

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

DANIEL DAL PONT ADRIANO

**A PROBLEMÁTICA DA PROPOSITURA DA AÇÃO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DOS AGENTES
POLÍTICOS – ANÁLISE CRÍTICA À RECLAMAÇÃO N. 2.138/DF DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

FLORIANÓPOLIS – SC

2013

DANIEL DAL PONT ADRIANO

**A PROBLEMÁTICA DA PROPOSITURA DA AÇÃO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DOS AGENTES
POLÍTICOS – ANÁLISE CRÍTICA À RECLAMAÇÃO N. 2.138/DF DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

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. Luis Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS – SC

2013

Autor: Daniel Dal Pont Adriano

Título: A problemática da propositura da Ação de Improbidade Administrativa em face dos agentes políticos – análise crítica à Reclamação n. 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal.

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, aprovado com nota ____.

Florianópolis/SC, 5 de dezembro de 2013.

Professor Orientador: Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Coordenadora do Curso: Prof. Dra. Josiane Rose Petry Veronese

Autor: Daniel Dal Pont Adriano

Título: A problemática da propositura da Ação de Improbidade Administrativa em face dos agentes políticos – análise crítica à Reclamação n. 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal.

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, aprovado com nota _____.

Florianópolis/SC, 5 de dezembro de 2013.

Professor Orientador: Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Membro da Banca Examinadora: Mestrando Rodrigo Steinmann Bayer

Membro da Banca Examinadora: Mestrando Bernardo Rohden Pires

Dedico aos meus pais que sempre me apoiaram em todas as fases da minha vida, me assistindo de todas as formas possíveis e imagináveis e a uma menina muito especial que Deus colocou na minha vida em 2011, que me amou do primeiro até o presente momento, sempre me orientando e ajudando no “o que fazer” e “como fazer”.

RESUMO

Nos tempos modernos, a forma mais eficaz de repreender as atividades desonestas dos agentes públicos e dos particulares concorrentes para a ilegalidade é a incidência indistinta das sanções cíveis da Lei de Improbidade Administrativa. Auxiliada pelo diploma penal que tutela os crimes contra a Administração, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa é um meio eficiente no combate a corrupção, seja a malversação perpetrada nos mais altos níveis dos escalões governamentais ou pelos servidores públicos integrantes dos mais baixos cargos da carreira pública. Publicada em 1992, a Lei de Improbidade, mais precisamente no ano de 2002, teve seu primeiro grande desafio: o julgamento da Reclamação n. 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal, o qual se decidiu pela não aplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos, conferindo, por si só, extensão de foro especial por prerrogativa de função, imunidade inconstitucional e privilégios aos integrantes dos mais altos cargos políticos nacionais. Esta tese arguida e vencedora no Plenário da Suprema Corte brasileira foi rechaçada pela maioria dos tribunais pátrios, sendo inutilizada por muitos, raramente encontrando amparo na doutrina nacional, ante sua flagrante ilegalidade.

Palavras-chave: Lei de Improbidade Administrativa; agentes políticos; ação civil pública.

ABSTRACT

Nowadays, the most effective way to rebuke the dishonest activities of political agents and the private competitors for illegality is the indistinct incidence of the penalties of the administrative misconduct law. Aided by the criminal law who supervises the crimes against the administration, a civil action for an act of administrative misconduct is an efficient way to fight corruption whether perpetrated at the highest levels of government ranks by public servants or members of the lowest positions in the public career. Founded in 1992, the Law of Impropriety, precisely in 2002 had his first big challenge: the decision of Reclamação n. 2.138/DF of the Supreme Federal Court, which decided the non-applicability of the Law of Impropriety to political agents, giving per se, unconstitutional immunity and privileges to the members of the national senior politicians. This thesis defendant and winning the Plenum of the Supreme Court was rejected by Brazilian courts patriotic, being unused by many and found no support in national doctrine, at his blatant illegality.

Key-words: administrative misconduct law; political agents; public civil action.

“Um homem corrupto é como um porco em seu chiqueiro”.

Joemar Rios, funcionário público e escritor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	11
1.1 Apanhado histórico-legislativo da improbidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio	11
1.2 Aspectos gerais da Lei n. 8.429/1992	17
1.2.1 Definição legal de improbidade administrativa	19
1.2.2 Sujeitos do ato de improbidade administrativa	23
1.2.3 Condutas ímprobas.....	25
1.2.4 As sanções previstas na lei.....	31
1.3 Natureza jurídica da Ação de Improbidade	33
CAPÍTULO 2 – LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	37
2.1 Entidades públicas ou privadas lesadas.....	39
2.2 Ministério Público.....	42
2.2.1 Evolução histórica do Ministério Público	42
2.2.2 Importância da Instituição na defesa da moralidade pública	48
CAPÍTULO 3 – LEGITIMAÇÃO PASSIVA.....	57
3.1 Agentes Públicos e Particulares concorrentes ou beneficiário com a ilegalidade	57
3.2 A problemática criada em decorrência da decisão proferida pela maioria na Reclamação n. 2.138/DF	62
3.3 A possibilidade de aplicação da LIA aos agentes políticos.....	68
3.3.1 Votos divergentes dos Ministros da Suprema Corte na ocasião do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF.	68
3.3.2 O entendimento dos tribunais pátrios.....	74
3.3.3 Doutrina convergente aos votos vencidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal	78
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira acompanha os contínuos e recentes escândalos envolvendo administradores públicos, sejam por licitações supervalorizadas ou servidores fantasmas. Desacreditados, muitos se questionam se realmente aqueles que lesam a administração pública são efetivamente punidos ou não.

Existe uma grande dificuldade em tutelar o patrimônio público estatal, diante da sua complexidade de bens e multiplicidade de atos administrativos. Diante disto, ilegalidades surgem desde os desertos municípios deste país aos maiores escalões da política nacional, onde agentes públicos e políticos utilizam o maquinário público em proveito particular. Com isto, além de ilícito enriquecimento, violam-se os princípios basilares da Administração, devendo responder os desonestos pela prática de seus atos.

Em 1992 editou-se a Lei de Improbidade Administrativa, a qual demorou a se firmar perante os tribunais pátrios, em virtude do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal, iniciado em 2002 e finalizado em 2007.

O referido julgado foi de encontro aos anseios e reivindicações sociais da época e também dos atuais, uma vez que concedeu nítido privilégio aos agentes políticos, estendendo-se o foro especial por prerrogativa de função em matéria criminal às demandas cíveis condenatórias por ato de improbidade administrativa.

Isto se deu, basicamente, por se entender que qualquer ato que atentasse à probidade administrativa seria um crime de responsabilidade, sendo o Supremo Tribunal Federal a justiça competente para julgar o Ministro de Estado, em tese, desonesto, evitando-se assim, o repudiável *bis in idem*.

O presente estudo visa, inicialmente, abordar a sistemática conferida para a Lei combatente à Improbidade Administrativa, demonstrando o

histórico-legislativo que culminou na promulgação da norma, bem como os aspectos gerais e especiais dispostos na Lei n. 8.429/1992.

Além disto, se defenderá a natureza cível da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, por meio da jurisprudência e da doutrina majoritária que defendem a aplicabilidade da Lei de Improbidade a todos os agentes públicos, indistintamente.

Em seguida, abordar-se-á o tema da legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, esta por muitos anos prejudicada pela decisão do Supremo, dando-se ênfase para atuação do Ministério Público na busca pelos interesses e direitos coletivos.

Por derradeiro, se conceituará os legitimados passivos da demanda de improbidade, como os agentes públicos e os agentes políticos, este o ponto principal do trabalho.

O objetivo será abordar minuciosamente, por meio da análise detalhada dos votos dos Ministros da Corte Suprema, as razões que levaram a se decidir pela não aplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos.

Muito se debaterá acerca da decisão, defendendo-se a aplicação da norma a todos os agentes políticos, sem qualquer imunidade ou privilégio, em posição divergente ao julgado do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, se utilizará os votos dos Ministros divergentes da tese vencedora, bem como o entendimento dos demais tribunais pátrios (Superior Tribunal de Justiça, de indícios do próprio Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina), bem como a imensa maioria da doutrina que se posicionou contra a decisão proferida pela Suprema Corte.

CAPÍTULO 1 – A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Apanhado histórico-legislativo da improbidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio

Garcia e Alves (2011, p. 193) comparam a linha evolutiva das normas de combate à improbidade com as normas contra a corrupção, fazendo a analogia da corrupção, da desonestidade pública, da malversação, com mal incurável universal tal qual um câncer:

Combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro órgão. Iniciado novo combate e mais uma vez sufocada, pouco se espera até que a metástase se implemente e mude a sede da afecção. Este ciclo, quase que inevitável na origem e lamentável nas consequências deletérias que produz no organismo social, é tão antigo quanto o homem.

Desde a independência do Brasil, inseriam-se na legislação pátria diplomas para coibir e punir os abusos e excessos praticados no âmbito da Administração Pública, especialmente por aqueles agentes que praticassem atos de locupletamento ilícito em detrimento da Fazenda Pública.

Segundo Garcia e Alves, apesar de a Carta Maior de 1824 prever a isenção de responsabilidade por parte do Imperador¹, este diploma máximo legal introduziu de maneira indireta, formas de coibir os atos nitidamente ímprobos. Em dispositivos legais da Carta, atribuía-se responsabilidade aos Ministros de Estados por abuso de poder, suborno, concussão e demais formas de corrupção².

¹Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

²Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis: I. Por traição. II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observancia da Lei. V. Pelo que obrarem contra

Ensinam Rizzardo (2012) e Di Pietro (2012) que as primeiras normas de combate aos atos de improbidade administrativa advieram da área penal, com o Decreto-lei n. 3.240/1941 que, além da pena restritiva de liberdade na seara penal, previa sanções de perda do patrimônio adquirido ilegalmente por meio de sequestro de bens do indiciado, para os atos de enriquecimento ilícito e lesivos ao Poder Público, bem como o antigo Código Penal de 1940, que tipificava delitos contra o patrimônio público, como o peculato, a concussão e a prevaricação.

Observa-se, entretanto, que a Lei n. 3.240/1941 antecedeu a vigência do Código Penal de 1940, “o qual previa, como efeitos da condenação, a obrigação de reparar o dano causado e a perda do produto do crime ou de qualquer outro bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com o ilícito praticado, somente vigendo [...], consoante seu art. 361, a partir de 1º de janeiro de 1942”. (GARCIA E ALVES, 2011, p. 200 e 201).

Anos mais tarde, após o regime do Estado Novo implantado por Getúlio Vargas, promulgou-se a Constituição de 1946, explicitando o combate à corrupção³ e determinando a criação de uma lei infraconstitucional para regulamentar a matéria acerca do sequestro e perdimento de bens, nos casos de enriquecimento ilícito, quando praticado pelo agente no exercício de sua função pública.

Atendendo ao comando constitucional, Di Pietro (2012, p. 882) explica a criação da primeira norma cogente de responsabilidade no juízo cível em decorrência da atividade improba:

Para dar cumprimento ao dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 3.164, de 1º-6-57 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha), que sujeitava também o sequestro e a perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. As medidas eram decretadas no juízo cível, sendo

a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

³ Art. 141, §31: a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

o processo promovido pelo Ministério Público, ou de qualquer pessoa do povo.

Com o intuito de complementar a legislação vigente, em 1958 sancionou-se a Lei n. 3.502 que, segundo Garcia e Alves (2011, p. 202), “melhor sistematizou a matéria, tendo esclarecido o alcance da expressão ‘servidor público’ para fins de identificação do sujeito ativo dos atos que importavam em enriquecimento ilícito (art. 1º), elencando em *numerus apertus*, os casos de enriquecimento ilícito (arts. 2º e 4º)”.

Linhas adiante, todavia, esclarecem os doutrinadores a ineficácia da norma:

Não obstante o sensível aperfeiçoamento em relação à disciplina existente, a ineficácia persistiu. Dentre os principais fatores que contribuíram para este quadro, teve-se: a) a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos previstos para a configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito, sendo até mesmo exigida a prova de interesse político do doador na hipótese de doação de bem pertencente ao patrimônio público sem observância da sistemática legal (art. 2º, b e parágrafo único, 1); b) a não-tipificação do enriquecimento ilícito consistente na aquisição de bens em montante superior à renda do agente; e c) com exceção da perda dos bens adquiridos ilicitamente, o não estabelecimento de nenhuma sanção direta e específica para o agente, o qual continuaria a exercer o cargo até que sua conduta fosse novamente aferida em outro procedimento sujeito a disciplina diversa. (GARCIA E ALVES, 2011, p. 202 e 203).

Em consonância, Rizzardo (2012, 362) ministra que “revelando a fragilidade da regulamentação”, a lei “sequer contemplava destacadamente as situações reveladoras de lesão ao erário e nem previa sanções fortes para as condutas lesivas aos princípios e deveres administrativos”, falecendo a norma perante a sociedade, diante de sua completa ineficácia no mundo do *ser*.

Compete mencionar, neste íterim, a publicação da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), a qual conferia ao cidadão a busca pela anulação de um ato administrativo prejudicial ao patrimônio público, apresentando como

principal sanção a obrigatoriedade de reparação do dano apreciado pela Administração.

Nesta linha, era exatamente o que a Lei n. 3.164/1957 preconizava: resguardar o direito ao cidadão comum de ir a juízo em defesa da moralidade e da probidade administrativa.

Prosseguindo com o panorama histórico, Di Pietro (2012) esclarece que a Constituição da República outorgada de 1967 recepcionou as normas pré-existentes⁴, acrescentando o termo dano ao erário aos atos nefastos, ampliando, em tese, a aplicação da norma de combate a improbidade.

Todavia, em virtude dos anos de chumbo vivenciados no país durante o período de Ditadura Militar, a Constituição Federal de 1967 foi modificada pelo Ato Institucional n. 5/1968, o qual, segundo Di Pietro (2012) autorizou o Presidente da República, após prévia investigação, a decretação do confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, sem o prejuízo da sanção penal cabível.

Acrescentam, ainda, Garcia e Alves (2011, p. 203) que o AI n. 05/1968 “dentre outras medidas antidemocráticas, concedeu ao Presidente da República poderes para suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 anos, cassar mandatos políticos [...]”.

Assim sendo, conviviam no ordenamento jurídico as medidas de sequestro de bens e do confisco, sendo esta uma medida administrativa discricionária do Chefe do Poder Executivo nacional, enquanto aquela carecia do devido processo legal, decretando-se apenas judicialmente.

Garcia e Alves (2011) ponderam que além das medidas citadas, inúmeros decretos-lei foram emanados durante os anos de chumbo. O Decreto-Lei n. 359/1968, por exemplo, criou a *Comissão Geral de Investigação*, no corpo do Ministério da Justiça, com o intuito de efetuar investigações sumárias para o embasamento da decretação de confisco. Considerava-se, para este decreto, que o enriquecimento ilícito recaia sobre os agentes públicos da administração direta e

⁴ Art. 150, §11, 2ª parte: A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

indireta que à época adquiriram bens sem a idoneidade financeira necessária, sendo incluída aqui, a evolução patrimonial desproporcional como elemento configurador da desonestidade.

Prossegue Di Pietro (2012) afirmando que a despeito da inclusão forçada no ordenamento da medida de confisco, esta medida era expressamente proibida na Constituição da República de 1967 e, com o paulatino processo de redemocratização nacional, deixou de existir com a Emenda Constitucional n. 11/1978, a qual revogou todos os atos institucionais e complementares militares.

