

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC - JF

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS AGENTES POLÍTICOS

ROGÉRIO JOSÉ DA SILVA

Juiz de Fora

2010

ROGÉRIO JOSÉ DA SILVA

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS AGENTES POLÍTICOS

Projeto Monográfico de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Direito da Faculdade UNIPAC como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: José Rufino Júnior

Juiz de Fora

2010

ROGÉRIO JOSÉ DA SILVA

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS AGENTES POLÍTICOS

Projeto Monográfico de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Direito da Faculdade UNIPAC como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: José Rufino Júnior

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Aos meus pais (in memoriam), a minha amada esposa, por terem contribuído pelo meu aprimoramento intelectual, profissional, pessoal e por estímulos que me impulsionaram a buscar vida nova a cada dia.

AGRADECIMENTOS

A Deus que é digno de toda honra e glória, pela disposição e pela força em realizar meus sonhos.

Aos professores que colaboraram com toda disposição e paciência dispensadas, e pela eterna vontade em auxiliar seus alunos em seus estudos e pesquisas.

Ao professor e mestre José Rufino Júnior, pela gentileza e profissionalismo para com seus alunos.

Aos meus pais (in memoriam) que estudaram e projetaram toda minha base familiar e profissional.

A minha amada esposa, Sônia Maria da Silva, que a cada dia me surpreende com seu amor a ter aceitado se privar de minha companhia pelos estudos, concedendo a mim a oportunidade de me realizar ainda mais, explicitando seu potencial em tudo o que realiza.

RESUMO

A presente monografia pretende avaliar a importância da Lei n.º 8.429/92, que disciplina as sanções aplicáveis aos agentes políticos que cometem atos de improbidade. Define os atos de improbidade, que podem ser classificados em três espécies: (i) atos que importam em enriquecimento ilícito, (ii) atos que causam prejuízo ao erário e (iii) atos que atentam contra os princípios da administração pública. Trata ainda de conceituar quem são os sujeitos passivo e ativo dos atos de improbidade, especialmente qual a abrangência dos referidos termos. Também menciona acerca da ação de improbidade administrativa, legitimados ativos e passivos, bem como sobre a competência para ajuizá-la. Enfoca, em especial, o abuso do poder discricionário do poder executivo, bem como as prerrogativas do exercício regular por parte do servidor público, do mérito de escolha para o preenchimento dos cargos de confiança e do princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: improbidade administrativa, agentes públicos, agentes políticos, sujeitos passivo e ativo.

ABSTRACT

The present monograph Intends to analyze the importance of the Law n.º 8,429/92, that it disciplines the applicable sanctions to the public agents who commit improbity acts. It defines the improbity acts, that can be classified in three species: (i) acts that matter in illicit enrichment, (II) acts that cause damage to state treasury e (III) acts that attempt against against the principles of the public administration. It still treats to appraise who are the citizens passive and active of the improbity acts, especially which the abrangência of the related terms. Also it mentions concerning the action of administrative improbity, legitimated assets and liabilities, as well as on the ability filing a suit it. It focuses, in special, the abuse of the discretionary power of the executive, as well as the prerogatives of the regular exercise on the part of the public server, the merit of choice for the fulfilling of the positions reliable and of the beginning of the separation being able of them.

Keywords: administrative improbity, public agents, agent politicians, citizens passive and active.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A LEI DE IMPROBRIDADE ADMINISTRATIVA	11
1.1 Conceito	11
1.2 Natureza Jurídica da lei n.º 8.429/92	13
1.3 Aspectos gerais da lei de improbidade administrativa	15
2 OS AGENTES PÚBLICOS	24
2.1 As funções do Estado	24
2.2 AGENTES PÚBLICOS	24
2.2.1 Servidores Públicos	24
2.2.2 Agentes Particulares Colaboradores	25
2.2.3 Agentes Políticos.....	25
2.3 Os agentes públicos e sua tradicional responsabilização	27
3 O ABUSO DO PODER DO PODER EXECUTIVO	31
3.1 Poder Discricionário	31
3.1.1 Limites ao Poder Discricionário	32
3.2 Abuso de poder: conceito e características	34
3.3 Exercício regular por parte do Servidor Público	35
3.4 Cargos de Confiança	38
3.5 O princípio da separação dos poderes	41
3.5.1 Da separação dos poderes	41
3.5.2 Da importância da separação dos poderes	43
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

Hoje em dia, sabe-se que o Brasil passou e, está passando, por um sistema político conturbado, verificando-se diversas formas de corrupção que são noticiadas cotidianamente. A população é vítima incessante do mais maléfico “câncer” da política: a corrupção.

Embora seja comum pensar que a corrupção se manifesta somente no âmbito nacional, talvez por causa da maior publicidade que ocorre nesses casos, as ocorrências de corrupção se multiplicam no mundo inteiro.

Diariamente os jornais noticiam um novo fato envolvendo corrupção. Na maioria das vezes, o escândalo envolve não somente agentes políticos, mas toda a Administração Pública, desde servidores do mais baixo nível hierárquico ao topo da pirâmide hierárquica. Observa-se também a ação dos corruptores, que são aqueles que oferecem propinas dentre outros benefícios, e presentes para depois cobrar um benefício, como por exemplo, para a contratação de suas empresas numa licitação, ou para que um voto seja dado a favor da base aliada.¹

Não obstante, a corrupção não é fruto dos tempos modernos. Há muito se disseminam essas práticas, não apenas no Brasil, como em todos os países do mundo. Contudo, em países subdesenvolvidos o grau de corrupção alcança um grau mais elevado, acarretando em maiores prejuízos para toda a sociedade. Tais eventos trazem como conseqüências serviços públicos ineficientes, investimentos desviados para as contas bancárias pessoais dos administradores e seus filhos, esposas e parentes etc.

A corrupção contribui com o retrocesso no desenvolvimento de uma Nação. Além disso, a falta de uma punição severa daqueles que cometem tais atos, infringindo princípios como a ética, a moral e a legalidade, embutem nos cidadãos uma sensação de impunidade, gerando, dessa forma, uma descrença geral da população nos assuntos relacionados à política.

Entretanto, não podem ser generalizadas as práticas corruptas, uma vez que não são todos os políticos, ocupantes de cargos públicos e demais interessados que são tomados por esse sentimento de impotência, de que nada se pode fazer para extirpar da sociedade o mal da corrupção. Existem

¹ Tais exemplos são de casos bastante conhecidos e divulgados pela mídia, como a Operação Navalha e o esquema do “Mensalão”.

peessoas que querem resgatar princípios que façam prevalecer a ética, a moralidade, a probidade.

Chega-se então ao mês de outubro do ano de 1988, quando foi propagada a Constituição da República Federativa do Brasil, e esta homenageou, expressamente, no *caput* do art. 37 os princípios constitucionais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) norteadores da Administração Pública, e que devem ser ressaltados por todos que dela fazem parte.

O mesmo art. 37 consagrou o chamado subprincípio da probidade administrativa. Este determinou que os atos de improbidade administrativa ensejariam a aplicação de sanções como a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, numa clara tentativa de combater a corrupção e fazer com que os agentes públicos fossem mais probos, éticos, honestos. Caso praticassem atos de improbidade, poderiam ser punidos.

Sem embargo, o art. 37 não era uma norma de eficácia plena e sim uma norma programática, necessitando, portanto, de uma lei infraconstitucional que lhe desse eficácia. Assim, em 1991 o Presidente Fernando Collor de Mello envia ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 1.446/91 que deu origem à Lei de Improbidade Administrativa, publicada no Diário Oficial da União em 3 de junho de 1992.

1 A LEI DE IMPROBRIDADE ADMINISTRATIVA

Com o objetivo de proporcionar uma compreensão mais abrangente acerca do estudo em questão, compete a exposição desde logo do conceito de “improbidade administrativa” contidos na doutrina e na legislação brasileira.

1.1 Conceito

Antes de definir o termo “improbidade administrativa”, é apropriado discorrermos sobre a probidade, que significa “... o agir do agente público, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, com honestidade e com respeito aos princípios que regem a boa Administração Pública” (MIRANDA, 2007).

Maria Sylvia Di Pietro confirma tal juízo, afirmando que

[...] quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (DI PIETRO, 2006, p. 766).

A lei n.º 8.429, de 03 de junho de 1993, nasce desse contexto, que veio com o objetivo precípua de condenar a prática de atos que são contrários aos princípios que devem orientar a atuação dos agentes diante da Administração Pública e, “... se não é a melhor [lei], ao menos representa um instrumento dotado de real eficácia no combate à corrupção ...” (GARCIA & ALVES, 2002, p. 142).

Com isso, a mencionada norma legal definiu os sujeitos que podem cometer atos de improbidade, além de prescrever quais são esses atos e prever as punições aplicáveis àqueles que praticarem os denominados “atos ímprobos”.

Consequentemente é presumível assegurar que a improbidade é a violação da ética e dos princípios constitucionais administrativos (art. 37, *caput* da Constituição Federal), que pode ainda, causar prejuízo ao erário e, também, resultar no enriquecimento ilícito daquele que pratica o ato de improbidade.

