

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI

**A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE PREFEITOS EM
AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

FLORIANÓPOLIS - SC

2013

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI

A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE PREFEITOS EM
AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Lamy


FLORIANÓPOLIS – SC
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Competência para julgamento de prefeito em ação de improbidade administrativa**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Lanna Gabriela Bruning Simoni**, defendida em **02/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

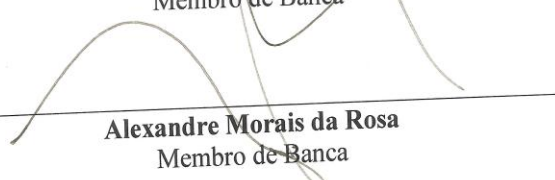
Florianópolis, 2 de Julho de 2013.



Eduardo de Avelar Lamy
Professor(a) Orientador(a)



Charles Machado
Membro de Banca



Alexandre Morais da Rosa
Membro de Banca

A todos que entenderam minhas ausências e aceitaram minhas omissões.

Aos que compartilharam comigo todas as minhas lágrimas e sorrisos.

Aos que inspiraram minhas ideias e se permitiram serem inspirados por mim.

A todos aqueles que sabem quem são.

Mas, em especial, à minha querida família, simplesmente, por tudo.

RESUMO

O mal da improbidade não é um fenômeno restrito à realidade hodierna, mas tem tomado dimensões alarmantes quando se trata da Administração Pública, em especial no âmbito municipal. Com efeito, a má-gestão pública afeta a toda coletividade, transcendendo a esfera individual, para se projetar de maneira difusa, de modo indivisível. Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a probidade administrativa recebeu adequado tratamento, uma vez que a Carta Magna evidenciou a importância da cidadania no controle dos atos ímprobos e permitiu a aplicação de um microssistema de direitos difusos. No entanto, coube ao legislador infraconstitucional promulgar a Lei da Improbidade Administrativa para disciplinar os contornos materiais do ato de improbidade, quais sejam seus sujeitos, atos e sanções, e ainda os aspectos procedimentais. Como um dos instrumentos legais mais importantes para o fortalecimento da democracia brasileira, causa espanto a indagação de qual o juízo competente para julgamento de prefeitos. É que alguns doutrinadores tem-se utilizado de uma manobra de aproximação da Lei de Improbidade à Lei penal ou à Lei de crime de responsabilidade, tendo em vista a omissão constitucional entre a jurisdição civil e jurisdição penal ao estatuir o foro competente, para acobertar o julgamento de prefeitos sob o manto do foro por prerrogativa de função. É mesmo de se lastimar tal tentativa dos agentes políticos municipais não mais responderem ao juízo monocrático por ato de Improbidade Administrativa, pois a LIA possui evidente natureza cível, de modo que não se pode estender o foro especial criminal para os casos não previstos pelo constituinte sob pena de menosprezar a lógica do sistema reinante até então.

Palavras chaves: Corrupção e Improbidade. Má-gestão Pública. Direito Difuso. Tutela Coletiva. Regramento Constitucional. Lei de Improbidade. Sujeitos. Atos. Sanções. Instrumentos processuais. Competência. Foro por prerrogativa de função. Independência entre instâncias.

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto."

Rui Barbosa

SUMÁRIO

1. O COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	9
1.1 Corrupção e improbidade administrativa	9
1.2 A natureza difusa do direito à probidade administrativa e a tutela da transindividualidade	13
1.3 Regramento constitucional da probidade administrativa.....	20
2 DISPOSIÇÕES GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	28
2.1 Sujeitos dos atos de improbidade	29
2.2 Modalidades de atos de improbidade administrativa.....	33
2.2.1 Enriquecimento ilícito	34
2.2.2 Atos lesivos ao patrimônio público	36
2.2.3 Atos atentatórios aos princípios da administração pública.....	38
2.3 Sanções	40
2.4 Instrumento processual para a tutela da probidade administrativa	43
3. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE PREFEITOS EM AÇÃO DE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	54
3.1 Competência na ação de improbidade administrativa.....	54
3.2 Foro por prerrogativa de função para prefeitos municipais em ação de improbidade administrativa e o Supremo Tribunal Federal – ADIN 2.797	57
3.3 Independência entre os juízos de natureza diversa para processar e julgar ação contra prefeitos — RCL nº 2.138	74
3.4 Julgamento de prefeitos com repercussão geral pelo STF no ARE 683235 - Recurso Extraordinário com Agravo.....	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92
ANEXO	97

INTRODUÇÃO

Crise moral. É assim que a sociedade adjetiva o envolvimento das autoridades com a prática de improbidade administrativa. Não é de hoje que os escândalos da má-gestão da administração pública são denunciados pela mídia, repercutindo a ideia de que os governantes apenas buscam no mandato a chance de se enriquecer ilicitamente, favorecer terceiros ou desviar recursos do erário. O patrimonialismo que inspirou a administração pública brasileira privilegiou a política de trocas, o trânsito de influências, o favorecimento ilegal, as práticas clientelistas, o pagamento de propinas e o nepotismo no serviço público.

Por todos esses motivos, tem sido cada vez mais patente o declínio da confiança popular no governo, e por consequência, nas instituições democráticas que dele fazem parte. Sobretudo, quando se contempla o plano municipal, a proximidade do indivíduo com a administração pública faz com que a diminuição da credibilidade na gestão administrativa se justifique por atitudes que vão de encontro ao bem comum de uma determinada região. É que o interesse tutelado na probidade administrativa é aquele que transcende a esfera do indivíduo e, de maneira difusa, isto é, transindividual, alcança toda a coletividade, indivisivelmente.

Com efeito, a preocupação com os devaneios do patrimônio público e com a impunidade dos agentes que dele se utilizam deram ensejo ao aumento progressivo dos litígios de massa, de modo a evidenciar a premente necessidade de criação de mecanismos processuais específicos aptos a desestimular e a coibir as práticas ímprobas.

A Constituição Federal de 1988, evidenciando a importância da cidadania no controle dos atos ímprobos perpetrados pelo gestor público, deu adequado tratamento ao tema da improbidade administrativa, permitindo a aplicação de um microsistema de direitos difusos, nele integrando, desde que lhe sendo compatível, a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

O tratamento dispensado pela Carta Magna de 1988 foi coadjuvado com o advento da Lei nº 8.429/92, que além de dispor sobre os sujeitos submetidos à LIA, as sanções aplicáveis aos atos de enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público e atentado aos princípios da administração pública, disciplinou os aspectos de natureza processual.

A Lei de Improbidade Administrativa apresenta-se como um dos instrumentos legais mais importantes para o fortalecimento da democracia brasileira. Por meio da LIA é possível viabilizar a governabilidade, restabelecer a confiança popular nas instituições estatais, melhorar a distribuição de rendas, imprimir maior eficiência aos serviços públicos e políticas sociais, além de resgatar a dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, causa espanto a divergência hoje existente na doutrina e na jurisprudência a respeito do Juízo competente, no caso, para o processamento e julgamento de prefeitos. A análise da matéria é de suma relevância, visto que o Supremo Tribunal Federal está para julgá-la no Recurso Extraordinário com Agravo nº 683235. Esta situação, portanto, acalenta debates na medida em que os chefes executivos municipais podem estar subordinados à regra do foro especial por prerrogativa de função prevista nas ações penais e nos crimes de responsabilidade.

Evidencia-se, logo, o escopo do presente estudo. De tal modo, utilizou-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, para avaliar se os prefeitos municipais estão sujeitos ao foro privativo em decorrência da natureza da Lei de Improbidade e de sua aplicabilidade a estes agentes políticos.

Sendo assim, primeiramente foram abordados os conceitos de corrupção e de improbidade, apontando as suas diferenças, e bem ainda suas origens e substratos no cenário nacional. Além disso, definiu-se a natureza coletiva da improbidade administrativa e o regramento dado pela Constituição Federal de 1988, com as inovações que dela decorreram.

No segundo capítulo, realizou-se uma análise dos aspectos da Lei de Improbidade Administrativa como instituto de tutela coletiva, com breve conceituação dos sujeitos, atos e sanções previstos no referido diploma, e também dos mecanismos processuais utilizados para a sua tutela, compreendidas a ação civil pública e a ação popular.

Por fim, mostrou-se propício abordar a tese central deste trabalho, com um estudo sobre a competência para julgamento de prefeitos, percorrendo a natureza da lei de improbidade, já que apenas as sanções de caráter penal estão amparadas pelo foro especial. Ademais, tratou-se da possibilidade de aproximação da Lei de Improbidade como crime de responsabilidade, a fim de perquirir se estaria assegurado ao agente político municipal o foro por prerrogativa de função.

Não se pode olvidar os importantes reflexos sociais que tais decisões produzem, especialmente quando mais e mais se percebe a premente necessidade de se eliminar, ou, ao menos, reduzir, com eficiência, a corrupção que devassa a Administração Pública Brasileira.

Daí a importância de se avaliar se, de fato, existe o obstáculo jurídico defendido em alguns precedentes jurisprudenciais ou se, em realidade, não existem razões científico-jurídicas a impedir a aplicação do foro por prerrogativa de função aos Prefeitos Municipais julgados por atos de improbidade administrativa.

1. O COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O fim do século XIX interrompeu a nascente tradição da honestidade dos homens públicos. A ascensão dos homens públicos que não produzem teve a consequência de acirrar o apetite dos desonestos e dos aventureiros. Sem lei que os obrigue a inventariar todos os anos o que têm e o que têm os seus parentes sucessíveis e à publicação de seus haveres e rendas, anualmente, é difícil fazer o país voltar àquela nascente tradição (Miranda, 1946, p. 366-367).

À guisa da análise prática acerca da competência para afastamento do chefe executivo municipal em ação de improbidade administrativa, a se proceder no decorrer do presente estudo, revela-se imperioso que previamente sejam alicerçadas algumas considerações teóricas concernentes à origem da improbidade como espécie de má gestão pública no direito brasileiro, e, bem ainda, ao próprio sistema protetivo da probidade administrativa, cujo interesse é difuso e tem seu embasamento na Constituição Federal de 1988, nas ações coletivas e na Lei Anticorrupção — n° 8.429/92.

1.1 Corrupção e improbidade administrativa

Nos alvares deste século, não obstante o Brasil vivenciar uma estabilidade econômica no cenário internacional¹, a chaga da má-gestão pública, intrinsecamente relacionada à corrupção, ainda é uma das maiores limitações ao desenvolvimento do país. Estima-se que o custo da má-administração pública perfaz anualmente a média de R\$ 49,5 bilhões a R\$ 60 bilhões de reais², não faltando episódios que engrossam as estatísticas destrutivas da imagem brasileira, em especial, aqueles envolvendo prefeitos municipais.

Casos reproduzidos pela mídia como “Collor/PC Farias”, “Anões do orçamento”, “Maluf/Pitta”, “TRT”, “SUDAM”, “Operação Anaconda”, “Mensalão”, “Máfia dos

¹ Maior gestora de renda fixa no mundo, a Pacific Investment Co., acredita que o Brasil mantém a atratividade de investidores estrangeiros devido ao seu baixo risco de crédito, à economia estável e a boa reputação da política econômica nas últimas décadas se comparadas com a de outros países emergentes. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,brasil-ainda-atrai-investimentos-diz-gestora-pimco,149552,0.htm>>. Acesso em: 18/03/2013.

² FIESP – Fundação das Indústrias de São Paulo. Disponível em <<http://www.fiesp.com.br/wp-content/uploads/2012/05/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>>, p. 27. Acesso em: 04/04/2013.

Sanguessugas”, “Operação Navalha”, que se arrastam na justiça há mais de 20 anos³, passaram a fazer parte do cotidiano da população em proporções assustadoras e alarmantes, alimentando a percepção de que a impunidade gera corrupção e vice-versa⁴.

No âmbito do direito penal, o combate à corrupção dispõe sobre os tipos de corrupção passiva (art. 317) e corrupção ativa (art. 333) destinadas tanto ao funcionário público quanto ao agente particular. Contudo, a corrupção combatida é mais ampla.

A visão que mais aproxima a corrupção ao discurso da sociedade vai além do senso jurídico, merecendo ser esclarecida, pois não pode desprezar ao direito sob pena de afastar o operador da lei de seus destinatários.

Para o senso comum, o termo “corrupção” refere-se a qualquer irregularidade praticada à coisa pública. A corrupção, em relação à esfera municipal, bem como na comparação com estados e união, pode ser conceituada pelos dizeres de Garcia e Alves (2011) como a obtenção de uma vantagem indevida para si ou para outrem, por uma conduta comissiva ou omissiva do agente público, contrária à lei lhe autorizou, possuindo como elementos característicos o desvio de poder e o enriquecimento ilícito.

Corrupção é a conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material. Ela ocorre em todos os tipos de governo, em maior ou menor frequência e intensidade. Mas é muito grave na democracia, isto porque, esta precisa da representação para chegar ao interesse geral e se for corrupta o regime fica desfigurado, desmoralizado e ineficiente. Pode, ainda, acarretar a perda da legitimidade do regime (FERREIRA FILHO, 2001, p. 87-88).

É de se notar que a corrupção constitui tão-somente uma das faces da chamada improbidade administrativa, a qual possui uma amplitude maior, englobando condutas que dificilmente seriam enquadradas como corruptivas. Essa confusão aos olhos do leigo, como ressalta Osório (2011), deve-se ao fato de que a imprensa jornalística é abundante na revelação e denúncia de casos de má gestão pública, não poucas vezes rotulados sob o manto

³ Folha de São Paulo. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/969547-maiores-casos-de-corrupcao-do-pais-ainda-se-arrastam-na-justica.shtml>>. Acesso em: 04/04/2013.

⁴ Em debate na Conferência Internacional Anticorrupção (IACC), o fundador da Transparência Internacional, Peter Eigen, afirmou que a corrupção está intimamente ligada a não punição dos atores envolvidos nos processos ilícitos, que são uma via de mão dupla. “Em todos os lugares do mundo os dois temas apresentam correlação em diversos sentidos. As pessoas acreditam que ficarão impunes e optam pela corrupção. Ao mesmo tempo, o ato de corrupção em si fortalece a impunidade”, explicou Eigen. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/impunidade-gera-corrupcao-e-vice-versa-diz-fundador-da-transparencia-internacional>>. Acesso em: 20/03/2013.

da corrupção, mas que claramente transcendem esses limites, pois, por vezes, verifica-se supostos de desonestidade distintos e, por outras, graves ineficiências funcionais⁵.

Volvendo à retrospectiva brasileira, Martins Júnior (2009) destaca que esses desfalques na administração governamental têm sido registrados anos e anos, seja pela complacência popular, seja pela impunidade dos autores dos atentados à probidade⁶. No âmbito municipal, essa prática tem sido cada vez mais comum vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou aos municípios níveis de autonomia jamais vistos ao possibilitar que cada uma dessas entidades pudesse elaborar sua própria lei orgânica, pela qual deveria ser regida. São os chefes executivos municipais, justamente, os agentes que mais desfrutam de condições propícias à prática de atos ímprobos.

Desse modo, em que pesem os recentes escândalos ao princípio da probidade, a má-gestão da administração municipal não está adstrita à realidade hodierna. É que “a corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos aqui e alhures” (CAIO TÁCITO *apud* COSTA, 2005, p. 37). A propósito, Sobrane (2010, p. 7) salienta que “a preocupação com o aviltamento do patrimônio remonta ao embrionário surgimento da sociedade brasileira” (Sobrane, 2010, p. 7). Nessa senda, Habib (1994, p. 73) certifica que a improbidade administrativa no Brasil é um mal que persiste na história do país, haja vista que esteve presente na Administração Pública desde a época colonial, passando pelo império e persistindo com a proclamação da república⁷.

À vista disso, oportuno assentar, de acordo com os principais historiadores brasileiros⁸, a premissa fundadora das ilicitudes administrativas no país. Isso porque, a contar dos primórdios da colonização brasileira, de acordo com Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011), a manifesta ingerência entre o domínio público e o privado tem sido a principal causa das ilegalidades ocorridas na Administração Pública.

⁵ “Na linguagem cotidiana, a improbidade substitui a corrupção, abarcou ou absorveu as modalidades de enriquecimento ilícito, porque esta é a linguagem dos meios forenses que se transplanta ao meio jornalístico. Há toda uma tendência de alargamento dos tentáculos estatais em busca da repressão de múltiplas modalidades de atos ilícitos, seja na forma de desonestidades, seja na forma de ineficiências intoleráveis” (OSÓRIO, 2011, p. 36-37).

⁶ Bem retratados, então, os versos de Chico Buarque de Holanda ao aduzir que “dormia a nossa pátria mãe tão distraída sem perceber que era subtraída em tenebrosas transações”. A música “Vai Passar” de Chico Buarque de Holanda, composta durante o período de ditadura militar, contém críticas implícitas ao regime. Recentemente, seus versos fizeram parte do julgamento “Mensalão” quando citados pelo Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1131620-no-dia-da-acusacao-desabafo-de-procurador-marca-julgamento-do-mensalao.shtml>>. Acesso em: 28/04/2013.

⁷ “A corrupção no Brasil apresenta, pois, essa particularidade, decorrente de um longo período de dominação, fosse do colonialismo português – durante a fase colonial-, fosse da dependência inglesa – na época do Império-, fosse do imperialismo norte-americano, durante quase toda a fase republicana” (*ib idem*).

⁸ Coadunam com essa visão os doutrinadores Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro, Roberto daMatta, Alberto Carlos Almeida.

O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo que Monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência. Não bastasse isso, tinham por objetivo comum o lucro desenfreado e, como única ação, o desfacelamento das riquezas da colônia a si subjugada, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a esta época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém, e que sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder. (GARCIA E ALVES, 2012, p. 4).

A dominação dos interesses particulares sobre os interesses públicos dá margem à improbidade administrativa não só municipal, como também aos demais entes da administração pública, havendo uma clara probabilidade dos agentes políticos se apropriarem dos cofres para satisfazerem seus caprichos pessoais.

Corroborando com a ideia acima Almeida (2007), ao afirmar que não obstante o espaço público ser claramente delimitado em oposição ao privado, o fato dos políticos apresentarem uma crônica propensão a se apropriarem privadamente do que é público, evidencia o modelo patrimonialista⁹ com que foi contaminada a Administração Estatal.

Assim é que Faoro (2001, p. 869), utilizando o conceito de patrimonialismo de Weber, busca explicar as mazelas nacionais sob o seguinte prisma:

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi.¹⁰

⁹ O sociólogo Max Weber assevera, ao estudar as relações da sociedade com o Estado, que o patrimonialismo é um tipo específico de “dominação tradicional” existente entre uma autoridade política e o seu povo. Essa dominação ocorre quando a crença dos súditos na santidade das ordens e poderes emanados pelo senhor chegassem ao extremo, de modo que o governante trataria a administração como assunto puramente pessoal, e a propriedade e o exercício de seu poder, fariam parte de seu patrimônio pessoal, caracterizando, assim, o patrimonialismo (WEBER, 2000, p. 141/155).

¹⁰ A respeito do assunto, Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 145-146) anota que: “Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático”.

Não se comete equívoco, pois, quando se afirma que essa indistinção entre a esfera pública e a esfera privada acabou legitimando a cultura do “jeitinho brasileiro”¹¹. Esses vícios desvirtuaram os fins da política no Brasil. De tal modo, as regras da administração pública são transgredidas por artifícios utilizados pelo agente que, ao auferir vantagens para si ou para terceiros, cria desigualdades entre os que deveriam obrigatoriamente ser tratados com igualdade.

A deturpação tradicional do poder disseminou na sociedade brasileira a inconveniente, insuportável e incômoda cultura da improbidade administrativa, pela qual os maiores e mais gritantes escândalos eram vistos com passividade geral como decorrência da naturalidade das coisas, como se fossem absoluta, elementar e naturalmente lícitos aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, o malbaratamento dos recursos do erário, o vilipêndio aos princípios da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais (MARTINS JÚNIOS, 2009, p. 2).¹²

Desse modo, em face do que foi observado, inexorável concluir que os atos de improbidade administrativa atingem direitos transindividuais, compreendidos aqueles que atingem interesses difusos da coletividade, uma vez que as condutas ímprobadas atingem o direito da sociedade na medida em que acaba por comprometer o funcionamento da administração pública e, por conseguinte, as prestações sociais assumidas pelo estado, essenciais para a boa qualidade de vida da população.

1.2 A natureza difusa do direito à probidade administrativa e a tutela da transindividualidade

A fim de que se possa evitar uma conjuntura administrativa alimentada pelo descrédito e pela ineficiência, é fácil constatar que a probidade administrativa precisa ser tutelada, já que

¹¹ Para Roberto Damatta, a questão sociológica que o “jeitinho” apresenta “mostra uma relação ruim com a lei geral, com a norma desenhada para todos os cidadãos, com o pressuposto que essa regra universal produz legalidade e cidadania! Eu pago meus impostos integralmente e por isso posso exigir dos funcionários públicos do meu país. Tenho o direito — como cidadão — de tomar conta da Biblioteca Nacional, que também é minha. Agora, se eu dou um jeito nos meus impostos porque o delegado da receita federal é meu amigo ou parente e faz a tal “vista grossa”, aí temos o “jeitinho” virando corrupção”. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/conteudo-complementar/forum-sobre-corrupcao-roberto-damatta>>. Acesso em: 20/03/2013.

¹² Aproveitando o dizer de Martins Júnior, Fazzio Júnior (2001, p. 48) arremata que: Não é original, mas é válido lembrar o desmesurado alargamento do setor público, não apenas com o surgimento das empresas estatais, mas com o deslocamento crescente das atividades atribuídas aos centros de poder para a periferia. Multiplicaram-se os empregos públicos e tornaram-se cada vez mais frágeis os instrumentos de controle, não porque desatualizados, mas principalmente porque insuficientes para compreender todas as dimensões da obesidade pública.

representa interesse de todos. É que é fundamental que exista um controle da ética junto à administração pública para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Na concepção de Rosa e Ghizzo Neto (2001), o Estado Democrático de Direito, possui feições “garantistas” com o objetivo de modificar a realidade, devendo sua legitimação ir além da mera democracia formal, a fim de alcançar a democracia material, pela qual os direitos fundamentais, dentre eles o da probidade, devem ser respeitados e efetivados, sob pena de descrédito das instituições estatais (p. 13-14)

Sem prejuízo da discricionariedade administrativa, referido controle pelo poder judiciário “é determinação lógica e necessária na prevenção e no combate aos atos de improbidade administrativa” (Rosa e Ghizzo Neto, 2001, p. 46)¹³. Sarmiento (2002, p. 32) elenca a ética com o pressuposto da boa administração pública, por assim dizer:

[...] fundamenta-se em um conjunto de valores morais que regem as condutas das autoridades e orientam as políticas e serviços sociais na consecução do interesse geral. [...] a realização desses valores pressupõe a existência do Estado Democrático de Direito baseado na legalidade, moralidade e respeito aos direitos humanos fundamentais. [...] Apenas nessa ambiência é que se pode falar [...] em improbidade administrativa como ato ilícito. Quando o sistema político é ilegítimo, despótico, ditatorial [...], nem todo desrespeito às normas administrativas é antiético .¹⁴

Com efeito, a probidade administrativa retrata a manifestação de vontade social, ou seja, aquilo que a sociedade deseja para si mesma. “É um valor socialmente difundido e, por isso, pertence a toda a coletividade, indivisível e indeterminante, integrando o patrimônio social” (FIGUEIREDO *apud* MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 91). Tal feixe de interesses que não pertence nem aos particulares nem à administração pública, já que é, na verdade, considerado como interesse transindividual por excelência, pois “do ponto subjetivo, são

¹³ “Não há, portanto, falar em ‘usurpação’ ou ‘intromissão indevida’, quando se leva em conta que cada indivíduo, na condição de destinatário e credor da boa gestão dos negócios públicos, tem título originário para dela participar *ativamente*. Concede-se que nessa participação podem ocorrer abusos, nos casos em que a ostensiva defesa de interesses gerais possa esconder, porventura, mesquinhos interesses individuais; em tais hipóteses, o Direito há de fornecer os meios para se coibir esses desvios. O inaceitável é que, a pretexto de ‘resguardar’ a ‘boa ordem da Administração’, se reprima a participação desses legítimos titulares do direito público subjetivo à prova e eficiente gestão de coisa pública” (MANCUSO, 1998, p. 110).

¹⁴ “O interesse público tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa é o denominado “interesse público primário”, ou seja, aquele pertencente a toda coletividade, ao povo, que configura obrigação do Estado, não se confundindo, portanto, com aquele conhecido como “interesse público secundário”, que se refere ao interesse privado do Estado, como pessoa jurídica de direito público, e que só podem ser exercidos quando não colidirem com os primeiros. Aliás, importante observar que essa obrigação do Estado de atuar positivamente na prestação dos direitos sociais é, como destaca Marcelo Abelha Rodrigues, uma superação da postura omissiva, não intervencionista, do Estado Liberal, que se desenvolveu e se transformou, na atualidade, em um Estado Democrático de Direito. Com efeito, como destaca o autor: Em conclusão ao que foi exposto, podemos dizer que com a transformação do Estado de liberal para social, o interesse público deixou de ser aquilo que não era individual para ser aquilo que é do povo. Essa mudança de postura estatal (de omissiva a comissiva) fez com que diversos direitos relativos à entrega de qualidade de vida passassem a ser exigidos pela sociedade, impondo-se um dever ao Estado de prestá-los.” (MIRANDA, 2007, p. 484).

titularizados por uma pluralidade de pessoas; quanto ao seu objeto, não comportam fracionamento” (BARROSO *apud* TEMER, 2011, p. 29).