Somente em 1988, com a promulgação da atual Constituição da República, que cuidou de regulamentar e resguardar um microsistema autônomo de tutela dos direitos e interesses difusos, dentre os quais se inclui a moralidade administrativa e a proteção ao patrimônio público, incluiu-se a terminologia improbidade administrativa em seu artigo 37, §4^o, explicando Di Pietro (2012, p. 884):

Com a Constituição de 1988, foi previsto o princípio da moralidade no artigo 37, *caput*, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública direta e indireta de todos os níveis de Governo e, no artigo 5^o, inciso LXXIII, foi inserida, como fundamento para propositura da ação popular, a lesão à moralidade administrativa. Além disso, no §4^o, do mesmo artigo 37, ficou estabelecido que 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 1992, não havia regulamentação expressa para o §4^o do artigo 37 da Carta

⁵ Art. 37 da CF: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

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

Magna e o ordenamento era composto por uma numerosa quantidade de normas que tutelavam a moralidade administrativa.

Todavia, nenhuma delas era eficaz como medida preventiva ou repressiva de combate aos atos de improbidade, porquanto o caráter sancionatório se limitava, somente, ao ressarcimento do dano em casos de enriquecimento ilícito.

Desta forma, com o objetivo de regularizar o disposto na Constituição de 1988, promulgou-se em 1992 a Lei n. 8.429, denominada popularmente de Lei de Improbidade Administrativa, dispondo acerca dos atos de improbidade administrativa em geral, “a qual, se não é a melhor, ao menos representa um instrumento dotado de real eficácia no combate à corrupção, o que já é digno de encômios” (GARCIA e ALVES, 2011, p. 205).

Rizzardo (2012, p. 364) assevera que “o diploma representa a conscientização dos deveres cívicos em relação ao patrimônio público e significa um forte instrumento de combate à corrupção que vem grassando, de modo progressivo, nas últimas décadas, e que vem minando as instituições políticas, os valores morais da nação e da coisa pública” e, linhas adiante, defende a norma infraconstitucional:

[...] apesar das imperfeições e dúvidas em alguns aspectos, representa um avanço histórico no poder disciplinador do Estado no trato da responsabilização de todos quantos lidam com a Administração Pública, encarregando o Ministério Público e a entidade lesada como instituições incumbidas de promover a ação civil tendente a recompor a ordem lesada.

Efetivos 21 anos da publicação da norma, esta enfrentou diversas dificuldades e, superando barreiras e óbices, se consolidou perante a doutrina e jurisprudência pátria.

Destarte, infere-se, segundo Luiz Flávio Gomes (2010), que a fundamental cicatriz deixada pela Lei de Improbidade Administrativa consiste na incidência do caráter preventivo à moralidade, transcendendo, inclusive, o caráter punitivo da norma, porquanto os administradores públicos desonestos, atualmente,

temem muito mais a punição por improbidade administrativa do que a efetiva condenação no juízo criminal.

1.2 Aspectos gerais da Lei n. 8.429/1992

Inquestionável que nos dias atuais a Lei de Improbidade Administrativa tem aplicabilidade fundamental na defesa dos direitos e interesses da Administração Pública, especialmente nos casos de enriquecimento ilícito à custa do erário, da lesão evidente ao patrimônio público ou a malversação dos princípios norteadores da atividade estatal.

Nessa vertente, defende a norma Bezerra Filho (2012, p. 29):

É preciso, pois, que esta Lei de Improbidade, fato relevante que traduz o maior avanço para o banimento dessas condutas ilícitas, seja efetivamente um instrumento de eficaz aplicação em defesa do zelo do patrimônio popular e da fidelidade ao respeito às normas regedoras do serviço público.

A improbidade administrativa é, na verdade, um mal cuja vítima é a sociedade, principalmente os que estão abaixo da linha da classe média inferior.

Infelizmente, nem sempre foi assim. Tempos depois da publicação da norma, houve grande controvérsia acerca de sua aplicabilidade aos agentes políticos, aqueles detentores de cargos de alta chefia e grande poder de decisão, já que a Constituição Federal reserva a eles foro especial por prerrogativa de função⁶ para o processamento e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade.

⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os

Nasceram as controvérsias em um julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, porquanto alegou-se que as sanções dispostas na Lei de Improbidade possuiriam conteúdo penal, uma vez que dentre elas incluíam-se a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, sanções estas político-administrativas que não poderiam ser aplicadas pelos magistrados de primeira instância em virtude da prerrogativa de foro especial.

Como se verá adiante, a dúvida pairou durante longos anos no Supremo Tribunal Federal, restringindo a atuação do Ministério Público, bem como conferindo certa imunidade aos agentes políticos. Ao final, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por seis votos a cinco, que o diploma repressor da improbidade não deveria ser aplicado aos agentes políticos.

Contudo, tal controvérsia e explicações a parte se darão no capítulo 3 do estudo, retornando-se as atenções acerca da norma de improbidade administrativa.

Como bem explica Di Pietro (2012, p. 884), a Lei n. 8.429/1992 divide os atos de improbidade administrativa em três grandes grupos, conferindo uma “amplitude muito maior do que as hipóteses de enriquecimento ilícito previstas nas Constituições anteriores e disciplinadas pelas referidas leis”. Isto porque a nova norma traz não somente as punições em casos de enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), mas também os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os atos que atentam contra os princípios basilares da administração pública (art. 11).

Rizzardo (2012, p. 356-359) explica acerca da fundamental aplicação e alcance da proteção da Lei de Improbidade Administrativa:

Sem dúvida, constitui-se de uma lei forte no combate à corrupção, com graves repercussões na vida pública nacional, por muitos criticada e taxada de inconstitucional, que trouxe salutar impacto no cenário jurídico e político brasileiro, dadas as severas penalidades previstas para a gama de atos que atentam contra o patrimônio público.

Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

[...]

Considera-se uma lei de grande efetividade, das mais avançadas do mundo, trazendo resultados concretos, e tendo logrado impor maior respeito à coisa pública, em especial no combate à pilhagem da coisa pública, ao nepotismo, ao clientelismo e outras formas de má gestão e devastação do erário.

[...]

Serve como um forte instrumento contra os corruptos e corruptores, classe esta de pessoas que derrui as finanças das instituições públicas, e vem assolando a própria estabilidade política do País, pois afeta a vida da sociedade, causa descrédito e revolta contra os políticos e dirigentes, e mina os suportes basilares que dão estrutura ao Estado Democrático de direito.

[...]

[...] justamente para fazer frente contra esse mal, trouxe o direito positivo uma ordem de princípios que se efetiva na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e que deve ser rigorosamente obedecida, pois sua violação desestrutura e enfraquece a Administração Pública, dela partindo os regramentos que regem a vida e as relações dos cidadãos.

Em apertada síntese, portanto, com o advento da Lei de Improbidade Administrativa, apesar da precisa disposição dos dispositivos e do caráter cível ou autônoma da sanção, interpretam Garcia e Alves (2011, p. 217) que é “reconhecidamente insuficiente para dissipar a improbidade, verdadeira chaga social”, no entanto refletem que “já são visíveis as alterações comportamentais por ela implementadas no meio social, em especial junto aos agentes públicos”.

1.2.1 Definição legal de improbidade administrativa

Para definir o conceito de improbidade administrativa, faz-se necessário, em um primeiro momento, conceituar os termos antônimos à expressão.

O princípio da moralidade administrativa, definido por Rizzardo (2012, p. 446) como um “conjunto de regras de boa administração, ou de regras disciplinadoras das condutas, e que fazem surgir a distinção entre o bem e o mal, o

legal e o ilegal, o justo e o injusto” está expressamente previsto no *caput* do artigo 37 da Carta Maior, sendo sua defesa um dos deveres da sociedade e do Estado, bem como um direito dos cidadãos.

Ainda para o autor (RIZZARDO, 2012), a moralidade administrativa deve ser interpretada sempre conjuntamente com os princípios constitucionais-administrativos da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, devendo todos nortear as atividades dos administradores públicos, pautando suas condutas dentre dos critérios e limites estabelecidos em lei, pelos padrões éticos e sociais aceitos pela comunidade, bem como a satisfação do interesse social e da ordem democrática.

Rizzardo (2012) argui que a moralidade administrativa é tida como gênero que “limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana” (GARCIA e ALVES, 2011, p. 90), da qual a probidade administrativa advém como espécie direta da moralidade.

Recaindo sobre o conceito da espécie probidade, José Afonso da Silva (2010, p. 669), citando Marcello Caetano (1970) define a probidade administrativa como o “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””, permitindo-se inferir que “o desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (DA SILVA, 2010, p. 669).

O conceito mais adequado e defendido pela doutrina, portanto, para improbidade administrativa é a violação de um dever jurídico de zelo, de cuidado, de honestidade perante a coisa pública, revestindo o agente público ou particular concorrente de desonestidade, de corrupção, de malversação, de imoralidade e de torpeza, agindo em contrariedade aos ditames, costumes, preceitos e normas éticas amplamente aceitas perante a sociedade moderna (GARCIA e ALVES, 2011, OLIVEIRA, 2009 e RIZZARDO, 2012).

Tido como sinônimo de improbidade, a palavra corrupção, a qual, segundo Garcia e Alves (2011), advém do latim *rumpere*, que derivou a expressão *corrumpere*, significa a alteração, a depravação, devendo ser coibida pelas civilizações, em razão dos males que a venalidade no exercício da função pública causa ao povo e a nação. O doutrinador assevera que na raiz da palavra, cuida-se da obtenção de vantagem indevida em decorrência da conduta do agente que o faz de ofício.

Assim sendo, o agente público, por meio de uma ação ou omissão, consciente e livre na vontade de agir caracteriza o ato de improbidade administrativa, definido por Rizzado (2012, p. 353) “como o ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação do terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico”.

Para muitos, o conceito de improbidade administrativa, sob a ótica de interpretação do texto constitucional, perfaz-se em um conceito jurídico indeterminado, como explica SOBRANE (2010, p. 24):

A doutrina não define a *improbidade administrativa* de forma consensual. Na verdade, a variedade de definições decorre do enfoque que cada doutrinador procura destacar na análise da improbidade administrativa, ora ressaltando aspectos da moralidade administrativa, ora dando maior ênfase ao enriquecimento ilícito do agente.

Seguindo a lógica, “a Constituição se vale de termo dotado de elevada carga de vagueza conceitual, o que é típico da linguagem natural de que se vale o direito no projeto de contenção da conduta humana”, revestindo-se “como conceito jurídico indeterminado ou de conteúdo variável” (OLIVEIRA, 2009, p. 149).

Para Oliveira (2009), a Constituição não define regras para a interpretação da expressão em estudo, contudo toda norma deve ser interpretada, fazendo-se um exercício de hermenêutica.

Segundo o autor, para a hermenêutica gramatical, esta fundada no critério do sentido geral ou comum dos significados das palavras, tem-se

a improbidade derivada do latim *improbitas*, *improbitate*, que significam má qualidade, perversidade, mau caráter, maus costumes. No vértice interpretativo histórico, repressão aos atos de improbidade administrativa quer afirmar um efetivo combate a corrupção e a desonestidade nas atividades estatais, com o fortalecimento dos instrumentos postos a disposição do Estado e da sociedade para efetivar a luta contra a improbidade propriamente dita.

Segundo Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 113) conceitua o ato de improbidade:

Improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas [...] significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial.

Na mesma esteira seguem Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1999, pp. 39-40):

Improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influências' nas esferas da Administração pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Concluindo o assunto, Rizzardo (2012, p. 354) aduz que “por outras palavras, está-se diante da atitude da pessoa que não procede bem, que não é honesta, que não tem caráter, que não atua com decência e corretamente, e que

transgride as regras da lei e da moral”, sendo altamente reprovável o ato de improbidade administrativa, o qual mereceu uma lei específica para coibir a desonestidade, corrupção e malversação com sanções severas, como ressarcimento integral do dano, perdimento de bens, multas civis, perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos por prazo determinado.

1.2.2 Sujeitos do ato de improbidade administrativa

Este tema que será abordado adiante nos capítulos 2 e 3 do presente estudo, na oportunidade em que dispor-se-á acerca da legitimidade ativa e passiva na demanda de improbidade, cabendo, por ora, tão somente definir e conceituar os sujeitos ativos e passivos do ato de improbidade administrativa.

Para definir os sujeitos do ato de improbidade administrativa, faz-se *mister* demonstrar a figura do causador do dano à Administração e o ente público lesado.

Inicialmente, o artigo 1º da Lei de Improbidade preceitua os sujeitos ativos (agente ímprobo) e passivos (entidade pública lesada) do ato de improbidade e autoriza os entes a buscar a efetivação da tutela ressarcitória e sancionatória do dano apreciado pelo seu erário público:

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.

Da análise da norma, impende destacar que inúmeros são os entes tutelados pela norma de improbidade, permitindo-se estabelecer uma regra geral da qual “as pessoas que exercem relação de trabalho com o Estado e suas entidades da administração direta ou indireta de organização pública (poderes, órgãos ou autarquias) ou privada (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas)” são protegidas pela norma. (RIZZARDO, 2012, p. 370).

Noutro norte, o causador do dano, o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa recai sobre o autor do evento danoso, podendo ser ele o agente público de qualquer natureza (art. 2º da LIA)⁷ ou o particular concorrente para a ilegalidade ou beneficiado (art. 3º da LIA)⁸.

Destarte, todos aqueles que de alguma forma tenham participado ou concorrido para a prática da conduta ímproba devem responder por seus atos na seara cível, administrativa e criminal, de acordo com as sanções aplicáveis em cada área do direito.

Garcia e Alves (2011, p. 249) definem quais os possíveis agentes causadores do dano quando se tratam de agentes públicos:

Além daqueles que desempenham alguma atividade junto à administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais são tradicionalmente enquadrados sob a epígrafe de agentes públicos em sentido lato, a parte final do art. 2º (*nas entidades mencionadas no artigo anterior*) torna incontroverso que também poderão praticar atos de improbidade as pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário, quais

⁷ 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.

⁸ 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.

sejam: a) empresa incorporada ao patrimônio público; b) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *mais* de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual; c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *menos* de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual; d) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Em síntese, portanto, Bezerra Filho (2012, p. 38) conclui que “o que deve ficar claro é que para fins da aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a natureza do vínculo do agente com o Poder Público mostra-se irrelevante (eleito, concursado, nomeado em comissão etc.), bem como se há, ou não, remuneração”, motivo pelo qual se defende a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa indistintamente aos agentes políticos, de encontro a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, excluindo qualquer interpretação imunológica de seu texto, em conformidade com a doutrina dominante e a jurisprudência dos demais tribunais, como se demonstrará adiante.

1.2.3 Condutas ímprobas

Sob o enfoque do Ministério Público, para que haja a lide, além do sujeito ativo e passivo do ato ímprobo, deve o Promotor de Justiça enquadrar a conduta praticada pelo agente desonesto em uma das elencadas na Lei n. 8.429/1992, conforme ensina DI PIETRO (2012). Com diversas ramificações em seus róis, a doutrinadora esclarece que são três os grandes grupos tipificados pelo diploma legal, a saber: os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

“Somente com o exato enquadramento nas figuras que a lei prevê se opera a antijuridicidade. O ilícito se define com a descrição amoldada nos precisos termos da norma”. (RIZZARDO, 2012, p. 452). Isto posto, sob o enfoque

dos autores, depreende-se que somente aquela ação do agente público ou particular concorrente que se enquadrar na figura das condutas dispostas nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA é que poderão ser alcançados pela tutela ressarcitória e sancionatória prevista na lei.

Continua Rizzardo (2012, p. 452) afirmando que configurado o ato de improbidade administrativa, não há como se afastar a aplicabilidade da norma, pois “esses atos sempre trazem lesão ao ente público, mesmo na primeira espécie, pois, na sua grande maioria, a vantagem decorre de uma conduta que provoca oneração, desgaste ou leva a deixar de perceber a justa retribuição pelo bem ou serviço”.