A Lei n.º 8.429/92 é omissa quanto à definição de improbidade administrativa, e, levando-se em consideração que o Supremo Tribunal Federal

ainda não se pronunciou sobre o conceito do termo. Muitos são os autores que já definiram o significado jurídico do que seria a “improbidade administrativa” (ALVARENGA, 2001, p. 87).

Marcelo Figueiredo define a improbidade administrativa como sendo “... um estado que deflagra toda uma série de consequências jurídicas cujo resultado é a sanção, a cominação da imoralidade nas funções estatais” (FIGUEIREDO, 1999, p. 48).

Os autores PAZZAGLINI, FAZZIO JÚNIOR e ROSA (1999, p. 40) definiram a expressão em exame como sendo 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.

O jurista José Antonio Lisboa NEIVA (2006, p. 40), na mesma perspectiva afirma que

[...] a improbidade administrativa configurar-se-ia como ação ou omissão dolosa do agente público ou de quem de qualquer forma concorresse para a realização da conduta com a nota imprescindível da deslealdade ou ausência de caráter, que viesse a acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao patrimônio das pessoas jurídicas mencionadas no art.1º da LIA, ou ainda, que violasse os princípios da Administração, nos termos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da citada Lei .

Como se pode perceber, a improbidade administrativa se correlaciona intimamente com a corrupção, um mal que abrange todas, ou quase todas, as sociedades do mundo moderno. Porém, como já mencionado anteriormente, a corrupção não é algo novo. Há muito já se tentava combatê-la (OLIVEIRA, 1991).

No entanto, mesmo 15 anos após a edição da Lei de Improbidade Administrativa, ela continua a sofrer ataques severos, num esforço concentrado de se esvaziar seu âmbito de aplicação, por meio da isenção dos agentes políticos das sanções ali previstas, ou quando se estipula foro privilegiado nas ações de improbidade. Estes fatos contribuem para o atraso no julgamento de

uma quantidade sem fim de processos, o que acarretou na elaboração da lei que instituiu o foro por prerrogativa de função com a declaração de inconstitucionalidade. Logo, os processos voltaram para seu juízo de origem.

1.2 Natureza Jurídica da lei n.º 8.429/92

Primeiramente, em resumidas palavras, vale definir o que vem a ser natureza jurídica.

Maria Helena Diniz afirma que, a natureza jurídica é o “significado último dos institutos jurídicos”, podendo ser expressada como a “... afinidade que um instituto jurídico tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação” (DINIZ, 1998, p. 337).

Antes de determinar em qual grupo jurídico a Lei de Improbidade Administrativa pode ser compreendida, é importante destacar que tal assunto tem gerado um alvoroço na doutrina.

MARTINS (200, p. 74) corrobora que a natureza jurídica do diploma legal em questão é contestável, afirmando que

[...] tendo em vista o plexo de normas relativas a direito administrativo, civil, processual civil, penal e processual penal. Conquanto haja reunidas naturezas, opta-se pela preponderância do direito administrativo quanto ao tema, tendo em vista o objeto jurídico tutelado: o patrimônio público e a moralidade administrativa.

Nos termos do Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado, existem, ao menos, três abordagens sobre a natureza jurídica da Lei em estudo, quais sejam: natureza cível no sentido lato; natureza penal; e natureza variável (DELGADO, 2001, p. 203).

A primeira corrente, que é defendida pela maioria dos doutrinadores, assegura que a Lei de Improbidade Administrativa possui natureza administrativa e patrimonial (cível no sentido lato), pois o próprio texto constitucional assim anunciou quando decidiu que

os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**. (grifo nosso) (COSTA, 2001, p. 214).

Se os próprios constituintes provenientes entenderam que existe a possibilidade de uma ação penal para conter tais atos, além da ação já prevista na norma constitucional antes aludida, seria incoerente afirmar que a Lei de Improbidade possui natureza jurídica penal.

Já com relação à segunda corrente, há a percepção da natureza jurídica declarada na Lei de Improbidade como penal em decorrência do teor introduzido no regulamento ser predominantemente de direito penal. OSÓRIO (2007, p. 114) explica que é "... minoritária a corrente que defende ser de natureza criminal a Lei n.º 8.429/92" 33 e também afirma que:

Erige-se, vale repetir, deliberação expressa do legislador na criação de figuras típicas penais. Não foi o que ocorreu com a Lei n. 8.429/92, tanto que suas descrições fatos tipificados como crimes comuns quanto fatos previstos como crimes de responsabilidade. De um ou outro, de qualquer modo, o legislador buscou, através da Lei n. 8.429/92, extrair consequências extrapenais ou cíveis lato sensu, vale dizer, no âmbito do direito administrativo, dando tratamento autônomo à matéria.

De forma abreviada e clara, COSTA (2001, p. 215) afirma que:

Pensar de modo diverso, ou estender caráter criminal às figuras da Lei de Improbidade além daquilo que foi deliberado pelo legislador equivaleria a desprestigiar o princípio da legalidade penal.

Por último tem-se a terceira corrente, denominada de natureza variável e, conforme afirmado por José Delgado, esta adota uma posição eclética, pelo fato de entender que, dependendo da autoridade que vier a ser chamada para integrar o pólo passivo da ação de improbidade, ela terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade, ou de responsabilidade patrimonial e administrativa (OSÓRIO, 2001, p. 213).

Trata-se de uma corrente menos conhecida, mas não deixa de ser válida para ilustrar este trabalho.

Assim, acompanha-se o posicionamento explicitado por José Augusto Delgado, e Osório que defendem que a Lei n.º 8.429/92 assumiu natureza jurídica administrativa e patrimonial – cível no sentido lato, pois a Lei de Improbidade "... adota uma terceira espécie, a ação civil de reparação de danos ao erário público, com consequências não-penais propriamente ditas..." (DELGADO, 2001, p. 219).

Após o conhecimento da natureza jurídica da Lei de Improbidade, cumpre analisar quem são os sujeitos ativos e passivos previstos na referida

Lei, para posteriormente falar-se a respeito dos atos de improbidade administrativa propriamente ditos.

1.3 Aspectos gerais da lei de improbidade administrativa

A lei a ser considerada surgiu em 1992, perante um conjuntura histórica proeminente, à medida que o país, recém saído do período da Ditadura Militar (1964-1985), buscava rebater às aspirações populares de proteção do novo regime democrático que se instituía, de forma a tornar letra viva a Constituição de 1988, protegendo os princípios gerais da Administração Pública, como a moralidade, supremacia do interesse público e legalidade.

Ao adotar a direção lógico-classificatória CARVALHO FILHO (2007), pondera-se sobre a Lei de Improbidade Administrativa conforme seu sujeito passivo, sujeito ativo, os tipos previstos, as respectivas sanções e os procedimentos administrativos e judiciais adotados, diante uma abordagem crítica de grande importância para o entendimento da abrangência da lei em estudo.

Segundo o autor, o sujeito passivo alcançado pelo ato de improbidade administrativa encontra-se exaustivamente descrito no Art. 1º da lei:

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.

Pela redação exposta, apreendem-se envolvidas enquanto possíveis vítimas dos atos de improbidade as pessoas componentes da administração direta e indireta; pessoas para as quais a criação ou manutenção do erário haja

concorrido ou concorra em mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, ou com menos de cinquenta por cento, sendo que neste último caso a sanção ao ilícito restringe-se à repercussão nos cofres públicos; e, por extremos sujeitos passivos, as entidades possuidoras de subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício prestados por órgão público.

Diante desta análise, observa-se que a lei também caracteriza como passíveis de punição pela lei 8.429/92 mais que a administração *stricto sensu*, à medida que prevê também como sujeitos passivos institutos apenas conexos à Administração Pública.

Ainda de acordo com o autor, sujeito ativo, ou seja, como aquele que pode ser responsabilizado pelos atos de improbidade, pode-se extrair da lei:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta...

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

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

Então, compreendem-se nesta alínea tanto os agentes públicos quanto os terceiros envolvidos nos atos cingidos pela lei.

No que concerne especificamente aos agentes públicos, a lei 8.429/92 os determina em seu art. 2º como 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 mencionada pelo Art. 1º supracitado.

Assim sendo, nesta disposição vê-se que a lei seguiu o conceito amplo de agente, não fazendo qualquer advertência quanto à função especificamente exercida, mas, ao contrário, tornou evidente que do conceito não almejava a exclusão de qualquer ocupante de função pública, sequer daqueles que exercem atividades de caráter transitório ou sem remuneração.

Incluem-se, por força da lei, na presente conceituação também aqueles que não são rigorosamente agentes públicos, porquanto exercem função nas entidades beneficiárias de auxílio previstas no Art. 1º, parágrafo único da presente lei.

É importante ressaltar, porém, que os dispositivos da lei possuem restrições lógicas quanto a sua aplicabilidade desta a alguns agentes, levando-se em consideração características intrínsecas à respectiva função ocupada, especialmente no que diz respeito aos seus aspectos sancionatórios.