A formação dos interesses transindividuais — ou também denominados metaindividuais — é decorrente da evolução da sociedade, que, calcada no sistema de produção capitalista, culminou para a geração de grandes conflitos de massa, pois uma parcela de interesses estavam represados, insatisfeitos pelo ordenamento jurídico. Em função do dinamismo que alcançaram as relações societárias, surgiram conflitos entre interesses coletivos, de forma a revelar a insuficiência de processos políticos de mediação¹⁵.

Ada Pellegrini Grinover *apud* Sobrane (2010, p. 84) considera que o estado deixou de ser “o garantidor externo da sociedade, como regulador da disciplina das relações interindividuais”, e tornou-se “parte ativa no processo econômico e social, mediante a redistribuição da *plus* valia a camadas cada vez mais amplas da população”. Acrescenta a autora que o neoliberalismo adotou a postura de tutelar “valores sociais, e não mais os do indivíduo abstratamente considerado”, resultando em uma economia de “intervenções manifestamente políticas”. Noutra viés, brotam tendências contrárias às classes dominantes, por requisições institucionais e sociais das classes emergentes, levando a uma litigiosidade de massa.

Una quantità crescente, per numero e per importanza, di rapporti e di attività, coinvolgono non singoli soggetti soltanto, isolatamente presi, ma gruppi, classi, categorie intere. Interessi tipici di questo mondo nuovo, come quelli alla salute e all'ambiente naturale, hanno carattere 'diffuso', 'collettivo', poiché non appartengono a singoli individui in quanto tali ma alla collettività. La tutela contro la loro violazione, assume caratteristiche del tutto particolari ed un'importanza ignota finora nella storia delle civiltà del diritto (CAPPELLETTI *apud* MANCUSO, 1998, p. 69-70)¹⁶.

¹⁵ Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios (...). Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução dos processos judiciais (CUNHA *apud* TEMER, 2011, p. 14).

¹⁶ Nessa mesma linha de Cappelletti, Mancuso substancia o nascimento dos interesses transindividuais na revolução industrial e no nascimento do sindicalismo: “O primeiro passo para a ‘revelação’ desses interesses difusos deu-se com o advento da Revolução Industrial e a consequente constatação de que os valores tradicionais, individualistas, do século XIX, não sobreviveriam muito tempo, sufocados ao peso de uma sociedade ‘de massa’... Nessa sociedade de ‘massa’, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos de que se compõe a sociedade; não há mais a preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados... Paralelamente à Revolução Industrial e à massificação da sociedade, também o sindicalismo contribuiu para fazer aflorar essa ‘ordem coletiva’: os conflitos não mais se dão entre empregado e patrão, mas coletivamente, isto é, integrantes da força-trabalho na categoria ‘X’ versus integrantes da força-capital na categoria ‘patronal’ correspondente. (MANCUSO *apud* GARCIA E ALVES, 2011, p. 642).

Tal massificação dos conflitos promoveu o que Cappelletti (1977, p. 129) designou de “uma verdadeira e própria revolução” no processo, que teve que se modificar e desenvolver para a tutela jurisdicional coletiva, utilizando-se de instrumentos que vão além da solução da lide individual, e que priorizam a solução de interesses metaindividuais.

Essa obrigação de adaptação do processo foi descrita por Cappelletti:

Ma insieme con l’emerge sul piano sociale di questi fenomeni che sempre più nettamente caratterizzano le società contemporanee, emerge evidentemente anche sul piano processuale la necessità di adeguare il processo a questi nuovi bisogni, a queste nuove necessità; il tema, antico come la civiltà giuridica, del ‘bisogno di tutela’ e dell’accesso alla giustizia’, assume una configurazione nuova. È qui che i vecchi strumenti di rappresentanza nel processo del vecchio tipo di interessi, nettamente divisi, ‘a taglio di coltello’, in privati o pubblici, si rivelano sempre più insufficienti. (CAPPELLETTI apud SOBRANE, 2010, p. 88).

Assim é que o legislador, atento às configurações da sociedade contemporânea, deparou-se com a necessidade imperiosa de positivar uma tutela coletiva de direitos, identificando as três espécies que compõe sua estrutura, presentes nos incisos do art. 81 da Lei nº 8.078/90, e aplicáveis a quaisquer casos onde sua utilização for cabível, e não somente quando se tratar de dano ao consumidor. Tanto é que o art. 21 da Lei nº 7.347/85 é claro ao indicar que lhe é aplicável o Título III do CDC¹⁷, sejam os interesses difusos, os interesses coletivos estrito senso e os interesses individuais homogêneos.

A primeira categoria, cuja análise importa para os fins deste estudo, é a dos direitos difusos. Reza o art. 81, §único, inc. I do Código de Defesa do Consumidor que “os interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Os direitos difusos são, assim, interesses que se referem a um grupo indeterminado de lesados que, embora ligados por uma situação de fato, também se subordinam a uma relação jurídica, ainda que não decorrentes de uma situação fática resultante¹⁸.

Para Mazzilli (2009, p. 53) existem direitos difusos:

a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público [...]; b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas

¹⁷ Lei nº 7.347, Art. 21: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

¹⁸ Das concepções individualistas de titulação de direitos evoluiu-se à percepção de um feixe de interesses marcados pelo “... alto índice de desagregação ou de ‘atomização’, que lhes permite se referirem a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo”, surgindo, daí, a categoria dos chamados interesses difusos. (MANCUSO, 1998, p. 75).

não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade [...]; c) em conflitos com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com interesse do Estado enquanto pessoa jurídica [...]; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si [...].

Tomando a probidade administrativa como exemplo para a compreensão da natureza e dimensão destes interesses, nota-se que o direito a uma administração calcada na ética de seus gestores é inerente a toda humanidade, ou de forma mais específica, àquela comunidade que habita determinada cidade, estado, região ou país. Sua titularidade, portanto, é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, as quais não podem ser precisamente identificadas. Ademais, são unidas por uma situação de fato, o fato de residirem em determinado local que ocorreu, por exemplo, um desvio de verbas públicas da educação. Por fim, o objeto de seu interesse é indivisível, não sendo possível reparti-lo, pois o prejuízo atingirá a todos indiscriminadamente, não havendo vínculo jurídico obrigatório entre os titulares.

Bem elucida Paulo de Tarso Brandão citado por Martins Júnior (2009, p. 97):

É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que dis respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País a cujos Governos cabe gerir o patrimônio lesado, e mais todas as pessoas que venham ou possam vir, ainda que transitoriamente, desfrutar do conforto de uma perfeita aplicação ou os dissabores da má gestão do dinheiro público.

Não se trata, portanto, da simples soma de interesses individuais, muito menos como síntese destes, pois os direitos difusos referem-se à coletividade em geral, surgindo, por isso, sua indivisibilidade e indeterminação. É que nos interesses individuais homogêneos, os titulares podem ser determinados ou determináveis, bem como o objeto da pretensão pode ser dividido. Define o art. 81, § único, inc. III do CDC “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

É oportuno estabelecer que os direitos individuais homogêneos “são efetivamente homogêneos e apenas formalmente ou processualmente (acidentalmente) coletivos” (LEONEL, 2011, p. 100).

De igual modo, não se pode considerar a probidade como interesse coletivo stricto sensu, pois a lesão ao grupo não decorre de uma relação fática subjacente ao conflito, mas sim de uma relação jurídica básica que une o grupo, o qual não é o caso da improbidade

administrativa¹⁹. Assim elucida o art. 81, § único, inc. II da legislação consumerista como “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Nos ‘difusos’ e nos ‘coletivos em sentido estrito’ o caráter coletivo lhes é imanente, lhes integra a própria essência, já que pelos respectivos conceitos legais (incs. I e II), se vê que o objeto se apresenta indivisível e os sujeitos concernentes são, em princípio, indeterminados. A diferença específica fica por conta de que, nos “difusos”, por se reportarem a meras situações de fato, aquelas notas revelam-se absolutas (sujeitos absolutamente indeterminados e objeto absolutamente indivisível) ao passo que nos “coletivos em sentido estrito” elas se relativizam, porque os sujeitos – pela circunstância de estarem ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em ‘grupos, categorias ou classes’, na dicção legal (MANCUSO, 1998, p. 70).

O ordenamento jurídico brasileiro buscou, dessa forma, permitir a assimilação de tutelas coletivas, que *a priori*, não estavam positivadas. Ainda que o legislador apresente de forma esparsa os diplomas para solução da lide coletiva, analisados de forma conjunta, é possível extrair os princípios que regem o direito processual coletivo. Tais normas possuem caráter nitidamente benéfico, e como tal, devem ser interpretadas ampliativamente.

A tutela da probidade administrativa com sua configuração massificada trouxe, então, importantes modificações sob o aspecto processual, já que dada a “necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, [...] porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado” (MAZZILLI, 2009, p. 50-51).

A demanda judicial ganha dimensão de participação política, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais, tudo isto modificando a própria finalidade clássica da jurisdição, deslocando-a da simples atuação do direito objetivo para o papel promocional de aquisição de uma consciência do coletivo e do social, com manifestação participativa por meio da justiça (LEONEL, 2011, p. 89).

A ação judicial, portanto, para a veiculação de pretensões de natureza coletiva, acaba por se afastar de seu tradicional caráter individualístico, e passa a instrumentalizar-se como

¹⁹ Para a divisão entre os interesses difusos dos coletivos e individuais explica Mazzigli: “Quando nos depararmos com interesses transindividuais ou de grupos, para melhor identificar sua natureza, devemos atentar para o seguinte: a) o dano provocou lesões divisíveis, individualmente variáveis e quantificáveis? Se sim, estamos diante de interesses individuais homogêneos; b) o grupo lesado é indeterminável e as lesões são indivisíveis, mas o grupo é determinável, e o que une o grupo é apenas uma relação jurídica básica comum, então estamos diante de interesses coletivos”. (MAZZIGLI *apud* GARCIA E ALVES, 2011, p. 644).

ferramenta para a litigiosidade de massa, envolvendo interesses de diferentes complexidades a serem canalizados ao Poder Judiciário.

A caracterização da tutela da probidade como um direito difuso permite que sejam utilizados todos os instrumentos legais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa senda, a par da aplicabilidade das normas previstas na legislação infraconstitucional específica, tem-se como possível a incidência da Lei da Ação Popular, da Lei da Ação Civil Pública e inclusive do próprio Código de Defesa do Consumidor, sem contar com a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, este último no que se refere ao inquérito civil.

A solução para os problemas aventados começou a surgir inicialmente com a ação popular — Lei nº 4.717/65 — por ser “um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo” (MEIRELLES, 2004, p. 88)²⁰. Posteriormente, a ação civil pública — Lei nº 7.437/85 — também veio alargar à proteção a tutela do patrimônio, expandindo a tutela dos direitos difusos, possuindo como um dos seus múltiplos objetivos a defesa do patrimônio público²¹. À luz desse rápido perfil, que será abordado com maiores detalhes no próximo capítulo, cabe ressaltar que foi somente com a Constituição Federal 1988 que significativos avanços em sede de tutela dos interesses metaindividuais foram alcançados, dos quais pode-se destacar a ampliação do cabimento da ação popular e a previsão da ação civil pública.

O sistema brasileiro de proteção coletiva de direitos, cuja expressão máxima está na Constituição Federal, em seu art. 129, III, consagrou-se basicamente através de dois instrumentos processuais, a Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90). Da leitura destes diplomas legais, combinado com importantes contribuições de direito comparado que a seguir serão abordadas, é que se evidenciam os novos direitos, e sua nova tutela jurisdicional, quais sejam: os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos (TEMER, 2011, p. 28).

²⁰ “A ação popular existente no direito brasileiro atual tem raízes profundas, remontando ao Direito Romano. Mesmo antes de Roma, a sociedade gentílica admitia que a defesa de bens jurídicos coletivos fosse levada a cabo por um único cidadão” (SILVA *apud* SOARES, 2009, p. 145).

²¹ A ação civil pública brasileira foi forjada nos moldes da *class action* ou *representative action* estadunidense, fonte, ainda, de institutos semelhantes hoje previstos em outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo na França, Inglaterra, Áustria, Itália, Holanda e Espanha e é definida como o “direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera cível, em nome do interesse público, a função jurisdicional” (MILARÉ *apud* SOARES, 2009, p. 134).

Desse modo, faz-se necessário o estudo da Carta Magna de 1988, em especial aos seus instrumentos que previnam a corrosão da máquina estatal, com a devida punição dos agentes responsáveis pelo ato dissonante do mínimo ético exigido. Fazzio Júnior (2001) reforça o posicionamento ao contemplar que no plano municipal, a exemplo do que ocorre nas searas estaduais e federais, há que se garantir a plenitude da administração pelo direito dos cidadãos destinatários que nele são domiciliados.

1.3 Regramento constitucional da probidade administrativa

Ao longo da história brasileira, não houve nenhuma Constituição que versasse sobre os atos de improbidade administrativa. A Constituição Federal de 1988 veio, dessa forma, atender ao reclamo da sociedade brasileira, que, marcada profundamente pelas consequências políticas, sociais e econômicas dos governos anteriores, visava por mudanças legislativas, como, por exemplo, “contra a corrupção, o desrespeito à coisa pública e o enriquecimento ilícito” (BULOS *apud* SOBRANE, 2010, p. 20).

A Lei Maior de 1988 estabeleceu, assim, que as atividades da Administração Pública direta, indireta e fundacional devem ser regidas de acordo com o art. 37, *caput*, ressaltando, de acordo com Silva (2009), os princípios que devem orientar a ação do agente público na prática dos atos administrativos para certificar uma boa administração, quais sejam a legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade²².

Tais princípios são de basilar importância para a atividade administrativa, já que Mello (2012, p. 975) ensina:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

Ademais, não somente aos princípios expressos há violação, uma vez que segundo Mario Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1999, p. 60), “no exame dos atos de improbidade, é crucial que se levem em conta não apenas os princípios

²² Constituição Federal de 1988, Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

informativos explícitos, mas também os implícitos, para que se caracterize a efetiva deformação funcional e reste à calva o intuito final do agente público ímprobo”.

No tocante ao princípio da legalidade, considerado atualmente como princípio basilar do estado democrático de direito, este assume a feição de vincular a administração pública ao comando normativo, pois esta somente pode atuar em conformidade com a lei. Resta claro que “constitui, por isso, o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo” (SOBRANE, 2010, p. 69).

Assim, qualquer ato que seja praticado em desconformidade com a lei, ou que exceda seu mandamento será inválido, podendo ser exposto à anulação, vez que “se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais” (GASPARINI, 2010, p. 61-62).

Por sua vez, o princípio da impessoalidade exige que o agente público atue com imparcialidade, tendo como único propósito o atendimento ao interesse público.

O princípio da impessoalidade da Administração Pública traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade. [...] A impessoalidade revela o Estado não-César, contrário àquele que prevaleceu desde a Antiguidade e que tinha na figura do governante o seu padrão normativo e político. A figura do Estado era uma e mesma coisa que o César, por isso a sua face se espelhava em sua lei, em sua bandeira e até mesmo em sua moeda (ROCHA apud PAZZAGLINI, 2011, p. 16).

Desse modo, o agente público deve comportar-se sempre com objetivo, neutralidade e imparcialidade, ou seja, alheio aos liames de caráter pessoal e subjetivos presentes com o favorecimento de determinados grupos ou indivíduos.

Preconiza o princípio da publicidade que todos os atos administrativos devem ser amplamente divulgados, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Isso porque, “além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais” (MEIRELLES, 2010, p. 96).

A eficiência na gestão da coisa pública pode ser caracterizada como a responsabilidade legal da Administração agir por medidas que possam gerar maior eficácia à consecução dos interesses da coletividade. Assim, o administrador público “precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade” (MORAES, 2006, p. 293).

Nesse ínterim, o legislador constituinte também firmou, para Mello (2012), que a administração e seus agentes devem atuar na conformidade de princípios éticos. Dessa forma, a moralidade constituiria um precedente a todo ato realizado pelo agente público, sendo reconhecida como um “superprincípio” informador dos demais para Martins Júnior (2009), diferenciando-se do princípio da legalidade²³.

A moralidade, na visão de Pazzaglini Filho (2009), constitui a ética da conduta administrativa, devendo ser pautada pela honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça, sendo que o agente público deve atender aos anseios da sociedade conforme a moral aceita por todos, ou seja, por meio de atos que sejam considerados eticamente adequados a fim de realizar uma boa administração²⁴.

Entretanto, a previsão genérica do princípio da moralidade pela Constituição Federal de 1988 foi contestada por alguns doutrinadores por apresentar um descompasso ao princípio a segurança jurídica. Essa questão foi enfrentada por Martins Júnior (2009, p. 35-36):

O princípio da moralidade administrativa não precisa ter seu conteúdo definido ou explicitado por regra expressa em lei. Ele se estabelece objetivamente a partir do confronto do ato administrativo (desde a pesquisa de seus requisitos, com destaque ao motivo, ao objeto e à finalidade, até a produção de seus efeitos, ou seja, perquirindo-se a validade e a eficácia) ou da conduta do agente, com as regras éticas tiradas da disciplina interna da administração (e que obrigam sempre ao alcance do bem comum, do interesse público), onde se deve fixar uma linha divisória entre o justo e o injusto, o moral e o imoral (e também o amoral), o honesto e o desonesto.

Decorrendo do princípio da moralidade, o legislador estabeleceu especificamente rígidas punições ao agente ímprobo, criando uma diferenciação entre os dois princípios²⁵. Figueiredo (2009) relata que o dever de probidade possui aspecto peculiar e específico da moralidade administrativa, a qual é o verdadeiro norte da Administração Pública. A

²³ “A moralidade consistiria na honestidade, distinta da legalidade, pois nem tudo o que é lícito é moral. Com esse vigor, o princípio da moralidade serve para exigir comportamentos que primem por sua observância, inclusive com a erradicação de atos ou regras jurídicas a ele contrários” (SILVA, 2009, p. 668).

²⁴ “Exsurge a moralidade administrativa como precedente lógico de toda conduta administrativa, vinculada ou discricionária, derivando também às atividades legislativas e jurisdicionais, consistindo no assentamento de que “o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins”, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé e a lealdade e visando uma boa administração” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 31).

²⁵ Para Junqueira (2003), o texto constitucional apontou mecanismos para a distinção entre a improbidade e a imoralidade, cabendo ao intérprete da Constituição, qual seja, ao Supremo Tribunal Federal, fixar tais noções. “Frise-se, contudo, que tais conceitos não de ser buscados na própria Constituição, e não alhures, cabendo à lei ordinária descrever condutas que, realmente, tenham adequação ao sentido de improbidade querido pela Lei Maior” (JUNQUEIRA, 2003, p. 105).

imoralidade é, desse modo, mais ampla que a improbidade, pois todo comportamento ímprobo é imoral, mas, o contrário, pode não ser constatado²⁶.

Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate à corrupção, ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente ao seqüestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. O mesmo não ocorreu com a lesão à moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os princípios constitucionais impostos à Administração é bem mais recente, porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988. Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e [...] quando se quis mencionar à lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, par. 4º) (DI PIETRO, 2008, p. 768).

A primeira inserção no texto constitucional do termo improbidade administrativa foi pela Carta Magna de 1988 nos arts. 14, §9º; 15, inc. V; 37, §4º, §5º e art. 85 da Carta Magna de 1988, ao disciplinarem as sanções impostas à desobediência legal à ética pública.

A proposição elencada no art. 15, inc. V, da Constituição vigente preconiza que a cassação dos direitos políticos apenas deverá ocorrer nos casos de “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”²⁷, criando-se, para a mesma, uma sanção de ordem civil.

Por sua vez, Garcia e Alves (2011) comentam que o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988 garante uma maior liberdade ao legislador ordinário, diferentemente das normas anteriores, as quais restringiam a tipologia dos atos de improbidade ao dano ao erário e ao enriquecimento ilícito, ao dispor que os atos de improbidade administrativa acarretarão 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”.

Adiante, no art. 37, §5º²⁸, a Constituição Federal ainda contempla a imprescritibilidade da reparação aos prejuízos causados ao erário, bem como a proteção da

²⁶ Quando se fala em improbidade administrativa como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também ilegais” (DI PIETRO, 2008, p. 765).

²⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 15: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

²⁸ Constituição Federal de 1988, Art 37. [...] § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

probidade no art. 14, §9º²⁹ e no art. 85³⁰ os crimes de responsabilidade do presidente da República.

Ao vedar a prática de atos de improbidade administrativa, a Lei Fundamental se vale de um conceito jurídico indeterminado, implicando na interpretação gramatical³¹ e histórica³² da norma para obtenção de um significado normativo, como bem menciona Oliveira (2009).

Buscando esse sentido, elucida-se que a probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer” (SILVA, 2009, p. 669). A improbidade administrativa, portanto, é caracterizada pelo desrespeito a esse dever, configurando-se uma imoralidade administrativa qualificada, por ser uma espécie desta.

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras residentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou participe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 113).

Adaptando a noção para o tema central desta dissertação, a improbidade administrativa de prefeito caracteriza-se por “uma conduta de efeitos jurídicos involuntários, comissiva ou omissivamente praticada pelo prefeito, com ou sem auxílio, favorecimento ou indução de terceiro, que ofende os princípios constitucionais da administração pública” (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 51).

²⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 14 [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

³⁰ Constituição Federal de 1988, Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...]V - a probidade na administração.

³¹ “A interpretação gramatical é o ponto de partida da atividade interpretativa, e limite semântico das possibilidades na linguagem normativa. Neste âmbito, considera-se que as palavras são utilizadas no seu sentido geral e comum, a menos que resulte do ordenamento jurídico o uso técnico-jurídico” (OLIVEIRA, 2009, p. 150).

³² “A interpretação histórica compele o intérprete à busca do significado mediante observação da evolução do sistema jurídico, relativamente à origem do preceito interpretado. Enfatiza as circunstâncias que o engendraram (*ocasio legis*), incluindo os elementos extraídos do processo de elaboração da norma” (OLIVEIRA, 2009, p. 150).

Observa-se que para a consumação do ato de improbidade administrativa municipal, há de haver um desvio da conduta do agente político, com a pretensão de obter vantagens indevidas ou causar prejuízo ao patrimônio público, mas ainda que inalcançável, tenha corrompido os padrões éticos e morais da comunidade que governa.

Dessa forma, deve-se atentar, como visto anteriormente, que somente no âmbito da Carta Magna de 1988, o tema da improbidade administrativa recebe adequado tratamento legislativo, ao passo que o legislador constituinte especifica as garantias que devem cercar a coisa pública, bem como as sanções a serem aplicadas ao agente corruptor.

No seu projeto de revolucionar a atuação dos agentes públicos, sem limitação jurídica de qualquer índole, a constituição teve clara a necessidade social a que a norma deve atender. Dado o estágio da Formação Social Brasileira, é improvável pretender que o Estado realize o combate à improbidade exclusivamente fundado na operatividade de sanções interiores (morais), cuja efetividade depende do nível de sensibilidade moral dos agentes públicos, indisputadamente reduzido no caso brasileiro, muito menos pretender que fique a depender a adesão espontânea dos sujeitos obrigados em cumprir as exigências éticas inerentes ao desempenho da função pública (OLIVEIRA, 2009, p. 146).

Daí decorre o fato da Constituição Federal ter inovado ao ampliar o alcance da ação popular, positivando o princípio constitucional da moralidade, para seu cabimento e admitindo-a como instrumento de proteção a interesses tanto de ordem patrimonial como moral. O art. 5º, no inc. LXXIII ampliou as hipóteses de cabimento da ação popular ao dispor 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, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Percebe-se, nesse ponto, que a ação popular seria uma forma de participação do cidadão na tutela da probidade administrativa, no exercício de uma função que lhe pertence, a saber, a fiscalização do Poder Público³³.

Quanto ao pressuposto de exigência da ilegalidade como causa de pedir, juntamente com a lesividade, assim tem entendido os doutrinadores:

Quanto à imoralidade, sempre houve os que a defendiam como fundamento suficiente para a ação popular. Hoje a ideia se reforça pela norma do artigo 37, caput, da Constituição, que inclui a moralidade como um dos princípios a que a Administração Pública está sujeita. Tornar-se-ia letra morta o dispositivo se a prática de ato imoral não gerasse a nulidade do ato da Administração. Além disso, o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade

³³ “A ação popular é instrumento fundamental para a efetivação do Estado Democrático de Direito brasileiro e está inserida no que se denomina (...) direito processual coletivo comum. Assim, é fundamental que a sociedade desperte para esse intuito e amplie seus níveis de participação política, tornando real o princípio da soberania popular formalmente declarado” (ALMEIDA *apud* SOARES, 2009, P. 131).

se constitui em fundamento autônomo para a propositura da ação popular, independente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à moralidade administrativa (DI PIETRO, ANO, p. 788).

É de suma importância para o cidadão que seja ofertada essa via corretiva a fim de reprimir abusos e reparar os danos decorrentes dos atos de improbidade administrativa, de modo a restaurar a soberania popular e a defender os interesses protegidos pela Lei Maior.