Isto porque, “não há espaço para a autonomia da vontade do administrador, mesmo em relação aos atos classificados como discricionários, pois deve desempenhá-los em conformidade com a lei”, (SOBRANE, 2010, p. 35) devendo o agente público sempre laborar em primazia do interesse público, aplicando-se majoritariamente, no âmbito da Administração, a supremacia do interesse público sobre o privado.

Para SOBRANE (2010), caso o administrador infrinja os ditames legais, causando qualquer tipo de malversação à Fazenda Pública, deve responder por ato de improbidade administrativa, uma vez que a finalidade do ato fora *contra legem*.

Justamente para coibir estes excessos amplamente apreciados na seara pública, o legislador incluiu as condutas caracterizadoras de improbidade administrativa na lei, devendo-se destacar que não se trata de um “tipo penal”, já que a norma possui sanções cíveis e não criminais (item 1.3 do Capítulo 1).

Diante desta realidade, não devendo “ser considerada como a tipificação do direito penal” e, por isto, “não tendo cabimento a exigência de aplicação do princípio da reserva legal” (SOBRANE, 2010, p. 36) é que se conclui que as condutas dispostas nos *caput* dos artigos 9, 10 e 11 e seus respectivos incisos se desdobram em um rol meramente exemplificativo, sendo possível a punição por atos equivalentes ou análogos aos dispostos na lei (SOBRANE, 2011 e MARQUES, 2010). Este entendimento destoa de Di Pietro e Rizzardo, conquanto

mostra-se a medida mais acertada na prevenção e repressão à malversação pública.

Em consenso, expõem Garcia e Alves que, em verdade, a técnica empregada pelo legislador consistiu na utilização de conceitos jurídicos indeterminados nas cabeças dos artigos 9, 10 e 11, reservando aos incisos algumas condutas passíveis de punição, constituindo, também, o enfoque exemplificativo aos incisos dos supracitados artigos:

Da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no *caput* dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões, específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio “notadamente”. (GARCIA e ALVES, 2011, p. 279).

O primeiro ato de improbidade administrativa disposto no artigo 9º⁹ da Lei n. 8.429/92 consiste na conduta realizado pelo agente público ou particular concorrente que resulta em proveito patrimonial indevido.

Sobrane (2010, p.38) delinea esta conduta:

O enriquecimento sem causa sempre constituiu um desvalor moral, sintetizado pelo princípio de que ninguém pode locupletar-se à custa alheia, e se transformou em regra jurídica no âmbito das relações obrigacionais civis, pela qual aquele que se enriqueceu indevidamente fica obrigado à restituição. Tal enriquecimento deriva de uma situação em que alguém amealha riqueza em detrimento de outrem, sem que tenha uma causa justa que a justifique [...]

⁹ Art. 9º da LIA: 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:

Na mesma linha entendem Garcia e Alves (2011, p. 284), pois “o princípio do não-locupletamento indevido reside na regra de equidade que veda a uma pessoa enriquecer às custas do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito”.

De forma didática, no exemplo criado por Rizzardo (2012, p. 455-456), é o caso do agente público que recebe uma gratificação particular indevida (propina) para prover celeremente a obtenção de uma licença, ou para a análise de um documento, violando o caráter impessoal do qual a Administração é regida, concluindo seu raciocínio o professor:

De observar, ainda, que nada se faz sem almejar um objetivo. Presenteia-se para conseguir uma troca, ou uma atenção especial, ou com a finalidade de produzir resultados prontos, mais rápidos, favoráveis ao implemento das providências executivas de um certo projeto ou a uma pretensão administrativa, mesmo que sem detrimento das postulações ou das pretensões de outros postulantes dos serviços públicos. Presenteia-se com uma recompensa pela diligência revelada na atividade pública, ou para dar um estímulo na prática de atos da incumbência do servidor público. Embora esses propósitos, aparentemente honestos, justifica-se a reprimenda legal, porquanto o comportamento induz ao agente condicionar o cumprimento de dever de ofício ao recebimento da premiação.

Passando a apreciação para as elementares da conduta, Decomain (2007, p, 84) certifica da necessidade de atendimento a alguns requisitos para a configuração do ato nesta espécie:

Há necessidade do atendimento de três requisitos, para que o ato seja passível de enquadramento no art. 9º da Lei: a) enriquecimento ilícito, pela percepção da vantagem patrimonial indevida; b) conduta dolosa do agente; e c) vinculação do auferimento dessa vantagem ao exercício do cargo, emprego, função ou atividade na Administração de modo geral.

[...]

Não há necessidade de que, na contrapartida da vantagem patrimonial indevida auferida pelo agente, sobrevenha decréscimo patrimonial do Erário. A improbidade será enquadrável no art. 9º

sempre que o agente se enriqueça intencionalmente e mediante atividade ilícita vinculada ao exercício da sua função, mesmo que desta atividade não emane também prejuízo patrimonial para qualquer das entidades elencadas no art. 1º da Lei n. 8.429/92.

Coadunando do entendimento de Decomain, Rizzardo (2012, p. 453) acrescenta que é:

Indiscutível a exigência do enriquecimento ou locupletamento ilícito para configurar o ato de improbidade, que é auferir vantagem patrimonial indevidamente, trazendo o aumento do patrimônio, em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade de natureza pública. Deve o agente ter um acréscimo ou uma vantagem patrimonial indevida, abrangendo toda sorte de bens, como ações, cotas de sociedade, títulos da dívida pública, letras de câmbio, confissões de dívida. Sem essa vantagem não se pode caracterizar a ilicitude.

Assim sendo, presentes os elementos qualificadores da conduta, tem-se o ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito do agente, sendo indispensável o enquadramento do caso concreto no *caput* do artigo 9º, bem como nas hipóteses previstas ou análogas no extenso rol exemplificativo, além da presença da livre convicção no agir; a presença indubitável do elemento subjetivo de dolo.

A segunda “tipificação” da conduta dos atos ímprobos recaem sobre aqueles que causam prejuízo ao erário público, os quais podem resultar da atividade rotineira do agente público. Afirmam Garcia e Alves (2011) que a atividade pública é envolta de uma atmosfera de risco, tornando-se comum as falhas ao interesse público.

Rizzardo (2012, p. 469) compartilha do entendimento dos professores acima citados, percebendo que deve haver “[...] um ato voluntário dirigido para lesar, e, por isso, desonesto; ou um ato culposo, causado, neste caso, por desleixe, falta de cuidado, negligência no cumprimento das obrigações, descontrole administrativo”.

Esta categoria de ato desonesto se diverge das demais no tocante à presença do elemento subjetivo da culpa. Os atos dispostos nos *caput* e nos incisos do artigo 9º e 11 prescindem da presença do dolo do administrador para efetivar a conduta nefasta. Nesta hipótese, entretanto, somente a presença da culpa é capaz para a tipificação da conduta causadora do dano.

Por derradeiro, as condutas dispostas no artigo 11 da Lei dispõem dos atos atentatórios aos princípios basilares da Administração Pública. São os atos dolosos, emanada por qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas quando se praticam atos visando fim proibido por lei, retarda ou deixa de praticar indevidamente ato de ofício (também punível por crime de prevaricação), revela fato que deveria manter em segredo, nega publicidade aos atos oficiais, frustra a licitude do concurso público, deixa de prestar contas quando obrigado a fazê-lo ou revele ou permite que se chegue ao conhecimento de terceiro, antes da publicação oficial, medida política ou econômica capaz de alterar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Marques (2010, p. 110), citando Martins Júnior (2009, p. 224-230) alerta que “a violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo”.

Todavia, impende ressaltar que é imprescindível a existência do dolo no elemento subjetivo do agente praticante do ato improprio. Até porque “qualquer ser humano está sujeito a falhas e não seria razoável exigir do agente público sempre a perfeição” (MARQUES, 2010, p. 111).

Destarte, depreende-se que “o desvalor da conduta, o nexo de causalidade e a potencialidade lesiva foram previamente sopesados pelo legislador, culminando em estatuir nos incisos as condutas que indubitavelmente importam em enriquecimento ilícito, acarretam dano ao erário ou violam os princípios administrativos” (GARCIA e ALVES, 2011, p. 281).

1.2.4 As sanções previstas na lei

O artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa preceitua as “penas” para os atos de improbidade administrativa. Ocorre que esta expressão “pena” remete a uma análise hermenêutica da esfera criminal, o que gerou grande confusão nos primeiros anos de vida da lei.

Isto porque algumas das sanções (esta seria a expressão correta) teriam caráter criminal, outras político-administrativas e cíveis, no entanto, a própria Lei de Improbidade adverte acerca da independência das sanções civis, administrativas e criminais.

Rizzardo (2012, p. 514) aclara a situação:

Por sistema literal da Lei de Improbidade, o servidor que incorreu em uma ilegalidade sujeita-se a sofrer punição disciplinar, consistente na demissão. Está fadado a ser condenado criminalmente, e a submeter-se ao processo da ação popular. Além disso, autoriza-se que se mova contra ele a ação de improbidade. Não se arreda os eventuais outras a absolvição em um dos procedimentos promovido.

Assim sendo, incorrendo o agente em um dos atos de improbidade administrativa elencados na norma, estará sujeito as sanções dispostas no artigo 12, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, dependendo da gravidade do ato e de sua repercussão social.

Outrossim, entre o ato e a penalidade imposta deve-se fazer um juízo de proporcionalidade¹⁰, “impondo a razoabilidade na aplicação das sanções, não unicamente com respeito ao *quantum* das interdições ou punições. Defende-se a interpretação da lei com adequação e racionalidade para afastar injustiças flagrantes”. (RIZZARDO, 2012, p. 518).

¹⁰ Parágrafo único do art. 12 da LIA: 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.

O praticante do ato improprio estará sujeito a punição de acordo com a classificação dada a este ato. Confere-se as sanções mais graves aos atos de enriquecimento ilícito do agente, as medianas aos atos que causem prejuízo ao erário e, por fim, as mais brandas aos atos atentatórios aos princípios da Administração.

Ilustrando o afirmado, extraem-se do corpo do artigo 12 as possíveis sanções aplicáveis aos agentes desonestos:

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.

Dessa forma, a perda de bens ou valores acrescidos indevidamente ao patrimônio do agente, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por período determinado de tempo, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar ou receber incentivos

de qualquer natureza do Poder Público consistem em espécies das penalidades aplicáveis em caso de ocorrência comprovada do ato nefasto.

Para impingir uma equânime dosimetria, alerta Rizzardo (2012, p. 519) dos fatores fundamentais:

[...] fatores importantes que levam a medir a dosimetria da pena: a existência ou não de dano ao erário, ou a sua extensão e as dimensões; o proveito patrimonial de parte do agente; a intensidade do dolo, ou da vontade dirigida para a prática do ato; a repercussão social dos fatos; o cargo ocupado pelo agente; a relevância dos princípios da administração pública ofendidos.

Compreendendo o instituto sancionatório da norma de improbidade administrativa, passa-se a análise da natureza jurídica da ação de improbidade, que, segundo o Supremo Tribunal Federal, influencia e retira o caráter cível da demanda, hipótese esta afastada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência atual.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE

Uma vez destacada a importância da norma, cabe conceituar a natureza jurídica da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Comumente empregada no sistema jurídico nacional, a Lei de Improbidade Administrativa preceitua a independência das responsabilidades administrativa, cível e penal. Contudo, impende lembrar que no julgamento criminal, caso o réu seja absolvido por inexistência material do fato ou negativa de autoria, não cabe a ação cível ou administrativa por responsabilidade concernente ao fato absolvido.

Dito isto, a própria Constituição Federal¹¹ disciplina as sanções correspondentes aos atos de improbidade administrativa, ressalvando que a responsabilização também poderá ser auferida no juízo criminal.

De acordo com o disposto na Carta Maior, “revela-se a vontade do constituinte originário no sentido de instituir uma via de julgamento adequada para o ato de improbidade administrativa, sem vinculação com outras instâncias ordinárias (penal ou político-administrativa)” (SOBRANE, 2010, p. 111).

Em consonância ao preceito constitucional, o artigo 12 da Lei n. 8.429/1992 colaciona as penalidades resultantes do ato de improbidade, novamente ressaltando que as sanções cíveis, penais ou administrativas são independentes entre si, vez que “não poderia dispor de outra forma” em razão do texto constitucional (SOBRANE, 2010, p. 112).

Para Gomes Junior e Favreto (2011, p. 173) o artigo 12 da LIA emprega um critério utilizado no sistema jurídico nacional da independência entre as esferas das responsabilidades penais, civis e administrativas, não havendo qualquer *bis in idem* em função da responsabilização conjunta.

Sobrane (2010) afirma que é fundamental a diferenciação da natureza da ação de improbidade (civil ou penal) para a sua correta aplicação e adequação aos preceitos processuais, bem como para a avaliação do seu conteúdo material.

Assim sendo, não caberia a interpretação da norma de improbidade administrativa perante o juízo criminal ou nas instâncias da Administração, contudo fica em aberto a possibilidade da independência da sanção cível, conforme o artigo 12 da LIA.

Segundo Sobrane (2010, p. 112):

A disposição legal direciona para uma via jurisdicional autônoma e exclusiva para o sancionamento do ato ímprobo, em particular

¹¹ Art. 37 da CF. [...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (sublinhou-se)

quando destaca que as sanções previstas na Lei são independentes das sanções civis.

É perceptível, no entanto, que o legislador não criou uma instância jurisdicional específica para a *ação de improbidade administrativa*. Na realidade, quis ressaltar e deixar claro que o sancionamento do agente público autor do ato de improbidade administrativa não deve se limitar às sanções de natureza penal, civil e administrativa, ordinariamente previstas. Além destas, pretende o comando legal a punição do agente com a aplicação das sanções instituídas pela Lei n. 8.429/92, que serão aplicadas por invocação da jurisdição civil, ante a sua natureza não penal.

Destarte, a ação civil pública intentada pelo Ministério Público ou pelo ente jurídico administrativo lesado pelo ato possui iminente caráter cível, fazendo-se menção ao *nomen iuris* da *actio*, podendo correr, ao mesmo passo, a ação criminal correspondente e o processo administrativo disciplinar no âmbito interno do órgão lesado.

Nesta linha é o entendimento de Ruy Nestor Bastos Mello (2011, p. 184):

A natureza das sanções é de matéria cível, distinta, portanto, da concepção de pena do direito criminal, muito embora seja importante a utilização de princípios e regras desse ramo do direito em que já existe consolidado um sistema de garantias aos cidadãos para a ocorrência de adequada e justa punição.

Eventuais dúvidas acerca da natureza administrativa das sanções da lei são dirimidas por Garcia e Alves (2011, p. 509):

[...] podemos concluir que o ilícito de improbidade administrativa não tem natureza administrativa e seus sanções não são administrativas. Pelo contrário, ostentam características de natureza cível, resultando em restrições na esfera jurídica do ímprobo a partir de uma metodologia de igual natureza: juiz com competência cível, utilizando o Código de Processo Civil, ressalvadas, obviamente, as singularidades da Lei nº 8.429/1992, aplica determinadas sanções com observância das garantias preexistentes nessa seara e com o necessário influxo do direito penal, forte mor do direito sancionador.

Referendando o tema, Rizzardo (2012, p. 367) esclarece:

Sem dúvida, a *ação de improbidade administrativa* enquadra-se como ação civil pública, já que a defesa visada com a sua utilização tem em vista interesses transindividuais, de cunho difuso, como decorre especialmente do inciso III do art. 129 da Constituição Federal, o qual incumbe ao Ministério Público promover a ação para a tutela de uma gama de interesses públicos, nos quais se incluem os de defesa do patrimônio dos entes estatais

Assim, portanto, permite-se inferir que a doutrina defende o caráter cível da Lei de Improbidade Administrativa, da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa e de suas respectivas sanções (ressalvados os casos de sanções políticas, como a suspensão dos direitos políticos e perda da função pública).