O Art. 3º supramencionado faz alusão à possibilidade de submissão de terceiro (ou seja, pessoa não caracterizável como servidor público, agente político ou colaborado) a presente lei, à proporção que este desvirtue ou concorra para a prática da improbidade ou dele se beneficie, dolosamente, de qualquer modo.

Não restam dúvidas que os terceiros atores dos verbos “instigar” e “concorrer” com a prática dos atos de improbidade são sempre pessoas físicas.

Contudo, no que tange ao beneficiário dos atos, a possibilidade de pessoa jurídica se moldar nestes termos é alvo de discussão. José dos Santos CARVALHO FILHO (2008, p. 947), em sua obra, alimenta a posição contrária a que pessoa jurídica possa conceber como terceiro sujeito à lei de improbidade, senão:

De qualquer forma, o terceiro jamais poderá ser pessoa jurídica. As condutas de indução e colaboração são próprias de pessoas físicas. Quanto à obtenção de benefícios indevidos, em que pese a possibilidade de pessoa jurídica ser destinatárias deles (como, por exemplo, no caso de certo bem público móvel ser incorporado a seu patrimônio), terceiro será o dirigente ou responsável que eventualmente coonestar com o ato dilapidatório o agente público. Demais disso, tal conduta, como vimos, pressupõe dolo, elemento subjetivo incompatível com a responsabilização da pessoa jurídica.

Por outro lado, parte da doutrina defende posição contrária, como o faz Garcia,² membro o Ministério Público do Rio de Janeiro, em seu artigo “Sujeitos dos Atos de Improbidade: reflexões”:

As pessoas jurídicas são sujeitos de direito, possuindo individualidade distinta das pessoas físicas que concorreram para a sua criação e, por via reflexa, personalidade jurídica própria. Verificando-se, *verbi gratia*, que determinado numerário de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, estará ela sujeita às sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade e que sejam compatíveis com as suas peculiaridades. Nesta linha, poderá sofrer as sanções de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de

² Disponível no sítio: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912&p=2>. Acesso: 28 de agosto de 2010.

pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, bem como à reparação do dano causado, em estando presentes os requisitos necessários.

Julgam-se de valor melhor posição nos parece esta última, à proporção que será ao seu patrimônio específico que se agregarão os valores ilícitos, e que a lei não faz qualquer exceção quanto a esta possibilidade.

Conforme a lei de improbidade, adaptando o campo das disposições gerais, passa a delinear detalhadamente os procedimentos caracterizáveis como atos de improbidade administrativa, sejam elas:

Já a Seção I do Capítulo II da lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa que implicam enriquecimento ilícito.

A redação do caput o Art. 9º descreve de forma unânime a conduta típica, que se caracterizará quando o agente “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º” da lei em estudo.

Esta disposição, por conseguinte, possui características que significam a intenção de abarcar uma multiplicidade de situações fáticas que desvirtuam o fim dos atos da administração, qual seja, a preeminência do interesse público, que, como já foi exposto, incide no vetor maior, funcionando como identificador da direção e do sentido que devem cursar as condutas dos agentes da administração.

Por exemplo, o dispositivo legal segue descrevendo determinadas condutas que conformariam este tipo em seus incisos, tais quais:

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

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

Os sujeitos ativos destas condutas podem ser agentes políticos e terceiros em condutas comissivas, estes últimos em regime de co-autoria com os primeiros, quando, por exemplo, nos casos de corrupção passiva e ativa.

Deve haver dolo, e a soma da vantagem patrimonial é irrelevante para a configuração deste tipo, bem como a existência ou não de prejuízo imediato do erário.

Com relação ao Prejuízo ao Erário por previsão do Art. 10 da lei, constituem ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º.

Quando o legislador fez, neste artigo, menção a “erário”, em verdade se refere a termo mais amplo do que o próprio tesouro, inerente às pessoas públicas, mas também aquele pertencente às pessoas abrangidas pelo art. 1º da lei em comento. Portanto, deve-se compreender como ato de improbidade administrativa qualquer dano ao patrimônio, compreendido este em sua acepção ampla.

Pelo próprio texto da lei, fica evidente que este ato pode ser auferido tanto mediante conduta dolosa quanto culposa, sendo dispensável, inclusive, que haja o enriquecimento ilícito propriamente dito, e pode ser cometido tanto pelo agente público quanto por terceiro em regime de co-autoria.

Aos Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública o Art. 11 da mesma lei prevê que Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Este artigo torna patente o intuito da Lei de Improbidade em que se vejam abrangidos, em sua totalidade, os atos imorais e ilícitos praticados pelos agentes da administração ou em co-autoria, por terceiros envolvidos.

Esta previsão concede elasticidade a letra da lei, de forma a resguardar a *respublica* de toda espécie de lesão, e, primordialmente, aquelas lesões que ferem de morte os anseios sociais por uma administração honesta e proba.

Entretanto, a consistência principiológica deste artigo torna imperativo que, na sua aplicação, o intérprete o conjugue com outros princípios, como os da proporcionalidade, evitando, assim, qualquer tipo de excesso.

As sanções previstas na lei de Improbidade Administrativa possuem natureza civil, tangentemente, política. A natureza penal não lhe é pertinente, visto que o Art. 37, §4º faz menção à sanção ao atos de improbidade “sem prejuízo da ação penal cabível”.

O mesmo Art. 37, §4º, ainda faz referência às sanções em espécie que deverão ser destacadas pela lei: suspensão dos direitos políticos e indisponibilidade de bens, ressarcimento de dano, perda da função pública exercida. Entretanto, não se trata de rol que vise a restringir as sanções a este enunciado, mas simplesmente direcioná-las, tanto, que como se verá, estas vão além do rol disposto no parágrafo em comento.

Pelo fato de a lei, como visto, apresentar tipos genéricos, que podem vir a comportar um sem número de atos, imperativo que, na aplicação da sanção, o intérprete se utilize de meios adequados, sempre à luz do princípio da proporcionalidade, considerando, conforme previsão do Art. 12, parágrafo único da lei, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, o que dá respaldo à valoração dos atos pelos mais diversos meios, sempre pautados na razão e na adequação da punição aos fins sociais.

É a própria lógica que impõe ainda outra premissa para a aplicação das sanções aos agentes, qual seja, a adequação da sanção às particularidades do sujeito ativo do ato. Assim, por exemplo, só poderá perder função pública quem de fato a ocupe, não havendo de se questionar a aplicação desta sanção ao particular.

Discussão há ainda envolvendo a questão se deverá o agente ser penalizado em aplicação simultânea de todas as sanções previstas para a prática do ato em que veio a conduta a ser enquadrada.

Posição mais adequada nos parece aquela que deixa ao julgador a análise o caso concreto, e, segundo a proporcionalidade, a ponderação acerca das sanções cabíveis. Tanto é assim que o juiz não está adstrito ao pedido formulado pela parte autora, seja em relação ao próprio dispositivo da lei indicado por esta como o adequado ao enquadramento do ato (princípio da congruência), seja à sanção por ela postulada.

Neste sentido, decidiu o STJ:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE

– ART. 10, INCISO XII DA LEI 8.429/92 – PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – ELEMENTO SUBJETIVO – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO.

1. Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na

inicial,³ eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal.

Dado este panorama prévio, passemos ao estudo das sanções em espécie previstas na lei 8.429/1992, dispostas ao longo de seu Art. 12 e incisos.

Com relação a situação de perda de bens e valores prevista nos incisos I e II do artigo em estudo, aplicável, portanto, em caso de condutas de enriquecimento ilícito e danos ao erário, recaindo sobre os bens ou valores indevidamente acrescidos ao patrimônio, com o fim de reintegrá-los à administração pública ou retirar daquele que fez uso da administração para alcançar vantagens indevidas os valores obtidos.

Não recai esta sanção, portanto, sobre nenhum outro bem, senão aquele que teve origem, direta ou indiretamente, do ato de improbidade administrativa, sendo este revertido ao erário e, na falta do bem, será o seu valor convertido em pecúnia, bem como o valor de qualquer outro dano sofrido pela administração.

No que se refere ao ressarcimento integral do dano, segundo a disposição dos diversos incisos do Art. 12 da lei, todos os atos de improbidade tipificados estão passíveis desta sanção.

A aplicação desta pelo julgador culmina no dever do sujeito ativo dos atos em reparar toda e qualquer espécie de dano sofrido pela administração, inclusive de danos de natureza moral, de forma a atender aos fins da lei.

A perda da função pública é outro caso que também está previsto nos incisos I, II e III do Art. 12, de forma que se sujeitam a esta sanção os que, por seus atos ilícitos, originem dano ao erário, enriquecimento ilícito ou firam os princípios administrativos.

Ocorre, entretanto, que se trata de sanção aplicável somente àqueles que efetivamente ocupem função no bojo da administração, como é evidente, e, ainda assim, não se há de falar de aplicação direta desta sanção pelas vias judiciais no que tange às pessoas que ocupam determinadas funções cujo procedimento de perda está referido na Constituição, como é o caso do

³ Superior Tribunal de Justiça, REsp 842.428, T2 – Segunda Turma, Ministra relatora ELIANA CALMON, Data da Publicação/Fonte DJ 21/05/2007 p. 560

presidente da república (arts. 51, I; 52, I e 52, parágrafo único); do vice-presidente, ministros do STF, membros do CNJ e do CNMP, procurador geral da república, advogado geral da união e ministros de estado e comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em caso de crimes de responsabilidade conexos com crimes do presidente da república (Arts. 52, I e II).