Não por outra razão, Moraes (2002) afirma que a ação popular constitui uma das formas de exercício da soberania popular, pois permite-se ao povo, diretamente, exercer a função de inspeção do Poder Público, calcado no princípio da legalidade administrativa e no conceito de que a *res* pública é patrimônio do povo

Além disso, como visto alhures, a Constituição de 1988 promoveu outra profunda mudança no que trata da busca pela probidade administrativa. Ao reforçar os poderes do Ministério Público, dando-lhe atribuições para combater a má-gestão e a corrupção, os Promotores de Justiça tornaram-se legitimados ativos para propositura das ações civis públicas contra atos de improbidade administrativa cometidas por agentes públicos, dentre eles os prefeitos municipais.

É o caput do art. 127 conjuntamente com o art. 129, inc. III e inc. IX todos da Carta Magna de 1988, que estabelecem como função institucional do Ministério Público a tutela dos “interesses sociais e individuais indisponíveis”, além de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, bem assim “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”³⁴.

A ação civil pública, com o advento da Carta Magna de 1988, tem sua malha protetiva alargada, de modo que o microsistema da tutela coletiva passou a proteger o patrimônio público e outros interesses difusos e coletivos. É que antes da Lei Fundamental, a Lei nº 7.347/85 somente previa a defesa de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. Tal ampliação, viu-se confirmada pela nova redação dada ao art. 1º, inc. IV da Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do

³⁴ “A constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente as funções do Ministério Público, que atua, hoje, como verdadeiro defensor da sociedade, paladino da justiça e da moralidade. O Ministério Público é de todas as instituições da área jurídica, a que possui o maior rol de atribuições e responsabilidades referentes ao controle da Administração Pública. Entre as Funções previstas na lei Maior deve o Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, inc. III)” (ROSA E GHIZZO NETO, 2002, p. 99).

Consumidor, sendo prevista a possibilidade de defesa a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Dessa forma, a Lei Fundamental regulou a ação civil pública, tendo em vista que essa legitimação do Ministério Público é predominante para a tutela coletiva da probidade administrativa, já que, como visto, busca proteger uma titularidade indeterminada dos direitos transindividuais. Assim, justifica-se a propositura das ações civis públicas em defesa do patrimônio público pelo Ministério Público:

Não é absurdo algum que o Ministério Público defenda o patrimônio público, ainda que esteja impedido de dar representação judicial à Fazenda. Quando o Ministério Público defende o patrimônio público em juízo, em nada contraria sua natureza institucional, e seria de todo ilógico que a Constituição e as leis legitimassem um único cidadão para defender o patrimônio de todos, mas negassem essa possibilidade ao Ministério Público, encarregado que é de defender toda a coletividade. Por isso que, hoje, não mais tem qualquer sentido sustentar que a única hipótese em que o Ministério Público pode defender o patrimônio público seria apenas em caso de o cidadão desistir da ação popular, como ocorria na Constituição de 1988 (MAZZILLI, 2009, p. 212).

Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento sobre o assunto com a elaboração da Súmula 329 ao garantir que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”³⁵.

Todavia, Neiva (2012) adverte que o constituinte originário apenas delimitou a legitimação e as consequências da ação de improbidade administrativa, confiando ao legislador infraconstitucional a regulamentação do procedimento, das punições, assim como a dosimetria das medidas aplicáveis.

Portanto, o preceito elencado nos arts. 37, §4º e 127 conjuntamente com o 129, inc. III e inc. IX da Magna Carta de 1988, pela sua amplitude, acabam se limitando, pois demonstra a necessidade de criação legislativa para sua efetividade, já que não decorre sobre a abrangência de sua legitimidade nem de seu ato, ou forma e gradação de sanções e nem, ainda, sobre a extensão do próprio conceito de improbidade administrativa. Constatada essa lacuna regimental, foi promulgada a Lei nº 8.429/92, no intuito de coibir práticas antiéticas, a ser analisada a seguir.

³⁵ Esse tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO SOCIAL - ART. 129, III, CF/1988. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFORME ALGUNS PRECEDENTES DA CORTE, E LEGÍTIMO AO MINISTÉRIO PÚBLICO PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, UMA VEZ QUE O TEXTO CF/1988 (ART. 129, III), AMPLIOU O CAMPO DE ATUAÇÃO DO MP, COLOCANDO-O COMO INSTITUIÇÃO DE SUBSTANCIAL IMPORTANCIA NA DEFESA DA CIDADANIA. RECURSO IMPROVIDO. (REsp 98648/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/1997).

2 DISPOSIÇÕES GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A regulamentação da probidade administrativa pela Lei nº 8.429, de 2.6.1992, dando efetividade ao art. 37, §4º da Carta Magna de 1988, criou um código geral de conduta, com a finalidade de combater atos que maltratem a coisa pública e atinjam a moralidade ³⁶.

Em epígrafe, a Lei de Improbidade Administrativa “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Porém, Pazzaglini Filho (2009) analisa que seu aspecto de abrangência é bem mais amplo, não se limitando apenas ao enriquecimento ilícito, como nas Leis nº 3.164³⁷ e nº 3.502³⁸, mas também tipificando os atos de improbidade lesivos ao Erário e atentatórios aos princípios da Administração Pública.

O dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. O velho e esquecido conceito romano do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais (MEIRELLES, 2010, p. 110).

Com o advento da Lei 8.429/92, dispendo sobre repressão da improbidade administrativa aos agentes públicos, indagou-se no meio jurídico a discussão acerca da competência para julgamento de autoridades políticas, sob a discussão de estarem ou não protegidas sob o manto do foro por prerrogativa de função, de se submeterem ou não somente à Lei de Improbidade e ainda aos institutos da conexão, continência e litispendência. Essas respostas interessam, em especial, ao julgamento de prefeitos, que são motivo de maiores questionamentos, uma vez que a Carta Magna de 1988 não especificou de quem seria sua competência.

³⁶ A lei de improbidade nasceu do Projeto de Lei nº 1.446/91, enviado pelo então Presidente Fernando Collor de Mello, que necessitava dar um basta à onda de corrupção que assolava o País naquela época. Sob o rótulo da moralidade, o Ministro da Justiça, Jarbas Pasarinho, do citado governo, deixou registrado em sua Exposição de Motivos que o combate à corrupção era necessário, pois se trata de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País” (MATTOS, 2006, p. 1).

³⁷ A Lei nº 3.164, de 1.5.57, conhecida como Lei Pitombo Godói Ilha, sujeitava “a sequestro e a perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo de responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido” (DI PIETRO, 2008, p. 766).

³⁸ A Lei 3.502, de 21.1.58, sem revogar a anterior, “veio regular o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função” (DI PIETRO, 2008, p. 766).

Faz-se, necessário, portanto, antes de se proceder ao estudo de tais premissas, analisar os sujeitos, atos e sanções que compõe a Lei de Improbidade Administrativa, bem como o procedimento da ação.

2.1 Sujeitos dos atos de improbidade

O art. 1º da Lei n. 8.429/92 é bastante amplo ao indicar os órgãos e as entidades como possíveis vítimas de atos ímprobos, pois insere a toda a administração direta, indireta assim como fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade que o erário tenha participado com mais de cinquenta por cento de seu patrimônio ou receita anual³⁹. Cabe observar que o patrimônio público econômico é tido como direito de todos, posto que, “onde houver um único centavo em dinheiro público envolvido, a lei terá incidência, independentemente da entidade exercer atividade de natureza pública ou privada” (AI nº 98.387, JTJ, LEX 220/167 *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 9)

Osório (2011) sustenta que a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 refere-se a todos os Poderes de Estado, assim consideradas as atividades legislativa, judiciária e administrativa, não havendo dúvidas de que quaisquer atos desses agentes, quando praticados com desvio de poder ou finalidade, ensejam a incidência da norma sancionadora.

À generalização abraçada pelo *dictum* constitucional, na identificação da pessoa jurídica interessada, corresponde a especialização da Lei nº 8.429/92, normação que se interpõe, tecnicamente, como condutora de eficácia. Para alcançar toda gama de pessoas físicas (agentes públicos), cujas distorções administrativas pretende sancionar, utiliza o critério patrimonial na seleção dos respectivos postos de trabalho. Por isso, no art. 1º e seu parágrafo único, define a extensão da Administração Pública, alcançando todas as pessoas jurídicas cujo capital social ou patrimônio abriga dinheiro público (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 233).

Como se constata pela leitura do preceito acima transcrito, Rizzardo (2012) frisa que de um ângulo estão os institutos cujo patrimônio é formado por recursos originados do erário,

³⁹ Lei nº 8.429, Art. 1º: Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

tais como a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, que se desdobram em diversos órgãos e departamentos. De outro, o autor analisa que se situam as entidades “com recursos originados de qualquer origem (pública ou particular), mas com receita anual integrada, na sua maioria, por recursos públicos” (RIZZARDO, 2012, p. 382) ⁴⁰.

Por outro lado, a lei de improbidade administrativa, no art. 2º⁴¹, definiu, como sujeito ativo de atos de ímprobos, o agente público como qualquer pessoa que participe, mesmo que momentaneamente ou sem remuneração, seja ela contratada, designada, nomeada, eleita, ou por qualquer outra forma de investidura ou vínculo, cargo, mandato, emprego ou função nos entes do art. 1º da referida lei.

De um modo geral, a categoria agente público abrange “todas as pessoas físicas que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade” (GASPARINI, 2010, p. 139). Assim, pode-se entender como todas as pessoas que, de alguma forma, mesmo que transitoriamente e sem remuneração, prestam algum tipo de serviço ao Estado. Mello (2012, p. 249), por seu turno, adverte sobre a amplitude desta expressão para designar os sujeitos que servem ao Poder Público, porquanto

todos eles estão sobre um denominador comum que os radicaliza: são, ainda que alguns deles apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os possibilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes.

O autor recorda, ainda, que são dois os requisitos para a individualização de um agente público, um de ordem objetiva — a natureza estatal da atividade exercida —, e o outro de cunho subjetivo, a investidura do particular no cargo ou emprego, que o reveste na função estatal.

Nesta mesma conjuntura, Araújo *apud* Sobrane (2010, p. 33) leciona a respeito da expansão da noção de agente público, abarcando

⁴⁰ Em síntese, sejam as entidades integrantes da Administração Pública direta ou indireta ou mesmo privadas com participação acionária pública ou por elas fomentadas, situam-se no raio de ação da Lei Federal n. 8.429/92, porque manipulam dinheiro público e implicam a atuação do Poder Público, sendo essa a razão para submetê-las à observância dos princípios e regras de direito público e, conseqüentemente, à lei repressora da improbidade administrativa (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 306).

⁴¹ Lei 8.429/92, art. 2º: Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

todo aquele que, de alguma forma, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha função ou atribuição considerada pelo Poder Público como a si pertinente, seja em virtude de relação de trabalho (estatutária ou não), seja em razão de relação contratual, encargo público ou qualquer outra forma de função de natureza pública⁴².

Diante desse conceito, conquanto a classificação dos agentes públicos seja diversa para cada doutrinador — e, por isso, abundam na doutrina administrativista as mais variadas formas de agrupamento e divisões entre as categorias funcionais —, costuma-se subdividir o gênero agentes públicos em agentes políticos, particulares em colaboração⁴³, e, servidores públicos⁴⁴.

A classe dos agentes políticos, que mais interessa ao estudo, representa “os detentores dos cargos da mais elevada hierarquia da Administração Pública, ou, em outras palavras, os que ocupam cargos que compõem sua alta estrutura constitucional” (GASPARINI, 2010, p. 208), visto que “o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política” (MELLO, 2012, p. 252). Logo, “a ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo)⁴⁵” (DI PIETRO, 2008, p. 486)⁴⁶.

⁴² Com o mesmo teor seguem as considerações de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 71): São todas as pessoas físicas incumbidas definitiva ou transitoriamente do exercício de alguma função social. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo.

⁴³ São particulares em colaboração as “pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração” (DI PIETRO, 2008, p. 491), que, “sem perder a qualidade de particulares, exercem a função pública, ainda que em caráter ocasional ou temporário, independentemente do vínculo jurídico” (MARINELA, 2010, p. 21). Enquadram-se nesta categoria, por exemplo, os mesários em dia de eleição, os jurados do Tribunal do Júri, os médicos convocados para o controle de epidemias, os diretores de faculdades particulares reconhecidas, os leiloeiros, tradutores e intérpretes público, dentre outros.

⁴⁴ De outro norte, a categoria dos servidores públicos compreende os “agentes se vinculam ao estado por uma relação permanente de trabalho e recebem, a cada período de trabalho, a sua correspondente remuneração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 540). Em suma, são “os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência” (MELLO, 2012, p. 253-254), de modo a formar “a grande massa dos agentes do Estado, desenvolvendo, em consequência, as mais variadas funções” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 540).

⁴⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Renato Alessi, conceitua *função política* como aquela que “implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade de soberania estatal” (DI PIETRO, 2008, p. 486).

⁴⁶ Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram no arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. (MELLO, 2012, p. 251-252).

Não há dúvidas de que se enquadram como agente político o Presidente, o Governador, o Prefeito, os Vereadores, Ministros, Secretários, Deputados e Senadores. A incerteza, entretanto, surge por uma tendência doutrinária em incluir os Magistrados e Membros do Ministério Público como agentes políticos — cujo ingresso na carreira se dá por concurso público —, dentre outras autoridades que desempenhem atividades governamentais ou judiciais, diversas do regime estatutário.

O prefeito, figura essencial ao deslinde desta tese, é o chefe do poder executivo municipal, eleito para mandato político, devendo governar, administrar e representar o município. Na administração do município o prefeito deve:

administrar nos limites da lei; não pode descumprir a lei, a pretexto de sua inconstitucionalidade; será nulo todo ato que praticar praeter ou contra legem; responderá civil, penal, política e administrativamente pelos atos que cometer contra os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 15-16).

De forma correlata, o art. 3º dispõe sobre o terceiro “que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”⁴⁷ estará sujeito às sanções cominadas na Lei 8.429/92. Ou seja, sempre que o chefe executivo municipal tiver a participação de uma outra pessoa, os dois incidirão nas sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa.

É importante consignar que “demonstrações consistentes de conluio são necessárias para a censurabilidade, sob pena de se ceder às suposições vizinhas da injustiça” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 257). Aliás, diga-se de passo, o terceiro somente poderá ser responsabilizado por improbidade “se induziu o agente, se concorreu de qualquer modo para sua efetivação ou se obteve benefício de forma direta ou indireta com a prática do ato ímprobo por agente público, inexistindo improbidade por ato isolado seu” (NEIVA, 2012, p. 49).

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito mais eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, ou seja o verdadeiro ‘gerente’ dos atos ilícitos (FIGUEIREDO, 2009, p. 34-35).

⁴⁷ Lei nº 8.429, Art. 3º: As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Apesar das divergências, apresentado o conceito de agentes políticos, dentre eles o de prefeito, busca-se agora saber por quais atos esses agentes responderão por ação de improbidade, e quais as penalidades a serem aplicadas pelos agentes ímprobos.

2.2 Modalidades de atos de improbidade administrativa

O art. 4º da Lei nº 8.429/92 preconiza que os agentes públicos deverão “velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade” ao emitirem seus atos administrativos⁴⁸. Na verdade, o artigo em comento é uma redundância, haja vista que o acatamento desses princípios é decorrente da obrigação constitucional elencada no art. 37 da Constituição Federal.

De fato, comprovada a lesão ao patrimônio público, decorrente de ação ou omissão, dolosa ou culposa, de agente público ou de terceiro, torna-se obrigatório o ressarcimento do dano aos cofres públicos a teor do art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa⁴⁹. Por conseguinte, é indispensável “a existência de ilicitude (antijuridicidade) do ato, abrangendo tanto a sua imoralidade quanto a sua ilegalidade” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 207).

Nesse contexto, a improbidade também é caracterizada quando o agente, ainda que não possua intenção de lesar, deixa de observar o dever de cuidado da *res publica*, até mesmo nos casos que se mostra indolente com a boa imagem da administração pública.

A Lei de Improbidade Administrativa enumerou três modalidades de atos configuradores de improbidade administrativa, aparelhando-os em três grupos, quais sejam: no art. 9º os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, no art. 10 os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e no art. 11, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública.

Embora a Lei tenha elencado um rol de atos ímprobos, tais hipóteses não podem ser consideradas como taxativas, mas sim meramente exemplificativas, haja vista que por mais que a conduta dita ímproba não se enquadre em nenhuma das conjecturas específicas previstas na lei, ainda poderá concorrer em suas sanções, desde que se enquadre no aspecto geral dos atos.

⁴⁸ Velar pela estrita observância não significa apenas cumprir, mas também fazer cumprir. É o dever de zelo e obediência aos princípios da Administração Pública, de cuja inobservância resultam as espécies de improbidade editadas pelo art. 11, entre as quais se amolda não apenas a conduta comissiva, mas também o que é mais comum, a omissiva, ou seja, o incumprimento por parte do agente público, dotado de competência administrativa, do dever de buscar a persecução para as penalidades de quem tem ciência em razão de suas funções (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 50).

⁴⁹ Lei nº 8.429/92, Art. 5º: “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

Partilhando desse entendimento, Mattos (2006) acrescenta que a tipificação dos atos de improbidade — por serem de natureza civil e não penal — bastaria para a fixação de condutas mais genéricas e conceituais do que as exigidas no direito penal.

No entanto, uma vez praticadas qualquer das condutas ímprobas, haverá presunção absoluta da ocorrência do ato de improbidade administrativa, podendo o réu, somente se escusar da condenação, caso demonstre a inexistência do fato típico ou da autoria.

A seguir serão descritas as proposições que configuram a improbidade administrativa, que se referem a todos os tipos de agentes públicos, dentre eles os chefes executivos municipais.

2.2.1 Enriquecimento ilícito

As hipóteses relacionadas no art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa disciplinam as situações que importam em enriquecimento ilícito, ou seja, como “resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público ou terceiro auferir uma vantagem não prevista em lei” (GARCIA E ALVES, 2011, p. 282). Reflete o presente dispositivo “as hipóteses mais evidentes e reprováveis de improbidade administrativa” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 887), sendo o “terreno onde se observa a corrupção, presa a conduta ilícita praticada em troca de certa retribuição material”⁵⁰ (OLIVEIRA, 2009, p. 249).

O ato de improbidade que leva ao enriquecimento ilícito é, portanto, a modalidade mais gravosa, sujeitando o agente político, em sede municipal, às penas mais severas possíveis, ainda que não haja dano ao erário. Nesse caso, além do enriquecimento consubstanciado em vantagem indevida, se exige um liame entre a atividade praticada pelo agente e o enriquecimento auferido, e ainda a consciência do agente de estar agindo ilicitamente, consubstanciando seu elemento volitivo no dolo⁵¹.

Mattos (2006) sustenta que o prejuízo à Administração tanto pode se manifestar financeiramente, como também moralmente. Conquanto haja o dever de quem se locupletou indenizar aquele que empobreceu, salienta-se que “o simples enriquecimento à custa de

⁵⁰ “O agente age impelido por um sentimento que não lhe permite divisar a coisa pública da coisa privada. Há um desapego com os propósitos básicos da Administração, um desvalor que dá origem à noção de que a ‘coisa pública’ é ‘coisa de ninguém’. Daí, por vezes, o agente incorporar ao seu patrimônio bens e valores da Administração, com a presteza de quem o faz antes que outro faça” (FREYESLEBEN *apud* ROSA e GHIZZO NETO, 2001, p. 69).

⁵¹ De acordo com Fazzio Júnior (2001) não há modalidade para enriquecimento culposo do prefeito, ou seja, por imprudência, imperícia ou negligência, vez que nenhum chefe do executivo municipal desconhece a proibição de se enriquecer à custa do cargo ou de permitir que outrem o faça.

outrem não infringe a ordem moral, o que a infringe é o seu enriquecimento injusto” (GARCIA E ALVES, 2011, p. 284).

Assim ocorre na esfera municipal, pois o prefeito, como qualquer pessoa, pode crescer-se patrimonialmente, ter lucro em seus negócios e acumular fortunas sem que importe em enriquecimento ilícito. O que não pode é beneficiar-se de vantagem ilícita decorrente do cargo que ocupa.

Delineados os pressupostos autorizadores do ressarcimento, resta a análise do artigo em pauta, *in verbis*:

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

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

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

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

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

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Imperioso destacar a possibilidade do agente auferir vantagem sem causar lesão ao erário⁵², entretanto, é habitual que o enriquecimento ilícito tenha como consequência jurídica também o prejuízo aos cofres públicos, ficando “difícil imaginar uma situação onde o enriquecimento ilícito do agente não acarrete prejuízo ao erário” (FIGUEIREDO, 2009, p. 95-96). Como anotado, se o agente se enriquece ilicitamente à custa do patrimônio público, logicamente esta perda deve igualmente ser recomposta, sem embargo das demais cominações legais.

2.2.2 Atos lesivos ao patrimônio público

O art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa cuida das condutas que causam lesão ao Erário, com perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens das entidades relacionadas no art. 1º desta Lei⁵³. Entretanto, o diploma não acoberta qualquer ilícito que enseje diminuição patrimonial, mas o “ilícito produzido por conduta ético-jurídica desvaliosa, isto é, com ofensa ao zelo ao erário imposto aos agentes públicos” (OLIVEIRA, 2009, p. 225). Cumpre trazer à tona que “não importa a eventual vantagem obtida pelo agente público, mas o prejuízo causado ao patrimônio público” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p.120), decorrente de ato ilegal⁵⁴.

⁵² Fazzio Júnior (2001) cita o caso do prefeito querer se enriquecer ilicitamente sem querer arrancar a incolumidade patrimonial do município ou de entidade pública. “Crucial para a caracterização do ilícito, é que o faça em virtude do exercício do cargo, porque a finalidade da Lei Anticorrupção, em consonância com o mandamento constitucional que regulamente, não cinge-se à mera proteção patrimonial; pretende resguardar a probidade administrativa que, à evidencia, é afetada pelo desvirtuamento funcional”(FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 72).

⁵³ Perda patrimonial é desfalque, privação, extravio de bens, rendas e valores do erário. Desvio significa mudança de direção, desvirtuamento ou alteração de destinação do bem ou valor. Apropriação é apoderamento, usurpação, inversão de posse. Malbaratamento é desperdício, venda com prejuízo, gasto malfeito. Dilapidação é esbanjamento destrutivo, consumição (FAZZIO JÚNIOR *apud* NEIVA, 2012, p. 95).

⁵⁴ Oportuno uma breve digressão a respeito do significado de erário. Não raras vezes, o conceito de erário e patrimônio público é utilizado como sinônimo. Por derradeiro, o sistema instituído pela Lei 8.429/92 delimita o erário como “a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto” (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 61). Por sua vez, a noção de patrimônio público é mais abrangente, compreendendo o “conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público” (GARCIA E ALVES, 2011, p. 310). De acordo com Sobrane (2010, p.52), a Lei de Improbidade “em algumas passagens, usa indistintamente as expressões patrimônio público e erário, as quais, contudo, possuem significados diversos e que merecem explicitação. (...) O patrimônio público compreende o erário, que representa seu conteúdo econômico-financeiro e corresponde ao tesouro, ao fisco, ao dinheiro público, ao produto da arrecadação efetivada pelos órgãos da Administração direta ou indireta, sendo esse aspecto do patrimônio público a preocupação da Lei nº 8.429/92”.

O agente executivo municipal que efetua despesas sem justificativa plausível, comete improbidade administrativa⁵⁵. Porém, na administração municipal, por vezes, o sucesso de um projeto pode estar fora do alcance da competência e da capacidade gerencial do prefeito. Por isso, ainda que o chefe do executivo municipal cumpra com suas obrigações, seus atos podem resultar em prejuízos para o município.

É que ao prefeito, assim como às demais autoridade políticas, se impõe o dever tomar decisões que tenham uma alta complexidade e um reflexo na sociedade, sendo admissível que o governante cometa erros na conveniência e oportunidade das medidas executivas tomadas. A todo momento, novas situações e circunstâncias imprevistas obrigam à autoridade municipal dar determinações que nem sempre garantem o sucesso da administração, sendo por isso garantido uma margem de falibilidade ao agente político, “desde que o chefe do executivo erre em boa-fé, sem abuso de poder, sem intuito de perseguição ou favoritismo” (MEIRELLES *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 117). Ainda que seus atos causem danos à Administração ou a terceiros, o agente fica isento de sanção se tiver agido com probidade.

A tipologia dos atos lesivos ao patrimônio público, previstos no art. 10 da Lei n° 8.429/92, estão redigidos da seguinte forma:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

⁵⁵ “Ação civil pública. Improbidade Administrativa. Lesão ao erário. Despesas sem justificativa plausível. Responsabilidade do Prefeito. Violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade” (TJSP, Apelação 990.10.375671. 0003129-67.2009.8.26.0270 *apud* FERRARESI, 2011, p. 127).

- IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
- XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
- XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei⁵⁶.

A redação do referido artigo não deixa dúvidas de que o agente executivo municipal somente será punido se existir uma ligação entre a perda patrimonial do Poder Público e a sua conduta, ou seja, um nexo de causalidade que comprove a dolosidade no agir do agente.