Conserva-se nitidamente o caráter cível da norma, devendo-se aplicá-la indistintamente aos agentes públicos, inclusive aos políticos, desde os primeiros graus de jurisdição, ante a inexistência de foro especial por prerrogativa de função em matéria cível, não possuindo qualquer reserva criminal nas sanções dispostas e inexistindo qualquer suspeita de ilegalidade da norma, ante sua eficiência no combate à corrupção.

CAPÍTULO 2 – LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, quando se trata do tema legitimidade há de se observar a angulação processual, as partes do processo, definido por Didier (2011, p. 202) como o sujeito “que está na relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão final”.

Assim, nos processos em geral observam-se dois polos: o ativo e o passivo. A destinação do polo ativo recai sobre o autor da demanda, no caso em estudo, para as pessoas jurídicas de direito público interno sofredoras do ato improbo e ao Ministério Público, atuando como substituto processual.

Por outro lado, o polo passivo incide sobre os autores do ato nefasto, do dano, que objetivaram o ganho patrimonial à custa da Administração, que lesaram o ente público estatal ou atentaram aos princípios norteadores da atividade administrativa.

Há de observar, ainda, que os polos do processo invertem-se na oportunidade em que se aprecia o autor e o sofredor do dano, porquanto o sujeito ativo do ato improbo, o causador do dano é o que responde por seus atos, portanto, revestindo-se do polo passivo da ação de improbidade.

Neste ínterim, pelo princípio processual da causalidade, o ente público lesado, sofredor do ato, destarte, sujeito passivo do ato, possui a capacidade de ir a juízo em busca do ressarcimento do dano sofrido pela atividade do agente público desonesto (este, praticante do ato de improbidade, portanto, sujeito ativo do ato e passivo da ação de improbidade, como mencionado anteriormente).

Desta forma, temos que o sujeito passivo do ato de improbidade administrativa é, na verdade, o sujeito ativo da relação processual, ou seja, o legitimado ativo para propor a demanda de improbidade administrativa.

Vejamos o quadro comparativo abaixo para a melhor elucidação do exposto:

LEGITIMAÇÃO ATIVA	LEGITIMAÇÃO PASSIVA
Autor da ação de improbidade	Réu da ação de improbidade
Sujeito passivo do ato ímprobo	Sujeito ativo do ato ímprobo
Ministério Público ou entidade da Administração sofredora do dano (Art. 1, <i>caput</i> e parágrafo único da LIA)	Autor do dano apreciado pela Administração (agente público ou particular concorrente)

Figura 1.

Sob o prisma da legitimação ativa, é exatamente o que dispõe o artigo 17 da Lei n. 8.429/1992 acerca dos autorizados a ir a juízo postular a condenação por improbidade administrativa:

Art. 17, da Lei n. 8.429/1992: 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. (sublinhou-se).

Outrossim, em consonância do princípio da causalidade, podem ir a juízo e buscar a condenação do autor do ato ímprobo a pessoa jurídica de direito público lesada (art. 1º da LIA) e o Ministério Público, atuando na defesa do patrimônio público, autorizado a substituir processualmente a entidade pública em qualquer momento, especialmente no caso de inércia da Administração na busca pelo ressarcimento integral do dano.

2.1 Entidades públicas ou privadas lesadas

De acordo com o artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, dois são os titulares para buscar a demanda ressarcitória e condenatória pelo ato de improbidade praticado pelo agente público e pelo particular concorrente ou beneficiário da ilegalidade.

Mencionou-se no Capítulo 1 (item 1.2.2 - Sujeitos do ato de improbidade administrativa), o artigo 1º, *caput* e parágrafo único da Lei n. 8.429/1992, o qual singulariza as entidades que a lei procura tutelar ante a desonestidade pública.

Relembrando, oportuna é a citação de Decomain (2007, p. 32):

As entidades administrativas que a lei procura proteger, enumeradas pelo *caput* do art. 1º, são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os Territórios (embora no momento nenhum mais exista), as empresas incorporadas ao patrimônio público e quaisquer entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual.

Além disso, o *caput* o artigo afirma também que a Lei se destina a proteger a Administração direta e indireta.

Além das entidades que Decomain afirma, há de se observar a existência ainda da possibilidade de tutela das pessoas jurídicas de direito público decorrentes da administração indireta, criadas pela descentralização com o objetivo de prestar eficiência nos serviços públicos para a sociedade, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Em primeiro lugar, os atos praticados contra a administração direta, “composta pelos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos Estados, do Distrito Federal, pelos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo dos Municípios, pelos órgãos autônomos, tais como Ministério Público e Tribunais de Contas, e pelos órgãos especiais, ligados a cada uma das esferas

governamentais” (MARQUES, 2010, p. 45) devem ser repreendidos pela norma, vedada qualquer interpretação imunológica em detrimento da Administração.

No âmbito da administração pública indireta, “a autarquia pode ser sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa, até porque, em última análise, o patrimônio por ela gerido pertence integralmente à Administração Pública direta” (MARQUES, 2010, p. 46).

A fundação pública, definida por Di Pietro (2000, p. 360) como “fundação instituída pelo Poder Público como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração”, integrante da administração indireta, por ser composta do patrimônio público, também é alcançada pela Lei de Improbidade para sua proteção.

Por derradeiro, cumpre frisar que as empresas públicas¹² e as sociedades de economia mista¹³, por envolverem capital, renda, patrimônio ou a prestação de serviços públicos, também são abrigadas pela Lei de Improbidade Administrativa contra os atos desleais dos agentes praticantes e propagadores da corrupção.

Alargando o sua área de proteção jurídica, a Lei n. 8.429/1992 também guarida entidades privadas que recebam 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 anual¹⁴.

Desta feita, além de toda a administração pública direta e indireta, das entidades com mais de metade do capital integralizado público, o

¹² Pessoas jurídicas de direito privado constituídas por autorização de lei específica, com capital e patrimônio próprios, controladas pela administração direta e que desenvolvem atividades de natureza econômica ou de prestação de serviços públicos, segundo o artigo 5º, inciso II do Decreto-lei n. 200/67.

¹³ Art. 5º, inciso III do Decreto-lei n. 200/1967: Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

¹⁴ Vide parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.429/1992.

legislador procurou proteger também qualquer entidade privada que receba patrimônio público, renda pública, incentivos fiscais ou creditícios, mesmo que o capital público seja inferior a metade do integralizado.

Neste peculiar, todavia, adverte Cerqueira (2011) que a sanção patrimonial, no caso do parágrafo único, limita-se ao valor da repercussão do ilícito sobre o valor do repasse do Erário, não implicando em limitação ou exclusão das sanções previstas no artigo 12 da LIA, como multa civil ou perdimento de bens e valores.

Expondo os motivos para tal tutela, Rizzardo (2012, p. 381) aduz que os “atos de improbidade administrativa são praticados contra a coletividade”. Prossegue Cerqueira (2011, p. 38) acrescentando que “o objetivo sem dúvida foi abarcar todas as entidades nas quais haja, como regra geral, a utilização ou destinação de recursos públicos. A existência de verba pública, em sentido lato, é elemento essencial para a caracterização do sujeito passivo de ato de improbidade”.

Concluindo, em “havendo patrimônio público em jogo, passa a incidir a lei, independentemente da entidade exercer atividade de natureza pública ou privada” (RIZZARDO, 2012, p. 383), buscando, ao máximo, a proteção do erário estatal por meio de um microssistema de proteção dos interesses difusos e coletivos, construído arduamente com o recolhimento de tributos pelos particulares, na expectativa de receberem do Estado o essencial de saúde, de educação, de segurança pública, de moradia, de alimentação e demais direitos sociais estampados e, por muitas vezes, negligenciados do artigo 6º da Constituição Federal¹⁵.

¹⁵ Art. 6º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

2.2 Ministério Público

Além do ente público lesado pelo ato desonesto, cabe também ao Ministério Público a busca pela condenação do autor do ato desonesto, conforme artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa e pelas disposições expressas na Constituição da República e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

2.2.1 Evolução histórica do Ministério Público

Somente após a proclamação da República em 15 de novembro de 1889 é que a instituição do Ministério Público brotou no ordenamento jurídico nacional.

Contudo, impende mencionar que a Constituição Imperial de 1824 quedava-se inerte na expressão “Ministério Público” e inexistia qualquer órgão ou instituição semelhante na defesa da moralidade administrativa, do patrimônio público e demais direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Somente em 1891, anos após o anúncio republicano e com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil é que se fez a primeira menção a um membro do órgão ministerial. O cargo de Procurador-Geral da República estava disposto expressamente no corpo do texto, dentre os cargos previstos para a estrutura judiciária, o qual seria destinado a um membro do Supremo Tribunal Federal selecionado pelo Presidente da República. Além disto, previa as atribuições ao cargo no artigo 58, §2º do diploma.

Contudo, anteriormente à promulgação da Constituição de 1891, por meio do Decreto n. 848 de 1890¹⁶, adveio a primeira norma dispondo

¹⁶ Capítulo VI do Título I do Decreto n. 848/1890.

acerca do Ministério Público. A norma tratava do Ministério Público Federal, estabelecendo competências e dispoñdo da organização do órgão, reservando ao Procurador-Geral da República a defesa dos interesses e direitos da União perante o Supremo Tribunal Federal, bem como a instituição de Procuradores Regionais nas Seções Judiciárias Federais no território nacional.

Anos mais tarde, a Lei n. 221/1894 ¹⁷ não alterou substancialmente as disposições do Decreto, mas autorizou a criação de cargos de Procuradores Adjuntos, definindo as competências dos novos órgãos ministeriais. Frise-se que, até o momento, não existiam os Ministérios Públicos dos Estados da Federação, criados posteriormente.

O grande divisor de águas para a institucionalização e sedimentação do Ministério Público adveio juntamente com a Constituição Federal de 1934, onde se dedicou a Seção 1, do Capítulo IV, do Título I inteiramente a Instituição.

Com o advento da nova ordem constitucional, o Ministério Público fora preceituado como Órgão de Cooperação nas Atividades Governamentais, não o incluindo como parte do Poder Judiciário, como se dava até então. Além disto, disciplinou a organização geral do órgão, suas competências e vedações. Nas palavras de Paulino Jacques (1977, p. 422), foi a fulgente constitucionalização do Ministério Público:

¹⁷ Art. 28. O procurador da Republica auxiliado pelos adjuntos, ajudantes e solicitadores, em sua respectiva secção, representa os interesses e direitos da União, quer no juizo seccional e no jury federal, em todas as causas da sua privativa competencia, quer perante as justiças locaes, no que interessar á Fazenda Nacional e á guarda e conservação daquelles direitos e interesses. Art. 29. Nas attribuições enumeradas no art. 24 do decreto nº 848 de 1890 incluem-se as seguintes perante o juizo seccional: 1º Allegar e defender os direitos da Fazenda Nacional em todas as causas civeis, ordinarias ou summarias, em que for ella A. ou R. ou por qualquer maneira interessada. 2º Promover: a) os processos executivos para cobrança da divida activa, proveniente de impostos, taxas, multas e outras fontes de receita federal; b) os de desapropriação por necessidade ou utilidade nacional; c) os de incorporação de bens nos proprios nacionaes; d) os de arrematação dos objectos depositados nos cofres nacionaes, quando não sejam levantados dentro do prazo de cinco annos, e a isso não se opponham as partes interessadas. 3º Requerer as providencias legaes assecutorias dos direitos da União e as advocatorias garantidoras da jurisdicção do juizo. 4º Officiar nas habilitações e justificações que perante o mesmo juizo devem ser processadas, devendo sempre ser ouvido depois de produzida a prova testemunhal. 5º Interpor os recursos legaes das decisões e sentenças proferidas nos processos crimes, civeis ou administrativos, em que lhe compete funcionar. 6º Promover a execução das sentenças em favor dos direitos e interesses da União.

Essa constitucionalização do Ministério Público revela o cuidado do legislador constituinte com o órgão promovedor e fiscalizador da guarda e cumprimento da Constituição, leis, regulamentos e decisões dos poderes públicos. Possuindo, até então, um estatuto legal, passou a ter um estatuto constitucional, crescendo, com isso, a sua influência no conjunto das funções constitucionais. [...]

No entanto, linhas adiante o doutrinador faz uma análise crítica pessimista referente ao disposto na Constituição de 1934:

A verdade, entretanto, é que, apesar de destacado desse modo, no quadro constitucional, ao Ministério Público não se atribuiu nenhum outro encargo relevante, a não ser o de “comunicar” ao Senado e às autoridades legislativas e executivas interessadas a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público, para o fim de ser suspensa a sua execução (art. 96).

Outorgada pelo Chefe de Estado em 1937, durante o período do Estado Novo de Getúlio Vargas, a nova constituinte significou verdadeiro retrocesso aos avanços técnico-legislativos apreciados na Carta anterior. Tratava apenas do Procurador-Geral da República, em semelhança à primeira Constituição Republicana de 1891, competindo-lhe officiar junto ao Supremo Tribunal Federal, sendo o cargo de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República.

A despeito disto, o Decreto-Lei 986/1938, denominado de Estatuto do Ministério Público Federal foi promulgado, atribuindo à Instituição sua organização geral, atribuições, impedimentos, direitos e deveres de seus membros. Referido diploma modificou tão somente a forma de ingresso ao cargo dos Procuradores, uma vez que extinguiu-se a previsão legal do ingresso por intermédio de concurso público. Paulino Jacques (1977) sustenta tal alteração como “o nepotismo inevitável do ‘Estado forte’”.

Seguidamente aos anos difíceis do Estado Novo, com a promulgação da nova Constituição de 1946 a figura do Ministério Público voltou à

baila. Os artigos 125 e seguintes¹⁸ do diploma regravam os ditames de organização da Instituição, autorizando a confecção de Lei própria para disciplinar o órgão e retornando a exigência de prévio concurso público para o provimento nos cargos de Procuradores. Destacou também as garantias de estabilidade, após dois anos de exercício, e a inamovibilidade (salvo em caso de requisição do Chefe do Ministério).

Neste liame é que houve a primeira referência aos Ministérios Públicos Estaduais (art. 128), porquanto o comando constitucional autorizava a organização nas Instituições Estaduais organizados praticamente nos mesmos termos das Federais, com a formação de carreira, forma de ingresso, garantias e vedações semelhantes as aplicáveis aos Procuradores Federais.

Segundo JACQUES (1977), a Lei n. 113/1947 criou a carreira dos Procuradores da República, reestabeleceu a exigência do concurso público para ingresso na Instituição (art. 3º) e o sistema de promoção por merecimento e antiguidade (art. 4º), sendo as atribuições regulamentadas pelas legislações anteriores.

Em termos de aplicabilidade, a Constituição de 1967 fez-se idêntica à de 1946, acrescentando algumas modificações pontuais, como a aposentaria compulsória aos 70 anos de idade e facultativa após 35 anos de serviço. Nesta Constituição, todavia, o Ministério Público incluía-se como órgão do Poder Judiciário.

A Emenda Constitucional de 1969 apesar de modificar substancialmente o conteúdo da Carta Magna, manteve íntegra as disposições

¹⁸ Art 125 - A lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho.

Art 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*.

Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Art 128 - Nos Estados, a Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.

concernentes ao Ministério Público. Relembra DECOMAIN (2011) que o Ministério Público da União seria regido por lei específica, a forma de escolha do Procurador-Geral de Justiça, bem como as formas de ingresso na carreira, garantias e vedações (artigos 94 a 96).

A Emenda de 1977 modificou os textos atinentes ao Ministério Público, estabelecendo que os Ministérios Públicos Estaduais fossem regidos por lei própria complementar estadual¹⁹. No entanto, a existência, a validade e a eficácia desta lei dependiam da publicação de norma complementar federal balizando as normas gerais atinentes às Instituições Estaduais, buscando um tratamento homogêneo ao órgão em todos os Estados da Federação. Somente em 1981 é que surgiu a Lei Complementar n. 40²⁰ tutelando os objetivos trazidos pela Emenda Constitucional, devendo as normativas estaduais obedecer aos comandos deste preceito.