Também se subordinam nesta matéria a procedimento previsto na Constituição Deputados Federais e Senadores (Art. 55) e deputados Estaduais (art. 27, § 1º), assim como agentes que gozam de vitaliciedade, que, em geral, têm sua destituição exposta em lei especial.

Feitas estas observações, importante o comentário de que, apesar das restrições quanto à aplicabilidade desta sanção a alguns agentes, nada obsta a interposição a ação de improbidade contra os mesmos.

No que concerne a Suspensão dos direitos políticos a Constituição Federal, Art.15, V, extrai-se que: “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

Nestes termos, fica evidente a excepcionalidade desta sanção, cujas hipóteses encontram-se previstas no corpo constitucional, e em que se encontra perfeitamente enquadrada a improbidade administrativa.

Diferentemente da sanção com a perda da função pública, esta é aplicável a qualquer pessoa condenada pelo ato de improbidade, mas, em caso de aplicação desta àquele que de fato está em exercício de função, é decorrência imediata a própria perda do cargo, que estará sujeita, se for o caso, aos regimes especiais já evidenciados por oportunidade do item 1.2.4.3.

Note-se que a condenação que culmina nesta sanção deve ter o período de tempo de suspensão explicitado, uma vez que este sofre variações conforme a infração praticada (enriquecimento ilícito, oito a dez anos de suspensão; prejuízo ao erário, cinco a oito anos de suspensão; atos que atentem contra os princípios da administração pública, 3 a 5 anos). Caso o julgador não o determine expressamente, presumir-se-á a condenação ao mínimo legal, conforme a infração praticada.

Já a multa civil, trata-se de mais uma sanção genérica de caráter não indenizatório, aplicável a quaisquer dos ilícitos tipificados como ato de improbidade administrativa, que culmina em sanção de caráter pecuniário,

adstritos aos limites previstos na lei da seguinte forma: enriquecimento ilícito, multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; prejuízo ao erário, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; ato contra princípio da administração, multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

A Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios é a última sanção prevista na lei de improbidade, sendo aplicável a todos os atos de improbidade tipificados. Esta sanção se destaca por ter caráter relevante na coação dos atos de improbidade por pessoas jurídicas, posto que por este, ficam impedidas de participar de licitação pública.

2 OS AGENTES PÚBLICOS

2.1 As funções do Estado

A função pública, no Estado regulado nas normas constitucionais, versa na persecução do bem comum. Em realidade, trata-se de exercício de parcela da soberania estatal, desaguando este em espécie de exercício de poder que

só é legítimo quando acoplado ao dever de atender às razões do interesse público.

De forma clássica, dividem-se em três as funções no estado: função legislativa, jurisdicional e função administrativa. Tal divisão segue o ponto de vista de Montesquieu, direcionado na teoria dos freios e contrapesos, de acordo com a qual, uma função ajustaria a outra, formando uma corrente lógica de emaranhado de entrave e fiscalização de um poder pelos demais. Assim sendo, se impediria a concentração de poder desmedida, que se mostrara tão prejudicial ao longo da história, evitando os abusos.

Observou-se, não obstante, que determinados atos não poderiam ser adequadamente postos no seio das três funções listadas. Seriam estes atos primeiramente desarticulados no organograma funcional, como as funções de conteúdo eminentemente político, anexos às decisões de gestão e questões extremas da mera administração, uma vez que o estão circunscritas ao seio administrativo, produzindo resultados incidentes na gerência da vida social, no exercício das diretrizes do poder público.

São estes atos complementares da função política, que só podem ser exercidos por aqueles que tem legitimidade para proferí-los de acordo os pareceres do Estado de Direito.

2.2 Agentes Públicos

O termo agentes públicos possui concepção larga e complexa, à medida que, nesta classificação, se enquadram todos que de qualquer modo figuram como prepostos estatais, não adentrando ao mérito se a título oneroso ou não, mas ao mérito da interligação efetuada entre a atividades destes e a administração.

A Lei de Improbidade Administrativa, em seu Art. 2º c/c Art. 1º exprime que a ela estão sujeitos, de modo geral, os agentes públicos, compreendidos como sendo 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 no âmbito 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.

Percebe-se, portanto, que aqui se inserem desde os servidores mais simples até os chefes do poder executivo. Entretanto, levando-se em consideração as funções do Estado em que se enquadram e os atos cuja prática lhes compete, podemos classificar esses agentes em: servidores públicos, agentes particulares colaboradores, e, por fim, agentes políticos.

2.2.1 Servidores Públicos

É nesta classificação que se incorpora o maior contingente de agentes públicos. Em linhas gerais, sem que se faça maiores aprofundamentos por não se tratar de matéria nuclear a este trabalho, os servidores públicos se caracterizam por executarem as atividades gerais das diversas funções do Estado, excluindo-se aquelas de caráter preponderantemente político, e, mediante investidura, se vinculam ao Estado recebendo a devida parcela remuneratória.

Podem estes estar alocados tanto no âmbito da administração direta quanto da indireta.

2.2.2 Agentes Particulares Colaboradores

Aqui se focaliza os agentes particulares que executam funções especiais, muitas vezes transitórias, de caráter público.

Nesta classificação se encontram os jurados, os titulares de registro e ofício de notas, os concessionários e permissionários de serviços públicos.

Os serviços prestados ao Estado podem se dar por diversas maneiras, como por exemplo, através de delegação do Poder Público; ou mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes, ou ainda, como gestores de negócios, que se dá quando, por livre e espontânea vontade um sujeito assume determinada função pública em momento de emergência, como uma epidemia ou um incêndio ou uma enchente (GARCIA; ALVES, 2002).

Quanto aos outros agentes colaboradores em geral, entendemos que eles poderão sim responder pelos atos de improbidade administrativa que venham a praticar, pois são considerados agentes públicos, ainda que atuem

muitas vezes, por apenas determinado período de tempo, sem perceber remuneração e sem existir qualquer vínculo empregatício, pois estão naquela função pública mediante requisição, nomeação ou designação feita pelo Poder Público, agindo, no momento em executam as funções de natureza pública quer lhe foram determinadas, como parte integrante da administração pública (DI PIETRO, 2006).

2.2.3 Agentes Políticos

Para o exercício das funções eminentemente políticas do Estado, são designados os chamados agentes políticos, que, através da Constituição Federal, são legitimados para a prática dos atos diretivos e executórios das diretrizes do Poder Público.

São eles, na maioria das vezes, investidos por meio de eleições gerais, sendo-lhes conferido, por meio dessas, mandatos temporários de exercício da respectiva função, estando sujeitos preponderantemente às normas incidentes da própria Constituição, tendo, portanto, regime diferenciado dos demais servidores públicos. Tal diferenciação se justifica perante aos caracteres função política do Estado, pois, para o exercício desta, imperioso é maior flexibilidade no arbítrio para decidir e tomar as medidas necessárias para serem atingidas as metas das diretrizes estatais, bem como para tomar qualquer espécie de decisão propriamente política, como aqueles que incidem com relevante repercussão no seio social.

Com o exposto, entretanto, não se quer exprimir que os agentes políticos estejam isentos de qualquer responsabilização pelos atos praticados ou insubordinados à disciplina legal. Ao contrário, sobre eles pesa a responsabilidade pelas condutas que ferirem o princípio-diretriz da moralidade administrativa e também a responsabilidade de teor eminentemente político, conforme os preceitos do Estado de Direito que os circundam, levando-se, inclusive, em consideração que seus atos, por sua própria essência, possuem o poder de produzir efeitos mais incisivos no seio da sociedade a qual representam. Análise mais minuciosa acerca das peculiaridades das leis aplicáveis aos agentes políticos e aos servidores públicos, no que tange especificamente à responsabilização pelos atos praticados, será alvo de estudo mais aprofundado na presente monografia.

Os agentes que evidentemente se enquadram nos critérios previamente traçados enquanto agentes políticos são os chefes do poder executivo federal, estadual e municipal, seus respectivos auxiliares, bem como os membros do poder legislativo (senadores, deputados federais e estaduais e vereadores), bem como aqueles cuja investidura e desinvestidura possui previsão constitucional e gozam de relativa autonomia decisória, como é o caso dos membros do poder Judiciário e do Ministério Público.

2.3 Os agentes públicos e sua tradicional responsabilização

A corrupção, patologia caracterizada como o uso indevido das atribuições públicas para a obtenção de benefícios privados (OSÓRIO, 2007), desde sua forma mais tênue até a mais grave, deve ser repudiada pelo ordenamento jurídico. A prática dos atos que constituem corrupção, em sua forma mais ampla, merece repressão rigorosa sempre que provada e evidenciada por meio do procedimento adequado, garantidos, em quaisquer casos, o contraditório e a ampla defesa, gerando, assim, a responsabilização do agente público ímprobo.