2.2.3 Atos atentatórios aos princípios da administração pública

A disciplina do art. 11 da Lei de Improbidade — complementando e integrando o art. 4º da referida lei e, por sua vez, o art. 37 da Constituição Federal — trata da violação dos deveres de honestidade⁵⁷, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, para em seguida, especificar outras práticas ainda mais específicas. A improbidade, aqui, advém dos atos que atentam “à sanidade e moralidade administrativa porque revelam o desvio ético da conduta do servidor ou agente e dos terceiros favorecidos, a falta de habilidade moral, o abalo da credibilidade e a degeneração da seriedade administrativa” (RIZZARDO, 2012, p. 486). Dessa forma, para que se configure o ato de improbidade administrativa, “a conduta ilegal do agente deve revelar deslealdade e parcialidade, no exercício funcional” (GOMES JUNIOR e FAVRETO *et al*, 2012, p. 270).

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

⁵⁶ Nos dispositivos enumerados, verifica-se que a aplicação do artigo em análise limita aos aspectos meramente financeiros, restando claro o interesse do legislador em proteger o patrimônio público econômico, não se cogitando, portanto, a lesão ao patrimônio público em sentido amplo.

⁵⁷ “Honestidade é um dever de estado permanente do homem público, não podendo ser violado este princípio em hipótese alguma. A honestidade, conjugada com a eficiência e a lealdade às instituições públicas, é o mínimo que se espera dos agentes públicos” (MATTOS, 2006, p. 430).

- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Oportuno asseverar que a incidência do art. 11 da LIA é admitida como norma de cunho residual, quando o agente público ofender os princípios da administração pública, pois “abrange qualquer violação aos princípios da Administração Pública que não caracterizem enriquecimento ilícito ou lesão ao erário” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 285).

Osório (2011) e Martins Júnior (2009) admitem a possibilidade da modalidade culposa do art. 11, comungando a tese de que a norma preocupa-se com o elemento volitivo do agente, ao passo que Oliveira⁵⁸ (2009) e Pazzaglini Filho (2009) exigem dolo no comportamento do agente, ou seja, “que ele aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração, motivado por desonestidade, por falta de probidade” (Pazzaglini, 2009, p. 101).

Independente da concepção a ser seguida, não pode o legislador considerar qualquer ato como atentatório à probidade, uma vez que seria desarrazoado “a pretexto, de dar cumprimento à Constituição, juridicizar e equiparar legalidade à improbidade” (FIGUEIREDO, 2009, p. 104). “É obvio que a norma também protege legalidade como bem jurídico, mas este não responde pela singularidade axiológica da regra” (OLIVEIRA, 2009, p. 263), visto que os pequenos equívocos, que não comprometam a probidade ou não invadam indevidamente o erário público, não podem ser enquadrados no raio de atuação do art. 11 da Lei nº 8.429, sob pena de gerar uma insegurança ao agente ao se considerar de que qualquer ato contra o princípio da legalidade⁵⁹ será, também, ímprobo.

⁵⁸ Para o autor, todos os tipos elencados no art. 11 são de dano, e não de perigo, isto é, “são atos ímprobos para cuja consumação é necessária a ocorrência da lesão efetiva do bem jurídico” (OLIVEIRA, 2009, p. 263).

⁵⁹ “Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Para tipificá-lo como tal, é necessário que ele tenha origem em comportamento desonesto, denotativo de má-fé, de falta de probidade do agente público” (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 99). No juízo de Martins Júnior (2009) “A violação ao princípio da legalidade caracteriza improbidade administrativa quando o caso concreto demonstre nítida intenção de violação do ordenamento jurídico e grave ofensa aos deveres éticos, com conotação do desvio de poder, como no caso de contratação de pessoal temporário à míngua do processo legal e dos requisitos excepcionais, e sua prorrogação, o pagamento de horas extraordinárias a servidores comissionados, a admissão irregular de servidores inclusive parentes, a prorrogação de contratos temporários, o descumprimento da ordem cronológica de pagamento ou a não-inclusão de verba para tanto, gastos com mordomias, publicidade abusiva, violação de incompatibilidades etc.” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 288).

Com precisão, segue a visão de Fazzio Júnior *apud* Mattos (2006, p. 430):

É necessário que se adote muita cautela na compreensão das regras do art. 11, da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé, que arranha os princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pelo despacho intelectual e pela ausência de habilidade do prefeito, se examinada à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo de ímprobo.

A exemplo de atos que atentem aos princípios da probidade pode-se considerar a conduta de prefeito municipal que deixa de repassar o duodécimo à Câmara Municipal⁶⁰, a utilização do espaço público para promoção pessoal de agente político⁶¹ e a contratação de serviços técnicos sem prévio procedimento licitatório e de não formalizar processo para justificar a inexigibilidade da licitação⁶².

Todas essas situações, à luz do que já foi dito, nada mais são do que a transgressão aos ideais de conduta elencados no art. 11 da LIA, sujeitando o chefe executivo municipal às diversas sanções a serem descritas no próximo tópico.

2.3 Sanções

Uma vez constatada a violação do dever de probidade administrativa, é imprescindível que seja fixada a reprimenda ao chefe executivo municipal com escorço no art. 37, §4 da Constituição Federal. Adotando tal critério, há também que se guardar relação com o regime sancionatório gradativo estabelecido no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, pelo qual a regra da proporcionalidade busca adequar a sanção ao ilícito que se visa coibir.

A tutela dos tipos disciplinares em atinência tem como finalidade a “preservação dos princípios reitores da Administração Pública e a sua credibilidade pública” (COSTA, 2002, p. 138). Pelo exposto, é possível afirmar que as sanções buscam “assegurar o ressarcimento dos

⁶⁰ TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2003.011015-1, de Jaguaruna, rel. Des. Volnei Carlin, j. 14/04/2005.

⁶¹ TJSC, Apelação Cível n. 2011.067934-2, de Braço do Norte, rel. Des. Cesar Abreu, j. 02/04/2013.

⁶² TJSC, Apelação Cível n. 1997.006934-0, de Anita Garibaldi, rel. Des. Volnei Carlin, j. 19/12/2002.

prejuízos acaso provocados ao erário por tais comportamentos desonrosos” (COSTA, 2002, p. 138)⁶³.

Essa é a leitura do que dispõe o art. 12, da Lei n° 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

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

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

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

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

Pazzaglini Filho (2009) classifica as sanções em graduadas e fixas, estabelecendo três espécies para cada modalidade. Na primeira hipótese, as penalidades importarão em suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Atos de Improbidade Administrativa	Suspensão dos direitos políticos	Multa Civil	Proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios
Enriquecimento ilícito (art. 9º)	8 a 10 anos	Até três vezes o valor do acréscimo patrimonial	10 anos
Lesivos ao Erário (art. 10)	5 a 8 anos	Até duas vezes o valor do dano	5 anos
Atentatórios aos Princípios da Administração Pública	3 a 5 anos	Até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público	3 anos

⁶³ “As sanções podem ser vistas como reações sociais, plasmadas nas normas, em face da inobservância de deveres relevantes para a produção e reprodução da vida em sociedade” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 334).

(art. 11)			
-----------	--	--	--

Tabela 1 - Sanções graduadas. Fonte: Pazzaglini Filho (2009, p. 135)

Tratando-se de penas aplicáveis sem graduação, são decorrentes a perda da função pública, o ressarcimento integral do dano e a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio público — cabível na hipótese do art. 9º da aludida Lei.

A questão que mais importa a legislatura do prefeito é a sanção de perda da função pública, pois toda vez que se mostrar desleal ao desempenho de cuidado do bem público municipal, deverá perder a função que exerce. Assim, o chefe executivo municipal perde a investidura e fica sem mandato, mas isso não significa que o agente condenado nunca mais possa exercer uma nova função. Após cumprir as sanções que lhe forem impostas, nada impede que volte a se reeleger após passado o prazo de suspensão da sua pena.

À luz da divergência doutrinária, interessante observar que o chefe executivo municipal poderá estar sujeito a mais de um tipo de infração, já que um mesmo ato poderá se enquadrar em mais de uma modalidade e ser suscetível de diferentes sanções⁶⁴.

Era voz corrente na doutrina⁶⁵ que as penalidades do dispositivo em debate seriam cumulativas, das quais não caberia se cogitar em alternatividade. A Lei nº 12.120/2009, ao modificar o *caput* do art. 12, contrariou a doutrina e jurisprudência dominante, permitindo a aplicação isolada ou em bloco, de acordo com a gravidade do fato.

Nesse prisma, levando-se em conta o grau de ofensa ao princípio da probidade administrativa exigida do chefe executivo municipal, poderá ser aplicada a penalidade mais grave, desde que as violações aos vários preceitos sejam decorrentes de um único ato, havendo “a absorção de alguns tipos infracionais por outros de gravidade superior” (RIZZARDO, 2012, p. 504). A diretriz encampada por Fazzio Júnior (2007) sustenta, ainda, que a multa civil e as proibições de contratar seriam facultadas ao juízo proporcionalidade e razoabilidade do juiz, motivo pelo qual poderia deixar de aplicá-las⁶⁶.

⁶⁴ É evidente — embora a lei não o diga expressamente — a que haverá atos de improbidade que se enquadrarão em pelo menos duas ou mesmo em todas as três categorias discriminadas. Pode-se dizer mais, inclusive, que na maioria das vezes haverá tal superposição de tipos de improbidade. Um mesmo ato de improbidade pode gerar enriquecimento ilícito de alguém, causar prejuízo ao erário e violar princípios da administração pública. Seria o caso, por exemplo, de um funcionário que aceitasse suborno para assinar um contrato superfaturado. Há enriquecimento ilícito do funcionário e do contratante, prejuízo ao erário e violação de vários princípios da administração pública (MEIRELLES, 2004, p. 197).

⁶⁵ DI PIETRO (2008, 678-679), ROSA E GHIZZO NETO (2001, p. 85-86), MARTINS JÚNIOR (2009, p. 340).

⁶⁶ De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta das penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente. [...] Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade deve ser de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral ao levar em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente. É que com a aplicação de tal princípio “o juiz procura valorizar a vontade normativa (art. 37, §4º), reconfigurando a norma integrativa (art. 12 e incisos da Lei n.º 8.429/92) à medida adequada e necessária” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 366), equilibrando “as penalidades dirigidas aos agentes públicos para que elas se compatibilizem com o caso concreto julgado, em conformidade com a prova dos autos” (MATTOS, 2006, p. 577). Portanto, somente com o princípio da proporcionalidade o julgador poderá escolher pela penalidade isolada ou em bloco.

Conforme a convicção do juiz, o agente político municipal poderá perder os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio além de sua função pública e da suspensão de seus direitos políticos, entre outras penalidades descritas no art. 12 da LIA⁶⁷. Tal exemplo serve para mostrar que são medidas graves, que somente poderão ser aplicadas após um juízo minucioso acerca da atitude desleal do agente político.

Não à toa que os atuais mecanismos eleitos pelo legislador para tutelar o direito à probidade administrativa, de forma coletiva, visam uma análise meticulosa acerca das infrações cometidas a partir da dinâmica do procedimento previsto na Lei n.º 8.429/92.

2.4 Instrumento processual para a tutela da probidade administrativa

Demonstrada a independência e as prerrogativas conferidas na Constituição de 1988 ao Ministério Público, merece destaque uma análise sobre os meios de sua atuação no controle da probidade administrativa⁶⁸. Todavia, afora o Ministério Público, de relevância notar a afinada a diretriz constitucional que não impede a legitimação de terceiros nas mesmas hipóteses em que atuar o *parquet*⁶⁹. Assim, as entidades que sofreram prejuízos decorrentes de atos de improbidade administrativos estão legitimadas para propor a demanda que acharem

dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais ‘adequada’ em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal (FIGUEIREDO, 2009, p. 114-115).

⁶⁷ TJSC, Apelação Cível n. 2008.011234-7, de Itaiópolis, rel. Des. Newton Janke, j. 31/08/2010).

⁶⁸ A presença do Ministério Público no microsistema da tutela coletiva também é elencada pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor ao dispor que “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público” e pelo art. 5º, I, da Lei de Ação Civil Pública que estabelece “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público”.

⁶⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 129, §1º: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

necessária, pois como revela o art. 17 da Lei 8.429/92 “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”. Para seu ajuizamento, não se exige prova pré-constituída, uma vez que bastariam indícios de autoria e materialidade.

Ressalta-se que nas hipóteses em que a ação seja proposta pelo Ministério Público, o art. 17, § 3º, da Lei de improbidade dispõe que a pessoa jurídica lesada poderá integrar a lide para suprir omissões, falhas e apresentar provas, configurando caso de litisconsórcio ativo facultativo, uma vez que a pessoa cientificada não está obrigada a intervir no feito. Por outro lado, se a ação for proposta pela pessoa jurídica lesada, o Ministério Público deverá atuar obrigatoriamente como fiscal da lei.

Pois bem, se incumbida a ação civil pública da tutela do patrimônio público e social e a ação de improbidade das sanções aplicáveis aos agentes ímprobos, “resta silogisticamente correto concluir que a ação civil para tanto se enquadra como pública, com todas as prerrogativas e os instrumentos próprios da Lei nº 7.347” (RIZZARDO, 2012, p. 367). A falta de menção expressa do termo ação civil pública não tem o condão de desmerecer a sua substância.

Isso porque, ainda que as referidas ações não ostentem a mesma finalidade, a mesma causa de pedir, nem o mesmo objeto ou pedido, ambas as ações podem ser enquadradas como ações civis públicas, pois a ação de improbidade administrativa integra o sistema do direito processual civil coletivo, visando tutelar interesses metaindividuais de caráter difuso, a fim de proteger um número indeterminado de pessoas integrantes da sociedade no intuito de impedir qualquer forma de lesão ao patrimônio público e bem assim à probidade administrativa ⁷⁰.

Aplica-se à LIA, por conseguinte, supletivamente os instrumentos processuais e a disciplina previstos na Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/85 e, ainda, as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor, bem como todos os princípios regentes das ações coletivas, no que não contrariem os dispositivos da Lei de Improbidade ⁷¹.

⁷⁰ Comenta Moraes (2006), que a ampliação pela Constituição Federal de 1988 do rol disposto no art. 1º, inciso IV, otimizou a defesa dos interesses transindividuais, uma vez que possibilitou a proteção de direitos coletivos e difusos antes não consagrados. Assim, a Lei Fundamental, ao fixar as responsabilidades por danos causados não somente aos interesses previstos na Lei da Ação Civil Pública, permitiu a reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

⁷¹ “Viável, por conseguinte, a instauração de inquérito civil pelo Ministério público para a investigação e colheita de elementos idôneos a evitar um ajuizamento açodado e temerário, a submissão à disciplina da competência prevista no art. 2º da Lei nº 7.347/1985, aos efeitos da apelação e ao regime da coisa julgada erga omnes, salvo improcedência por deficiência de provas. A diferenciação procedimental não seria obstáculo à aplicabilidade supletiva da disciplina prevista nas Leis nº 7.347/1985 e 8.078/1990, diante do sistema interligado da tutela coletiva, viabilizando-se, dessa forma, um adequado acesso à justiça e uma tutela jurisdicional efetiva” (NEIVA, 2012, p. 198-199).

Apesar de o legislador não ter denominado expressamente como civil pública a “ação principal” prevista no art. 17 da Lei nº 8.429/92, prevista como instrumental para a aplicação das sanções decorrentes da prática de qualquer ato ímprobo, devido não apenas constar o Ministério Público como um dos legitimados para a sua propositura, como pelo fato de a ação visar a defesa do interesse público perante a jurisdição civil e, principalmente, diante da expressa previsão constitucional (art. 129, inciso III) da legitimação do parquet para promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, não restou dúvida de que tratava-se de uma ação civil pública a “ação principal” do art. 17 da LIA (SANTOS, 2002, p. 109).

Portanto, a ação de improbidade administrativa, em sede de ação civil pública “é a ação de objeto não-penal proposta pelo Ministério Público” (MANCUSO, 2004, p. 21) de “interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa a toda coletividade” (PAZZAGLINI FILHO, ELIAS ROSA E FAZZIO JÚNIOR, 1999, P. 197).

Dentro dessa linha de raciocínio, a doutrina dominante segue nesta direção, já que, revelando-se idêntica a natureza na ação de improbidade e da ação civil pública, caberá ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada intentar a ação para reparação dos danos decorrentes de improbidade, podendo ser concebido a existência de diversos instrumentos legais com a mesma finalidade, neles incluídos a ação popular, ainda que o resultado obtido nas ações civis públicas seja mais perceptível e eficaz.

No entanto, existe uma minoria de respeitáveis doutrinadores⁷² que defendem o entendimento de que a ação de improbidade não é uma ação civil pública. Seja porque a Lei nº 8.429/92 é posterior à Lei nº 7.347/85, e por isso regulou inteiramente a matéria e afastou por completo a incidência de qualquer outra na área de improbidade administrativa, ou seja, porque haja remissão expressa na Lei de Improbidade ao Código de Processo Civil e não à Lei da Ação Civil Pública, tais juristas preconizam a utilização de um rito próprio para defesa da probidade. Assim é o caso de Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes ao argumentarem que:

Tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, frequentemente chamando-a de ‘ação civil pública de improbidade administrativa’. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramentos próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de

⁷² Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança), Pedro da Silva Dinamarco, Arnoldo Wald, Rodrigo Garcia da Fonseca.

improbidade administrativa uma ação civil pública no sentido jurídico do termo (WALD E MENDES *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 294).

Ademais, aditam a diversidade de condenações perseguidas nas respectivas leis e a diferença da destinação da indenização de ambas, uma vez que na ação de improbidade administrativa esta reveste-se em favor da pessoa jurídica prejudicada, ao passo que, na ação civil pública, direciona-se para fundo especial.

Assim, por entenderem que existem incompatibilidades entre o procedimento da Lei nº 7.347/85 e o da Lei nº 8.429/92, negam a esta a natureza daquela e, por conseguinte, inferem como inadequada a ação civil pública como meio processual para a aplicação de penalidades decorrentes da improbidade administrativa.

De qualquer forma, não se pode olvidar que independente da corrente a ser adotada, não deslustra qualquer razoabilidade reconhecer a inadequação da ação de improbidade no bojo da ação civil pública, se é possível ao magistrado aproveitar a ação, isso porque “a extinção do processo por questões processuais, além de excepcional deve ocorrer em hipótese de total impossibilidade de adaptabilidade do processo” (OLIVEIRA, CHAVES E GHIGNONE, 2010, p. 279) ⁷³.

Não obstante, outro argumento adverso à ação civil pública se sustenta na adequação da ação popular para a finalidade de ressarcir os danos causados pelo agente ímprobo. Cabe aqui o registro de que a ação civil pública pode apresentar, também, um objeto mais amplo que o da ação popular, conquanto naquela pode-se propugnar punições aos atos ímprobos, enquanto que nesta o cidadão não possui capacidade para tal. De qualquer modo, “a legitimação do eleitor, pela via da ação popular (faculdade inerente à cidadania, que raramente exercita), para litigar contra a lesividade e/ou imoralidade administrativa, não minimiza a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 301).

A ação civil pública da lei de Improbidade não afasta ou impede o ajuizamento de demanda fundada na Lei de Ação Popular, tampouco na própria lei 7.347/85. Todos estes diplomas são voltados à tutela do patrimônio público, de forma complementar. Com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos jurídicos (causa petendi), podem ser propostas alternativamente ação popular ou ação civil pública para a

⁷³ “Não obstante haja vozes divergentes, parece-nos clara a natureza civil da ação de improbidade administrativa, e assim o que textualmente a lei. Não a desnaturam sequer as copiosas e severas cominações aplicáveis na forma do art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992. Na gênese de toda a tipologia do ilícito e de sua sanção se encontra sempre um ato administrativo gerador de proveito para seu agente ou para terceiro, em detrimento do patrimônio público ou dos princípios regedores da administração pública” (FERRAZ *apud* RIZZARDO, 2012, p. 368).

anulação dos atos lesivos ao erário. Entretanto, para a aplicação das sanções civis na hipótese de configuração de atos de improbidade, a única via processual adequada é aquela oriunda da Lei de Improbidade Administrativa (LEONEL, 2011, p. 128).

Contudo há que se notar que algumas causas podem impedir o prosseguimento, mas jamais o ajuizamento da ação civil pública. É que existem algumas hipóteses de decisões conflitantes envolvendo a identidade de demandas de mesma natureza, que caso sejam totais, irão configurar a litispendência.

Para que se possa verificar se duas ou mais ações são iguais, é necessário perquirir os elementos que delas compõem, que são as partes⁷⁴, causa(s) de pedir⁷⁵ e pedido⁷⁶. No caso da litispendência, as causas devem ser idênticas. Sobre o instituto da litispendência, anotam Didier Jr. E Zaneti Jr.:

Normalmente, costuma-se afirmar que há litispendência [...] quando houver tríplice identidade entre os elementos da demanda: se dois ou mais processos são iniciados pela mesma demanda (com mesmas partes, pedido e causa de pedir). (Didier Jr., Fredie e Zaneti Jr., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, 2010, p. 172).

Não obstante essa tradicional concepção, moldada especialmente pelo Código de Processo Civil em referência à tutela individual de direitos, imperioso assinalar que a noção de tríplice identidade para aferição de demandas idênticas se mostra insuficiente para abarcar todas as hipóteses da ocorrência da litispendência. Por isso, ensinam os citados autores:

A tríplice identidade dos elementos da demanda é apenas o caso mais emblemático de litispendência. Trata-se do exemplo mais claro do fenômeno. Mas não é o único. Há litispendência quando pendem processos com mesmo conteúdo. A mesma situação jurídica controvertida é posta em mais de um processo para ser resolvida. Enfim, há litispendência quando o Poder Judiciário é provocado a solucionar o mesmo problema em mais de um processo (Idem, Ibidem, p. 172).

No campo da tutela coletiva de improbidade, muito comum é o ajuizamento de uma ação civil pública e uma ação popular que podem ser idênticas, apesar de não serem

⁷⁴ Nelson Nery e Andrade Nery (2010, p. 199) elencam que: “Em sentido processual parte é aquele que pede (autor) e em face quem se pede (réu) a tutela jurisdicional”. E continuam, que sentido material parte “é aquele que afirma ser titular da relação jurídica de direito material discutida em juízo e em face de quem se afirma essa titularidade”.

⁷⁵ “São os fundamentos de fato e de direito do pedido. É a razão pela qual se pede. O direito brasileiro, a exemplo do direito alemão, adotou a teoria da substanciação do pedido, segundo a qual se exige, para a identificação do pedido, a dedução dos fundamentos de fato e de direito da pretensão” (NERY JÚNIOR E ANDRADE NERY, 2010, p. 376).

⁷⁶ “O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira pretensão processual); a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver implementada através da atividade jurisdicional. É, como dito alhures, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir” (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2010, p. 437).

excludentes, “mas, ao contrário, correspondentes, naquilo que coincida o seu objeto” (ALMEIDA *apud* TESHEINER E MANDELLI, 2012, p. 56).

Sendo assim, da propositura de ação popular e ação civil pública em que a finalidade de ambas se destina a anular os mesmos atos ímprobos surge a problemática da litispendência. Dessa forma, além do art. 17, §5º da Lei nº 8.429/92 já citado, o art. 5º, § 3º da Lei da Ação Popular que prevê: “A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos”.

A litispendência nas ações coletivas é possível não só quando o objeto e a causa de pedir forem idênticas mas, ainda que ausente a identidade de partes, quando se tratar de substituição processual. Assim entende Wambier (2007, p. 291) ao mencionar que “o modelo definido pelo CPC para a constatação de conexão e litispendência não serve para regular o confronto entre duas ações coletivas, a não ser que seja aplicado de outro modo, tendo em vista as peculiaridades de tais ações”.

A necessidade de se desconsiderar as partes é afirmada por Antonio Gidi (1995, p. 219):

Em que pese o fato de as pessoas não serem empiricamente as mesmas, entendemos que, pra efeito de legitimidade, litispendência, efeitos da sentença e sua imutabilidade (autoria da coisa julgada), juridicamente, trata-se da mesma parte. Por outro giro, as partes são consideradas as mesmas pelo direito positivo, muito embora, empiricamente, no mundo naturalístico não o sejam.

Sem embargo, partindo da premissa segundo a qual a legitimação nas ações coletivas é extraordinária, concorrente e disjuntiva, torna-se forçoso reconhecer que os legitimados atuam pleiteando direito alheio em nome próprio (art. 6º do CPC), motivo pelo qual se mostra perfeitamente possível a ocorrência de litispendência a despeito de não figurarem exatamente as mesmas partes nas duas demandas coletivas.

Logo, “é possível, portanto, que haja litispendência sem identidade entre as partes autoras. A identidade de parte autora é irrelevante para a configuração da litispendência coletiva” (Didier Jr. E Zaneti Jr, 2010, p. 173).

E tanto a doutrina quanto a jurisprudência, adotam o entendimento de que ainda que os autores sejam diversos, o que interessa é a identidade entre os sujeitos de direito, os substituídos, pois "o polo passivo na *actio pro populo* é a coletividade, independente de quem figure como autor imediato, sendo forçoso reconhecer, de ofício, a litispendência quando as ações versarem sobre o mesmo objeto e a mesma causa de pedir" (TJSC, AC 2004.032954-8 e 2004.032953-1, em 08.09.2005).

