São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de: **Teoria do fato jurídico**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira: **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina: **Improbidade Administrativa, observações sobre a Lei. 8.429/92.** Porto Alegre: Síntese, 1997.

OTERO, Paulo da Cunha Costa: **Lições de Introdução ao Estudo do Direito.** Lisboa: Pedro Ferreira, 1998. v. 1, t. 1.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Fernando; e FAZZIO JUNIOR, Waldo: **Improbidade Administrativa, aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público.** 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PÉREZ, Jesús González: **Administración pública y moral** [Administração Pública e Moral]. Madrid: Civitas, 1995.

RIGOLIN, Ivan Barbosa: **Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis.** 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes: **Princípios Constitucionais da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jacques: **Do Contrato Social** [Du Contrat Social]. Trad. de Lourdes Santos Machado, Coleção Os Pensadores, v. 24, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SARMENTO, George: **Improbidade administrativa.** Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, De Plácido e: **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, José Afonso da: **Ação Popular Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_: **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_: **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13. ed. rv., São Paulo: Malheiros, 1997.

STEINMETZ, Wilson Antônio: **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria; e TUCCI, José Rogério Cruz: **Devido processo legal e tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

## 2. Artigos

ADEODATO, João Maurício: “Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 8, p. 119-216, Recife: ed. Universitária/UFPE, 1997.

ALMEIDA, João Batista de: “Adequação da ação e combate à improbidade administrativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 131-145, 2002.

ALMEIDA, Luis Cláudio Carvalho de: “A competência nas ações de improbidade administrativa”. **Revista Virtual Fundação do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br>>. Acesso em: 3 jun. 2003.

ALVARENGA, Aristides Junqueira: “Reflexões sobre improbidade administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 86-92, 2001.

ARRUDA ALVIM: “Ação Civil Pública”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 87, Conferências.

CARVALHO, Getúlio: “Da contravenção à cleptocracia”. In LEITE, Celso Barroso (org.): **Sociologia da Corrupção**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 61-82, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder: “Competência do juízo de 1º grau”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 119-129, 2002.

CORDEIRO, Paulo Machado: “Apreciação algo filosófica sobre a necessidade de uma teoria geral na atividade dos operadores jurídicos”. **Direitos e Deveres**. Maceió: Imprensa Universitária – UFAL, ano 2, n. 4: 75-99, jan./jun. 1999.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro: “Improbidade Administrativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 335-392, 2002.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; e DAL POZZO, Augusto Neves: “Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 65-85, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu: “Limitações à atuação do Ministério Público”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 19-43, 2001.

DELGADO, José Augusto: “Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 680: p. 209-223, jun. 1992.

DINAMARCO, Pedro da Silva: “Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa”. In BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 330-342, 2001.

FERNANDES, Flávio Sátiro: “Improbidade Administrativa”, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro : Renovar, v. 210: p. 171-181, out./dez. 1997.

FERRAZ, Sérgio: “Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa.”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 364-386, 2001.

FIGUEIREDO Marcelo: “Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 285-299, 2001.

FONSECA, Antônio: “O princípio da eficiência”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 35-66, 2002.

GARCIA, Mônica Nicida: “Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade”. **Boletim dos Procuradores da República**, [s/1], ano 5, n. 56: p. 15-18, dez. 2002.

GEDDES, Bárbara e RIBEIRO NETO, Artur: “Fontes institucionais da corrupção no Brasil In ROSENN, Keith S.; e DOWNES, Richard (org.): **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Trad. de Roberto Grey, Rio de Janeiro: FGV, p. 47-79, 2000.

GIACOMUZZI, José Guilherme: “A moralidade administrativa – história de um conceito”: In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Renovar, v. 230: p. 291-303, out./dez. 2002.

GOMES, José Jairo: “Apontamentos sobre a improbidade administrativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 239-294, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini: “Uma nova modalidade de legitimação à ação popular”. In MILARÉ, Edis (coord.): **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1995.

JOHNSTON, Michel [traduzido pelo organizador]: “O paradoxo da corrupção: efeitos grupais e sistêmicos”. In LEITE, Celso Barroso (org.): **Sociologia da Corrupção**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 138-152, 1987.

LEITE, Celso Barroso: “Desonestidade de pessoas honestas”. In \_\_\_\_: **Sociologia da Corrupção**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 35-60, 1987.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos: “Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 300-329, 2001.

MARTINS, Ives Gandra: “Aspectos procedimentais do instituto jurídico do ‘Impeachment’ e conformação da figura da improbidade administrativa”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 685: p. 286-299, nov. 1992.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de: “Improbidade administrativa e atos judiciais”: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Renovar, v. 230: p. 187-195, out./dez. 2002.

MEDEIROS LIMA, Jonas Sidnei Santiago de: “Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id= 3633>>. Acesso em: 5 jun. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira e WALD, Arnaldo: “Ação por improbidade administrativa: competência”. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo: Consulex, ano I, n. 5, maio de 1997.

MÉNY, Yves: “‘Fin de siècle’ corruption: change, crisis and shifting values”[Corrupção do fim de século: transformação, crise e mudança de valores]: In **International Social Science Journal: Corruption in Western Democracies**. [Revista Internacional de Ciência Social: Corrupção nas Democracias Ocidentais] Oxford : Blackwell, UNESCO, v. XLVIII, n. 3: p. 309-320, set. 1996.

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de: “O círculo vicioso da corrupção” In LEITE, Celso Barroso (org.): **Sociologia da Corrupção**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., p. 21-34, 1987.

PAULA, Adriano Perácio de: “Sobre a Lei 8.429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas Ações de Improbidade no Processo Civil”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 44-64, 2001.

PAZZAGLINI FILHO, Marino: “A Improbidade Administrativa e a reforma do Estado”, **RT**, ano 87, n. 747, jan. de 1998.

REVEL, Jean-François: “Corrupção, ameaça à democracia”. **O Estado de São Paulo**, 17.8.1986.

ROTHENBURG, Walter Claudius: “Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 461-483, 2002.

ROSE-ACKERMAN, Susan: “Democracy and ‘grand’ corruption” [Democracia e ‘alta’ corrupção]: In **International Social Science Journal: Corruption in Western Democracies** [Revista Internacional de Ciência Social: Corrupção nas Democracias Ocidentais]. Oxford : Blackwell, UNESCO, v. XLVIII, n. 3: p. 365-380, set. 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite: “A probidade na era dos desencantos”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 147-188, 2002.

SKIDMORE, Thomas: “A queda de Collor: uma perspectiva histórica” In ROSENN, Keith S.; e DOWNES, Richard (org.): **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Trad. de Roberto Grey, Rio de Janeiro: FGV, p. 23-46, 2000.

SOARES DO NASCIMENTO, Rogério José Bento: “Improbidade Legislativa”. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 409-427, 2002.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; e CAETANO, Flávio Croce: “Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa.”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 350-363, 2001.

TRÊS, Celso Antônio: “A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa probidade no combate à improbidade”: In SAMPAIO, José Adércio Leite *et alii* (org.): **Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 67-93, 2002.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário Velloso Filho: “A indisponibilidade de bens na Lei n. 8.429, de 1992”. In SCARPINELLA BUENO, Cássio; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.): **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, p. 98-109, 2001.