Consoante os ensinamentos de MELLO (2005, p. 226), entende-se por agentes públicos todos os “sujeitos que servem o Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasionalmente”.

Em suma, agentes públicos configuram o gênero do qual são espécies os agentes políticos (como Deputados, Prefeitos e o Presidente da República), os servidores estatais (sejam titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e fundações de Direito Público, no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Poder Legislativo, sejam servidores empregados das pessoas jurídicas supra-referidas e também das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas instituídas pelo Poder Público) e, finalmente, os particulares em colaboração com o Poder Público, isto é, aqueles que não perdem sua qualidade de particulares, mas exercem função pública, ainda que episodicamente (como membros da Mesa receptora ou apuradora de votos nos períodos eleitorais).

De acordo com o posicionamento majoritário da doutrina são três as esferas de responsabilidade dos agentes públicos: criminal, civil e administrativa. MEIRELLES (2004), no entanto, se refere a quatro tipos de responsabilidade, pois distingue das já citadas a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Tal divergência deve-se ao posicionamento de cada doutrinador com relação à natureza dos atos de improbidade. Alguns entendem se tratar de um ilícito civil, outros, entendem ser ilícito administrativo, e há ainda quem julgue ser o ilícito de improbidade um crime. Sendo esta uma questão filosófica, buscaremos estudá-la em momento oportuno. Interessa-nos agora tentar esclarecer o que a ciência, no estado atual em que se encontra, entende sobre cada esfera de responsabilidade e por último os aspectos mais importantes da responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Responsabilidade civil é aquela de ordem patrimonial, prevista no artigo 186 do Novo Código Civil que prevê que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, desde que haja relação de causalidade e culpa ou dolo. (DI PIETRO, 2004).

Assim, sempre que o servidor causar dano patrimonial à Administração ou a terceiro por culpa ou dolo no desempenho de suas funções, será obrigado a repará-lo.

“Sem a ocorrência de dano patrimonial não há fundamento para a responsabilização civil, que visa, unicamente, à reparação material, pecuniária [...]”. (MEIRELLES, 2004, p. 476).

Faz-se necessária primeiramente a distinção entre danos causados a terceiros e danos causados à Administração. MEIRELLES (2004, p. 477) observa que “a responsabilização civil de servidor por danos causados a terceiros no exercício de suas atividades funcionais depende da comprovação de sua culpa em ação regressiva proposta pela pessoa jurídica de Direito Público depois de condenada à reparação (CF, art. 37, § 6º)”.

No caso de dano causado ao Estado, a apuração é feita pela própria Administração, mediante processo administrativo. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2004, p. 519), afirma que boa parte das leis estatutárias estabelece um sistema de auto-executoriedade (em que não é necessária a intervenção judicial), meio pelo qual a Administração desconta o montante a ser ressarcido

dos vencimentos do infrator. Isso, no entanto, não impede seja acionado o judiciário pelo interessado, “quer como medida cautelar que suste a decisão administrativa quer a título de indenização, quando o desconto já se concretizou”.

A responsabilidade penal se materializa quando o servidor pratica crime ou contravenção. A maioria dos crimes contra a Administração Pública está definida no Código Penal (artigos 312 a 326 e artigos 359-A a 359-H), mas nada impede que lei especial federal estabeleça outras infrações (MEIRELLES, 2004).

Para efeitos penais, considera-se servidor público quem, “embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, e ainda, “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (artigo 327, *caput* e § 1º do Código Penal) (BRASIL, 1940).

Quando houver prejuízo à Fazenda Pública fica o réu sujeito, desde o indiciamento, ao seqüestro de bens (MEIRELLES, 2004).⁴

Ainda, podemos aludir à responsabilização pelos chamados crimes de responsabilidade que, abrange apenas alguns agentes políticos. Para alguns autores, os crimes de responsabilidade geram responsabilização penal. No entanto, há quem atribua às infrações previstas pela Lei 1.079/1950 caráter não-penal, com fulcro no artigo 3º da própria lei que dispõe que: “A imposição da pena referida no artigo anterior *não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum*, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal”.⁵

Verá-se adiante de forma mais detalhada que, o agente público que incorrer em tais infrações poderá sofrer sanção de perda da função ou cargo, com inabilitação de até cinco anos para o exercício de qualquer função pública. (BRASIL, 1950).

⁴ Vide artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal a respeito do processo de crimes funcionais e artigos 12 a 28 da Lei 4.898/65 a respeito dos crimes de abuso de autoridade.

⁵ Em seu livro “O impeachment” Paulo Brossard define os chamados crimes de responsabilidade como “infrações político-administrativas”, por razões que veremos adiante. V. também artigo 4º Dec.-lei 201/67 para a responsabilidade político-administrativa de prefeitos e vereadores.

Todas as infrações citadas geram ações de natureza pública, “o que permite a instauração do processo respectivo mediante comunicação de qualquer pessoa à autoridade competente e denúncia do Ministério Público”. (MEIRELLES, 2004, p. 479).

Por sua vez, a responsabilidade administrativa sanciona o servidor que incorrer em ilícitos funcionais definidos na legislação estatutária, que atentem contra o bom funcionamento do serviço público e dos fins por ele visados.

Aqui, a infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar o procedimento cabível, sempre assegurados o contraditório e a ampla defesa. (DI PIETRO, 2004).

Segundo DI PIETRO (2004, p. 520), “os meios de apuração previstos nas leis estatutárias são os sumários, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar [...]”.

As penas previstas pela Lei 8.112/1990 seguem desde mera advertência até cassação de aposentadoria, gozando a Administração de relativa discricionariedade quanto à imposição das mesmas, já que deve obedecer ao princípio da motivação das decisões e a certas limitações impostas por lei. (BRASIL, 1990).

Observa-se, assim, que a doutrina se presta a limitar os campos de ilicitude passível de ser cometida pelo agente público conferindo maior relevância à qualidade da *responsabilização* desse agente, se esquecendo de se debruçar sobre a natureza do próprio ato por ele praticado, o que gera perplexidades, pois em situações limites - onde as sanções não-penais se aproximam muito das penais – pode haver a confusão e a negativa de vigência de algumas normas por motivos como o *bis in idem*, ou até mesmo divergência quanto aos órgãos naturais de jurisdição, o que se agrava quando são somados ao rol acima as sanções previstas na *lei de improbidade administrativa* (Lei 8.429/1992), pois é impossível dar a elas uma só definição com base simplesmente em suas sanções, uma vez que variam de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente até perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

3 O ABUSO DO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO

3.1 Poder Discricionário

O poder discricionário é o poder que atribui à Administração Pública a liberdade de atuar segundo os critérios de oportunidade e conveniência.

MEIRELLES (2005) afirma que discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.

Já para ALEXANDRINO e PAULO (2006) conveniência e oportunidade constituem o poder discricionário e esses subsídios possibilitam que o

administrador público prefira, entre os vários procedimentos previstos em lei, a que se revelar mais favorável para o interesse público.

Assim sendo, de acordo com a exposição de MEIRELLES (2005), o administrador público, ainda que para a prática de um ato discricionário, deverá ter capacidade legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua concretização; e deverá acatar à finalidade legal de todo ato administrativo, que, portanto, é o interesse público.

Ainda, segundo o autor, quando este ato discricionário for praticado por autoridade incompetente, ou efetivado por forma distinta da prescrita em lei, ou corroborado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo.

Mesmo que este ato discricionário seja praticado por autoridade competente, essa liberdade de ação conferida ao administrador público não deveria ser efetivada de forma distinta da prescrita em lei. Por vezes observamos o administrador público utilizando-se desse poder que a lei lhe confere em vários momentos contrário à lei.

Observando por esse prisma, surge a presente indagação. O poder discricionário conferido ao administrador público é ilimitado? Carece o mesmo de algum controle normativo?

É sabido que num Estado Democrático de Direito, a própria existência do direito administrativo irá conduzir para a adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade, e esse instituto é a discricionariedade administrativa.

Tratando da discricionariedade segundo a visão de sua época, Hely Lopes MEIRELLES (1999, p. 73) afirmava que

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Essa visão foi combatida por doutrinadores como Celso BANDEIRDA DE MELO (2005), que evidenciou não ser a discricionariedade um “poder” atribuído em abstrato, mas um modo de disciplina jurídica concreta da atividade administrativa. Segundo esse autor, a discricionariedade pode ser definida como “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica,

diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

A discricionariedade conferida ao administrador público, não é ilimitada, sempre deverá ser utilizada como um meio legal para obtenção da melhor solução possível para administração, ficando evidente a supremacia do interesse público sobre o privado.

DI PIETRO (2005, p. 503) anota que “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”

Segundo essa linha de orientação, reconhece-se que a discricionariedade é instrumento jurídico de realização da função imposta à Administração Pública. Daí a definição proposta: A Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto.

3.1.1 Limites ao Poder Discricionário

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006) são partidários de que a doutrina e jurisprudência presente enfatizam a intenção de limitação ao poder discricionário da Administração Pública, objetivando permitir um maior controle judicial dos atos administrativos. Esse ato tende poupar o inconveniente uso da discricionariedade administrativa, como forma de resguardar atos que se cobrem na forma da arbitrariedade e também para ajustar um controle judicial dos atos praticados.