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. AÇÃO COLETIVA. LITISPENDÊNCIA COM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXISTÊNCIA. IDENTIDADE DE PARTES. MESMOS BENEFICIÁRIOS. PRECEDENTE DO STJ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. Nas ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Precedente do STJ. [...] 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (REsp n. 925278/RJ, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19.6.2008).

Não é outro o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PROCESSUAL CIVIL - ACÃO POPULAR BUSCANDO O DESFAZIMENTO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS CELEBRADO PELO MUNICÍPIO - ACÃO CIVIL PÚBLICA COM IDENTIDADE DE PEDIDO E DE BENEFICIÁRIOS - LITISPENDÊNCIA - OCORRÊNCIA. "Para a configuração do instituto da litispendência em ações coletivas, deve-se levar em conta os beneficiários da tutela pleiteada e não o substituto processual que figura no pólo ativo, para fins de verificação da identidade de partes no processo" (TJSC, AC n. 2010.007285-1, Rel. Des. Luiz Cesar Medeiros, em 14/07/2010). (TJSC, Apelação Cível n. 2009.043375-6, de Brusque, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26/05/2011) (grifou-se).

Além disso, atenta-se ao fato de que não há óbice para que a litispendência seja verificada em espécies diferentes de demandas coletivas, pois, de acordo com o princípio inscrito no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, um dos diplomas componentes do chamado microssistema processual coletivo, a tutela coletiva é atípica, admitindo-se a veiculação de pretensões de cunho transindividual em procedimentos diversos.

É preciso ressaltar que, se entre uma ação coletiva do CDC e uma ação civil pública, uma ação popular, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outra ação coletiva ocorrer identidade de causa de pedir e de pedido, haverá litispendência entre essas duas ações. Serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes (GIDI, 1995, p. 219).

Todavia devem visar a proteção do mesmo direito, pois não haverá litispendência entre duas ações coletivas se ambas não objetivarem a mesma defesa.

Assim, uma ação coletiva em defesa de um direito difuso não obsta uma ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos correspondentes. Isso porque, em que pese haver identidade de partes e correspondência de causas de pedir, os pedidos formulados em cada ação coletiva são diferentes, e isso as torna ações coletivas diferentes. [...] Por isso, ainda que uma delas seja julgada

improcedente após instrução suficiente, ainda é possível a propositura e a procedência da outra (GIDI, 1995, p. 220-221).

Há que se registrar, ainda, que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem admitido que o ajuizamento de ação civil pública ou coletiva não impede também a possibilidade de convivência entre a ação individual e a ação civil pública, resolvendo-se a duplicidade pela utilização da conexão, continência ou litispendência, conforme o caso. Tem-se assentado, de fato, que a faculdade insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura ao titular do direito de propor a ação, individualmente, sem prejuízo da existência da ação civil pública, pois o interesse de agir decorre justamente do livre-arbítrio concedido à parte de preferir deduzir a pretensão isoladamente, invocando os argumentos que entende serem mais adequados.

Nessa senda, o STJ assentou que a o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público não impede o ajuizamento da ação individual, mesmo que com idêntico objeto. “Desta forma, no caso não há ocorrência do fenômeno processual da litispendência, visto que a referida ação coletiva não induz litispendência quanto às ações individuais” (AgRg no Ag 1400928/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 06/12/2011).

Assim também registrou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDIVIDUAL EXTINÇÃO DO PROCESSO. SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR RECONHECIDA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM TRÂMITE VERSANDO SOBRE OS DIREITOS PLEITEADOS INDIVIDUALMENTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA CARÊNCIA DE AÇÃO NESSA HIPÓTESE. **POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA ENTRE A AÇÃO INDIVIDUAL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASO DE UTILIZAÇÃO DA CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA PARA SEREM EVITADAS DECISÕES CONTRADITÓRIAS.** ANULAÇÃO DA SENTENÇA. PROVIMENTO DO RECURSO. [...] 2. O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor está a reafirmar a possibilidade de convivência pacífica entre a ação civil pública e a ação individual, pois permite possa a parte utilizar-se da faculdade de se submeter aos efeitos da coisa julgada na ação coletiva, com as características constantes do artigo 102, I a III, sendo que para tanto poderá manifestar sua vontade pleiteando a suspensão do processo desencadeado particularmente, ou então, prosseguir no feito. 3. Para serem evitadas decisões contraditórias entre a ação civil pública e a ação individual, no caso de optar a parte pelo prosseguimento do processo desencadeado particularmente, devem ser utilizados os mecanismos processuais próprios, adequados a resolver essas situações, e que estão expressos na conexão ou na continência, dependendo do caso, com a conseqüente reunião dos processos para julgamento simultâneo. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 573942, Des. Suzana Camargo, j. em 01/09/2003) (grifou-se).

No entanto, para os casos em que tais julgamentos se tornem repetitivos, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça sacramentou a suspensão das ações individuais, na pendência de

ação coletiva, afirmando harmonizar-se com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos⁷⁷.

Mas, se mesmo ocorrendo litispendência entre as demandas, prosseguirem dois ou mais processos, fará coisa julgada⁷⁸ a primeira sentença que transitar em julgado. A segunda, portanto, será proferida com violação à coisa julgada. É que faltará uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir, pois “considerando que no caso o Poder Judiciário já apreciou a matéria e conferiu seu socorro, ou o negou, por entendê-lo indevido naquele caso, o interesse de agir desapareceu” (DECOMAIN, 2009, p. 111).

De outro norte, caso seja constatada a identidade parcial entre as causas, estas estarão sujeitas à conexão ou continência das ações. E assim, como dito, surgirá a necessidade de se flexibilizar as regras procedimentais, por intermédio da prevenção⁷⁹, a fim de reunir as causas conexas ou continentes em um mesmo juízo, assegurando para que a prolação da sentença não seja contraditória.

Nos moldes dos arts. 103 e 104 do Código de Processo Civil estão previstos os conceitos de conexão e continência, apontando o primeiro que “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”⁸⁰, e o segundo que “dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras”. A solução jurídica aos dois casos é disposta no art. 105 que determina ao juiz, de ofício ou por pedido das partes que reúna as “ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente”.

Dentre os elementos que identificam as ações, é a causa de pedir que prepondera na individualização das ações coletivas e demandas repetitivas. É que, a partir dela, pode-se constatar o tratamento conjunto das mesmas demandas caso sejam vinculadas pela mesma tese jurídica.

⁷⁷ STJ, Recurso Especial nº 1.110.549, 2ª S., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.10.2009

⁷⁸ “Enquanto a [alegação] de litispendência evita que se duplique, inutilmente e com inconvenientes graves de discrepância eventual dos julgados, a atividade pública, a de coisa julgada saneia esse passado em que o princípio da unicidade da relação jurídica processual foi violado. O que há de comum entre elas é a identificação das ações para se excluir a pluralidade de relações jurídicas processuais” (MIRANDA *apud* SOARES, 2009, p. 132).

⁷⁹ “Prevenção é o critério para determinar qual dos juízos as causas conexas haverão de ser reunidas. Também aqui, não é tarefa da doutrina conceituar os casos de prevenção, que são determinados pelo direito positivo. As hipóteses de prevenção são, portanto, contingentes. Normalmente, considera-se prevento o juízo perante o qual a primeira demanda foi proposta. Mas nada impede que o legislador repunte prevento o juízo onde ocorreu a primeira citação válida, como fez o CPC brasileiro, no art. 219” (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2010, p. 165).

⁸⁰ “Conexão é uma relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais. A conexão pressupõe demandas distintas, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo” (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2010, p. 163).

A constatação de que há causas de pedir idênticas (ou a mesma origem) possui, portanto, duas características importantes, ou seja, a clássica função de viabilizar a dedução da pertinência do pedido; e a específica, de verificar se há, efetivamente, uma situação em que se pede tutela para direitos individuais homogêneos, possibilitando-se a coletivização. (TEMER, 2011, p. 37).

Embora a causa de pedir possa se dividir entre causa de pedir remota (fatos que ensejam o pleito) e causa de pedir próxima (direito do qual emana o pedido do autor)⁸¹, para que exista a conexão, basta que a causa de pedir, em apenas umas de suas manifestações, seja igual nas duas ações⁸².

Assim, proposta a ação de improbidade administrativa perante o juízo prevento, este deverá verificar se está diante de causas conexas ou continentes, uma vez o §5º do art. 17 da LIA estabelece que: “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”. Extrai-se o referido preceito que, caso seja proposta uma ação idêntica⁸³ ou conexa à outra demanda já ajuizada, a posterior deverá ser julgada pelo juízo prevento, podendo o magistrado conhecê-la de ofício e a qualquer tempo.

De outro norte, verificada a existência de uma ação individual e uma ação coletiva com o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir, atenta-se, portanto, que as demandas deverão ser processadas conjuntamente no juízo da ação coletiva por se tratar de competência absoluta da ação coletiva.

Ademais, há que se admitir a possibilidade de reunião de ações civis públicas de improbidade administrativa. Como leciona Didier Jr. e Zaneti Jr. (2010) a “conexão pode modificar competência territorial, em regra relativa, mas que, em alguns casos, pode ser absoluta”.

Com efeito, o fundamento para reunião obrigatória dos processos é a possibilidade de economia processual e o afastamento de julgamentos conflitantes nas causas em que houver questão comum a se discutir, ainda que seu processamento não seja simultâneo. Apenas no caso da reunião de processos não ser possível é que se deve suspender um dos processos.

Assim, a conexão produz o efeito jurídico de modificar a competência do juízo, “de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas” (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2010, p. 164).

⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie, 2010, p. 424.

⁸² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, 2007, p. 360.

⁸³ Caso de litispendência, que será analisado a seguir.

Transparece, aí, a tendência a se proteger a litigiosidade de massa por meio das ações coletivas, sendo indispensável, como demonstrado, que se vislumbrem as normas que dizem respeito ao procedimento para que o julgamento seja válido e eficaz.

Delineada, portanto, a intrínseca relação entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Ação Civil Pública, com o emprego de seus requisitos procedimentais, forçoso restringir a análise do estudo à competência legítima para julgamento de prefeitos conforme preceitua a Lei nº 7.347/85 e pelo modo como as Jurisprudências têm fixado o entendimento sobre o tema.

3. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE PREFEITOS EM AÇÃO DE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação civil pública, utilizada como instrumento para a imposição das sanções da lei de improbidade, perpassa pela norma de competência do art. 2º da Lei 7.347/85. Assim, o regramento da Lei da Ação Civil Pública estabelece que tais ações devem ser propostas no foro do local de ocorrência do dano, cujo processamento e julgamento da causa terá competência funcional.

Ocorre que, em contraponto ao que se verifica às demais autoridades políticas, a Constituição Federal não distingue a esfera civil da esfera penal ao estatuir o foro competente para julgamento de prefeitos, motivo pelo qual desperta a polêmica acerca da competência pela prerrogativa de função na Lei de Improbidade Administrativa.

Assim é que o futuro julgamento do ARE 683235 pelo Supremo Tribunal Federal põe em discussão a polêmica acerca da competência para julgamento de prefeitos. Alguns pressupostos devem, assim, serem analisados, tais como: a) o foro por prerrogativa de função em sede de ação civil por improbidade administrativa; b) a antinomia, ou não, entre o Decreto nº 201/67 e a Lei nº 8.429/92, ou seja, a possibilidade dos prefeitos responderem tanto por crimes de responsabilidade como por atos de improbidade; e, c) institutos de conexão, continência e litispendência na definição da competência para julgamento de prefeitos.

Dessa forma, a consolidação de uma jurisprudência de caráter *erga omnes* sobre o tema, poderá ser calcada por algumas orientações precedentes da própria Corte, que são essenciais para o deslinde da demanda, e que serão exploradas a seguir.

3.1 Competência na ação de improbidade administrativa

Encontra-se grande relevância prática a admissão da ação de improbidade como ação civil pública. É que a Lei de Improbidade administrativa silencia a respeito da competência para o processamento e julgamento da ação civil de improbidade, de modo que por se tratar de ação coletiva, pode-se encontrar subsídio na Lei da Ação Civil Pública para se determinar o juízo competente.

A competência, em verdade, pela visão tradicional de Chiovenda nada mais é do que uma “medida da jurisdição”, ou de acordo com Liebman pode ser conceituada como a quantidade de jurisdição concedida a um órgão ou grupo de órgãos. Em resumo, ela compreende o conjunto de atribuições estipuladas pela Constituição Federal e pelas Leis que

cabem a cada juízo realizar, podendo ser compartimentada para ser melhor exercida. Por isso mesmo o exercício da jurisdição entre os diversos órgãos jurisdicionais especializa-se⁸⁴.

Desse modo, segundo a corrente doutrinária que reconhece a natureza coletiva à ação de improbidade, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.347/85, “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Assim é que Didier Jr. e Zaneti Jr. (2010) leciona que a competência funcional está relacionada com a repartição de funções a serem desempenhadas em um mesmo processo. Logo, os aspectos endoprocessuais, internos ao sistema e relacionados às atribuições exigidas do magistrado durante o desenvolver processual, são tomados como critérios para a distribuição da competência⁸⁵.

Para o autor, a competência funcional pode ser classificada sob uma perspectiva funcional, pela qual todos os órgãos estariam na mesma instância, ou por uma ótica vertical, em diversas instâncias — tal como ocorre com a competência originária e derivada.

Diz-se funcional a competência quando a lei a determina automaticamente, a partir do simples fato de algum órgão jurisdicional ter oficiado em determinado processo com atividade que de alguma forma esteja interligada com essa para a qual se procura estabelecer qual o juiz competente. Ou seja: ela é a competência decorrente do prévio exercício da jurisdição por determinado órgão. É automática porque nenhum outro elemento, além desse, precisa ser pesquisado na busca do juiz competente: as regras de competência funcional, residentes na Constituição e na lei, levam em conta a função já exercida num processo, para estabelecer a quem compete algum outro processo interligado funcionalmente a este ou a quem compete outra fase do mesmo processo (DINAMARCO, 2002, 433-434).

Ao asseverar que a competência, na hipótese, é funcional, a incidência do referido artigo apenas será “possível em se tratando da fixação da competência *rationes loci* da Justiça

⁸⁴ A competência possui seis premissas que coordenam-se para harmonia do sistema processual. “São elas: a) a unidade da jurisdição, cujo exercício se distribui entre os juízes do país sem que haja espaço para uma suposta dualidade ou pluralidade de jurisdições; b) a existência de uma estrutura judiciária composta de inúmeros órgãos encarregados do exercício da jurisdição, diferenciados segundo certos critérios; c) a existência real ou potencial de conflitos das mais variadas naturezas a serem distribuídos entre esses órgãos (massa de causas); d) a necessidade de fazer essa distribuição, por razões de diversas ordens; e) a garantia constitucional de liberdade das partes, em virtude da qual é concedida ao demandante alguma dose de faculdade na escolha do órgão judiciário ao qual apresentara sua pretensão; f) as razões de ordem pública que em significativa medida limitam essa liberdade ao obrigar a propositura da demanda perante o órgão indicado pela Constituição ou pela lei” (DINAMARCO, 2002, p. 412-413).

⁸⁵ “Vicente Greco Filho sistematizou muito bem a competência funcional, que pode ser: a) por grau de jurisdição (originária ou recursal); b) por fases do processo (cognição e execução, p. ex.); c) por objeto de juízo: uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC), declaração de inconstitucionalidade em tribunal (art. 480 do CPC) etc” (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2010, P. 140-141).

Estadual, uma vez que quanto à competência territorial da Justiça Federal incidirão as regras contidas no art. 109, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal” (GARCIA E ALVES, 2011, p. 830).

Não obstante, alguns questionamentos respeito da expressão competência funcional tem sido levantados pela doutrina mais recente. O assunto mereceu o estudo de José Carlos Barbosa Moreira citado por Rizzardo (2012, p. 126):

Do ponto de vista técnico, o emprego da expressão ‘competência funcional’ sem dúvida se harmoniza com a construção chiovendiana, correspondendo ao segundo critério proposto pelo autor italiano. Com efeito, é de presumir que tenha melhores condições para exercer as funções necessárias o juízo do foro do local onde ocorrer o dano (...) Ao ângulo prático, o objetivo do legislador foi certamente o de excluir a possibilidade de modificação pela vontade das partes. Aplica-se ao caso o regime do art. 113 do CPC: a incompetência deve ser declarada de ofício e pode ser alegada em qualquer tempo, independentemente de exceção. Além disso, não será válida convenção de eleição de foro, destinada a submeter o pleito à apreciação de outro que não o indicado na lei. Em outras palavras, o art. 2º visou a tornar absolutamente incompetentes todos os foros diversos do indicado no texto.

Apesar disso, o que a LIA deixou claro é que o dispositivo referido reveste-se de natureza absoluta, conquanto trata-se de competência territorial em razão do dano, compreendido este como aquele em que foi produzida a lesão aos princípios da administração pública e que, invariavelmente, quase sempre se efetiva na sede do Município quando cometidas por chefes executivos municipais ⁸⁶. Não é cabível, desse modo, que a incompetência seja arguida através de exceção, porquanto somente poderá ser declinada de ofício pelo juiz da causa.

Nesta sede, embora o legislador tenha adotado o local do dano ou o da ação ou omissão como determinantes da competência, não se trata, na hipótese, de competência relativa, mas sim absoluta, de caráter funcional. É inderrogável, improrrogável, identificável de ofício pelo órgão judicial em qualquer tempo ou grau de jurisdição (LEONEL, 2011, p. 221).

Pelo exposto, nada mais certo que a competência seja fixada no juízo do local do fato, ainda que desprezando-se o local da sede do ente lesado, pois a intensão principal do legislador é a de facilitar a produção probatória e, ainda, permitir que a prestação jurisdicional ocorra perante a comunidade afetada pelo ato lesivo.

Dando sequência ao estudo ligado à competência para ação de improbidade, quando propostas duas demandas de mesma natureza, como visto, pode ocorrer que o ajuizamento de

⁸⁶ Caso o dano seja cometido concomitantemente por dois agentes públicos, um municipal e o outro federal, vindo a lesar o município e a união, será competente a justiça federal, por força do art. 109, inc. I da Constituição de 1988.

uma que já seja objeto de questionamento de outra. Nestas situações, pode-se estar diante de causas que importem conexão, continência ou ainda de litispendência.

Em termos práticos admitir nas ações transindividuais a continuidade de demandas idênticas — totais ou parciais —, poderá culminar a prolação de sentenças conflitantes e o ajuizamento de demandas desnecessárias que objetivem o mesmo resultado, de modo que a modificação da competência para o julgamento da causa é a resposta para o embate.

Insta salientar que a modificação da competência não pode ser confundida com a exceção de incompetência relativa, ainda que ambas tratem de competência territorial. Quando se modifica a competência, esta é decorrente da prevenção, havendo uma prorrogação da competência de natureza absoluta (funcional). Essa alteração independe da vontade das partes, ou seja, é indisponível e por isso mesmo tem esse caráter absoluto. Por outro lado, ao se apontar a incompetência relativa, o magistrado é impedido de conduzir a causa, e a demanda é transferida para um juízo competente.

Apresentado o instituto da competência na ação de improbidade, a dúvida que ainda resta ao estudo, e tema central da tese, importa em perquirir se as ações de improbidade administrativa por atos praticados por prefeitos estão subordinadas à regra de foro especial por prerrogativa de função, pois os adotantes dessa tese invocam os seguintes argumentos: o laconismo da norma do inc. X do artigo 29 da Constituição Federal de 1988 e a natureza criminal dos atos de improbidade administrativa, o possível conflito de decisões com superposição das penas entre as diferentes instâncias e a coincidência entre a LIA e os crimes de responsabilidade de prefeitos.

3.2 Foro por prerrogativa de função para prefeitos municipais em ação de improbidade administrativa e o Supremo Tribunal Federal – ADIN 2.797

Com o advento da Lei nº 8.429/92, eclodiu no meio jurídico a discussão acerca da competência hierárquica para processamento e julgamento de prefeitos, pois, contrariamente ao que se verifica aos demais agentes políticos, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 29, inc. X⁸⁷, não distinguiu a jurisdição civil da penal ao estatuir a prerrogativa de foro para julgamento dos chefes executivos municipais.

⁸⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 29: “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”.

A confusão em baila deve-se, portanto, à natureza das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa, uma vez que somente as penalidades de caráter penal estão acobertadas pelo foro especial. Assim, o estudo do caráter jurídico e da abrangência da competência do ato de improbidade administrativa influencia diretamente na aplicabilidade da lei de improbidade administrativa e na definição do foro competente para julgar e apreciar as ações envolvendo os prefeitos municipais.

Inicialmente, cabe esclarecer que o agente político municipal pode ser responsabilizado em diferentes esferas, sujeitando-se à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente de sua função. Desse modo, o prefeito poderá responder por uma ação civil de reparação de danos, bem como por crimes que tenha cometido no exercício de sua função e ainda disciplinarmente perante o município que o recompensa. Fora essas possibilidades, ainda poderá responder por Improbidade Administrativa.

Essa independência entre as instâncias repousa na própria Carta Magna de 1988, que é expressa ao afirmar no art. 37, §4, que as consequências civis da Lei de Improbidade podem ser alcançadas “sem prejuízo da ação penal cabível”. Ademais, o art. 12 da Lei de Improbidade ressalva que o juiz fixará as penalidades “independente das sanções penais”.

Conforme se infere, a própria norma constitucional faz a advertência relativamente à ação penal, deixando evidente que, além de responder civilmente pelos atos de improbidade, o agente público também poderá ser responsabilizado criminalmente.

As hipóteses taxativas de foro especial por prerrogativa de função, ante a prática de crimes comuns ou de responsabilidade por autoridades políticas, estão elencadas na Constituição Federal nos seguintes artigos: Presidente e Vice-Presidente da República (arts. 52, inc. I, 86, caput e 102, inc. I, b, da CF), deputados federais e senadores (arts. 53, §4º, e 102, inc. I, b, da CF), deputados estaduais (art. 27, §1º da CF) e governadores (art. 105, inc. I, a da CF).

A respeito da matéria, novamente oportuna a doutrina constitucionalista de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 não incluiu o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa na esfera de atribuições jurisdicionais originárias do ST, STJ e TRF ou quaisquer outros tribunais, cuja competência originária não as abrange, ainda que propostas em face dos congressistas, de Ministros de Estado, Governadores, Prefeitos ou do próprio Presidente da República. (...) A Constituição Federal, consagrando o princípio do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), não permite alteração de foro por conveniências ou analogias políticas. O legislador constituinte foi claro ao direcionar os foros especiais em razão da dignidade da função somente para o processamento penal – bastando, por exemplo, a leitura do art. 102, I, b ou art. 105, I, a-; excluindo-se, portanto, de forma peremptória o

processo e julgamento das ações civis por ato de improbidade originariamente nos Tribunais” (MORAIS, 2002, p. 2.645).

Pelo princípio da simetria, chega-se à conclusão de que se o legislador quisesse estender o foro por prerrogativa de função aos procedimentos de natureza civil, por certo, o teria dito expressamente, não havendo nada que pudesse justificar um tratamento desigual e de excessivo privilégio à autoridade municipal.

Verifica-se, portanto, que, embora o art. 29, inc. X da Carta Magna de 1988 não mencione expressamente a prática de crimes comuns ou de responsabilidade, apenas essas hipóteses estão sob o manto do foro privilegiado, pois a interpretação cabível é restritiva.

Para arrematar, na seara civil, o que se goza são de algumas regras especiais de competência originária *ratione materiae*⁸⁸. É que alguns órgãos superiores podem avaliar atos ou omissões governamentais, de natureza civil, ou de responsabilidade delas, em ações mandamentais como habeas corpus (arts. 102, inc. I, alínea d, 105, inc. I, alínea c, 108, inc. I, alínea d, da CF), mandado de segurança e habeas data (arts. 102, inc. I, alínea d, 105, inc. I, alínea b, 108, inc. I, alínea c, da CF) e mandado de injunção (arts. 102, inc. I, alínea q, 105, inc. I, alínea h, da CF). As normativas elencadas não podem ser confundidas com as que estabelecem o foro especial em favor de algumas autoridades, ou seja, com a competência originária *ratione personae*.

E mais, por não haver previsão de qualquer dessas hipóteses *ratione materiae* aos prefeitos, também não se pode violar o poder constituinte derivado decorrente em matéria de jurisdição civil para ampliar o rol de ações que não se acham inscritas no texto constitucional⁸⁹.

Assim, os atos civis dos chefes executivos municipais, salvo previsão constitucional e restritos às sanções mandamentais, não impedem a ação penal cabível, devendo ser julgados pelo juízo monocrático, tal como a ação de improbidade administrativa.

A propósito, oportuno é o escólio de Alexandre de Moraes em comentários à Lei de Improbidade Administrativa:

⁸⁸ “A competência em razão da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá causa. Assim, é a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para a identificação do juízo competente” (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2010, p. 139)

⁸⁹ A competência originária do STF se qualifica, de acordo com o Min. Celso de Mello como “um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não comportando a possibilidade de extensão que extravase os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política” (MELLO *apud* FRANCO JÚNIOR, 2002, p. 122).

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula ‘sem prejuízo da ação penal cabível. Portanto, o agente público, por exemplo, que utilizando-se de seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público responderá, nos termos do artigo 9º da Lei n. 8.429/92, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal pelo crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial” (MORAIS, 2002, p. 2.612).