Adentrando nos tempos modernos, disciplinada pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que o Ministério Público alcançou merecido destaque e efetivo papel perante a sociedade. A Constituição popularmente denominada de “A Cidadã” alterou substancialmente todas as regras e textos legais anteriores, detalhando minuciosamente a atuação do Ministério Público perante a sociedade.

A atual Constituição Federal consagrou a Instituição como função essencial à Justiça (Seção I, do Capítulo IV do Título IV), ausente do rol dos órgãos do Poder Judiciário (art. 92), consagrando a natureza peculiar do Ministério Público, ao lado da Advocacia Pública, exercida pela Defensoria Pública da União e dos Estados, assim como da Advocacia particular, patrocinada pelos advogados regularmente inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁹ Art. 96. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual. Parágrafo único. Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior.

²⁰ Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual.

Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público atua, preponderantemente, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Para a plena efetivação dos direitos, a Carta Magna elencou as funções institucionais do órgão (art. 129) e definiu os princípios básicos da unidade, indivisibilidade e independência funcional aos seus órgãos de execução ministeriais, traçando normas gerais de organização da Instituição, bem como os regramentos atinentes a elaboração da proposta orçamentária anual.

Dividiu o Ministério Público em dois grandes grupos: o Ministério Público dos Estados e o Ministério Público da União. Este último dividido em quatro categorias, a saber: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal (art. 128).

O texto constitucional confere, ainda, a prerrogativa da criação de leis complementares estaduais para a disciplina do órgão (art. 128, §5º), garantindo aos seus membros garantias e direitos e estabelecendo deveres e vedações.

Disciplinando os preceitos constitucionais, em 1993 a Presidência da República sancionou a Lei n. 8.625 que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados.

Esta norma infraconstitucional disciplina a organização do órgão ministerial, as funções institucionais consagradas na Carta Maior, da carreira dos órgãos de execução e auxiliares do Ministério Público, bem como as garantias e prerrogativas e os deveres e vedações de seus membros que serão abordadas a seguir.

Por derradeiro, somente a título ilustrativo, o Estado de Santa Catarina conta com a Lei Complementar Estadual n. 197/2000 como a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, seguindo os ditames da normativa constitucional e a Lei n. 8.625/93, conforme disposição do artigo 128, §5º da CF.

2.2.2 Importância da Instituição na defesa da moralidade pública

Em consonância a ilustrada evolução histórica e remetendo-se aos diplomas atuais que regulamentam a atividade do Ministério Público, convém afirmar que as funções institucionais estampadas no texto do artigo 25 da Lei n. 8.625/1993 decorrem do disposto no artigo 129 da Carta Maior²¹.

²¹ Art. 129, da CF: São funções institucionais do Ministério Público:

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

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - 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.

Art. 25 da Lei n. 8.625/1993: Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual;

II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios;

III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

Por estar assim disposto nos textos legais, Decomain (2011) acredita que o enunciado do artigo 25 esclarece que o rol das funções institucionais do Ministério Público é meramente exemplificativo, podendo o órgão ministerial atuar em atividades alheias conferidas por legislação extravagante, desde que dispostas em algum diploma legal, em virtude do princípio da reserva legal.

Dentre as fundamentais atribuições conferidas ao Ministério Público pela Lei, senão a mais importante delas, a proteção à moralidade administrativa merece destaque diante do incansável e interminável combate à desonestidade pública.

Com o objetivo de resgatar o senso de justiça e a crença da sociedade na punição dos agentes desonestos, a Carta Magna, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei de Improbidade Administrativa legitimam ativamente os órgãos de execução ministerial a tutelar o bem de todos, seja por meio de controles preventivos ou repressivos de combate à corrupção.

Ilustrando a atividade preventiva, desde o ano de 2004 o Ministério Público de Santa Catarina encabeça uma política pública de conscientização da população por meio da campanha institucional intitulada como “O que você tem a ver com a corrupção?”.

Extrai-se do sítio virtual do órgão catarinense²²:

O projeto tem viés educativo e busca conscientizar a sociedade a partir de um diferencial, que é o incentivo à honestidade e transparência das atitudes do cidadão comum, destacando atos rotineiros que contribuem para a formação do caráter. Em dezembro de 2008, recebeu o Prêmio UNODC 2008, do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes - Brasil e Cone Sul na categoria

VI - exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;

VII - deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação;

VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;

IX - interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça;

²² Disponível em http://www.mpsc.mp.br/portal/webforms/interna.aspx?secao_id=7&campo=4880

Mobilização Social, por agregar como parceiros órgãos e empresas de todo o Brasil em torno da causa social.

É axiomático que desde os primeiros anos de vida até a adolescência é que o indivíduo constrói seu caráter e adquire valores individuais e sociais. Uma vez conscientizando a população e, conseqüentemente, aumentando o número de pessoas honestas na sociedade por meio de políticas públicas responsáveis, além dos cidadãos zelarem pelo bem comum, podem perfeitamente investir-se em cargos públicos em um futuro próximo, aplicando os preceitos e ensinamentos morais adotados socialmente, combatendo a desonestidade e dando um basta na corrupção.

No combate repressivo, os diplomas legais conferem ao Ministério Público o papel de zelador da coisa pública.

Atualmente, o meio repressivo mais eficaz de combater a improbidade administrativa, a corrupção, a malversação, a desonestidade pública permeia-se através da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, majoritariamente proposta pelo Ministério Público dos Estados ou pelo Ministério Público Federal, em suas respectivas Comarcas ou Subseções, buscando a condenação dos agentes públicos desonestos (incluindo-se os agentes políticos) pelos atos praticados em detrimento da Administração nos juízos de primeira instância.

Em obediência ao comando constitucional previsto no artigo 37 e também do disposto no artigo 129, a Lei de Improbidade Administrativa confere legitimidade ativa para a propositura da demanda cível ao Ministério Público na defesa dos atos lesivos a moralidade pública, conforme bem explicita DECOMAIN (2011, p. 231) se referindo a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/93):

A alínea “b” do inciso IV do art. 25 desta lei confere legitimidade ao Ministério Público para intentar ação civil pública com o propósito de ser obtida a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

A norma já estava implícita também no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, quando autorizava o Parquet à propositura da ação civil pública destinada à defesa do patrimônio público e social.

Depreendem-se dos diplomas legais que o legislador conferiu papel fundamental e essencial ao Ministério Público na defesa da moralidade administrativa e no zelo pelo patrimônio estatal.

Tanto este foi o *animus* do legislador que a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade ativo do Ministério Público a propor a ação civil pública na defesa do patrimônio público²³, como bem anotam Garcia e Alves (2011, p. 766):

De tal missão constitucional, admiravelmente sintetizada no art. 127 da Carta Política, já seria possível extrair – independentemente de qualquer previsão específica, tal como ao final se positivou no art. 129, III – a legitimação do *Parquet* para a defesa do patrimônio público, pilar da ordem jurídica democrática e interesse social de inegável envergadura.

Em decorrência disso, legitima-se também o Ministério Público à guarda dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência da Administração Pública, estampados no art. 37 da CF, cuja violação encontra-se na base de *todas* as condutas de improbidade previstas na Lei nº 8.429/92. [...] É dizer, sua atuação não é nutrida, fundamentalmente, por interesses meramente materiais, pecuniários, mas sim pela missão constitucional de velar, ao lado de outras instituições, pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A rigor, assim, toda lesão patrimonial, mesmo que aqui confundamos patrimônio público com erário (aspecto meramente econômico), terá em sua matriz um ataque aos princípios fundamentais da república.

Sob a ótica processual, Rizzardo (2012, p. 388-389) explica a legitimação ativa do Ministério Público quando “autor” da demanda:

No tocante ao Ministério Público, substitui ele processualmente todos os interessados na manutenção do patrimônio público e na observância dos princípios constitucionais da moralidade,

²³ Súmula 329 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. O Ministério Público é o substituto processual da pessoa jurídica atingida pelos atos lesivos ao seu patrimônio, aos valores e interesses próprios, podendo ajuizar a demanda coletiva. Em promovendo a ação, defende a integralidade do patrimônio público e da coletividade. Se ajuizada a ação pela pessoa jurídica prejudicada, limita-se a proteger seu patrimônio público econômico e moral. Se partir do Ministério Público, tem-se a competência concorrente e disjuntiva, não cabendo a repetição da demanda pelos dois legitimados.

Assim sendo, o Ministério Público, titular da ação de improbidade administrativa, objetiva, em primeiro, o ressarcimento integral do dano, para após vir a condenar o agente desonesto nas demais sanções pertinentes.

Rizzardo (2012, p. 368) leciona acerca da legitimidade do Ministério Público, bem como a objetivo da demanda de improbidade:

Cumprir destacar que o objeto da ação civil de improbidade está na proteção de bens e princípios públicos, como o erário, a moralidade, a probidade, e a decência. Ora, tais entes enquadram-se na categoria de interesses difusos, já que não restritos a uma ou várias pessoas, e sim a todos quantos se relacionar com a Administração Pública. O próprio inciso III do art. 129 da CF assinala para a propriedade da ação civil pública na defesa de 'outros interesses difusos e coletivos

Neste tema, para reforçar a argumentação que o melhor meio de se buscar a condenação dos ímprobos seja a ação de improbidade, convém citar novamente Rizzardo (2012, p. 368), o qual esclarece a diferenciação da Ação de Improbidade da clássica Ação Popular:

[...] ambas dirigem-se à proteção do patrimônio público. Todavia, ressalta palpável a especificidade de campos do patrimônio público. Enquanto a ação civil pública de improbidade tem em mira atacar o ato de improbidade dos agentes públicos e daqueles que se beneficiam do exercício da função pública, ou usam o dinheiro público e bens do Estado indevidamente, para o seu próprio bem ou de terceiros, ou violam princípios estruturadores do Estado, a ação popular, embora fique dentro do mesmo campo, abrange um âmbito mais restrito, já que visa atacar a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo. Neste demanda, dirigida a buscar a anulação do ato ilegítimo e lesivo ao patrimônio público e o ressarcimento causado ao

erário, não se aplicam as medidas de perda da função, suspensão dos direitos políticos e outras contempladas no art. 12 da Lei nº 8.429. Ao cidadão com a plenitude de direitos políticos se reconhece a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação popular, enquanto a ação civil de improbidade cabe ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada.

Decomain (2011, p. 233-234) assenta que “em todo caso no qual haja sido imposto prejuízo patrimonial ao erário por atividade ilícita de particular (ou mesmo de outra entidade estatal), surge legitimidade do Ministério Público para a ação de ressarcimento”, e, linhas adiante, arremata o tema afirmando que “em se tratando [...] de ações de ressarcimento ao erário, a legitimidade do Ministério Público merece reconhecimento amplo”.

Ademais, o artigo 17, §4º da Lei de Improbidade Administrativa amplia a atuação do Ministério Público, preceituando que quando proposta a demanda pela entidade pública prejudicada, o Ministério Público intervirá como *custos legis*, cabendo ao órgão de execução ministerial, ainda, assim como na Ação Popular, assumir a titularidade da relação processual em caso de comprovada desistência da parte autora.

Garcia e Alves (2011) argumentam que essa intervenção do órgão ministerial é obrigatória, ensejando nulidade em caso de não intervenção nos processos em que figura como parte autora a Administração ultrajada. Ainda, cabe ao *parquet* ter vista dos autos após as partes, ser intimado de todos os atos do processo, requerer a produção de provas e diligências necessárias à elucidação dos fatos, conforme artigo 83²⁴ do Código de Processo Civil. Na mesma esteira, pode recorrer da decisão mesmo que não haja recurso da parte sucumbente, podendo opinar livremente acerca da procedência ou improcedência do pedido inaugural²⁵.

Adentrando ao instituto do litisconsórcio, definido por Didier (2011, p. 325) como a “reunião de duas ou mais pessoas assumindo,

²⁴ Art. 83, do CPC. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

²⁵ Súmula 99 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

simultaneamente, a posição de autor ou de réu”, na visão dos doutrinadores Garcia e Alves (2011, p. 785-786), não se impede a formação de um possível litisconsórcio ulterior²⁶ entre Ministério Público e pessoa jurídica lesada, desde que se “entenda ser essa a melhor postura a adotar em prol do interesse público. Tal posição, no entanto, não o exonera de velar pela justa composição da lide, também atuando, mesmo aqui (ou quando figura como autor principal), como *custos legis*”.

Noutro vértice, quando proposta a ação pelo Ministério Público, há a possibilidade de formação do litisconsórcio ulterior com o chamamento ao processo da entidade pública ofendida, sendo exatamente o que prescreve o §3º do artigo 17 da LIA.

Para Rizzardo (2012), dado o ajuizamento da demanda pelo Ministério Público, substituindo processualmente o ente público lesado, faculta-se a intervenção deste quando houver interesse na relação processual, configurando-se em litisconsórcio facultativo, não sendo obrigatória a citação da Administração.

Dessa forma, depreende-se que existem dois legitimados ativos para propor a ação de improbidade. O primeiro é o ente público pertencente à administração direta ou indireta com capital estatal maior que cinquenta por cento, além das demais entidades privadas receptoras de rendas públicas. O segundo e mais atuante é o Ministério Público Estadual ou Federal, por função institucional estabelecida na Constituição Federal de 1988 e por suas Leis Orgânicas.

Explicita o assunto Rizzardo (2012, p. 388):

Unicamente o Ministério Público e a entidade lesada, que é a protegida e, assim, a interessada (em especial a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e entidades que recebam verbas públicas que formam a maioria de seu capital), habilitam-se para a propositura da ação civil pública de improbidade [...].

²⁶ Para Didier (2011, p. 325): “Litisconsórcio ulterior é aquele que surge após o processo ter-se formado. Tem que ser encarado como exceção, pois não deixa de ser evento que tumultua a marcha processual”.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2002, iniciou o julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, proposta pela União, para o reconhecimento de usurpação de competência do STF para julgar um Ministro de Estado por crime de responsabilidade, porquanto, naqueles tempos (e até a presente data não houve qualquer entendimento em contrário do Plenário do Supremo), entendia-se que as sanções dispostas na Lei de Improbidade Administrativa suportavam *forte conteúdo penal*, devendo os agentes políticos serem processados e julgados perante a Suprema Corte brasileira no viés das normas correspondentes aos crimes de responsabilidade (em função do disposto no artigo 102 da Carta Maior), como por exemplo, a Lei n. 1.079/1950.

O objetivo deste trabalho é demonstrar ao leitor, leigo ou acadêmico, que em verdade, a Lei de Improbidade e conseqüentemente suas sanções se aplicam a todos os agentes públicos, indistintamente, conferindo a Lei a legitimidade ativa ao Ministério Público ou a entidade pública ou privada lesada pelo ato desonesto perpetrado pelo agente público desonesto desde as iniciais instâncias.

Nesta seara, portanto, no capítulo seguinte procurar-se-á defender a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, porquanto a própria norma combatente a desonestidade, a doutrina predominante e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e até mesmo recentes indícios do STF convergem no ponto em que as sanções dispostas na Lei de Improbidade carregam conteúdo cível (como demonstrado no Capítulo 1), a exemplo da multa civil e o ressarcimento integral do dano, podendo os agentes políticos serem processados e julgados nas primeiras instâncias recursais concomitantemente por improbidade administrativa e pelos crimes de responsabilidade dispostos na lei específica, ressalvando, porém os trâmites especiais para a efetivação de algumas das sanções concernentes a norma n. 8.429/1992, como o procedimento pertinente na casa legislativa correspondente na hipótese de perda da função pública do Presidente da República, por exemplo.