Nessa perspectiva, os autores admitem um grande valor dos Princípios implícitos e explícitos da Razoabilidade e Proporcionalidade, que são assinalados pela doutrina, como as maiores limitações impostas ao Poder Discricionário da Administração.

3.2 Abuso de poder: conceito e características

O abuso do poder decorre da ocasião em que a autoridade, ainda que competente para a prática do ato, excede as balizas de suas atribuições ou se afasta das finalidades administrativas.

Nesse sentido, conforme a doutrina do administrativista MEIRELLES (2006, p.110):

(...) o abuso do poder, como todo ilícito, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos – flagrante ou disfarçado – o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o contém.

Os poderes administrativos são cominados ao agente público para cumprimento de suas atribuições, operando por motivos e meios determinados. Por conseguinte, toda ação que se distanciar dessa conduta, contestando ou rodeando o desejo da lei, padece do vício do abuso de poder, que como todo ato arbitrário, será ilegítimo.

A espécie ‘abuso de poder’, também conhecida na doutrina como ‘abuso de autoridade’, divide-se em duas classes bem qualificadas: o excesso de poder e o desvio de finalidade. Existem autores que aplicam as quatro expressões com a mesma acepção, sob o argumento de que são sinônimas.

O ‘excesso de poder’ ocorre quando o agente público pratica um ato administrativo que vai além dos limites de sua competência. O ato torna-se inválido, visto que ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe consente. O excesso de poder acarreta a arbitrariedade, tornando, assim, o ato ilícito e conseqüentemente, anulável. Aventa-se de uma forma de abuso de poder que torna ilegítima a conduta do agente público, colocando-a na ilegalidade e pode caracterizar, inclusive, o crime de abuso de autoridade quando o ato sobrevém nas previsões penais da Lei 4.898/65.

De acordo MEIRELLES (2006, p. 112):

Essa conduta abusiva, por meio do excesso de poder, tanto se caracteriza pelo descumprimento frontal da lei, para arrogar-se poderes que não lhe são atribuídos legalmente. Em qualquer dos casos há excesso de poder, exercido com culpa ou dolo, mas sempre com violação da regra de competência, o que é o bastante para invalidar o ato assim praticado.

O ‘desvio de finalidade’ concebe sempre um ato que segue algo distinto daquilo previsto em lei, isto é, segue fins não aspirados pelo legislador. É a violação ideológica da lei, para não dizer até uma violação moral da lei. Ele acontece quando a autoridade, mesmo agindo nos limites dos poderes que lhe foram atribuídos, pratica o ato por causas ou com finalidades diversas das visadas pela lei ou exigidas pelo interesse público. A autoridade que se distanciar da finalidade pública, incidirá em desvio de poder e conduzirá a anulação do ato com todas as consequências nos âmbitos civil, penal e administrativo. O exercício desse poder perderá sua justificativa quando empregado para favorecer ou prejudicar pessoas determinadas.

No desvio de finalidade a autoridade pratica um ato administrativo visivelmente legal, utilizando-o, no entanto, para atender interesses particulares. O autor instrui como identificar o desvio de finalidade:

Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta do motivo ou discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou (MEIRELLES, 2006, p. 113).

3.3 Exercício regular por parte do Servidor Público

Para que a Administração Pública desempenhe sua ação na sociedade, há necessidade da função administrativa, que tem como escopo o exercício compulsório, tendo em vista o interesse alheio, na realização direta e imediata do interesse público primário.

Deverá realizar concretamente a finalidade prevista na norma jurídica, não sendo permitido que seus efeitos jamais ultrapassem seus limites. Logo, a função administrativa só pode se exprimir em complemento à lei, ou, excepcionalmente, à própria Constituição Federal.

Há a premente necessidade de moralidade administrativa na performance dos servidores públicos, cidadão investido em cargo, emprego ou função público, ligado por vínculo de regime jurídico, vinculações diretas, indiretas ou fundacional, que tem como diretriz, segundo OSÓRIO (2007, p. 138), “o dever de boa administração, a preservação dos bons costumes e a noção de equidade entre os interesses públicos e o dos administradores”.

No Brasil, o servidor público, possui regime jurídico único, segundo prevê o caput do artigo 39, da Constituição Federal, redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 04/06/1998, submete-se no exercício do cargo ou função, obrigações e deveres, que são imperados pelo princípio da legalidade, vinculando-se a outros princípios constitucionais e lei regulamentar, finalidade e moralidade administrativa.

De acordo com RIGOLIN (1989), a Constituição Federal, além de anotar e listar direitos, garantias e vantagens aos servidores públicos, previu também severas sanções ao desvio da finalidade, quando por eles praticado, como para os seus atos de improbidade, e, da autoridade omissa, descuidado com seu dever fiscalizador, em não apurar os vícios, o aplicador da Constituição, pois a Carta Magna lhe deu todos os elementos de exercício ao combate aos distorções e vícios que à luz dos princípios, invalidem o bom direito.

A mais respeitável e proeminente previsão inicial do servidor é a que ampara o autor Ivan Barbosa Rigolin (1989), constada no parágrafo 4º do Artigo 37 – CF/88, segundo o qual, os atos de improbidade administrativa, terão como consequência, em provada pela Administração, a conduta ímproba de seu agente, na suspensão dos direitos políticos, previstos na Constituição Federal em seus artigos 14 à 16, na perda da função pública (demissão) e no ressarcimento do prejuízo ao erário, sem prejuízo de arbitrária ação penal.

Já para FERREIRA (2001, p. 32),

a sanção administrativa terá direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de uns comportamentos juridicamente proibidos, comissivos ou omissivos.

Deste modo, toda sanção administrativa se dará por ato administrativo, dentro do exercício regular do contraditório e da aberta defesa, mas deve preponderar sempre a prevenção.

A prática do ato de improbidade administrativa provém de um conflito de interesses constitucionalmente tutelados, que deve ser dirimido pelo exercício da cautela. De um lado, os direitos fundamentais do agente público e de outro, bens jurídicos do Estado. É claro que deverá prevalecer a valoração do interesse público em detrimento do individual.

A corrupção, como ato de improbidade administrativa, deve ser condenada com eficiência, aplicando as penalidades previstas na Lei

8429/1992, através do Ministério Público, legitimado a requerer e fiscalizar as ações de improbidade, bem como dos atos de improbidade dos prefeitos, na perda dos mandatos e condenados a recompor os cofres públicos.

O enriquecimento ilícito como natureza de improbidade administrativa, define-se com desempenho doloso, é ímprobo do servidor público, em impetrando para si proveito de ordem patrimonial indevido, prejudicando administração pública, em razão do exercício de função ou mandato, em qualquer entidade de natureza pública (Art. 9º da Lei 8429/92, que assim preceitua – Incisos I à XII).

Não existe “meio-honesto” para dar continuidade ao exercício da função pública. Faz-se necessária a transparência nas atividades, ser honesto, agir de boa-fé, além da participação e envolvimento da sociedade civil, setor privado e Estado, no combate à corrupção. Procurar a prevenção pela moralização e sua correção pela punição.

De acordo com BANDEIRA DE MELLO (2006, p. 97), “a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal”. Desta forma, os atos administrativos devem ser cobertos de moralidade e eficácia, pois não há sigilo quando se trata de patrimônio e interesses públicos conseguidos através do princípio da publicidade dos atos dos agentes públicos, dentro dos padrões de conduta constitucional e legalmente previstos.

São determinadas dos servidores públicos a prática da probidade administrativa, com desígnios claros e objetivos, em resultado do interesse público e do código de ética da relação jurídica entre servidores públicos e administração, que ao mesmo tempo comprometerá na credibilidade do serviço público, na política, igualmente na eficiência administrativa, que devem ser oferecidos com honra, dignidade e transparência.

3.4 Cargos de confiança

De acordo com o Art. 37. CF/88

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.

MORAES 9200, p. 219) comenta a respeito da liberdade do administrador em contratar sem concurso:

Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as funções de confiança e os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público, pois a exigência constitucional de prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração.

Diariamente, somos surpreendidos pelas Administrações, nas três esferas, com contratações de funcionários para o desempenho de Cargo de Confiança. No entanto, há quebra desse equilíbrio violando o princípio da proporcionalidade, maculando o ato administrativo de ilegalidade.

Destarte, a criação de cargos ou funções públicas desvinculadas da constituição contrariam o princípio constitucional do concurso público.

Mesmo que o Cargo de Confiança no Serviço Público não seja necessariamente sinônimo de incompetência ou de corrupção, a imagem que predomina é de que a confiança em questão é um compromisso individual, de fidelidade do funcionário ao benfeitor, e não a confiabilidade e os princípios éticos no trato de assuntos do interesse público.

O artigo 37, que define o assunto, transformou-se em uma arma poderosa dos que querem tirar vantagem. Ele determina, inicialmente, que as nomeações devem corresponder com os princípios de “impessoalidade, moralidade e competência”. Mas seu inciso II abre um grande espaço ao definir que essas nomeações dependem de concurso público, “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão...”, sem precondições ou limites.