Malgrado os argumentos em contrário, diversas são as particularidades que apontam o caráter civil da Lei de Improbidade Administrativa. A princípio salta aos olhos a abrangência das descrições dos atos de improbidade, tendo o legislador se utilizado de conceitos jurídicos indeterminados, motivo que por si carecem de densidade para fins penais. Isso porque, as descrições abertas dos atos de improbidade são incompatíveis com o conceito de infração penal, em observância ao princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal⁹⁰ e no art. 1º do Código Penal⁹¹.

Com efeito, de acordo com o princípio da taxatividade, os tipos penais incriminadores não podem ter incriminações vagas a ponto de deixar dúvidas ao destinatário da norma. Pelo contrário, somente podem ser criados por lei em sentido estrito, especificando o legislador o ato ilícito.

O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastes de entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme (LUIZI *apud* MIRANDA, 2007, p. 10).

Nota-se, de outro norte, que nenhuma das penalidades da LIA tem como consequência uma pena de prisão como extrai-se do art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/41 que “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”.

Não havendo qualquer pena privativa de liberdade na Lei de Improbidade Administrativa, inexorável que o ilícito não constitui crime. Respectiva sanção é ausente nos ilícitos civis, pelos quais a prisão somente poderá ocorrer em casos excepcionais como no devedor de pensão alimentícia.

⁹⁰ Constituição Federal de 1988, Art 5º, inc. XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁹¹ Código Penal, Art 1º Art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Além do mais, fala-se na Lei 8.429/92 em penas civis, cabendo salientar que o conceito de pena não se restringe ao âmbito criminal, ou seja, não é somente uma retribuição pela prática de um ilícito penal. Possui, em verdade, um conceito muito mais amplo, “castigo, punição, sanção, pelo descumprimento de uma exigência legal ou contratual, que pode ou não estar relacionada com conduta penal típica e culpável” (FRANCO JÚNIOR, 2002, p. 126).

Outrossim, no que tange as sanções de perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, também não se pode alegar que constituem reprimendas penais. Não há, no Código Penal, a aplicação autônoma dessas penas, uma vez que, por possuírem efeito secundário, estarão sempre acompanhadas de uma sanção principal privativa de liberdade, como é o caso do art. 92, inc. I do referido diploma.

Aliás, tratando de perda do mandato, não se pode tomar a similitude das sanções nas diferentes esferas para unificá-las no tocante à aplicação da competência. Percebe-se que não é a multiplicidade de vias que irá associar a competência, uma vez que é plenamente possível a existência de conclusões dispares em esferas civis, criminal e política, como será constatado nos próximos tópicos.

Outra questão para obstar a classificação dos atos de improbidade administrativa como de direito penal é a previsão do art. 8º da Lei nº 8.429/92 que permite que algumas sanções atinjam herdeiros, ultrapassando a pessoa do condenado, o que é expressamente vedado nos tipos penais, pois estar-se-ia violando o princípio da intranscendência previsto no art. 5º, inc XLV, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, ao contrário do que ocorre na Lei de Improbidade, é notória a pouca utilização no direito penal das tutelas cautelares de sequestro e indisponibilidade de bens, ainda que previstas no Código de Processo Penal⁹². De outro norte, também são muitas as resistências dos doutrinadores à aplicação ao diploma processual penal o instituto da antecipação da tutela, como ocorre no Código de Processo Civil, ao argumento de se promover uma “civilização” do processo penal.

Por fim, acentua-se que, caso os atos de improbidade administrativa sejam considerados de natureza penal, não mais será possível a aplicação dos princípios do processo

⁹² Algumas doutrinas entendem que houve uma revogação no Código de Processo Penal acerca das medidas cautelares patrimoniais de sequestro, hipoteca legal e arresto: “Somos que a hipoteca legal do art. 134 do citado diploma legislativo, bem assim como o seqüestro, que tem por finalidade assegurar a sua efetivação (art. 136), são medidas cautelares civis indevidamente embutidas no processo penal, vez que têm por escopo garantir o ressarcimento do dano causado pela prática criminal. Quero crer que, como tal, se encontram revogados pelo Código de Processo Civil de 1973 que disciplinou integralmente a matéria em livro próprio” (JARDIM, 2002, p. 38).

coletivo da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, comprometendo, dessa forma, a efetividade do processo de apuração dos atos ilegais.

Por todos os prismas apresentados, poucos doutrinadores⁹³ defendem o ato de improbidade como ilícito penal. Na verdade, o que buscam é uma neutralização das influências locais e eliminação de acusações infundadas a fim de desmoralizar o adversário ao transferir o julgamento da ação da comarca de primeira instância para o Tribunal de Justiça do Estado. Assim constata Figueiredo (2009) ao afirmar que em diversas regiões do país, os membros do Ministério Público e Magistrados estão sujeitos a pressões políticas, “podendo tornar-se instrumentos de perseguição política, a prefeitos, acusados de improbidade administrativa” (FIGUEIREDO, 2009, p. 157).

No entanto, essa tese não obteve respaldo no Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797/DF e n. 2.860/DF, a primeira ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em que declarou-se, por maioria dos votos (7 x 3), inconstitucional os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, que concedeu foro especial para antigos ocupantes de cargos públicos e mandatos eletivos, bem como estendeu o foro privilegiado por prerrogativa de função para agentes políticos em ação de improbidade administrativa.

Extrai-se o seguinte trecho da petição inicial do CONAMP:

É cediço que constitui tradição vetusta do ordenamento jurídico pátrio que a repartição da competência jurisdicional, máxime da competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade, é fixada na Constituição d República, de forma expressa e exaustiva, vedada qualquer interpretação extensiva. Se assim é com relação ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, aos tribunais regionais federais e aos juízes federais, também o é com relação aos tribunais estaduais, cuja competência também há de ser fixada em sede constitucional estadual, segundo expresse mandamento da Constituição Federal (...). Se os limites da competência dos tribunais estão no texto constitucional, quer federal, quer estadual, não pode o legislador ordinário ultrapassá-los, acrescentando nova competência ao rol exaustivo posto na Constituição, como se poder constituinte fosse (Aristides Junqueira Avarenga).

Por fundamento diverso, o Ministério Público Federal também defendeu a inconstitucionalidade (formal) da lei:

⁹³ “Trata-se de um instituto que conjuga princípios e regras de direito civil, de direito administrativo, de direito penal e de direito constitucional”, com “uma forte carga penal, uma vez que as sanções têm cunho punitivo, traduzindo a repressão a condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem inclusive a indisponibilidade patrimonial” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 705-706)

Contudo vislumbra-se sério obstáculo que redundaria na inconstitucionalidade formal a macular a norma inserta no §1º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 10.628/02, pois somente o próprio Supremo Tribunal Federal é que teria que adotar tal exegese da norma constitucional sobre sua própria competência originária e não o legislador ordinário. Há assim, a nosso ver, violação do disposto no art. 2º, da Constituição da República (Geraldo Brindeiro).

A propósito colhe-se da decisão da referida ADIN n. 2.797/DF que, no viés federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais são as previstas pela própria Constituição Federal ou dela implicitamente decorrentes. E acrescenta-se que tais competências originárias são, “por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar”.

De outro norte, denota-se que a equiparação da lei de improbidade, de natureza civil, à ação penal contra as mais altas autoridades da República, para o fim de estabelecer a competência originária do Supremo Tribunal Federal, esbarra na nítida distinção entre as duas espécies de ações.

[...] A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado. (ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005) [grifo nosso].

Nessa esteira, prevaleceu o entendimento do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, que considerou precedente a ação ao fundamentar seu voto na invalidade da lei, dada a taxatividade do rol constitucional das competências originárias. O eminente relator indagou “se a lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República”, concluindo que “à lei ordinária não é dado impor uma dada interpretação da Constituição”.

Como se disse, a Lei de Improbidade Administrativa, por tratar de infrações de natureza civil, não se poderia ter a mesma competência originária conferida ao processo penal contra as mais altas autoridades da República. É que a Lei Fundamental de 1988 reservou aos Estados a definição da competência aos seus tribunais em suas constituições, afastando, desse modo, qualquer alteração por lei federal ordinária.

O voto condutor da ADI 2.797 deixou claro, por outro lado, que o acolhimento da inconstitucionalidade do §2º, do art. 84 do CPP não prejudicaria a Reclamação 2.138, em que debate-se o foro por prerrogativa de função em crimes de responsabilidade, como será examinado no próximo tópico. Dessume-se que a inconstitucionalidade do parágrafo em testilha foi decretada por estender o julgamento dos atos de improbidade administrativa ao foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns, que, é muito mais amplo que o foro originário previsto nos crimes de responsabilidade. Desse modo, não haveria nenhum óbice ao prosseguimento da Reclamação 2.138.

Transcreve-se excerto do voto do Relator:

A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência de órgãos políticos – por certo, a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.

E acrescenta quanto à aplicação aos prefeitos, exaltando que, ainda que reconhecida a similaridade entre o crime de responsabilidade e a ação de improbidade, não se poderia alegar foro por prerrogativa de função, como explanado:

Não é o caso dos Governadores dos Estados e dos Prefeitos Municipais, em relação aos quais a Constituição de 1988 conferiu competência ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Justiça Estaduais, respectivamente, para processá-los e julgá-los por crimes comuns somente e não por crimes de responsabilidade (CF, 88, art. 105, I, a, e art. 29, X). E o fez, aliás, coerentemente com o modelo federal, pois, não é competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade. É mesmo na hipótese de crimes de responsabilidade de Ministros de Estado, somente é competente o STF e não forem conexos com aqueles da mesma natureza cometidos pelo Presidente da República (CF, art. 102, I, c, c/c art. 52, I).

Por fim, nos casos em que possam ser decretadas a suspensão do exercício de mandato, o Ministro adverte que dependeria da coisa julgada, ou seja, da decisão transitada em julgado.

Discordando da posição do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, o Ministro Eros Grau, aduziu que a Lei nº 10.628/02 não seria formalmente inconstitucional, pois assim como caberia ao STF verificar se a lei ordinária é adequada à Constituição, interpretando, também,

esta última ao poder legislativo também poderia ser conferida a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, inclusive discordando de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao foro privilegiado, o Ministro Eros Grau, conforme precedente do Ministro Jobim adverte que impede “que se banalizem procedimentos de caráter penal ou de responsabilidade com nítido objeto de causar constrangimento político aos atingidos, afetando a própria atuação do Governo e, por que não dizer, do próprio Estado”. Afirmou que sem o foro privilegiado, as ações destinadas ao afastamento do agente político, baseadas em mero denunciamento, poderiam resultar no comprometimento do livre exercício do mandato popular.

O Ministro adverte que os crimes de responsabilidade podem enquadrar-se como ato de improbidade, atraindo a competência atinente ao exame da ação prevista na Lei nº 8.429. É que para o Min. Eros Grau, a ação por improbidade possuiria natureza penal assim como por crime de responsabilidade, como afirmou:

E não se pode admitir a transformação de uma nítida ação da natureza penal ou punitiva, a ação por ato de improbidade disciplinada pela Lei nº 8.429/92, em ação de caráter reparatório. Insista-se neste ponto: o elemento central da ação de improbidade não é reparatório. Para persegui-la, o ordenamento coloca à disposição da sociedade tanto a ação popular quanto a ação civil pública, que não se superpõe àquela, nem entre si, caracterizadas por objeto e efeitos absolutamente distintos.

Outrossim, o Ministro rechaçou a convivência de uma ação de improbidade e outra por crime de responsabilidade, sustentando que o agente político não responde à primeira se sujeito à segunda pelo mesmo fato. Nesse caso, a autoridade responde perante foro especial, pois a lei especial (de responsabilidade) afastaria a incidência da lei geral (de improbidade).

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, considerou que o §2º do art. 84 do Código de Processo Penal resulta em acréscimo de competência dos tribunais responsáveis pelo processamento de ações ou inquéritos em que o agente disponha a prerrogativa de foro, considerando-o inconstitucional. Nessa senda, também foi o posicionamento do Min. Carlos Britto, que exaltou a competência dos juízes de primeira instância em qualquer dos casos.

Igualmente foi o parecer do Min. Cesar Peluso, que, reconhecendo o caráter civil da ação de improbidade, não admitiu que a lei ordinária impusesse a competência ao Supremo Tribunal e aos outros tribunais.

Corroborando com a posição do Ministro Eros Grau, o Ministro Gilmar Mendes votou pela improcedência da ação de improbidade, argumentando ser esdrúxulo o agente político responder perante o juiz de primeiro grau por consequências assemelhadas aos crimes comuns ou de responsabilidade da Lei nº 1.079. Fica evidente, para o ministro, que as sanções de

suspensão de direitos políticos e de perda da função pública demonstram a natureza predominantemente penal da ação de improbidade. Para Gilmar Mendes, sendo a prerrogativa de foro uma proteção ao cargo conferida aos crimes, não seria necessária disciplina constitucional expressa sobre o tema.

Os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello seguiram o relator, julgando inconstitucional o §2º enquanto que a Ministra Ellen Gracie aderiu à divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau, votando pela improcedência da ação.

Interessante considerar que o julgamento da ADIN 2.797 tem efeito vinculante aos demais juízes e ao próprio Supremo Tribunal Federal em futuras decisões. Sendo assim, somente há que se falar em alteração de interpretação caso haja alguma modificação no texto constitucional pelo Poder Constituinte Derivado, nos casos em que couber, ou por revisão pelo Pleno do STF, nos moldes do art. 103 do regimento interno do STF.

Posteriormente à declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 10.828/2002, o Supremo Tribunal Federal assim vem decidindo sobre a matéria:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRERROGATIVA DE FORO. APLICAÇÃO A AGENTES POLÍTICOS. INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – A prerrogativa de função para prefeitos em processo de improbidade administrativa foi declarada inconstitucional pela ADI 2.797/DF. II – Agravo regimental improvido. (AI 678927 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010).

Do Superior Tribunal de Justiça⁹⁴, colhe-se a respeito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HOMOLOGAÇÃO DE LICITAÇÃO FRAUDULENTE. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE JURÍDICA. DANO IN RE IPSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO INCORPÓREO. [...] FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PREFEITO. INEXISTÊNCIA. LEI 10.628/2002 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (ADI 2.797/DF) COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1º GRAU. [...] 4. **Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP, não há falar em foro privilegiado por prerrogativa de função nas Ações de Improbidade Administrativa ajuizadas contra prefeitos.** [...] (REsp 401472/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 15/06/2010).

⁹⁴ “O entendimento é seguido pelo Superior Tribunal de Justiça como fazem prova suficiente os seguintes acórdãos de sua 1ª Seção: 1ª Turma, REsp 901.049/MG, rel. Min Luiz Fux, j.un. 16.12.2008, DJe 18.2.2009; 2ª Turma, REsp 827.966/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 18.9.2008, Dje 21.10.2008; 1ª Turma, AgRg no Ag 969.454/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 12.8.2008, DJe 21.8.2008, e 1ª Turma, REsp 817.639/ES, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 15.2.2007, DJ 26.4.2007, p. 223” (BUENO, 2012, p. 169)

E mais:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – [...] – EX-PREFEITO – FORO PRIVILEGIADO – ADIn 2797/DF – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.628/2002 DECRETADA. [...] 4. Em razão do julgamento da ADIn 2797 pelo STF, na qual foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, os autos devem retornar ao juiz de primeira instância, a quem caberá dar o impulso oficial para o processamento da ação movida contra ex-prefeito. 5. Recurso especial provido (REsp 809902/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j. em 25/08/2009).

Em recentes julgados, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina seguindo as orientações do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto a inexistência de prerrogativa de foro dos prefeitos nos casos que a apuração de ato de improbidade administrativa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA MUNICÍPIO, PREFEITO E SECRETÁRIO DE SAÚDE MUNICIPAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ATENDIMENTO À SAÚDE - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1º GRAU - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – [...] ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONFIGURAÇÃO - PREFEITO E SECRETÁRIA DE SAÚDE QUE SE RECUSAM A PRESTAR SERVIÇO DITO ESSENCIAL - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA - SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E MULTA - REDUÇÃO DESTA - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. "O STJ tem entendido que as autoridades com prerrogativa de foro especial não gozam do benefício quando se trata de ação civil pública por improbidade administrativa, seguindo orientação do STF (ADIn 2.797), que declarou a inconstitucionalidade do art. 84, § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei 10.628/2002. (Precedentes)" (STJ, REsp 827.966/SP, Relª. Minª. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 18.09.2008, DJe 21.10.2008). **"O prefeito municipal não goza de prerrogativa de foro em relação às ações que visam à apuração de atos de improbidade administrativa. Conforme julgado na ADI 2.797/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade de norma ordinária que alterou a competência vertical dos órgãos do judiciário, não há simetria entre a jurisdição penal e a natureza civil da ação de improbidade administrativa."** (TJSC, AI n. 2007.012298-1, de Camboriú, Rel. Des. Subst. Ricardo Roesler, j. 03.04.2008) [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.054386-2, de Indaial, rel. Des. Jaime Ramos, j. 15/03/2012)

Ainda:

Agravo de instrumento em **ação civil por improbidade administrativa**. Constitucional e administrativo. **Prefeitos, ex-Prefeitos** e vereadores. Decisão declinatória de competência, na primeira instância, em favor do Tribunal de Justiça, com fundamento na Reclamação STJ n. 2.790/SC, que atestou competir ao Superior Tribunal de Justiça julgar os Governadores de Estado pela prática de atos de tipificados na Lei n. 8.429/92, à semelhança do decidido na Reclamação n. 2.138-STF, na hipótese dos Ministros de Estado. Decisum que não alcança os Prefeitos Municipais. Compatibilidade entre o Decreto n. 201/67 e a Lei n. 8.429/92.

Competência que permanece, quanto a estes, no primeiro grau de jurisdição. Recurso provido. A Reclamação n. 2138/DF referiu-se aos Ministros de Estado e outras autoridades abrangidas pela incidência da Lei n. 1079/50 que, aliás, não representa o caso dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao Decreto 201/67 e à Lei n. 8.429/92. O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação n. 2.790/SC, seguiu o mesmo raciocínio proposto pelo STF na Reclamação n. 2.138, inadmitindo, por simetria, nas hipóteses em que imputadas ao Governador de Estado condutas capituladas como crime de responsabilidade e improbidade administrativa, que sejam eles julgados perante a Justiça de primeira instância, mormente quando possível a sanção de perda do cargo. **A Reclamação n. 2.790/SC não se aplica aos Prefeitos, ex-Prefeitos e Vereadores. "Não há antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992. O primeiro impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. O julgamento das autoridades - que não detêm foro constitucional por prerrogativa de função, quanto aos crimes de responsabilidade -, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância"** (STJ, REsp n. 1106159/RG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 8.6.2010). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.078155-8, de Quilombo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 26/04/2011) [grifo nosso].

Por fim:

[...] AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. COMPETÊNCIA. **A ação civil pública por ato de improbidade administrativa é de natureza civil, sendo competente para o seu processamento e julgamento a Justiça de Primeiro Grau, afastado o foro privilegiado em razão do cargo de Prefeito, pertinente apenas às ações penais.** SANÇÕES. ESFERAS DISTINTAS. CUMULAÇÃO. APLICABILIDADE DA LEI N. 8.429/92. JULGAMENTO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO 2138/DF. A responsabilização por atos de improbidade administrativa não exclui a aplicabilidade das sanções cominadas no âmbito penal e administrativo, pois, sendo de esferas distintas, não configuram bis in idem. A decisão prolatada na Reclamação n. 2138/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos submetidos à Lei n. 1.079/50, é despojada de efeito vinculante e de eficácia erga omnes, sendo possível adoção de entendimento diverso por este Tribunal [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 2006.000077-8, de Ponte Serrada, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 14/07/2009) [grifo nosso].

Não obstante, como já dito alhures, alguns juristas insistem em ressaltar o aspecto penal da Lei de Improbidade Administrativa na tentativa de evocar a fixação da competência por prerrogativa de função.

A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seriam suficiente para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma 'ação civil' de forte conteúdo penal, com incontáveis aspectos políticos. Essa colocação serve pelo menos para alertar-nos sobre a necessidade de que não se torne pacífica a competência dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei n° 8.429/92, as autoridades que estão submetidas, em matéria penal, à competência originária de Cortes Superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal (MENDES e WALD *apud* MATTOS, 2006, p. 34).

Assim, em que pese a matéria não ser nova, é certo que ainda guarda grande controvérsia nos meios jurídicos, principalmente diante das algumas decisões controversas prolatadas pelos próprios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, após a decisão nas ADI n. 2.797 e n. 2.860, quando da declaração da inconstitucionalidade do §§ 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal.

Enfim, diferentemente do arguido no julgamento da ADI n. 2.797 e n. 2.860 pelo Supremo Tribunal Federal, alguns de seus posicionamentos, e do Superior Tribunal de Justiça têm caminhado no sentido da extensão da prerrogativa de foro às autoridades com foro especial definidas na Constituição da República (Governadores, Magistrados, Deputados, Prefeitos, por exemplo) nas situações em que a penalidade perseguida na ação impuser perda da função pública, o que aproximaria a ação de improbidade do crime de responsabilidade, de forma a justificar o foro especial.

Em decisão prolatada após o julgamento da ADI n. 2.797, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o processamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de Ministro da própria Suprema Corte na Pet. nº 3.211, compreendeu no sentido da necessidade de extensão da prerrogativa de foro por crime comum, prevista na Constituição da República, aos agentes públicos imputados por prática de improbidade administrativa. Cita-se ementa da decisão:

Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais. (Pet 3211 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008).

A argumentação tecida no precedente acima demonstra que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seu Pleno, com somente um voto contrário, estendeu a prerrogativa constitucional de foro especial para os crimes comuns às ações de improbidade administrativa, sob o fundamento da lógica e razoabilidade jurídica, na medida em que afirmam não haver sentido em afastar o foro especial nas infrações de menor potencial ofensivo — no caso a improbidade administrativa — sob pena de quebra da lógica da prerrogativa de foro.

Do corpo do julgado retira-se excerto do voto do vencido do e. Cezar Peluso, para quem:

Se, pela Constituição, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser processado, nas infrações penais comuns, por esta Corte e, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal, não é concebível que a ação por ilícito de menor gravidade, entre cujas sanções está a mesma perda do cargo, possa ser atribuída à competência de outros órgãos. Insisto em que, se, pelo mais graves ilícitos de ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções estão também a perda do cargo (Pet 3211 QO/DF, Relator para Acórdão Min. Menezes Direito, j. em 13/03/2008).

E ainda o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, veja-se:

A competência, no caso, não pode ser fatiada, considerando o envolvimento de integrante do Supremo. [...] Coerente com a óptica exteriorizada na Reclamação nº 2.138-6/DF, concluo no sentido de incumbirem o processamento e julgamento desta ação ao Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal: - a quem coube por distribuição. [...] Essas premissas estão bem retratadas no §4º do artigo 37 da Constituição Federal, no que versa a ação de improbidade, e, ao ressaltar a responsabilidade sob o ângulo penal, a revela uma ação de natureza cível. Se se trata de uma ação de natureza cível e se reconheço a independência das esferas administrativa, cível e penal, não tenho como confundir as balizas dessa ação – subjetivas e objetivas – com as balizas da ação penal. Não se cuida de uma espécie de ação penal. A ação de improbidade, como está definido na própria Constituição Federal, na Lei de Regência, é uma ação cível e, então, não cabe levar em conta a circunstância de ter-se sanções idênticas, quer considerada a ação penal por crime de responsabilidade, quer a cível pela improbidade. Não posso, simplesmente, dizer – por entender que as sanções estão muito próximas ou são idênticas – quanto à perda do cargo público que, se o agente está sujeito à ação penal por crime de responsabilidade e haveria, no caso, a atuação do Senado da República, ele não responde à ação cível de improbidade perante a primeira instância.

Assim, no caso concreto, contrariando dos excertos elencados, o Supremo Tribunal Federal declarou que este mesmo órgão jurisdicional é o competente para processamento e julgamento de ação por improbidade administrativa em que Ministro da própria Corte figure como réu, em decorrência da extensão da prerrogativa de foro por crimes comuns (art. 102, inciso I, “b” da CRFB). Isto é, em que pese inexistir cláusula expressa na Constituição da República estabelecendo a prerrogativa de foro dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para as ações de improbidade administrativa, a Suprema Corte declarou que a penalização das condutas previstas na Lei federal n. 8.429/1992 acompanha a prerrogativa de foro estabelecida para os crimes comuns, em desobediência à lógica das competências constitucionais.

À falta de qualquer previsão constitucional a respeito, máxime porque o fato que dá fundamento ao pedido de tutela jurisdicional é anterior à posse do ex-Advogado Geral da União como Ministro do Supremo Tribunal Federal, não há como, com o devido respeito, concordar com aquele entendimento (BUENO, 2012, p. 169).

Deveras, a decisão do Supremo Tribunal Federal é incoerente e deixa de salvaguardar a adequada interpretação das normas constitucionais. Todavia, o que se observa em casos posteriores submetidos ao próprio supremo é a demonstração do novo precedente ter se tratado de mero casuísmo, não firmando jurisprudência.