Dito isto, passa-se à apreciação do polo passivo da demanda, estudando-se os conceitos de agentes públicos e estudando, por meio dos votos divergentes do julgamento do Supremo Tribunal Federal, por doutrinas e

jurisprudências a possibilidade de figuração no polo passivo da lide dos agentes políticos em geral nas demandas por ato de improbidade administrativa.

CAPÍTULO 3 – LEGITIMAÇÃO PASSIVA

3.1 Agentes públicos e particulares concorrentes ou beneficiários com a ilegalidade

A expressão agente público para a Lei de Improbidade Administrativa deve ser considerada em gênero da qual emanam diversas espécies²⁷, podendo ser divididas, segundo Garcia e Alves (2011) em três categorias, a saber: agentes particulares concorrentes, os servidores públicos *latu sensu* e os agentes políticos.

Em primeiro lugar, voltam-se as atenções ao Capítulo 1 do presente estudo (especificamente o título 1.2.2 – Sujeitos do ato de improbidade administrativa), cabendo, por ora, ressaltar a ampliação da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos terceiros particulares concorrentes para a ilegalidade ou que de qualquer modo se beneficiaram com a conduta improba.

É o caso previsto no artigo 3º da Lei de Improbidade.

Rizzardo (2012, p. 371) atesta que se “estende a incidência da lei àqueles que, mesmo não se incluindo no conceito de agente público, participam de qualquer forma na lesão aos interesses públicos”, definindo o *terceiro* como aquele particular, fora do âmbito da Administração que pratica, conjuntamente com o agente público, a conduta ilícita dolosa ou culposa em detrimento do erário estatal.

²⁷ Art. 2º, da LIA: 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, da LIA: 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.

Da mesma forma, Figueiredo (2000, p. 34) leciona afirmando que “o terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita”. Por isto que o diploma aborda a expressão *terceiro concorrente*, porquanto sem a conduta ilegítima do agente público não há como se atribuir a conduta somente ao particular, já que este é estranho à Administração, consoante Figueiredo (2000, p. 35):

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 mentor intelectual da ação de improbidade, ou seja o verdadeiro ‘gerente’ dos atos ilícitos.

Isto posto, caso haja alguma conduta que beneficiem o servidor público e o particular, ambos devem figurar no polo passivo, respondendo pelos eventos danosos apreciados pela administração pública.

Além disto, ainda no aspecto do agente terceiro concorrente para a ilegalidade, vem se discutindo acerca da possibilidade da pessoa jurídica praticante do ato desonesto, a mando de seus chefes ou gerentes, presenciarem no polo passivo da demanda, aduzindo Rizzardo (2012, p. 372) acerca do tema:

[...] figurar no polo passivo quando concorre para a prática da improbidade ou induza para a sua ocorrência [...].

Mais coerente é sua presença na qualidade de acionada se a responsabilidade individual dos seus integrantes não for discernível. Entretanto, as sanções incidentes são aquelas que não tem caráter individual, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Depreende-se, portanto, que a responsabilização da pessoa jurídica de direito privado, concorrente para a ilegalidade, por meio dos atos praticados pelos seus gestores ou gerentes, nos quais não se consegue diferenciar ou individualizar a condutas destes, a sociedade empresária pode figurar no polo passivo da lide, respondendo pelas sanções de perda de bens, multa civil,

ressarcimento integral do dano, bem como a proibição de contratar com o Poder Público por determinado período de tempo (não se aplicam a suspensão dos direitos políticos e perda da função pública pela incompatibilidade das sanções quanto as pessoas a serem apenadas).

Continuando o aparato, cumpre destacar a figura do servidor público *lato sensu* como possível causador do ato improbo e legitimado passivo para responder a ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Incluem-se nesta espécie todos os servidores das administrações direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como os servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, definindo o conceito com propriedade Marques (2010, p. 62):

São servidores públicos aquelas pessoas que se vinculam ao Estado e às suas entidades e que estão sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico do órgão ou entidade pública.

Tais pessoas físicas ocupam cargos ou funções de chefia, direção e assessoramento ou de execução de funções determinadas pela lei, representando a grande massa de servidores estatutários ou empregados, sejam eles efetivos ou comissionados (CF, art. 37).

Em idênticas razões expõem Garcia e Alves (2011, p, 253):

Ainda sob a ótica da classificação dos sujeitos ativos dos atos de improbidade, servidores públicos são aqueles que, qualquer que seja o regime jurídico a que estejam submetidos, possuem um vínculo permanente com os entes estatais da administração direta ou indireta, desempenham funções próprias destes ou outras úteis à sua consecução e são remunerados por seus serviços [...].

Permite-se inferir, portanto, que a grande maioria dos agentes ímprobos recai sobre esta categoria, por sua imensidade de membros e porquanto atos administrativos desonestos emanam-se diariamente no interior das repartições públicas, sendo altamente puníveis pela norma de combate a desonestidade àqueles que se desvirtuam do interesse público e social.

Por fim, o diploma contra a improbidade abarca a punição aos agentes políticos, definidos por Meirelles (2010, p. 77), como “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições [...] estabelecidas pela Constituição e em leis especiais”.

Estamos diante, portanto, dos Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados, Prefeitos Municipais), dos Ministros e Secretários de Estados e Municípios, dos membros do Poder Legislativo (Deputados, Senadores, Vereadores), dos membros do Poder Judiciário (magistrados), membros do Ministério Público (Promotores e Procuradores de Justiça), membros dos Tribunais de Contas (ministros e conselheiros) (MEIRELLES, 2010).

Diante da existência de foro especial por prerrogativa de função estabelecida pela Constituição Federal, em seus artigos 52 e 102 e em virtude da Lei n. 1.079/1950 e do Decreto-lei n. 201/1967, que tratam dos crimes de responsabilidade cometidos pelos agentes políticos, advieram juntamente com as primeiras ações de improbidade administrativa a controvérsia a respeito da aplicabilidade ou não da lei aos agentes políticos. Este tema será abordado com maior propriedade no seguimento do capítulo, cumprindo, por ora, somente a conceituação das espécies de agentes públicos possíveis ocupantes do polo passivo processual.

Para concluir esta parte introdutória e conceitual, ao sistema da ação civil pública por ato de improbidade administrativa aplicam-se, majoritariamente, os ditames estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa e os preceitos da Lei da Ação Civil Pública, empregando, subsidiariamente, as regras pertinentes ao Processo Civil.

Nas ocasiões em que há uma multiplicidade de agentes causadores da malversação pública, é aconselhável a formação de um litisconsórcio passivo inicial. Isto porque se entende, sob a ótica da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, que o litisconsórcio, neste caso, é facultativo, pois

inexiste a necessidade de cominar as mesmas penalidades a todos os concorrentes para a ilegalidade.

A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que nada impede a propositura da demanda em face de “A” e “B” e outra ação em face de “C”, porquanto o magistrado, no momento de aplicar a sanção, não está adstrito a impor iguais sanções aos requeridos, devendo pautar seu juízo sancionador nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade e, emprestando-se o conceito do direito penal, “na medida de sua culpabilidade”.

É exatamente este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. VEREADORES, EMPRESA E TERCEIROS BENEFICIADOS. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ATO ÍMPROBO. ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92. DOLO GENÉRICO. CONFIGURAÇÃO. APLICAÇÃO DE SANÇÕES. ART. 12 DA LIA. DECORRÊNCIA LÓGICA. DOSIMETRIA. REVISÃO. [...]

2. A posição sedimentada desta Corte apresenta-se no sentido de que, "nas Ações de Improbidade, inexiste litisconsórcio necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo, por não estarem presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 47 do CPC (disposição legal ou relação jurídica unitária)" (REsp 896.044/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/09/2010, DJe 19/04/2011). (EDcl no AgRg no REsp 1314061 / SP, Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 05/08/2013). (grifou-se).

Didier (2011, p. 325-326) define litisconsórcio como a “reunião de duas ou mais pessoas assumindo, simultaneamente, a posição de autor ou de réu” podendo ser conceituado de facultativo o litisconsórcio quando “o litisconsórcio pode ou não se formar; trata-se do litisconsórcio cuja formação fica a critério dos litigantes”.

Ilustrando a pequena controvérsia acerca do tema, aduzem Garcia e Alves (2011), em norte oposto, que o litisconsórcio deve ser necessário, porquanto esta necessariedade advém da indisponibilidade do interesse público

posto em jogo, devendo todos os beneficiados pela ação desleal ser citados para comparecer em juízo e apresentar defesa.

Isso posto, passa-se à apreciação da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inaplicabilidade do diploma de improbidade administrativa a terceira categoria de agentes públicos: os agentes políticos.

3.2 A problemática criada em decorrência da decisão proferida pela maioria na Reclamação n. 2.138/DF

O cerne da questão adveio da propositura da Ação de Improbidade Administrativa em face de Ronaldo Mota Sardemberg, à época Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal (juízo de primeira instância) objetivando a condenação do agente político nas sanções previstas na LIA e na CF, porquanto o Ministro utilizava aviões da Força Aérea Brasileira – FAB para transporte particular e de terceiros, sem qualquer vinculação às atividades funcionais, para férias em Fernando de Noronha, por exemplo.

Ocorre que a União interveio no feito alegando que o juízo de primeira instância não seria competente para processar e julgar o Ministro, considerando a existência do foro especial por prerrogativa de função em matéria criminal, disposta no artigo 102, inciso I, alínea “c” da Constituição da República, sendo o Supremo Tribunal Federal a justiça competente para tal.

O juízo daquela subseção judiciária julgou procedente o pedido do Ministério Público Federal, condenando o então Ministro de Estado requerido nas penalidades previstas na Lei de Improbidade e no artigo 37 da Carta Maior, entre elas, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e a perda da função pública.

Novamente intervindo, a União apresentou a Reclamação n. 2.138/DF em face do juízo julgador *a quo* do Distrito Federal arguindo as mesmas razões apresentadas em sua primeira intervenção, com o deferimento de liminar para a suspensão da eficácia da sentença condenatória de primeiro grau.

O Ministério Público Federal, atuando como *custos legis* na presente Reclamação, opinou pela procedência da demanda e conseguinte extinção do processo sem resolução de mérito, sustentando suas razões “de que não se pode processar o agente político com base exclusivamente na Lei nº 8.429/92. O regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c da Carta Magna e disciplinado pela Lei n. 1.079, de 1950 é que se deduz coerente com o nosso sistema constitucional”.

Ilustrando o julgamento da Reclamação, a controvérsia acerca da aplicabilidade ou não da LIA aos agentes políticos nasceu neste momento, porquanto se entendia que as sanções previstas na Carta Maior e na Lei de Improbidade tinham um núcleo penal, um fundamento criminal, especialmente nas sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, confundindo-se com os crimes de responsabilidade dispostos na própria Constituição e na legislação penal extravagante.

A dúvida aportou no Supremo Tribunal Federal em 2002 para o julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, se alastrando por longos cinco anos e originando um resultado desfavorável a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Apesar da doutrina majoritária e a jurisprudência entenderem que a Lei de Improbidade aplica-se aos agentes políticos, a decisão pela procedência da Reclamação n. 2.138/DF dificultou a ação do Ministério Público no resguardo ao patrimônio público, sendo inúmeras ações de improbidade, à época, julgadas improcedentes ou extintas sem a resolução de mérito, todas baseadas na decisão do Supremo.

Garcia e Alves (2011, p. 514) sintetizam o objeto da Reclamação:

Essa interessante linha argumentativa foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº 2.138/2002, alegando-se que: (1) o Tribunal é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, (2) qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, (3) o juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado, que utilizara aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha (praxe administrativa, segundo o agente), usurpou competência do Tribunal.

Em virtude do disposto no artigo 102, inciso I, alínea “c” da Constituição da República, cabe ao STF processar e julgar, originariamente, infrações penais comuns e crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado.

Apesar da Lei de Improbidade deixar claro que sua característica predominante é cível, possuindo sanções (e não penas) civis para as condutas na Lei colacionadas, a Reclamação teve por objetivo atrair a competência originária da ação de improbidade ao STF, estendendo os efeitos do dispositivo constitucional.

Desta forma, decidindo-se pelo deslocamento da competência ao STF, nasceria o cerne da questão. Se o fato praticado pelo Ministro de Estado é tipificado como delito de responsabilidade, não haveria motivo legal para puni-lo, por duas vezes pelo mesmo fato, caracterizando o odioso *bis in idem*.

Parafraseando o Ministro Gilmar Mendes, as sanções da Lei de Improbidade possuem forte conteúdo penal, não podendo ser punido, novamente, nos primeiros graus de jurisdição, pelo mesmo fato definido por crime de responsabilidade, sob pena da dúplice punição pelo mesmo fato.

O Ministro Relator Nelson Jobim em seu voto inaugural contrário à aplicação do diploma aos agentes políticos, cita o também Ministro Gilmar Mendes e Arnold Wald²⁸:

Em verdade, a análise das conseqüências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares

²⁸ Ação de Improbidade Administrativa. Competência. *in* Rev. Jurídica Consulex, nº 05, p. 47.

ou de funções judicantes, numa ‘ação civil de improbidade’ somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da ‘ação civil de improbidade’, o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, ‘teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns’²⁹.

Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, ‘crimes de responsabilidade’, então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra MINISTROS DE ESTADO ou contra integrantes de tribunais superiores (CF, art. 102, I “c”).

Conduzindo seu voto, o Ministro Relator cita o também Ministro Humberto Gomes de Barros:

Parece-me, [...] que a ação tem como origem atos de improbidade que geral responsabilidade de natureza civil, qual seja, aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do Direito Civil. A circunstância de a lei denomina-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais. É muito comum existir o dispositivo de natureza em leis penais e vice-versa.

Segundo o Relator Nelson Jobim, o objetivo da Reclamação em análise seria sobre a aplicabilidade do regime de Improbidade ao Ministro de Estado (agente político) ou se os Ministros de Estado estariam regidos por normas especiais de responsabilidade (lei dos crimes de responsabilidade), não se submetendo a competência prevista pelo regime comum de responsabilização por improbidade administrativa.

Por entender que os agentes ocupantes dos mais altos escalões decisórios governamentais possuem responsabilidades maiores às dos agentes públicos celetistas ou estatutários, o eminente Relator interpreta que a

²⁹ In Ives Granda da Silva Martins, Aspectos procedimentais do instituto jurídico do “impeachment” e conformação da figura da improbidade administrativa, *in* Revista dos Tribunais, v. 81, n. 685, 1992, p. 286/287.

Constituição Federal define o regime pelo qual os agentes políticos são regidos. Assim, os Ministros de Estado estariam destinados somente ao julgamento perante a Lei n. 1.079/1950, porquanto não haveria “dúvida de que os delitos previstos da L. 1.079/1950, tais como os arrolados na L. 8.429/92, [...] são delitos político-administrativos”. Linhas adiante afirma que “entendo que, aos MINISTROS DE ESTADO, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam às regras comuns da lei de improbidade”.

Em síntese, portanto, o Ministro Relator entendeu que “a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade” e que “seria inconsistente e, por isso, implosivo para o sistema, outorgar garantia de foro especial em matéria criminal e de responsabilidade e, ao mesmo tempo, submeter o mesmo titular a processo de improbidade administrativa perante a justiça de primeiro grau, com ameaça da perda dos direitos políticos e até mesmo do cargo efetivo”, não havendo como se aceitar o *bis in idem* que se praticou em detrimento da Suprema Corte.

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Gilmar Mendes, fazendo referência ao seu texto publicado em 1997 em coautoria com Arnold Wald e citado pelo Relator, aduz que os juízes de primeira instância são incompetentes para processar e julgar causas de improbidade administrativa nas quais figuram ministros de Estados em virtude da natureza das sanções aplicáveis.

Também para o Ministro a possibilidade da aplicabilidade das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos seriam o suficiente para demonstrar o “forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos da ação de improbidade”.