Como não existe limitações bem definidas entre os cargos de natureza política e os de natureza técnica, e, também como não há uma política de recursos humanos, esses fatos dão respaldo à construção de profissionais para os cargos comissionados, abrindo espaço para a distribuição aleatória, arbitrária e clientelista desses cargos.

A abrangência de cargos em comissão na Administração dos três Poderes favorece uma espécie de apropriação dos postos de trabalho,

permitindo um alto grau de politização da direção da administração, em todos os seus setores, contrariamente ao que ocorre nos países europeus que adotaram sistemas de carreira.

Nas estruturas administrativas e órgãos da Mesa Diretora e Lideranças Partidárias abundam cargos comissionados, que podem ser providos de forma muito mais flexível do que em outros órgãos. Cargos de confiança em comissões permanentes e órgãos da mesa diretora, e mesmo nas lideranças partidárias, são criados de maneira totalmente descontrolada, gerando um inchamento nas estruturas que permite, de maneira quase acintosa, a utilização de tais cargos, cujas remunerações os tornam especialmente atraentes para uso pela máquina dos partidos políticos, portanto, em desvio de finalidade ou para acomodar políticos que não conseguem eleger-se ou reeleger-se, em situações as mais diversas.

Neste sentido, há uma visível distorção da forma como são considerados os cargos de confiança, com uma imagem patrimonialista, personalista, como se o cargo fosse propriedade de quem dele dispõe para livre nomeação, e como se tal investidura não devesse obedecer os princípios da impessoalidade e moralidade, ou mesmo existissem à controversia do interesse público, mas como consequência do interesse pessoal do agente político.

Quanto à natureza dos cargos comissionados, é imprescindível ressaltar que, prevendo a Constituição de 1988 que prescindem de concurso público as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, tal assertiva exige interpretação restrita, objetivando a prescrição não apenas do sistema do mérito como da possibilidade de profissionalização do serviço público a partir da observação do princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

Tal excepcionalidade tem gerado milhares de cargos de confiança, em desrespeito à sua natureza específica para a qual o vínculo de confiança e a especificidade das suas qualificações são justificadoras da exceção constitucional, à medida em que são amplas as restrições impostas pelo art. 37, II em relação aos cargos efetivos e empregos permanentes.

Segundo FIGUEIREDO (1991, p. 25):

não é suficiente que a lei defina o cargo como comissionado para afastar a exigência de concurso público para ingresso: “se assim fosse, o problema constitucional, que obriga o concurso, estaria

resolvido, bastando definir em lei a totalidade dos cargos públicos como de livre nomeação e exoneração.

Não obstante a Emenda Constitucional 19/98, ao tratar da matéria, tenha delimitado taxativamente a proibição de que sejam mantidos nas estruturas administrativas cargos ou funções de confiança direcionados ao exercício de atividades que não sejam de direção, chefia e assessoramento, será difícil garantir a efetividade desse comando constitucional, pelo simples fato de que é impossível fiscalizar o exercício de atividades pelos indivíduos contratados por meio dessas estratégias.

Embora ainda não exista na lei uma limitação com regras bem definidas relacionada a Cargos de confiança, o Art. 37 da CF/88 mostra-se como um dos pilares no qual o administrador público deve se guiar para bem gerir o negócio público, no entanto, é possível observar que em vários momentos, o administrador público viola esses princípios como se o cargo no qual foi investido por vontade popular, fosse à extensão de seu quintal, agindo na maioria das vezes a contrario sensu.

Contudo trata-se de uma matéria muito polêmica, a sociedade na pessoa de seus legítimos representantes, precisa lutar pela criação em lei dos mecanismos legais que vise coibir os abusos cometidos por partes dos administradores públicos em desfavor de toda uma sociedade.

Ainda que pareça impossível, devemos permanecer em busca de limitações bem definidas para os cargos de natureza política bem como os de natureza técnica, com o intuito de coibir a distribuição aleatória; arbitrária e clientelista de cargos de confiança, com vistas de proporcionar a perpetuação no poder dos administradores públicos, bem como sua promoção pessoal e de familiares.

No entanto, para o alcance desses objetivos necessário se faz a existência de um judiciário célere, pois como estamos a observar, devido à mora processual, muitos administradores considerados praticantes de atos de improbidade administrativa, conseguem cumprir o seu tempo de mandato, sem que tenha transitado em julgado sentença penal condenatória de seus atos criminosos.

É possível afirmar que muitos administradores conseguem em conluio com colaboradores desviar somas consideráveis dos cofres públicos, causando

sérios danos ao erário público, desviando essas importâncias para contas particulares de familiares.

De forma alguma iremos desprezar importante garantia constitucional que é o princípio estabelecido no art. 5º, inciso LV, da CF, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

3.5 O princípio da separação dos poderes

3.5.1 Da separação dos poderes

A Constituição da República de 1988, reflexo da Declaração Francesa, traz em seu texto a tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Além disso, resguarda essa tripartição em estado de cláusula pétrea fundamental (art. 60, § 4º, III).

De acordo com BARRUFFINI (2005, p. 39) “a Constituição é o texto em que se asseveram ou avalizam certos direitos (liberdade, igualdade) e se diz como se forma a ordem estatal e se separam os poderes”.

Os três poderes são autônomos e independentes entre si. Todavia, um poder integra o outro, sendo o Legislativo o mais importante de todos eles.

O princípio da separação ou divisão dos Poderes foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. Na Carta Política de 1988 o princípio fundamental da separação dos poderes está descrito expressamente no artigo 60, § 4º, III:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...) III- a separação dos Poderes.”

Toda cláusula pétrea, como é sabido, não pode ser revogada ou diminuída, e sim ampliada.

Conforme o art. 16 da Declaração Revolucionária Francesa de 1789, “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (CHIMENTI,

2005, p. 35). De tal modo, ainda que o art. 2º da CF não existisse, a separação dos Poderes, aprovada também no § 4º do art. 60 da Constituição, seria princípio removido do próprio Estado Democrático de Direito .

De acordo com a exegese do artigo 2º da Constituição, percebe-se que “a denominada tripartição dos Poderes constitui um dos princípios fundamentais” adotados pela Lei Fundamental (LENZA, 2003, p. 181). Destarte, preceitua o art. 2º da CF:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Entretanto, Barruffini (2005) crê que teria sido melhor a denominação “tripartição de funções” ao invés de “tripartição de poderes”.

Dessa forma, BARRUFFINI (2005, p. 07) afirma que

Constitui errônea falar em tripartição de poderes estatais, uma vez que eles são fruto de um mesmo poder. O poder é um só, quaisquer que sejam as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado.

Legítima este entendimento Pedro Lenza (2005, p.179), “isto porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”.

A proteção constitucional do princípio da separação dos poderes é corolário da Revolução Francesa. A Carta Política consagra a tripartição como cláusula pétrea fundamental, suavizando a possibilidade de abolir referido instituto.

3.5.2 Da importância do princípio da separação dos poderes

Não é demais falar que o Princípio da Separação dos Poderes ou da Separação das Funções é cláusula pétrea fundamental. Primeiro por sua procedência histórica (apresentado primeiramente na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Segundo, por previsão anunciada do legislador de 1988, que o disciplinou expressamente no artigo 60, § 4º, III (que apresenta as denominadas cláusulas pétreas).

O Princípio da Legalidade seria um princípio universal informador, que deve ser analisado pelo intérprete ao aplicar a lei. O mencionado princípio não

deixa de ser menos importante do que os demais, uma vez que faz parte do apontamento do artigo 5º da Constituição que trata dos Direitos Humanos Fundamentais. Além disso, também deriva do Princípio da Separação dos Poderes, culminante ao status de cláusula pétrea fundamental.

Corroborando deste entendimento BARRUFFINI (2005, p. 37) ao lecionar que:

Os princípios jurídico-constitucionais são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. São desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da legalidade, o da isonomia, o da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos.

Barruffini, ainda percebe que os princípios constitucionais são “valores fundamentais albergados pela Constituição, tendo por função servir como critério de interpretação das normas constitucionais, auxiliando o legislador ordinário, na elaboração das normas infraconstitucionais”.

Por conseguinte, uma divergência entre o princípio da Separação dos Poderes e da Legalidade observa-se que este serve de orientação, direção para pautar o magistrado e o operador do direito na aplicação e interpretação da lei.

Enquanto aquele garante o positivismo jurídico do Princípio da Legalidade, este ressalta as demais leis que deverão estar de acordo com o ordenamento jurídico nacional, sob pena de infringir a separação dos poderes e a própria Constituição Federal.

O Princípio da Legalidade, portanto, seria a interstício *mater*, servindo de alicerce para o Princípio da Legalidade que, por seu turno, norteia o hermeneuta na interpretação e aplicação da lei no universo jurídico.

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê expressamente, em seu artigo 37, o dever de moralidade a que devem se curvar os agentes públicos, quaisquer que sejam suas funções. O parágrafo quarto do mesmo artigo impõe sanções àqueles que declinarem desse modelo ético. O legislador constituinte não fez qualquer ressalva quanto ao alcance desse ditame.