Ocorre que, a fim de trazer isonomia a todos os julgados semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça tornou regra o casuísmo da Suprema Corte, quando houvesse a possibilidade de perda do mandato:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. AÇÃO QUE PODE ENSEJAR A PERDA DO MANDATO. FORO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE ESPECIAL DO STJ. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] 3. **A Corte Especial do STJ, após alteração do entendimento jurisprudencial até então prevalecente no âmbito do STJ, vem entendendo, de forma pacífica, que o foro privilegiado também deve ser aplicado à ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato.** [...] (AgRg no Ag 1404254/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. em 27/09/2011).

Em outro importante precedente, em voto condutor da lavra do e. Ministro Teori Albino Zavascki, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a prerrogativa de foro ao Governador do Estado de Santa Catarina pra processamento de ação que impunha ao mesmo a prática de ato de improbidade administrativa.

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), **não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º.** Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. 2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros” (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). **Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal.** [...]. 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, **por imposição lógica de coerência interpretativa,** que norma infraconstitucional **não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de**

ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra **Governador do Estado**, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). **É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.** 4. Reclamação procedente, em parte (Rcl 2790/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, j. em 02/12/2009).

Este é o mesmo entendimento do Ministro Mauro Campbell Marques, para quem:

Esta Corte Superior admite a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente (REsp 1282046/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. em 16/02/2012).

Em que pesem as referidas decisões tenham seguido o entendimento da Corte fixado na Pet. n° 3.211, ao enfrentar a questão, mais recentemente, o Plenário do STF voltou ao entendimento já antes fixado na ADI n° 2.797 com a Pet. n° 3.030.

COMPETÊNCIA – AÇÃO CÍVEL DE IMPROBIDADE – EX-DEPUTADO FEDERAL. Não incumbe ao Supremo o julgamento de ação cível de improbidade envolvendo ex-deputado federal. Considerações sobre a matéria constantes do voto do relator e dos prolatados pelos demais integrantes do Tribunal. Princípio da economia processual – o máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante –, ficando o tema referente à competência quanto à citada ação em tese para deslinde em caso que o reclame (Pet 3030 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2012).

Infelizmente, os entendimentos dissonantes do Supremo Tribunal Federal prejudicam uma estabilização da jurisprudência acerca do tema, sendo aplicado de forma indistinta pelos Tribunais ainda que possa se tratar de causas diversas.

Como demonstrado anteriormente, comunga-se da tese que inadmite foro por prerrogativa de função aos prefeitos, uma vez que a Lei Maior somente prevê ou autoriza o foro privilegiado para o processo e julgamento das infrações penais comuns e de responsabilidade, consoante disposto no artigo 96, inciso III; artigo 102, inciso I, alíneas b e c; e artigo 105, alínea a.

É a luz do princípio da isonomia que deve ser interpretado o disposto do art. 5º, inc. LIII, da CR/1988, sendo direito fundamental de o agente executivo municipal ser julgado

“pela autoridade cuja competência tenha sido determinada de acordo com o sistema constitucional” (GARCIA E ALVES, 2011, p. 511).

Gize-se que a previsão Constitucional contida no artigo 29, inciso X, para o julgamento de Prefeitos Municipais perante o Tribunal de Justiça, diz respeito unicamente às infrações comuns, diante da interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, notadamente dos dispositivos supra acostados.

Comentando o inciso X do artigo 29 da Carta Magna, assevera o jurista Alexandre de Moraes (2002, p. 726):

[...] a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, salvo as exceções anteriores 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 de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas, e demais ações de natureza cível. [...] Da mesma forma, inexistente foro especial 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 1ª instância.

Pelas razões consignadas, com o devido respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o foro privilegiado deve ser também estendido às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa quando houver possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo, entende-se que, por ausência de previsão constitucional, não pode haver qualquer extensão de foro privilegiado por prerrogativa de função às ações de improbidade, nas que exista a possibilidade de perda do cargo ou do mandato de prefeito, pois o texto da Constituição Federal refere-se unicamente às ações de natureza penal, e, as sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, possuem efetivamente natureza civil.

Não vemos razões jurídicas racionais que determinem a instituição do foro privilegiado para prefeitos. É preciso sempre repetir: a lei de improbidade não é lei penal. Não tipifica crimes. A instituição do foro privilegiado, segundo algumas propostas em andamento, deslocaria a competência e assim, a necessária apuração do ato de improbidade para o Procurador-Geral de Justiça, o que seria desastroso. A História demonstra a existência de maior pressão política exatamente nos órgãos de cúpula do poder. Assim, o argumento da pressão em primeiro grau, não é decisivo, sobretudo diante das garantias (ou predicamentos) da magistratura e do Ministério público (FIGUEIREDO, 2009, p. 157).

Cumpra, à guisa de arremate, atentar para as percurientes lições de Fábio Konder Comparato⁹⁵ que afasta a compreensão da existência de prerrogativa de função nos casos da Lei n° 8.429/92, expondo que, nas Ações de Improbidade, é inquestionável a competência do juízo de primeiro grau, não sendo nem mesmo lícito ao legislador instituir foro privilegiado. A opinião do doutrinador apoia-se nos seguintes fundamentos: a) a instituição de foro privilegiado é matéria submetida à reserva constitucional, não existindo dispositivo expresso a esse respeito quanto à ação de improbidade, a qual não se confunde com ação penal; e b) as disposições constitucionais que instituem foro por prerrogativa de função, em virtude de seu caráter excepcional, são interpretadas de maneira restrita.

[...] é preferível conviver com a regra cardeal da igualdade, princípio máximo do ordenamento, a justificar exceções e privilégios, edificando um sistema de castas. A final, o agente público ou político deve servir ao povo. A constatação é evidente, mas muito importante para tentar reverter a cultura da impunidade, que frustra o cidadão comum, titular da soberania em um Estado Democrático de Direito (FIGUEIREDO, 2009, p. 157-158).

Em suma, tais julgados foram colacionados para tentar sedimentar uma posição do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fim de delinear um possível linha de raciocínio a ser seguida no julgamento do ARE 683.235, que julgará o foro por prerrogativa de função aos agentes políticos municipais, bem como sua responsabilização pela lei de improbidade.

3.3 Independência entre os juízos de natureza diversa para processar e julgar ação contra prefeitos — RCL n° 2.138

De igual modo assemelha equivocado, por afronta à hermenêutica jurídica, igualar o ato de improbidade administrativa ao crime de responsabilidade, para que o agente político municipal se sujeite ao foro privilegiado, desconsiderando a competência cível trazida pela Lei n° 8.429/92, aplicando apenas a tipificação contida no Decreto-lei federal n° 201/1967.

Isso porque ao fixar normas de competência originária para o julgamento de determinadas autoridades, estar-se-ia levando em conta o cargo ou função que ocupam, de modo que tais agentes políticos não estariam sujeitos ao juízo de primeira instância, e somente responderiam, portanto, perante as cortes superiores exterioradas expressamente pelo legislador.

⁹⁵ Competencia do juízo de 1° grau, improbidade administrativa. Belo Horizonte. Del Reu, 2002, pp. 119/129.

Como exposto anteriormente, a própria Constituição Federal referencia-se separadamente aos crimes de responsabilidade e aos atos de improbidade administrativa, remetendo à legislação infraconstitucional a tipificação de cada conduta.

O Decreto nº 201/1967, mais especificamente seu art. 1º, trouxe a previsão de crimes funcionais para prefeitos, com a tipificação penal das condutas, cuja instauração de processo criminal ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça. Nesse sentido, o art. 2º aponta que “O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações [...]”.

Por outro lado, a disciplina conferida pelo art. 4º do referido comando dispõe sobre as infrações político-administrativas praticadas pelos prefeitos municipais, as quais devem julgadas pela Câmara Municipal, com sanção de cassação do mandato, enquanto que os outros agentes políticos, ao praticarem infrações de mesma natureza, têm foro especial estabelecido na Constituição Federal. Assim, não se pode conferir um tratamento generalizado entre todos os agentes políticos, já que algumas peculiaridades devem ser reservadas. Dessa forma, o Judiciário apenas poderá intervir caso sejam descumpridos direitos e garantias constitucionais.

Logo, à toda evidência, o Decreto nº 201/1967 versa apenas sobre a responsabilidade dos prefeitos por delitos funcionais e por infrações político-administrativas. Ora, pelo fato da Lei de Improbidade possuir caráter eminentemente civil, deduz-se que, assim como nos crimes comuns, as exceções relativamente ao foro por prerrogativa de função nos crimes de responsabilidade devem ser lidas restritivamente, pois se atentados os princípios republicanos e de igualdade, conclui-se que, dentro dos critérios gerais previstos no texto constitucional, os atos de improbidade não coadunam com o tratamento privilegiado para a esfera de crimes de responsabilidade.

Até porque, não bastasse a diferença na natureza entre os institutos, suas finalidades também são divergentes. Enquanto que a responsabilidade criminal busca excluir politicamente o prefeito que lesionar o interesse público, a Lei de improbidade busca precipuamente recompor o erário e circundar a Administração Pública dos princípios da lealdade e boa-fé, aplicando-lhe punições subordinadas à gravidade do ilícito.

Há que se referir, ainda, ao fato de que, diversamente do processo por crime de responsabilidade, em que só pode ser deflagrado enquanto o agente estiver no exercício da função, o processo por ato de improbidade administrativa possui prazo prescricional

justamente a partir do fim desse vínculo político⁹⁶. E, de acordo com o sistema jurisdicional vivenciado, esperar que o Tribunal de Justiça fosse responsável pelo julgamento dos prefeitos é inexoravelmente dar margem à prescrição de tais ações.

É o que adverte a doutrina, *in verbis*:

Assim, há condutas que se aninham apenas a LIA, outras que se subsumem tão somente ao Decreto-Lei n. 201 e outras ainda que só são descritas no CP. Também as que se amoldam, conforme o caso, a todos ou algum daqueles diplomas. Por exemplo, o peculato de uso é crime funcional (Decreto-Lei n. 201) e ato de improbidade administrativa (LIA), mas é fato atípico do Código Penal. Outro exemplo: a concussão só é estipulada no CP (art. 316), mas, se dela advier enriquecimento indevido, pode-se conformar-se, também, ao caput do art. 9º da LIA. Contudo, a prática de um ato ilícito (de improbidade, civil, penal-funcional ou político administrativo) enunciado numa daquelas leis, invariavelmente implica a incidência de outra. Exemplificando, qualquer ato de improbidade administrativa (LIA) dificilmente deixará de ser um conduta incompatível com a dignidade do cargo (art. 4º do Decreto-Lei n. 201). O peculato apropriação (art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201) é delito funcional, mas também é ato de improbidade (art. 9º, inciso I, da Lia) e, com certeza, crime de responsabilidade por indignidade no exercício do cargo (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 33).

Evidente que a manobra de aproximação da Lei de Improbidade Administrativa, o quanto possível, do crime de responsabilidade, possui como principal objetivo dar uma outra roupagem à Lei nº 8.429/92, de modo a assegurar benefícios de ordem processual aos agentes públicos, em especial aos agentes políticos, com a prerrogativa de foro em razão do exercício da função.

Todavia, um ato praticado pelo prefeito pode ensejar a instauração de mais de um processo, atingindo mais de uma órbita de responsabilização do chefe executivo municipal, já que a Lei de Improbidade administrativa não veicula os crimes funcionais e de responsabilidade do Decreto nº 201/67.

Daí porque assemelha equivocado o entendimento do Supremo Tribunal Federal. De fato, não obstante a clarividência da LIA ao utilizar-se das expressões “eleição” e “mandato” para ratificar sua aplicabilidade aos agentes políticos, essa tendência de sujeição apenas ao regime próprio de responsabilidade ganhou relevo no julgamento da Reclamação nº 2.138, pela qual o STF entendeu que os agentes políticos deveriam responder exclusivamente pela Lei de responsabilidade a que estiverem submetidos.

Os três votos contrários proferidos, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, pelos Ministros Éros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, foram prepulsores para a difusão

⁹⁶ Lei nº 8.429, Art. 23: “As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

da tese de que os agentes políticos não responderiam por ato de improbidade administrativa perante o juízo de primeira instância, mas sim perante o tribunal ou parlamentos apenas por crime de responsabilidade.

Em arrimo, o pronunciamento do STF dispõe acerca da distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativos ao elucidar que a constituição não admite a ocorrência entre dois regimes de responsabilidade para os agentes políticos, tal porque é competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar os Ministros de Estado sujeitos somente ao crime de responsabilidade e não à Lei de Improbidade:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. [...]. Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. [...] **Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição.** III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE (Rcl. 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007).

Estava em pauta o julgamento do então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Energéticos — SAE e posterior Ministro da Ciência e Tecnologia, da Presidência da República, Ronaldo Mota Sardemberg, que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública mediante sentença do juízo da 14ª Vara Federal por fatos ligados ao exercício ministerial. Irresignado com a decisão, o condenado apelou ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que confirmou a sentença ora vergastada.

Daí porque decorre a presente reclamação, na qual se alegou a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ministros de estado por crime de responsabilidade, nos moldes do art. 102, inc. I, alínea c, da Constituição Federal.

Ao ver do Ministro Relator Nelson Jobim, o caso em tela havia duas alternativas: a) ou, os ministros de estado se submetiam ao regime de responsabilidade especial da constituição e também à Lei de Improbidade administrativa; b) ou, os ministros de estado somente estariam regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetendo ao modelo de competência previsto na Lei de Improbidade.

Em seu voto, o relator confirmou a liminar, suspendendo a eficácia da sentença, no sentido de inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, afirmando que a aplicação cega da LIA pode conduzir a situações absurdas, assim descritas:

- a) o afastamento cautelar do Presidente da República (art. 20, par. único. da Lei 8.429/92) mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b, c/c art. 86, caput, CF/1988);
- b) ou ainda o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo;
- c) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do Congresso Nacional e do presidente da Câmara dos Deputados nas mesmas condições do item anterior, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o STF (CF, art. 102, I, b, CF/1988) e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II, CF/1988);
- d) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do STF, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau, confirmada, eventualmente por Tribunal Regional Federal
- e) o afastamento cautelar ou definitivo de Ministro de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas, de Governador de Estado, nas mesmas condições dos itens anteriores;
- f) o afastamento cautelar ou definitivo do procurador-geral em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores.

Nelson Jobim inadmitiu o convívio de dois sistemas de responsabilidade para os agentes políticos, já que os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da Lei nº 1.079/50. Em verdade, o ex-Ministro entendeu que não se cuida de um regime de imunidade em face dos atos de improbidade, já que os Ministros de Estado, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, deveriam responder pelos delitos políticos-administrativos, que configuram igualmente crime comum.

Por outro lado, asseverou que a defesa do patrimônio público deveria ser perseguida pelas ações civis competentes, tais como por ações populares e por ações civis públicas destinadas a esse fim, independente da propositura da ação de improbidade.

Disse mais, sustentando em seu voto entendimento de Gilmar Mendes e Arnaldo Wald:

A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seriam suficientes para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma ação civil' de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos. Essa colocação serve pelo menos para alertar-nos sobre a necessidade de que não se torne por pacífica a competência dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429, de 1992, as autoridades que estão submetidas, em matéria penal, à competência originária de Cortes Superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal. De observar que, enquanto na esfera penal, não raras as penas que implicam a perda da função ou a restrição temporária de direitos (Código Penal, art. 47, I, e 92, I), na 'ação civil' de que trata a Lei nº 8.429/92, todas as condenações implicam suspensão de direitos políticos por até 10 anos, além da perda da função pública (Lei cit., art. 12). [...] Não é preciso dizer, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, com efeito da condenação [...] Tal coincidência ressalta a possibilidade de incongruência entre as decisões na esfera criminal e na 'ação civil', com sérias consequências para todo o sistema jurídico. (JOBIM *apud* TESHEINER, 2011, p. 23).

Acompanhando essa linha de pensar, pronunciaram-se os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Nessa esteira, excerto do aludido voto prolatado pelo Min. Gilmar Mendes analisa que as condutas tipificadas em nas Leis nºs. 8.429 e 1.079 evidenciam que tais diplomas regulam um mesmo setor punitivo, quais sejam os crimes de responsabilidade.

[...] muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de "atos de improbidade", constante do art. 9º da Lei 8.429/1992 com os delitos contra a Administração. Tal conhecidência, afirmou-se, [...] evidenciaria a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na "ação civil" com sérias consequências para todo o sistema jurídico'. [...] Multiplicando-se as ações de improbidade ajuizadas em Primeira Instância, com o propósito de afastar de suas funções autoridades que gozam de prerrogativa de foro. Hoje, tenho a firme convicção de que os atos de improbidade descritos na lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade [...] Considerando que se trata de crime de responsabilidade, portanto, também, decreto a extinção do feito na linha primeira do parecer do Ministério Público Federal. (MENDES *apud* JUSTINO DA SILVA, 2008, p. 27).

Daí porque se equivocam a afirmação de alguns ministros do STF que seguem essa tese, uma vez que, se uma mesma conduta configurar, ao mesmo tempo, ato de improbidade e crime é inexorável concluir que "podem ser instauradas e ter simultânea tramitação as ações civil de improbidade administrativa e penal respectivas, pois inexistente qualquer situação de litispendência ou prejudicialidade entre elas" (PAZZAGLINI, 2009, p. 149), de modo a

revelar claramente a intenção do legislador originário em fundar uma via própria para o julgamento da ação de improbidade administrativa, sem que houvesse qualquer vinculação com outras instâncias ordinárias, a exemplo da penal e de responsabilidade.

A independência das esferas, portanto, não causa *bis in idem*, de forma que um mesmo fato pode justificar a aplicação de distintas penalidades contra o mesmo agente público, “sendo certo que mesmo a absolvição na esfera penal pode não ter qualquer reflexo nas demais” (GOMES JUNIOR e FAVRETO *et al*, 2012, p. 173). Dessa forma, o agente público que, por exemplo, se utilizar de seu posto, cometer qualquer dos atos previstos na LIA, responderá pela Lei nº 8.429/92, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação especial, pois não é possível modificar a Constituição ao ponto de transformar um ilícito civil em penal.

A Lei de Improbidade Administrativa cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a administração pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal. Ela adota uma terceira espécie, a ação civil de reparação de danos ao erário público, com consequências não penais propriamente ditas, apenas, visando o ressarcimento ao erário dos danos que contra si foram praticados e aplicando, aos infratores, sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. [...] Ora, não é possível ao intérprete, em face da clareza da lei, mesmo empregando interpretação sistêmica, modificar o querer do legislador. Este, de modo muito claro, definiu que a ação apuradora da improbidade administrativa, nos casos dos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429, de 2.6.1992, é uma ação civil de reparação de danos e provocadora de outras consequências, pelo que assim deve ser concebida pela jurisprudência (DELGADO, 2002, p. 27).

Dessa forma, é possível constatar que não há nenhum empecilho ao sistema jurídico adotado que um só fato possa gerar consequências cíveis e criminais. Isso porque, o sistema da independência das jurisdições com certa mitigação continua sendo uma única jurisdição, apenas com a divisão da tarefa de julgar.

No Direito pátrio, o sistema adotado é o da independência, com certa mitigação. A parte interessada, se quiser, poderá promover a ação para a satisfação do dano somente na sede civil; jamais ingressar em sede penal para postulá-la. Como o fato gerador dessas responsabilidades é o crime, se houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado, em face da influência que tal decisão exerce no cível, será ela exequível na jurisdição civil, onde não mais se discutirá o an debeatur (se deve), e sim o quantum debeatur (quanto é devido). Se, proposta a ação civil, estiver em curso a ação penal, deverá o juiz sobrestar o andamento da primeira. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 261).

O que se busca, na verdade, é evitar a ocorrência de conflitos lógicos e práticos entre os julgados. É que “muito embora ambos sejam indesejáveis, é o conflito prático que põe em

xeque o funcionamento da ordem jurídica, pois, nesse caso, necessariamente alguma disposição judicial será descumprida” (LEONEL, 2002, p. 249).

Ao discorrer acerca da conexão entre a ação civil pública de improbidade administrativa e a ação penal, Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 185) elucida que:

A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil de 1926, art. 1.525; CC de 2002, art. 935). Mas, “se o conhecimento da lide (civil) depender necessariamente da verificação da existência do fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal” (art. 110). [...] Em qualquer caso, porém, a suspensão da ação civil pública para aguardar o resultado do processo criminal é apenas uma faculdade e não um dever imposto ao juiz. Fica, pois, a critério deste decidir sobre a conveniência ou não da adoção da medida.

Ora, não se afigura razoável, portanto, estender o foro por prerrogativa de função para o julgamento da ação de improbidade administrativa, incumbindo a um só juiz o dever de julgar os fatos tanto na esfera criminal como cível, menosprezando a lógica do sistema reinante até então. Como haveria de ser, a decisão da reclamatória importou no descumprimento da ADIN n° 2.797, na qual se realizou a distinção entre o ato de improbidade administrativa e a infração penal, ressaltando a possibilidade de propositura desta, a par da ação civil, pela prática do ato ímprobo.

Assim, merece destaque o voto divergente do Ministro Carlos Velloso, o qual buscou conciliar os preceitos da improbidade administrativa com os mandamentos dos crimes de responsabilidade:

É forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público [...]. Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe.

Vislumba-se correto tal posicionamento, pois a ação por crime de responsabilidade não exclui a ação civil por improbidade, ainda que possíveis exceções possam decorrer da Constituição como nos casos do Presidente da República (art.85, inc. X; art. 86 e §§; art. 52, § único). Se infere do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 E DO DECRETO N. 201/67 DE FORMA CONCOMITANTE. ATO IMPROBO QUE TAMBÉM PODE CONFIGURAR CRIME FUNCIONAL. **INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. JUÍZO SINGULAR CÍVEL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE DO PRECEDENTE DO STF (RECLAMAÇÃO N. 2.138/RJ) IN CASU.** [...] (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial n. 1066772, do Mato Grosso do Sul, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 25.08.09) (grifou-se).

O que se pode concluir, em suma, é que, excetuada a hipótese dos atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, não existe nenhuma norma constitucional que imunize os agentes políticos, sujeitos a crimes de responsabilidade que incluam os atos da Lei de improbidade administrativa, somente deixando de se utilizar a LIA em face dos mandamentos constitucionais, pelo critério de hierarquia.

Afinal, se a previsão é constitucional, o princípio da primazia ou supremacia das normas constitucionais deve ser respeitado, não podendo lei infraconstitucional excepcionar a aludida norma. Por isso, o tratamento processual dado aos prefeitos não deve abranger o foro por prerrogativa de função em crimes de responsabilidade, por atos de improbidade administrativa, uma vez que em nenhum momento a constituição assim dispõe.

Infere-se não existir qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/67 e a Lei de Improbidade Administrativa, pois nenhuma lei é especial à outra. A primeira impõe um julgamento político, enquanto que a segunda submete a um julgamento técnico/judicial pela prática do mesmo ato. Por isso, “quando uma lei nova trata da mesma matéria acrescentando novas disposições a par das já existentes, sem contrariá-las, ambas deverão conviver harmonicamente, em que uma revogue a outra” (JUSTINO DA SILVA, 2008, p. 45).

Ademais, vê-se que a decisão proferida na Rcl nº 2.138/DF não contemplou, de modo expreso, o sistema de responsabilidades relativo à figura do Prefeito. Com efeito, quanto aos prefeitos municipais, “o foro por prerrogativa de função a eles outorgado somente tem lugar diante da prática de infrações de natureza penal” (CONDE, 2010, p. 89), não tendo sido inserido na competência do poder judiciário o julgamento por infrações político-administrativas.

Por todo exposto, diante do fato de que as sanções cominadas na Lei Anticorrupção possuírem natureza extrapenal, há de se legitimar sua aplicação pelo juízo cível aos agentes executivos municipais. Como esclarecido anteriormente, os prefeitos apenas possuem privilégio de foro em relação às sanções penais, ainda que as penalidades coincidam com as do juízo cível e decorram do mesmo ato, como ocorre no caso de afastamento de prefeito.

A responsabilidade civil dos prefeitos se faz em processos e juízos diferentes, conforme a natureza da infração: por crime de responsabilidade e crime funcional comum, responde perante o Tribunal de Justiça; por infração político-administrativa, responde perante a Câmara Municipal, pelo processo especial pertinente; por indenização de danos e qualquer outra ação civil decorrente de ato funcional, responde perante o juízo civil competente, pelo procedimento adequado; em mandado de segurança contra ato administrativo, responde perante a Justiça comum com jurisdição no Município; por crimes comuns (não-funcionais), responde perante o Tribunal de Justiça; por crimes especiais, responde perante a Justiça especial correspondente, pelo processo indicado em lei; em ações civis decorrentes de atos funcionais, responde perante o juízo cível comum, pelo procedimento cabível, sem qualquer privilégio ou prerrogativa processual (MEIRELLES *apud* FRANCO JÚNIOR, p. 127).

E depois, ainda que se concordasse com a referida reclamação, em se admitindo que a parte do decreto que prevê que o julgamento do prefeito será realizado exclusivamente à Câmara Municipal, quando poder ensejar a cassação do mandato, não foi recepcionada pela atual ordem constitucional, estar-se-ia criando um vácuo no que se refere à punição dos agentes executivos municipais. Assim, inexistiria uma ação judicial que visasse o controle das infrações político-administrativas cometidas pelos Prefeitos Municipais. Logo, a situação prevista aos prefeitos é totalmente diversa daquela elencada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, afirmar que os chefes executivos municipais não estariam submetidos à LIA, já que sujeitos aos crimes de responsabilidade, é afrontar a própria Constituição Federal, que afasta a natureza criminal da Lei nº 8.429/92.