Por derradeiro, defende que a “sentença condenatória proferida nessa peculiar ‘ação civil’ é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória”. Assim, para o Ministro, “sob a roupagem da ação civil de improbidade, o legislador acabou por elencar, na Lei 8.429/92, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns”.

Conclui seu voto explicando que os atos de improbidade descritos na lei específica seriam autênticos crimes de responsabilidade e, portanto, de competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento.

O terceiro voto pertencente à Ministra Ellen Gracie também reconhece o “caráter predominante punitiva das sanções” da Lei n. 8.429/1992, devendo os Ministros de Estados (e por analogia, os agentes políticos) serem julgados pela Corte Suprema (art. 102, I, “c” da CF) em razão do foro privilegiado por prerrogativa de função em matéria criminal.

Com três votos pela improcedência da Reclamação, o Ministro Maurício Correa seguiu o voto do Relator e dos Ministros votantes, enfatizando o conteúdo criminal das sanções previstas na LIA.

O quinto voto pronunciado pelo Ministro Ilmar Galvão seguiu os demais, arguindo que “a Lei nº 8.429 se presta tão-somente, no meu entendimento, a função normativa residual de responsabilizar, por atos de improbidade, os servidores públicos cujas funções não tiverem sido contempladas com o foro civil privilegiado”.

A partir deste momento, a votação remontava em cinco votos em desfavor da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao requerido Ministro de Estado, quando o Ministro Carlos Velloso pediu vista aos autos, em 22 de novembro de 2002, para proclamar seu voto posteriormente.

Durante três anos o julgamento ficou suspenso em função da vista do Ministro Carlos Velloso, entretanto, é de ressaltar o voto ministerial, porquanto acendeu a apagada chama no combate a corrupção dos mais altos níveis, como se definirá a partir de então, com os votos prolatados pelos Ministros contrários ao voto do Ministro Relator Nelson Jobim, arguindo a possibilidade da aplicação da Lei de Improbidade a todos os agentes públicos, indistintamente, colocando uma pequena pá de cal sobre a crescente descrença acentuada pelos até então cinco votos proferidos, conforme se abordará adiante.

Retomado o julgamento e analisando-se os votos que seguiram o voto do Relator, ao proferir seu voto, o Ministro Cezar Peluso conclui em consonância aos demais, onde os agentes políticos ficariam sujeitos ao regime dos

crimes de responsabilidade e, portanto, com o foro especial por prerrogativa de função, aplicando-se, tão somente a Lei dos Crimes de Responsabilidade.

Com seis votos procedentes e um contra, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos, encerrando o julgamento no ano de 2005.

Somente em primeiro de março de 2007 é que se retornou o julgamento da Reclamação, suscitando a questão de ordem porquanto a modificação dos ministros do Supremo poderia alterar substancialmente o resultado dos veredictos, entretanto negada pela maioria dos ministros.

Em 13 de junho de 2007 voltaram ao Plenário os Ministros para debater acerca dos votos faltantes e o destino da Reclamação originada pela União, com o voto do Ministro Joaquim Barbosa, do Ministro Marco Aurélio, do Ministro Celso de Mello e de Sepúlveda Pertence julgando improcedente a demanda, analisando-se os argumentos expostos por cada Ministro no tópico a seguir.

3.3 A possibilidade de aplicação da LIA aos agentes políticos

3.3.1 Votos divergentes dos Ministros da Suprema Corte na ocasião do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF.

Aos quatorze dias do mês de dezembro de 2005, o julgamento da Reclamação em análise retornou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal com o voto do Ministro Carlos Velloso.

Em seu voto, o Ministro esclarece que a Lei de Improbidade Administrativa é reflexo do texto do artigo 37, §4º da CF, sendo possível a cassação de direitos políticos pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 15, V da CF). Ao ver do Ministro, a Lei de Improbidade Administrativa instrumentaliza a

realização do princípio da moralidade administrativa, devendo-se conferir máxima eficiência a referida norma.

Prosseguindo seu voto, o Ministro Carlos Velloso arremata:

Posta assim a questão, 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, certo que 'reputa-se como 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' (Lei 8.429/92, art. 2º)". (grifou-se)**

Adverte, todavia, o ministro votante que a aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos faz-se, em certos casos, com restrições. Isto porque, citando o exemplo do Presidente da República, as sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública não podem ser aplicadas, tendo em vista o trâmite especial de *impeachment*, previsto no artigo 86 da Carta Maior.

Ainda, propõe o resgate do senso de justiça adormecido perante a sociedade, porquanto afirma que "isentar os agentes políticos da ação de improbidade 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".

Adiante, eleva seu discurso a um grau de conscientização sobre o combate a corrupção, certificando que "o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar máxima eficácia à Lei de improbidade".

Trazendo informação pertinente acerca do ajuizamento das ações de improbidade, o Ministro informa que a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná trouxe dados concretos, informando que em mais da metade dos

Estados-membros da Federação existem mais de quatro mil demandas. O entendimento até então exarado pelos Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão contribuiriam, em muito, para a total ineficácia deste excelente meio de combate a desonestidade pública.

Conclui seu voto assegurando que as condutas descritas no corpo da Lei n. 8.429/1992 não se enquadram como crime de responsabilidade definido na Lei n. 1.079/1950, devendo-se aplicar, nas primeiras instâncias, o diploma combatente à corrupção, ressalvadas a mitigação da aplicabilidade das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, estas definidas em rito especial.

Anos mais tarde e na mesma linha do voto do Ministro Carlos Velloso, o Ministro Joaquim Barbosa, oriundo do Ministério Público, ratifica os argumentos lançados por Carlos Velloso:

Eu entendo que já, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica da lei 8.429/1992, de tipificação cerrada mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (lei 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de proibidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a proibidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da lei 1.079/1950.

Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos.

[...]

É bom lembrar, a propósito, como bem mostra Eduardo Fortunato Bim, em brilhante artigo que me chegou às mãos, que ‘nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando o escopo dos processos de punição é diferente’ (crimes comuns *versus* crimes de responsabilidade ou políticos). Esta duplicidade de sanções resultante da duplicidade de regimes de responsabilização é facilmente demonstrável, segundo Bim. Diz ele: nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e eventualmente dos ministros de Estado, se conexos com os daquele,

‘a condenação se limite à perda do cargo e à inabilitação por oito anos para o exercício da função pública’, mas **‘sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis’** (CF, art. 52, parágrafo único).

[...]

Essa mesma duplicidade de responsabilização pode ser encontrada nas normas infraconstitucionais relativas à responsabilização dos servidores públicos, que se submetem concomitantemente à responsabilização administrativa (lei 8.112/1990, art. 124), à responsabilização penal (CP, art. 312 e seguintes) e à responsabilização civil, esta nas hipóteses em que causarem danos a terceiros e forem condenados a assumir os respectivos ônus em ação regressiva. É nessa mesma direção que aponta o art. 12 da lei de improbidade administrativa, ao dispor claramente o seguinte: *“independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes sanções”*.

[...]

Não há impedimento à coexistência entre esses dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado.

Ainda, o Ministro Joaquim Barbosa afirma que caso prevaleça a maioria até então demonstrada, ocorrerá gigantesco retrocesso institucional, acarretando a “morte prematura” da lei de improbidade.

Dando continuidade à votação, o Ministro Marco Aurélio julga improcedente a Reclamação, elucidando que a lei de improbidade, em seu artigo 12, destaca a independência das sanções cíveis, penais e administrativas, caracterizando as sanções dispostas na LIA como responsabilidade cível. “Não posso interpretar o artigo 102 do Diploma Maior a ponto de albergar situação nele não prevista; não posso interpretar esse artigo, no que define competência, de forma elástica, trazendo para o Supremo ações que nele não estão mencionadas”. Fazendo uma analogia, o Ministro argumenta que “daqui a pouco, quem sabe, teremos petição inicial sustentando a competência do Supremo, em extensão da prerrogativa de foro, que é penal, para o julgamento da ação popular, para o julgamento de ação civil pública”.

Claro e objetivo, o Ministro Celso de Mello diverge do Relator, afirmando que **“nem se diga,** ainda, Senhora Presidente, que as sanções imponíveis **em sede** de ação civil por improbidade administrativa **revestem-se** de natureza penal”, devendo-se, contudo, respeitar os trâmites burocráticos e

constitucionais de perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos (com destaques no original).

Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence acompanha os votos divergentes, ressaltando que a perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos “só se consuma com o trânsito em julgado da procedência da ação de improbidade”, a fim de evitar decisões liminares que decretassem a perda do cargo de Presidente da República, por exemplo.

Com isso, encerrou-se o julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, que se procrastinou por longos cinco anos perante o Plenário da Suprema Corte, decidindo-se em contrariedade a disposição legal vigente.

O Supremo decidiu, por maioria mínima dos votos, que os agentes políticos não estariam sob a égide da responsabilização pertinente a Lei de Improbidade Administrativa, respondendo unicamente pelos crimes de responsabilidade dispostos na legislação especial.

Conforme se infere do julgamento e dos votos acompanhantes ao Relator Nelson Jobim, reconheceu-se que as sanções dispostas nos incisos do artigo 12 da LIA teriam “forte conteúdo penal”, enquadrando-se nos crimes de responsabilidade previstos na Lei n. 1.079/1950 e no Decreto-lei n. 201/1967, ausentando-se competência para os juízos de primeira instância processar e julgar os agentes políticos.

Em verdade, reconheceu-se a extensão do foro especial por prerrogativa de função (art. 102 da CF) às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, em contrariedade ao disposto na própria Constituição e da legislação extravagante.

Contudo, além de se observar os votos dos Ministros integrantes da carreira naquela época, há de se convir que o entendimento hoje possa ser oposto, mesmo inexistindo julgamento idêntico ou similar desde o ano de 2007.

Pois bem. Não participaram do julgamento os atuais ministros do Supremo, os quais sucederam os ministros que se aposentaram e proferiram os

votos que acompanharam o entendimento do Relator Nelson Jobim, também aposentado.

Indícios sustentam a posição de que o entendimento modificou-se com a nova composição do STF, conforme a decisão da Questão de Ordem em Petição n. 3923/SP:

A Lei n. 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputados a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.

[...]

Aliás, tal incongruência não escapou à arguta observação feita pelo Ministro Pertence, se não me engano, no julgamento da RCL 2.138, quando S. Exa assim se manifestou:

“... Os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade só o estão enquanto no exercício do mandato ou cargo referidos. *Quid juris?* Não responderiam por improbidade administrativa praticada no cargo, se já cessada essa investidura? Como explicar que, aos agentes políticos de maior hierarquia, exatamente os que respondem pelos impropriamente chamados crimes de responsabilidade – corretamente chamados, no Decreto-Lei nº 201, de ‘infrações político-administrativas’, precisamente para distinguir dos verdadeiros crimes de responsabilidade, que são os do art. 2º daquele edito -, teriam uma sanção, pela improbidade administrativa, muito mais branda: se no exercício do mandato ou do cargo, a perda do cargo e mais oito anos de impedimento para o exercício de funções públicas, e não para a suspensão dos direitos políticos”.

(...)

“O juiz de primeiro grau pode, sim, conduzir ação de improbidade contra autoridades detentoras de prerrogativa de foro”. (grifou-se).

Nessa *actio*, o então Deputado Federal Paulo Maluf foi condenado por improbidade administrativa pelo magistrado *a quo*, determinando o envio dos autos àquele juízo para a execução das sanções impostas.

Ademais, nesse julgamento os Ministros que não votaram na Reclamação n. 2.138/DF (como Ayres Britto, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski,

que sucederam os Ministros acompanhantes ao voto do Relator no julgamento da Reclamação b. 2.138/DF) conduziram seus votos no ponto em que os agentes políticos poderiam ser julgados pela ação de improbidade no juízo de primeiro grau.

Dessa forma, parece confortável afirmar que o entendimento do Supremo, mesmo não se pronunciando expressamente em julgamento semelhante ao da Reclamação, já se molda, garantindo a aplicabilidade da ação de improbidade aos agentes políticos de qualquer natureza.

Na mesma esteira, a jurisprudência dos tribunais brasileiros, assim como a imensa maioria da doutrina admitem, com as devidas ressalvas explicadas pelos Ministros quanto à imposição das sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, a incidência indistinta da Lei de Improbidade a todos os agentes públicos.

3.3.2 O entendimento dos tribunais pátrios

Apesar da decisão final da Suprema Corte ter declarado que a Lei de Improbidade não se aplicaria aos agentes políticos, em especial aos Ministros de Estado, em virtude da natureza penal das sanções e, por isto, recairiam as condutas perpetradas sob a égide criminal, existindo a prerrogativa de foro especial disposto no artigo 102 da CF, o entendimento dos demais tribunais pátrios divergiu imensamente, alguns preferindo acatar a decisão da Reclamação, outros decidindo de maneira oposta, observando a supremacia do interesse público e resgatando a Lei de Improbidade Administrativa da iminente falência declarada pela Suprema Corte.

Ademais, Garcia e Alves (2011, p. 514) argumentam que “a tese de que a Lei de Improbidade veicularia crimes de responsabilidade encontrou pouco prestígio na doutrina e nenhuma adesão na jurisprudência”.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no “sentido de que aplicável a Lei de Improbidade no caso dos Prefeitos Municipais (...)”³⁰ e, portanto, cabível aos demais agentes políticos.

Nesse tribunal resta-se assentado o entendimento que a Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO DIRETA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. ESFERAS PENAL E CÍVEL. INDEPENDÊNCIA. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ. DISPENSA DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

[...]

II - O posicionamento adotado pela Corte de origem se afina com o deste Sodalício Superior no sentido de que perfeitamente possível a aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos. Precedentes: Rcl nº 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 04/03/2010; AgRg no REsp nº 1.189.265/MS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 14/02/2011. Incidência do verbete sumular nº 83/STJ.

III - Este Superior Tribunal tem firme posicionamento no sentido da independência entre as esferas penal e cível, a não ser que no âmbito criminal seja reconhecida a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria, o que não se deu na espécie em exame. Precedentes: MS nº 7.861/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 07.10.2002; REsp nº 860.097/PI, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe de 21.05.2008; RMS nº 22.128/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 10.09.2007.

(AgRg no REsp 1220011/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 06/12/2011). (grifou-se).

E ainda:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES

³⁰ Bem. Decl. em REsp 1.073.223-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 04/11/2009.

**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. [...]

(AgRg no AREsp 116979/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 19/04/2013) **(grifou-se)**.

Extrai-se dos votos dos Ministros da Corte Especial que sedimentam a controvérsia gerada pela Corte Suprema, estabelecendo as independências das sanções cíveis e penais, conforme defendido no Capítulo 1 deste estudo.

Assim sendo, descabe qualquer interpretação imunológica aos agentes políticos no âmbito da improbidade administrativa, sejam eles integrantes dos Poderes Federais, Estaduais ou Municipais, estando definida, pelo menos por ora, a controvérsia fixada nos primeiros anos de vida da Lei de Improbidade Administrativa.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2/DF, em desfavor dos dispositivos acrescentados no Código de Processo Penal (os parágrafos do artigo 84), considerando que a ação de improbidade administrativa possuiria natureza civil e, desta forma, não atrairia o foro especial por prerrogativa de função.

No mesmo norte, em recente julgado, a Suprema Corte decidiu³¹:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992, POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, A AGENTES POLÍTICOS QUE DISPÕEM DE PRERROGATIVA DE FORO EM MATÉRIA PENAL - [...] AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO AINDA NO

³¹ AgR em AI n. 506323/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02/06/2009.

EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes. (Grifou-se).