Ao mesmo tempo, em diversas oportunidades, o mesmo legislador dispõe acerca dos crimes de responsabilidade, infrações com caráter estritamente político, imputáveis a um limitado número de indivíduos, em razão da função por eles exercida, demonstrando o claro propósito de impedir que

aqueles que demonstrem inaptidão continuem a ocupar os mais altos cargos públicos da nação.

O Brasil possui um histórico já há muito comprometido pelo desvirtuamento do funcionalismo público.

Tal noção parece ter potencializado a corruptibilidade do cidadão brasileiro, adaptado à idéia do famoso “jeitinho”, o que tem se mostrado mais evidente nas últimas décadas.

Justamente diante de um contexto como esse, irrompeu-se uma movimentação jurídico-científica visando a aniquilar essa visão conformista e descabida.

A Lei de Improbidade Administrativa, concretizando a disposição constitucional, constituiu um significativo avanço e foi criada com o intuito de gerar o máximo de ônus àquele que venha a lesionar a coisa pública, esteja ele a serviço do Estado, seja ele particular, ao contrário do que se observava nos dispositivos jurídicos até então vigentes.

A tese que prevaleceu no julgamento da Reclamação 2138 afirmou que os ministros de Estado já estariam submetidos a regime especial de responsabilidade, previsto pela Lei 1.079/1950 – Lei de Crimes de Responsabilidade – devendo ser julgados originariamente pela Suprema Corte, o que alcançaria todos os agentes previstos no artigo 102, I, “c” da Constituição da República.

Tal decisão se fundamentou na suposta especificidade da Lei 1.079/1950, que ao tratar, em seu artigo 9º, a respeito dos crimes de responsabilidade *contra a probidade na Administração* já compreenderia todos os atos previstos pela Lei 8.429/1992, isto é, haveria abrangência de tipificação, devendo apenas a primeira lei ser aplicada, visto tratar de forma específica a responsabilização de apenas alguns agentes políticos.

Verificamos que o entendimento concebido na referida decisão abriu precedente para que a Lei de Improbidade Administrativa não se aplicasse a nenhum agente político submetido à responsabilização por infrações políticoadministrativas pois teria aquela lei “forte conteúdo penal”, e que a incidência de dois diplomas legais, prescrevendo sanções por atos que supostamente teriam mesma natureza, caracterizaria *bis in idem*.

É certo que não se pode determinar a natureza jurídica de um instituto analisando apenas suas sanções, seus efeitos, deve-se observar suas características.

Já foi evidenciado que a natureza jurídica dos dois institutos não se confunde, nem tampouco seus objetivos, tipificação e alcance – enquanto os atos de improbidade administrativa configuram ilícitos civis e administrativos, as infrações político-administrativas constituem ilícitos eminentemente políticos.

Outrossim, bem se observou que os tipos legais previstos nas duas leis em nada se assemelham, realçando ainda mais essa diferença.

Em face de tal julgamento estritamente dogmático, que, diga-se de passagem, torna aleijada a Lei 8.429/1992 – cuja função precípua é a defesa da Administração e principalmente do patrimônio público – questionamo-nos se realmente vivemos numa democracia, entendida esta como algo além da mera garantia de escolha dos governantes, antes negada pelo regime autoritário instalado em 1964.

Marilena Chauí nos confere um valioso norte na busca de tal resposta, quando assevera que nossa sociedade é autoritária porque é hierárquica, pois divide as pessoas, em qualquer circunstância, em inferiores, que devem obedecer, e superiores que devem mandar. O autoritarismo social e as desigualdades econômicas fazem com que a sociedade brasileira esteja polarizada entre as carências das camadas populares e os interesses das classes abastadas e dominantes, sem conseguir ultrapassar carências e interesses e alcançar a esfera dos direitos. Os interesses, porque não se transformam em direitos, tornam-se privilégios de alguns, de sorte que a polarização social se efetua entre os despossuídos (os carentes) e os privilegiados. Estes, porque são portadores dos conhecimentos técnicos e científicos, são os ‘competentes’, cabendo-lhes a direção da sociedade. (CHAUÍ, 1997, p. 435-436).

Ora, até que ponto podemos negar que a referida decisão da Corte Suprema não reproduz exatamente o modelo descrito pela filósofa?

Se é certo que vivemos em um país de privilégios e privilegiados, seria legítimo – sem sustentarmo-nos nos mais fundamentais pilares confiados pela Constituição da República – simplesmente prescindirmos de qualquer valiosa

exigência legal de condutas éticas impostas àqueles que justamente detêm o dever de alterar tal contexto?

Impedir a incidência da Lei 8.429/1992 sobre alguns agentes políticos é dizer que estes, hoje, não se responsabilizariam civil e administrativamente, ao menos não de forma satisfatória, por atos de improbidade administrativa.

Esta – tomada até intuitivamente como conduta antijurídica, contrária ao interesse público – tende a aumentar o atual abismo social, ainda mais quando vem acompanhada da idéia de corrupção que se constitui em sério obstáculo ao desenvolvimento nacional, acarreta desperdício de preciosos recursos públicos, impõe custos elevados ao país e, reflexamente aos cidadãos, provoca descrédito institucional, solapa instituições públicas, subverte o sistema jurídico, coloca em cheque órgãos e entidades públicos, afeta a credibilidade do Estado, encoraja o esbanjamento de recursos coletivos, estimula a evasão de tributos e implementa acentuados riscos à governabilidade (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 11).

Cria-se, assim, um círculo vicioso, em que os altos índices de improbidade e corrupção comprometem a real consolidação do Estado Democrático de Direito, levando à carência material e intelectual de uma massa miserável incapaz de desenvolver uma consciência crítica e exercer controle sobre a própria atuação política, contentando-se de forma submissa com “esmolas” clientelistas.

Tal decisão, ao limitar a aplicação dessa lei justamente aos agentes a quem mais se confiou as diretrizes do Estado, tende a agravar essa realidade.

Esse entendimento, 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 (GARCIA & ALVES, 2002, p. 436).

A máxima incidência da Lei 8.429/1992 constitui meio eficaz de se reduzir a impunidade bem como aniquilar a corrupção e a imoralidade no âmbito público. Esperamos que não demore muito para que sobrevenham novas manifestações da Egrégia Suprema Corte nesse sentido, vez que, como já alinhavado, ela pode vir a reverter tal entendimento em virtude da alteração de sua composição e graças ao efeito *inter partes* da referida decisão.

É preciso também que haja modificação do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, no sentido de extinguir a expressão ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Essa fundamentação permite que pessoas, sem concurso público, sem muitas vezes nenhuma condição, desempenhe funções públicas. Prima-se pelo concurso público à legalidade da contratação de amigos e de companheiros políticos. Ora, como se admitir que as leis que criam cargos em comissão não exigem escolaridade básica, pois há Poderes Públicos que contratam pessoas para tais cargos que são totalmente analfabetas, mas são escolhidas pelo grau de proximidade com o agente público.

A Constituição Federal, desta forma, garante a possibilidade no quadro funcional, ditos de confiança, de pessoas correligionárias, pessoas partidárias, pessoas amigas, e, também da relação afetiva como namorada ou amante, já que a lei do nepotismo está banida do cenário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86-92.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2010.

____, **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2010

____, **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2010.

____, **Código Penal, 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 agosto de 2010.

____, **Código Civil, 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 agosto de 2010.

____, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação – Rcl. 2138/ DF – Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão (arquivo PDF). Reclamante: União. Reclamados: Juiz singular substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC 1999.34.00.016.727-9 do Tribunal Regional da 1ª Região. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 13 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 setembro de 2010. Publicação: Dje-070; Divulg. 17-04-2008; Public. 18-04-2008; Ement. Vol.- 02315-01; PP-00094.

____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2797/DF – Distrito Federal**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12 setembro de 2010. Publicação: DJ 19-12-2006; PP-00037; Ement. Vol.-02261; PP-00250.

____, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação – Rcl-AgR 5126/RO - Rondônia**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 22 de

agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 fev. de 2008. Publicação: Dje-165; Divulg. 18-12-2007; Public. 19-12-2007; DJ 19- 12-2007 PP-00014 Ement. Vol.-02304-01; PP-00092.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI 2212/CE - Ceará**. Requerente: Governador do Estado do Ceará. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 2 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 de setembro de 2010. Publicação: DJ 14-11-2003; Ement. Vol.-02132-13; PP-02403.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional**. Vol. 2. Coleção curso e concurso. Edilson Mougenot Bonfim (Coordenação). São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Humberto Pimentel, **Corrupção e Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas, n. 15, Jan./Jun. 2005.

DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 213-233.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, DANIEL. **Sanções administrativas**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Direito Público**, Editora Fórum, 1ª Edição, São Paulo, 1991.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. (Coleção Temas Fundamentais de Direito, v. 5).

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa**: estudo na ação de conhecimento e cautelar. Niterói: Impetus, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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.

RIGOLIN, IVAN BARBOSA. **O servidor público na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.