De outro norte, o argumento de que somente o Tribunal de Justiça seria competente para decretar a perda de cargo do agente político municipal, é atribuir uma regra especial de competência sem que exista, como já salientado, qualquer previsão legal nesse sentido. Logo, não restam dúvidas que o afastamento de prefeitos por um juiz de 1º grau não causa o mesmo problema institucional como no caso do Presidente da República e pode ser plenamente decretado.

A vida política de um Município não restaria irremediavelmente abalada pelo fato de o Juiz da comarca determinar o afastamento do Prefeito de seu cargo, porquanto sua autoridade se faz mais visível nos limites da municipalidade; isto é, não se pode querer comparar tal impacto com aquele que poderia decorrer do fato de um Juiz Federal determinar o afastamento do Presidente da República, em uma ação de improbidade, e foi essa a situação à primeira vista discrepante, que quis frisar no voto do Ministro Nelson Jobim (CONDE, 2010, p. 90).

Posto isso, após ter sido identificada a natureza civil da Lei de Improbidade Administrativa, afastada a imputação apenas ao regime próprio de responsabilização dos prefeitos e admitida a independência entre as instâncias jurisdicionais, fundamental a

utilização das regras de competência de mesma natureza da Lei nº 8.429/92, ou seja cível, pelo juízo monocrático.

Occore que, erroneamente, alguns Tribunais estaduais passaram a alargar a interpretação da reclamação nº 2.138, visando a sua aplicação a todos os agentes políticos, o que precisou ser esclarecido pelas Cortes Superiores para afastar a inaplicabilidade daquele entendimento aos demais agentes políticos, mormente aos prefeitos.

Nessa senda o Egrégio Tribunal do Mato Grosso do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS - CARÊNCIA DA AÇÃO EM RELAÇÃO AO VEREADOR - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - RECURSO PROVIDO. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei de n. 8.429/1992) não é aplicável aos agentes políticos, fato que revela a inadmissibilidade de eventual "ação de improbidade administrativa". Hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito por carência da ação e por falta de interesse processual justificado na inadequação da via eleita. Precedentes jurisprudenciais [...] (Apelação Cível Nº 2009.018983-9, Terceira Turma Cível, Relator: Marco André Nogueira Hanson, Julgado em 12/07/2010).

E o tribunal do Rio Grande do Sul:

[...] IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92. AGENTE POLÍTICO. SUBMISSÃO ÀS REGRAS DO DECRETO- LEI 201/67. PRERROGATIVA NECESSÁRIA AO PLENO EXERCÍCIO DE SUAS COMPLEXAS FUNÇÕES GOVERNAMENTAIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA ENTRE DOIS REGIMES DE RESPONSABILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA PROCESSAR AÇÃO CUJA SANÇÃO IMPORTA NA PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS E DO CARGO. DELITOS A SEREM APURADOS EM AÇÃO POR CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [...] (Apelação Cível Nº 70032544090, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 18/08/2010).

Além das Cortes Superiores negarem a extensão da decisão proferida na Reclamação nº 2.138 aos agentes políticos municipais, uma composição mais recente do STF demonstrou a necessidade de remodelar a interpretação anterior em relação aos agentes políticos municipais.

Conforme acórdão de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, firmou-se na Petição nº 3.923/SP, o entendimento hoje prevalecente no Excelso Supremo Tribunal Federal, tendo seus Ministros, assim se manifestado:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. [...] (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. [...] As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. [...] O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem. (Pet 3923 QO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, j. em 13/06/2007).

Deveras, o Ministro Relator Joaquim Barbosa sustentou tratar-se de disciplinas com objetivos constitucionais diversas, podendo ser processadas separadamente, com resultados distintos, ainda que desencadeadas pelos mesmos fatos. Verifica-se, dessa forma, que a decisão proferida foi diametralmente oposta àquela esposada na Reclamação nº 2.138, demonstrando-se a plena possibilidade de convivência entre o sistema dúplice de responsabilização dos agentes políticos.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça tem seguido esse entendimento posterior:

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE A PREFEITO MUNICIPAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que os Prefeitos Municipais, apesar do regime de responsabilidade político-administrativa previsto no Decreto-Lei 201/67, estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), em face da inexistência de incompatibilidade entre as referidas normas. 2. Efetivamente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 2.138/DF, à luz da Lei 1.079/1950, afastou a aplicação da Lei 8.429/1992 em relação ao Ministro de Estado, então reclamante. Entretanto, a própria Excelsa Corte já proclamou que a referida decisão somente tem efeitos inter partes (Rcl. 5.703/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje 15.10.2009) e não possui caráter vinculante. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1326492/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2012).

E mais:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Conforme decidido pela Corte Especial, no julgamento da Rcl 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4/3/10, a Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores. 2. Agravo não provido.

(AgRg no REsp 116.979/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2013).

A verdade, como visto, é que seria um disparate afirmar que os agentes políticos não mais responderiam perante o juízo monocrático do Poder Judiciário por ato de Improbidade Administrativa, pois o meio mais eficiente de eliminar a corrupção da Administração é garantindo a máxima eficácia da Lei de Improbidade.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal ainda está para analisar caso envolvendo repercussão geral para julgamento de prefeitos em que serão discutidos a competência para processar e julgar o chefe executivo municipal e, além disso, a aplicabilidade da LIA e outros institutos da jurisdição.

3.4 Julgamento de prefeitos com repercussão geral pelo STF no ARE 683235 - Recurso Extraordinário com Agravo

Pondera-se que os precedentes do STJ laboram em exame constitucional da questão, cabendo, todavia, ao Supremo Tribunal Federal decidir com definitividade vinculante no julgamento de prefeitos em ação de improbidade administrativa. Mas o fato é que a questão afeta ao regime jurídico da Lei 8.429/92 — se é aplicável a agentes políticos municipais — ainda não foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão dotada de efeitos vinculantes e eficácia erga omnes, ou seja, a questão está aberta e, portanto, plenamente sujeita ao convencimento motivado de todos os Tribunais pátrios, seja dos Magistrados singulares, seja dos Órgãos Colegiados.

Mesmo os pronunciamentos (não vinculantes) mais recentes do STF sobre o tema já concluíram pela clara distinção e coexistência no ordenamento constitucional entre um regime civil-político com um regime puramente penal.⁹⁷ Em outras palavras, entendeu o pretório Excelso que a Lei n. 8.429/92 tem por objetivo a aplicação de sanções de cunho civil pelo judiciário, ficando a imposição de penas criminais a ser discutida em processo distinto. Tal compreensão distintiva, em princípio, conduz à compreensão diversa da extensão de prerrogativa de foro para as ações civis de que trata a Lei de Improbidade Administrativa.

Essa questão está para ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso Extraordinário com Agravo de nº 683.235, que teve reconhecido sua repercussão geral por meio do Plenário Virtual da Corte.

⁹⁷ Pet. 3923 QO – SP São Paulo, Relator Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno de 13.06.2007. Por ocasião do julgamento do ex-prefeito de São Paulo e então Deputado Federal Salim Maluf.

Cuida-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal por entender que o ex-prefeito de Eldorado dos Carajás (PA) aplicou indevidamente e, ainda, desviou recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef).

Os pedidos formulados foram julgados procedentes pelo juízo de primeira instância e mantidos em acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) para condenar o ex-prefeito nas sanções dos artigos 9º, incisos X e XI; 10 e 11, inciso I, da Lei 8.429/92

No recurso extraordinário, o recorrente sustenta, em síntese, ter ocorrido *bis in idem*, tendo em vista que as condutas atribuídas a ele devem ser julgadas somente com base na Lei de Responsabilidade (Decreto-Lei 201/67), não se submetendo os agentes políticos à Lei de Improbidade. Ademais aduz, ainda, ofensa aos artigos 5º, inciso II, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

Inadmitida a remessa do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, o TRF da 1ª Região apontou que, no julgamento da Reclamação nº 2138, o STF entendeu que os agentes políticos possuem regime de responsabilidade diverso dos demais agentes públicos. Como salientado alhures, os ministros da Suprema Corte inferiram que os agentes políticos não respondem à Lei de Improbidade Administrativa, por serem regidos por normas especiais de responsabilidade, em ação que somente pode ser proposta perante o STF, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal.

Pelo fato da decisão proferida na Reclamação não possuir efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*, o TRF da 1ª Região dispôs que os prefeitos municipais, ainda que agentes políticos, estariam sujeitos tanto à Lei de Improbidade como ao Decreto-Lei nº 201/67, mesmo que decorrentes do mesmo fato.

Ao ser agravada a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, o Supremo reconheceu a repercussão geral sobre o presente tema constitucional, por meio de votação no Plenário Virtual. Os ministros elucidaram acerca da possibilidade extensão dos fundamentos adotados no precedente da Reclamação nº 2.138 ao caso em debate, uma vez que as causas versam sobre autoridades públicas diferentes — ministros de Estado e prefeitos, normas específicas de regência dos crimes de responsabilidade — Lei 1.079/50 e Decreto-Lei 201/67— e regramento constitucional próprio de cada autoridade. Por fim, acrescentaram que os recursos acerca da mesma matéria têm sido frequentes na Corte, já que apresentam relevância política, jurídica e social.

Colhe-se do aludido aresto:

Recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 a prefeitos. 3. Repercussão Geral reconhecida (ARE 683235 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, j. em 30/08/2012).

A divergência enfrentada pela Corte do Supremo Tribunal Federal, faz com que seja imprescindível a submissão da matéria ao seu Órgão Especial para a uniformização de sua jurisprudência, de forma a refletir seu entendimento aos demais tribunais.

Destarte, considerando que a questão ainda não esta pacificada pelos instrumentos constitucionais cabíveis — decisão proferida por maioria absoluta dos membros do STF em sede de controle de constitucionalidade⁹⁸ — é recomendável, neste cenário de algumas incertezas, que os órgãos judicantes em todo o território nacional mantivessem a tramitação dos procedimentos em sua forma mais ordinária, mais comum, qual seja, nos juízos cíveis de primeira instância.

⁹⁸ Consoante disciplina dos artigos 97 e 102, §2º da Constituição da República.

CONCLUSÃO

A corrupção, em seu sentido amplo, ou seja, ligada à improbidade, é um fenômeno supra-estatal que prejudica todo o desenvolvimento de um país, uma vez que a má-gestão da administração pública se faz sentir com maior intensidade pelo crescimento da pobreza e da desigualdade social, pela concentração de renda, desrespeito aos direitos humanos, degradação da qualidade de vida e ineficiência dos serviços públicos.

O agente ímprobo trai a confiança que lhe foi depositada pela coletividade na medida em que compromete o funcionamento da administração pública e, por consequência, a obrigação do Estado no cumprimento das prestações sociais. Fácil constatar, portanto, que os atos de improbidade atingem direitos difusos da coletividade, eis que ferem interesses do povo, impossíveis de serem individualizados.

De fato, o primeiro diploma a conferir um enunciado conceitual aos interesses difusos foi o Código de Defesa do Consumidor — Lei n° 8.078/90, no Art 81, §único, inc. I. Antes, porém, já havia sido editada a Lei da Ação Civil Pública — Lei n° 7.347/85 — que disciplinou processualmente a proteção desses direitos. Todavia, no intervalo desses dois diplomas, a Constituição Federal de 1988 promulgou, de modo expresso, a tutela dos interesses coletivos e difusos por meio da ação civil pública pelo Ministério Público, ampliando, inclusive, o conteúdo desta para a proteção do patrimônio público e de qualquer outro interesse transindividual.

Nesse íterim, a Carta Magna estabeleceu o sistema de controle da probidade administrativa como direito difuso, ao elencar no art. 37, §4° as sanções a serem aplicadas ao agente ímprobo em processo judicial de cunho civil, porque, da mesma forma, permitiu que este possa vir a ter uma punição no juízo criminal.

Em razão de uma necessidade premente de regulamentar o art. 37, §4° da vigente Constituição, a Lei n° 8.429/92 introduziu profundas mudanças no direito pátrio às demandas coletivas. Tais modificações perpassaram o ordenamento jurídico material e processual, excluindo sistemas processuais ultrapassados que apenas favoreciam a impunidade do agente ímprobo.

A Lei de Improbidade reforçou o compromisso com a probidade, coibindo o enriquecimento ilícito, os atos lesivos ao patrimônio e os atos atentatórios aos princípios da administração pública. Assim, o legislador rompeu a estreita visão de que a probidade resumia-se apenas ao dano ao erário. Hoje, o agente ímprobo também é aquele que exerce

gestão contrária aos interesses públicos, ou seja, aquele que prejudica o patrimônio público por descaso, desleixo ou má-fé.

Para o combate eficiente à corrupção e resguardo dos interesses públicos, é ideal que todos os agentes políticos possam responder pela ação de improbidade administrativa. Dessa forma, a ação civil pública mostra-se como o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público — ainda que não exclusivamente — para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções do art. 37, §4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

Dessa forma, para que os agentes políticos possam ser responsabilizados, é preciso encontrar uma legítima adequação entre o processo e o órgão jurisdicional que irá processar seu julgamento, pois este somente será válido quando proferido por juízo competente para a causa.

A admissão da ação de improbidade administrativa como espécie de ação civil pública permite que as ações sejam propostas no foro do local onde ocorrer o dano, de acordo com o art. 2º da Lei nº 7.347/85. É que a Lei de Improbidade Administrativa silencia a respeito do juízo competente para julgar a causa, de modo que utiliza-se subsidiariamente dos preceitos da Lei da Ação Civil Pública.

Nessa senda, não há que se falar em foro por prerrogativa de função, pois não há embasamento jurídico em nenhum dos dois institutos a permitir essa extensão ao chefe executivo municipal, e, muito menos, na Constituição Federal de 1988.

Portanto, o que se sustenta aqui, com muita clareza, é a competência dos juízes de primeira instância para processar e julgar causas de improbidade administrativa em que sejam réus os prefeitos municipais, tendo em vista, sobretudo, a natureza das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Isso porque, a ação de improbidade administrativa, cuja natureza civil já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI nº 2.797 e 2.860, possui regras gerais de competência, as quais não reconhecem o foro especial por prerrogativa de função concedido a determinadas autoridades na esfera criminal, nem o foro competente para julgar os casos de responsabilidade dos agentes políticos advindos da Lei 1.079/50 e do Decreto-Lei 201/67.

Seja pela abrangência das descrições dos atos de improbidade ou pela ausência de pena restritiva de direitos, ou ainda pelo fato de algumas sanções ultrapassarem a pessoa do condenado, certo é que a natureza cível dos atos de improbidade é clarividente. Até porque,

caso fossem considerados penais, os mecanismos de tutela coletiva estariam comprometidos, pois não poderia aplicar à ação de improbidade os princípios a ela intrínsecos.

Ademais, em respeito ao princípio da simetria das normas constitucionais, não se poderia aplicar a mesma interpretação estabelecida no artigo 29, inciso X da Constituição da República, que estabelece o “juízo do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” nas causas penais às de natureza civil como no caso da ação de improbidade administrativa.

Pelos motivos expostos, assim é inafastável a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, o processo e o julgamento das causas em que o chefe do executivo municipal figure no polo passivo.

Por outro lado, também é grande a discussão referente à cumulação ou fungibilidade entre a Lei de Improbidade e a Lei de Responsabilidade, já que poderia modificar a competência para julgamento das autoridades. Todavia, tratando-se de esferas distintas de responsabilidade, não é possível a existência de conexão, continência ou litispendência. Isso porque, uma mesma conduta pode ser tipificada como crime funcional, infração político-administrativa e ato de improbidade administrativa sem que tal fato configure *bis in idem*, uma vez que as esferas de responsabilização são independentes.

Ora, a responsabilidade do prefeito repartida em quatro esferas, quais sejam civil, administrativa, política e penal, demonstram a independência entre as instâncias, ainda que, invariavelmente, algumas condutas se encaixem em mais de um dos diplomas a que está sujeito o chefe executivo municipal. Assim, o *bis in idem* não pode ser configurado pois a sanção criminal, implícita ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, não tem repercussão no campo das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta.

Cabe ressaltar que a Reclamação nº 2.138/RJ do STF não se aplica ao caso de julgamento de prefeitos, haja vista que este não está elencado no rol das autoridades previstas no diploma daquele julgado, ressoando evidente que eventual sanção penal não iria se sobrepor à pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa.

Em assim sendo, preservar a competência do juízo monocrático para julgamento de prefeitos é garantir uma maior eficácia de produção probatória e, ainda, permitir que a prestação jurisdicional ocorra em face da coletividade lesada.

Enfim, tais explanações foram elencadas a fim de esclarecer os prejuízos que a decisão do Supremo Tribunal Federal no ARE 683235 poderá causar caso decida pelo esvaziamento da Lei de Improbidade e pela prerrogativa de foro aos agentes políticos municipais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941) . <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 3.164, de 1 de junho de 1957**. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências.

<<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958**. Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influencia ou abuso do cargo ou funcao. (confisco de bens). Legislação complementar ao código penal (del 2848, 07/12/1940).

<<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei n. 10.628, de 22 de dezembro de 2002**. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009**. Altera os arts. 12 e 21 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 98648, de Minas Gerais, de 10 de março de 1997. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 925278, do Rio de Janeiro, de 19 de junho de 2008. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.110.549, do Rio Grande do Sul, de 28 de outubro de 2009. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401472, de Rondônia, de 15 de junho de 2010. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1404254, do Rio de Janeiro, de 27 de setembro de 2011. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 809902, do Rio Grande do Sul, de 25 de agosto de 2009. **Lex**: jurisprudência do STJ.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1066772, do Mato Grosso do Sul, de 25 de agosto de 2009. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1282046, do Rio de Janeiro, de 16 de fevereiro de 2012. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1400928, do Rio Grande do Sul, de 06 de dezembro de 2011. **Lex:** jurisprudência do STJ. Rel 2790/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, j. em 02/12/2009
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1326492, do Mato Grosso do Sul, de 20 de setembro de 2012. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 116979, de São Paulo, de 11 de abril de 2013. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2790, de Santa Catarina, de 02 de dezembro de 2009. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797, do Distrito Federal, de 15 de setembro de 2005. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3211, do Distrito Federal, de 13 de março de 2008. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3030, de Rondônia, de 23 de maio de 2012. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3923, de São Paulo, de 13 de junho de 2007. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 678927, de São Paulo, de 02 de dezembro de 2010. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2138, do Distrito Federal, de 13 de junho de 2007. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 683235, do Pará, de 30 de agosto de 2012. **Lex:** jurisprudência do STJ.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 5, jan/mar 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- CONDE, Ângela Hackbart. **Da aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos prefeitos municipais**. Revista da Ajuris, v. 37, n. 117, p. 71-99, 2010.
- COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- COSTA, Humberto Pimentel. **Corrupção e Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas, n. 15, Jan./Jun. 2005.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Conexão entre ações populares e entre ação ,popular e ações coletivas correlatas**. Revista Dialética de Direito Processual. n. 71. p. 105-117. 2009.
- DELGADO, José Augusto. **Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. v. 14. n. 1. p. 1-106. Jan/Jun. 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DIDIER, Fredie Jr. HERMES. Zaneti Jr. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 5ª ed. Salvador: JusPodium, 2010.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. Vol. 4. 5ª ed. Salvador: JusPodium, 2010.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ESTADÃO (Ed.). **Brasil ainda atrai investimentos, diz gestora Pimco**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,brasil-ainda-atrai-investimentos-diz-gestora-pimco,149552,0.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2013
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. **Improbidade Administrativa e crimes de prefeitos**. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2001.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. rev, São Paulo: Globo; 2001.
- FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FIESP (Ed.). **Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/wp-content/uploads/2012/05/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2013
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FOLHA DE SÃO PAULO (Ed.). **Maiores casos de corrupção do país ainda se arrastam na Justiça**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/969547-maiores-casos-de-corrupcao-do-pais-ainda-se-arrastam-na-justica.shtml>>. Acesso em: 04 abr. 2013.
- _____. **No dia da acusação, desabafo de procurador marca julgamento do mensalão**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1131620-no-dia-da-acusacao-desabafo-de-procurador-marca-julgamento-do-mensalao.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2013.
- FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. **Competencia para o julgamento de prefeitos pela pratica de atos de improbidade administrativa**. Interesse Público, v. 4, n. 14, p. 113-131, 2002.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. et al. **Comentários À Lei de Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil publica, ação popular**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HABIB, Sergio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção : enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JUNQUEIRA, Aristides. **Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro, in improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - lei 7347/85 e legislação complementar**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MIRANDA, Gustavo Senna. **Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade**. Revista dos Tribunais, v. 96, n. 857, p. 478-511, 2007.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: atlas, 2002.
- NEIVA, Jose Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa: legislação comentada art. por art., doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano; CHAVES, Cristiano. **Estudos Sobre Improbidade Administrativa**. 2. Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal : legislação e jurisprudência atualizadas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- REVISTA DE HISTÓRIA (Ed.). **Fórum sobre Corrupção - Roberto DaMatta**. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/conteudo-complementar/forum-sobre-corruptao-roberto-damatta>>. Acesso em: 20 mar. 2013.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

- ROSA, Alexandre; GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal: conexões necessárias**. Florianópolis: Habitus, 2001.
- SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa – reflexões sobre a lei nº. 8.429/92**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Arnaldo Justino da. **Improbidade administrativa praticada pelos agentes políticos: competência para o processo e julgamento após a reclamação 2138, em curso perante o STF**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 16, n. 65, p. 22-48, 2008.
- SOARES, Felipe Lopes. **Litispêndia entre ação civil pública e ação popular**. Revista de Processo. v. 34. n. 171. p. 123-164. 2009.
- SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.
- TESHEINER, José Maria. **Ação de improbidade contra agentes políticos**. Revista de Processo. v. 36. n. 195. p. 13-36. 2011.
- TESHEINER, José Maria; MANDELLI, Alexandre Grandi. **Litispêndia em processos coletivos e individuais**. Revista Jurídica. Porto Alegre. v.60. n.420. p. 53-64. out. 2012.
- TEMER, Sofia Orberg. **A representatividade adequada na tutela dos direitos individuais homogêneos**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/monografia_-_sofia.pdf. Acesso em: jun. 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 31 maio 2013.
- VEJA (Ed.). **Impunidade alimenta a corrupção. E vice-versa**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/impunidade-gera-corrupcao-e-vice-versa-diz-fundador-da-transparencia-internacional>>. Acesso em: 20 mar. 2013.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Litispêndia em ações coletivas**. Revista da Ajuris, v. 34. n. 106. p. 293-307. 2007.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

ANEXO**LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.**

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I
Das Disposições Gerais

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

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

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

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

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

CAPÍTULO II

Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

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

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

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

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

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

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

CAPÍTULO III Das Penas

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

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

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

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

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

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

CAPÍTULO IV Da Declaração de Bens

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo .

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

~~§ 3º No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.~~

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, **caput** e § 1º, do Código de Processo Penal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

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

CAPÍTULO VI Das Disposições Penais

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. 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.

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

~~I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;~~

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

CAPÍTULO VII Da Prescrição

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

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

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

CAPÍTULO VIII Das Disposições Finais

Art. 24. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Ficam revogadas as Leis n.ºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

FERNANDO COLLOR
Célio Borja

Este texto não substitui o publicado no DOU de 3.6.1992

LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985.

Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

~~Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:~~

~~Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) — (Vide Lei nº 12.529, de 2011)~~

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

~~III — a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;~~

~~III — à ordem urbanística; (Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)~~

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

~~IV — (VETADO).~~

~~IV — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)~~

~~IV — a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Renumerado do Inciso III, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)~~

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

~~V — por infração da ordem econômica. (Incluído pela Lei nº 8.884 de 1994)~~

~~V — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Renumerado do Inciso IV, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)~~

~~— VI — por infração da ordem econômica. (Renumerado do Inciso V, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)~~

V — por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) (Vide Lei nº 12.529, de 2011)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

~~Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO).~~

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO). (Redação dada pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

~~Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:~~

~~— I — esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;~~

~~— II — inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO).~~

~~— II — inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)~~

~~— II — inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)~~

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

~~§ 3º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa.~~

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o **caput** e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

~~Art. 15. Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público.~~

Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

~~Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.~~

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

~~Art. 17. O juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios arbitrados na conformidade do § 4º do art. 20 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, quando reconhecer que a pretensão é manifestamente infundada. (Suprimido pela Lei nº 8.078, de 1990)~~

~~Parágrafo único. Em caso de litigância de má fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. (Vide Lei nº 8.078, de 11.9.1990)~~

Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. (Renumerado do Parágrafo Único com nova redação pela Lei nº 8.078, de 1990)

~~Art. 18. Nas ações de que trata esta Lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.~~

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Art. 20. O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

~~Art. 21. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.~~

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)

Art. 22. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (Renumerado do art. 21, pela Lei nº 8.078, de 1990)

Art. 23. Revogam-se as disposições em contrário. (Renumerado do art. 22, pela Lei nº 8.078, de 1990)

Brasília, em 24 de julho de 1985; 164º da Independência e 97º da República.

JOSÉ SARNEY

Fernando Lyra

Este texto não substitui o publicado no DOU de 25.7.1985