Idêntico entendimento possui o Tribunal de Justiça de Santa Catarina³²:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - [...] AGENTE POLÍTICO - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO COM BASE NA RECLAMAÇÃO N. 2.138 DO STF - SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI N. 201/67 E 8.429/92 - APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PENALIDADES DE NATUREZAS DISTINTAS - CARÊNCIA DE AÇÃO INOCORRENTE - REFORMA DA DECISÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO PELA INSTÂNCIA SUPERIOR - POSSIBILIDADE - ARTIGO 515, § 3º, DO CPC - IMPROCEDÊNCIA - REPASSE DE VALORES LÍCITO - TRANSFERÊNCIA EFETIVADA ANTES DO PERÍODO VEDADO - OBRIGAÇÃO FORMAL PREEXISTENTE - CRONOGRAMA PREFIXADO - OBRAS INICIADAS - AFRONTA À LEI NÃO DEMONSTRADA - APELO DESPROVIDO.

"Os agentes políticos são passíveis de punição pela prática dos atos definidos na Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo das sanções previstas para a eventual prática de delitos de responsabilidade" (Ap. Cív. n. 2008.001066-5, de Itaiópolis, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 16.12.2008). (grifou-se).

Do corpo da decisão é possível extrair que “não obstante a controversa decisão proferida na referida Reclamação n. 2.138 [...], é pacífico neste Pretório estadual que aos agentes políticos se aplicam as penalidades da Lei n. 8.429/92, porque a sua natureza é distinta da natureza das penalidades previstas na Lei n. 1.079/50 e no Decreto-Lei n. 201/67 [...]”.

³² Apelação Cível n. 2009.015313-3, de Itaiópolis, Quarta Câmara de Direito Público, Des. Rel. José Volpato de Souza, julgado em 08/04/2010.

Cita, ainda, os precedentes da Corte catarinense³³, atentando que desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina orienta-se diversamente, entendendo que os atos previstos na lei dos crimes de responsabilidade e na lei de improbidade administrativa, podem acarretar, concomitantemente, responsabilização penal e cível, inexistindo qualquer repudiável *bis in idem* em obediência ao sistema de independência das sanções cíveis, penais e administrativas impostas ao mesmo fato.

Sendo assim, depreende-se que apesar da decisão contrária aos mandos da Lei de Improbidade proferida pela Corte Suprema, alguns Tribunais estaduais continuaram aplicando-a aos agentes políticos, pautando suas razões na supremacia do interesse público e no interminável combate à corrupção, buscando o senso de justiça adormecido na população, principalmente quando se trata de impunidade aos integrantes dos mais altos escalões do cenário político nacional.

3.3.3 Doutrina convergente aos votos vencidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

As doutrinas mais garantistas da época do julgamento da Reclamação convergiram com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ratificando o entendimento acerca da não aplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos.

Entretanto, à *decisum* fora criticada pela doutrina, em virtude do julgado ser *contra legem*, Garcia e Alves (2011) afirmando que foi um *marco negro* na história do Supremo Tribunal Federal.

³³ Apelações Cíveis ns. 2007.012753-4, de Tubarão, rel. Des. Rui Fortes, j. em 01/09/2009; 2006.042369-1, de Lages, rel. Des. Jânio Machado, j. em 26/06/2009; 2007.058886-6, de Ponte Serrada, rel. Des. Rui Fortes, j. em 07/05/2009; 2006.035738-5, de Lages, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 12/08/2008; 2008.001066-5, de Itaiópolis, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 09/02/2009; 2006.044560-4, de Forquilha, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 3/7/2007

“Com o devido respeito aos seus membros, desacertada a decisão da Corte Maior, no julgamento da Reclamação nº 2.138-DF, em vista da inconstitucional assimilação entre *ato ímprobo* e *crime de responsabilidade* praticado por agentes políticos, no caso específico, Ministro de Estado”. (PIMENTA OLIVEIRA, 2009, p. 425). Expondo suas razões, o doutrinador afirma que “*inexiste no sistema republicano adotado pela Constituição Federal nenhuma restrição à categoria de agente público que possa ser retirado do campo de incidência do regime sancionatório civil. A regra do artigo 37, §4º não contém nenhum elemento autorizatório de qualquer redução do seu raio de alcance subjetivo*” (p. 425).

Desta feita, retirar a possibilidade de condenar o agente político por ato de improbidade administrativa seria um desconhecer do sentido da norma disposta no artigo 37 e também no artigo 85 (que define os crimes de responsabilidade), jamais podendo servir de imunidade constitucional, como se fez entender no julgamento da Reclamação (PIMENTA OLIVEIRA, 2009).

Seria um verdadeiro privilégio estender o foro especial por prerrogativa de função à ação civil pública de improbidade administrativa. Isto porque uma das razões expostas pelos Ministros que não caberia a Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos pela relevância das funções que ocupam, estando sujeitos aos maiores graus decisórios da nação. Pimenta Oliveira (2009, p. 426) aduz que “*esta ‘nobreza’ de funções, para fins de isenção jurídica de responsabilidade, é consentânea com alicerces de regimes políticos monárquicos, não republicanos*”, porquanto, em pleno século XXI, não há como se admitir, em hipótese alguma, privilégios e imunidades aos parlamentares e demais agentes políticos, quando o Brasil aparece em um dos piores lugares no *ranking* internacional de corrupção.

Nesta linha e como explicado no Capítulo 1, a própria Carta Magna resolvia essa suposta contradição criada pelos agentes políticos, uma vez que estabelece, expressamente, em seu parágrafo 4º do artigo 37, que as sanções por improbidade administrativa possuem natureza cível e até mesmo administrativa, jamais se autorizando a penalização criminal, sob a ótica da Lei de Improbidade, do agente político praticante da conduta. A maioria das condutas que configuram o ato de improbidade administrativa também recai sobre algum tipo penal, seja ele

expresso do próprio Código Penal ou na legislação penal extravagante. Neste sentido entendem Di Pietro (2012), Martins Júnior (2009), Decomain (2007) e Medina, Araújo e Gajardoni (2010).

Mutatis mutandi, CERQUEIRA (2011, p. 47-48) esclarece a controvérsia com os julgados do Supremo Tribunal Federal:

Com a devida vênia dos que entendem em sentido contrário, a não aplicação das normas da LIA aos agentes políticos implica em estabelecer imunidade que a Constituição Federal não previu e nem excepcionou no §4º do art. 37, pois tal entendimento também propiciaria verdadeira blindagem patrimonial – já que não seria possível a reparação dos danos, o perdimento dos bens adquiridos em enriquecimento ilícito e o pagamento de multa civil – em evidente violação ao princípio da isonomia inserto no *caput* do art. 5º da CF.

Nas Reclamações Constitucionais 2.138/DF e 6.034/SP o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que “os atos de improbidade administrativa são caracterizados como crime de responsabilidade, devendo, por isso, ser declarada a incompetência do juízo de primeiro grau para o julgamento da ação civil pública”. Especificamente na Reclamação 2.138/DF, decidiu-se no sentido de que os agentes políticos não estariam sujeitos à LIA, embora tal posicionamento ainda não tenha sido confirmado na composição atual do Supremo Tribunal Federal.

Garcia e Alves (2011) adentram na discussão, afirmando que jamais se permite confundir crime de responsabilidade com ato de improbidade, até porque a própria Constituição distingue os dois termos, sendo possível a coexistência das duas hipóteses e, conseqüentemente, a punibilidade por improbidade e pelo delito de responsabilidade.

Assim, os doutrinadores (2011, p. 520) alegam, ainda, que a tese é um convite à corrupção, declarando-se nítida e indesejável impunidade aos agentes dos autos escalões do poder, afirmando que:

O “entendimento” externado na Reclamação nº 2.138/2002, engendrado de tocaia para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pelo desmando e pela impunidade, é uma página negra na história da Suprema Corte brasileira. Espera-se, ao final, seja ele revisto, mas o simples fato de

ter sido arquitetado e posto em prática bem demonstra que não será fácil elevar o Brasil das sombras à luz.

Dessa forma, em consonância ao voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, a tese vitoriosa do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF além de inconstitucional, seria “reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde as revoluções do final do século XVIII. Ela propõe nada mais, nada menos, do que o retorno à barbárie da época do absolutismo”, pois as classes das pessoas que possuíam privilégios retornam aos tempos atuais, com a prerrogativa de terem um ordenamento próprio, particular, em verdadeira afronta ao ordenamento jurídico nacional.

CONCLUSÃO

Como externado no corpo do presente estudo, a concessão da imunidade da ação de improbidade aos agentes políticos, sob a prerrogativa do foro especial em matéria criminal, é absolutamente inconstitucional, atemporal e que mancha a história da Suprema Corte brasileira, uma vez que concedido, declaradamente por decisão do mais alto tribunal pátrio, um privilégio aos agentes políticos, ante a confusão entre os conceitos de ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade.

A Lei de Improbidade Administrativa senão a mais eficaz é o mais contundente instrumento normativo do sistema jurídico pátrio no combate a desonestidade pública, a malversação e a corrupção.

Negar vigência a esta norma, conferindo imunidade aos agentes políticos como no analisado caso é como semear e plantar a corrupção em todos os níveis de governo e, ainda, ensinar errado as pessoas em situação de desenvolvimento, como crianças e adolescentes.

No caso em estudo, um Ministro de Estado utilizava aviões da Força Aérea Brasileira para passar férias em Fernando de Noronha, as custas do erário público constituído pela arrecadação de tributos.

Em um país com um notável índice de corrupção e que pessoas vivem abaixo da linha da pobreza, sem energia elétrica, água encanada ou serviços públicos essenciais, como saúde e educação, não se admite, em hipótese alguma, se conceber que um agente político muito bem remunerado, com capacidade aquisitiva suficiente para custear por si próprio as despesas com a referida viagem, utilize dos bens públicos em detrimento da sociedade.

Concorda-se que sob a ótica criminal o Ministro deve responder pelo ato, mas a Constituição é clara e transparente ao estabelecer, expressamente, um sistema autônomo do sistema penal para a responsabilização do agente desonesto.

Além de responder pelos eventuais delitos de responsabilidade, o agente político deveria também responder pelo mesmo ato sob o prisma da Lei de Improbidade Administrativa, com as sanções previstas no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição e no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Infelizmente, a Suprema Corte nacional manchou essa página de sua história. Julgou, por maioria apertada é verdade, pela não aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ao agente político em apreço, por entender que as sanções possuíam *forte conteúdo penal* e, assim, configurariam crime de responsabilidade, por todo o ato atentatório a probidade ser tipificado como tal.

Parece-me, *data máxima vênia*, desarrazoada a decisão externada pelo Supremo. A uma porque o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de cumulação das sanções cíveis, penais e administrativas sob um mesmo fato, não configurando *bis in idem*. A duas, pois não há como convergir no entendimento que as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos possuem caráter criminal, uma vez que o preceito secundário do tipo penal (a pena) é composta de privação de liberdade, restrição de direitos e/ou aplicação de multa.

Por fim, apesar do entendimento do mais alto tribunal pátrio, àqueles que ousaram divergir da decisão, lecionando em salas de aula, em doutrinas, proferindo sentenças são dignos aplausos e congratulações, porquanto cientes da força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, resolveram ensinar ou aplicar a Lei de Improbidade Administrativa diversamente, fazendo incidir a todos os agentes públicos, inclusive aos agentes políticos, sem qualquer vinculação ao pronunciamento da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Atos de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

BLASI, Paulo Henrique. A ação civil pública como instrumento de combate a corrupção no estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo** Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas v.221, jul. 2000, p. 127-132.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

____. **Lei n. 8.429/92, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

____. **Lei n. 8.625/93, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo** : (Lei nº 7.347, de 24.07.85). 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVEDON, Fernanda de Salles; LUIZ, Joaquim Torquato. Ação civil pública: como instrumento de acesso à justiça na defesa dos interesses coletivos e difusos. **Revista jurídica consulex** Brasília, CONSULEX v.150, abr. 2003, p. 58-60.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Ação civil pública: a defesa dos interesses metaindividuais em juízo, pelo ministério público e entidades co-legitimadas. **Revista síntese de direito civil e processual civil** Porto Alegre, Síntese v.10, mar. 2001, p. 26-29.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DECOMAIN, Paulo Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Ed; Dialética, 2007.

_____. Ação civil pública: direitos individuais homogêneos e a legitimidade do Ministério Público. **Revista dialética de direito processual - RDDP**, São Paulo, n.81, p. 99-113, dez.2009.

_____. **Comentários à lei orgânica nacional do ministério público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012 e 12 Ed: 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

_____. **Improbidade administrativa – questões polêmicas atuais**, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

FERREIRA, Antônio Carlos. Improbidade administrativa. **Revista jurídica consulex** Brasília, Consulex v.147, fev. 2003, p. 19-20

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade administrativa: dolo e culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 216 p. ISBN

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil publica. ação popular. a defesa dos interesses difusos e coletivos. posição do ministério público. **Revista de direito administrativo** Rio de Janeiro, Renovar v.208, abr. 1997, p. 35-53

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

_____. A improbidade administrativa e sua sistematização. **Revista zênite** Curitiba,

Zênite v.54, jan. 2006, p. 497-520.

_____. Improbidade administrativa. **Revista dos tribunais** São Paulo, RT v.833, mar. 2005, p. 711-741.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

LESSA, Sebastião José. Improbidade administrativa - enriquecimento ilícito presumido - indisponibilidade e sequestro dos bens - quebra do sigilo de dados - intercâmbio de informação sigilosa - sindicância patrimonial - abordagem e resposta. **Fórum administrativo** : Direito Público, Belo Horizonte , v. 11, n. 119, p. 13-27, jan. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 1 ed. Editora revista dos Tribunais: São Paulo,2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Ação civil pública: defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. **Revista dos tribunais** Sao Paulo, RT v.735, jan. 1997, p. 161-172

_____. **Probidade administrativa**, São Paulo: Saraiva, 4 Ed. 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. **Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte , v.10, n.42, p. 131-152, out/dez. 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAUJO, Fábio Caldas de.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo:Malheiros, 2006 e 36 Ed: 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/** Gilmar Ferreira

Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Bonet Branco. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. Ação civil pública, Constituição Federal e legitimidade para agir. **Revista trimestral de direito público** Sao Paulo, Não determinada. v.14, abr. 1996, p. 67-77.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa**. Niterói: Impetus, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

_____. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SALTZ, Alexandre Sikinowski. A ação civil pública: declaratória de ato de improbidade administrativa e reparação de dano. **Revista do Ministério Público do Rio Grande Do Sul** Porto Alegre, Não determinada. v.36, maio 1995, p. 227-252

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, 33 ed, Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

SILVA, Justino Adriano Farias da. Ação civil pública: interesses individuais homogêneos. **Revista de processo** São Paulo, Não determinada. v.84, out. 1996, p. 330-348

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos. **Revista jurídica do centro de Ensino Superior de Jataí - Cesut Jataí/GO**, CESUT v.2, jan. 2001, p. 9-23

TAMBELLINI, Guilherme Luis da Silva. Ação civil pública: condenação de servidor público efetivo : improbidade administrativa : proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. **Revista zênite de direito administrativo e LRF - IDAF**, Curitiba , v.12, n.139, p. 578-580, fev./2013.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A improbidade administrativa e o artigo 339 Código Penal. **Fórum administrativo: Direito Público Belo Horizonte**, ED. FORUM v.8, out. 2001

VIEIRA, Leandro. Ação civil pública, ação popular, ação de alimentos e ação de despejo. **Revista Bonijuris** Curitiba, INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS v.505, dez. 2005, p. 5-8.

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

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A problemática da propositura da ação de improbidade administrativa em face dos agentes políticos - Análise crítica à Reclamação nº 2.138/DF do Supremo Tribunal Federal**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Daniel Dal Pont Adriano**, defendida em **05/12/2013** 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, regulamentada pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 001/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de Dezembro de 2013

Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)

Rodrigo Steinmann Bayer
Membro de Banca

Bernardo Rohden Pires
Membro de Banca