

Improbidade Administrativa

Improbidade administrativa é o designativo técnico para conceituar corrupção administrativa, ou seja, o que é contrário à honestidade, à boa-fé, à honradez, à correção de atitude. O ato de improbidade, nem sempre será um ato administrativo, poderá ser qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada no exercício da função ou fora dela. Neste sentido a Lei 8.429 /92, também conhecida como Lei do "colarinho branco", dispõe que:

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

Há na Constituição Federal de 1988 diversos dispositivos que tratam da improbidade, como o artigo 14, § 9º (cuida da improbidade administrativa em período eleitoral), artigo 15, V (veda a cassação de direitos políticos, permitindo apenas a suspensão em caso de improbidade), artigo 85, V (tipifica a improbidade do Presidente da República como crime de responsabilidade) e artigo 37, § 4º (dispõe algumas medidas aplicadas em caso de improbidade).

Como a Improbidade Administrativa Afeta a Política Brasileira?

A improbidade administrativa é um ato ilícito muito recorrente na gestão pública brasileira. Desde 1992, existe uma lei que constitui importante ferramenta no combate a essa prática nociva, a Lei de Improbidade Administrativa. Entenda no que consiste a improbidade administrativa, como ela afeta a política brasileira e que medidas podem ser tomadas para combatê-la.

O Que É Improbidade Administrativa?

A improbidade administrativa é definida como uma conduta inadequada, praticada por agentes públicos ou outros envolvidos, que cause danos à administração pública. Previstas na Lei n. 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), as ações de improbidade podem se manifestar em três formas de atuação:

1. Enriquecimento Ilícito

Ocorre quando um agente público utiliza seu cargo, mandato ou outra atividade exercida em entidade pública para adquirir vantagem econômica que beneficie a si mesmo ou a outro envolvido, causando lesão à União. Um exemplo de improbidade por enriquecimento ilícito é quando um funcionário público compra um imóvel de milhões de reais, quando ele não teria, de acordo com o seu patrimônio e renda, condições de comprar nem uma casa de 100 mil reais.

2. Atos Que Causem Prejuízo Ao Erário

São ações que causam perda dos recursos financeiros da União, através de atitudes como o uso de recursos públicos para fins particulares, a aplicação irregular de verba pública ou a facilitação do enriquecimento de terceiros à custa do dinheiro público.

3. Atos Que Violam Os Princípios Da Administração Pública

São as condutas que violam os princípios de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas. Exemplos desses atos são quando um funcionário do serviço público fraudar um concurso público ou deixar de prestar contas quando tem a obrigação de fazê-lo.

Improbidade Administrativa É Crime?

A resposta é não. Para que um ato ilícito seja considerado crime, é preciso existir uma lei que estabeleça sua natureza penal. Não é caso da improbidade administrativa que, apesar de ser um ato ilícito, é considerada uma conduta de natureza cível. Dessa forma, não se pode dizer que quem responde por improbidade administrativa tenha cometido um crime.

A improbidade também difere de crime contra a administração. Enquanto as ações de improbidade são atitudes ilícitas de natureza civil, os crimes contra a administração pública pertencem à esfera penal.

Dentre os crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal, podemos citar o abuso de poder, a falsificação de papéis públicos, a má-gestão praticada por administradores públicos, a lavagem

ou ocultação de bens oriundos de corrupção, o emprego irregular de verbas públicas, a corrupção ativa, entre outros.

Improbidade Administrativa e Corrupção?

Apesar de muito discutida, não se pode dizer que já exista um consenso acerca dessa questão. O Código Penal brasileiro tipifica apenas três formas de corrupção: a corrupção ativa, a corrupção passiva e a corrupção de menores.

Assim, não existe no sistema jurídico brasileiro uma classificação da improbidade administrativa enquanto ação corrupta. Se seguirmos o sentido legal de corrupção, concluímos que improbidade administrativa não é considerada uma das formas de corrupção.

Contudo, a ideia comum de corrupção corresponde a um conceito não formado a partir das normas jurídicas. A noção de corrupção utilizada pelas pessoas em geral e pelos meios de comunicação tem origem em um conceito construído a partir de diversas disciplinas, como a Ciência Política e a Sociologia.

Corrupção, neste sentido, se equivale a deturpação, desvio, e sobretudo ao mau uso da função pública visando a obtenção de uma vantagem particular. Tendo por base essa ideia de corrupção, conclui-se que alguns dos comportamentos previstos na Lei da Improbidade Administrativa são atos de corrupção, especialmente aqueles que se relacionam às ações de enriquecimento ilícito.

O Que Acontece Com Quem Comete Improbidade?

De acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, as penas para quem pratica atos ímprobos contra a administração podem ser: perda dos bens ou valores acrescidos indevidamente ao patrimônio, devolução integral dos bens ou dinheiro, pagamento de multa, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A pena aplicada dependerá do tipo de improbidade cometida e da extensão do dano causado, além do tamanho do ganho patrimonial obtido indevidamente.

Qualquer pessoa pode denunciar suspeitas de improbidade à autoridade competente, para que seja instaurada investigação e apuração dos atos. A denúncia pode ser apresentada também ao Ministério Público, que atuará como parte, quando inicia o procedimento, ou como fiscal da fiel execução da lei.

Como a Improbidade Administrativa Afeta a Política?

A cada eleição, aqueles que pretendem concorrer a algum cargo eletivo precisam registrar sua candidatura junto à Justiça Eleitoral, que determina quem pode ou não ser candidato nas eleições, com base em alguns critérios legalmente estabelecidos. Esse é um procedimento da Justiça para evitar o registro de candidatura daqueles que não cumprem as condições de elegibilidade ou que estejam inseridos em causas de perda ou suspensão dos direitos políticos.

Os critérios que impedem um político de concorrer às eleições estão estabelecidos na Lei Complementar nº 135 de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa.

Entre as práticas citadas pela lei, aparece a improbidade administrativa. Segundo a lei, ficam inelegíveis por oito anos aqueles que tiverem rejeitadas suas contas, relativas ao exercício de funções legislativas, por irregularidade que configure ato doloso de improbidade administrativa. Pela mesma lei, ficam inelegíveis aqueles que tiverem seus direitos políticos cassados em função de ato doloso por improbidade administrativa.

Outro efeito da improbidade administrativa sobre a política é a sua exclusão dos casos preservados pelo foro privilegiado. O foro privilegiado é um mecanismo pelo qual uma ação penal contra uma autoridade pública passa a ser julgada por tribunais superiores, diferente de um cidadão comum, que é julgado pela justiça comum. Por exemplo, crimes comuns (aqueles previstos no código penal) cometidos pelo Presidente da República, o Vice, membros do Congresso, ministros de Estado e o Procurador-Geral da República pelo Supremo Tribunal Federal.

Em deliberação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ocorrida em outubro de 2015, foi decidido que as autoridades processadas por improbidade administrativa não têm direito a foro privilegiado para o julgamento dessas ações. Na ocasião, o ministro Luís Felipe Salomão observou que a constituição não prevê foro privilegiado por prerrogativa de função para as ações por improbidade administrativa. Isso porque a improbidade administrativa é um ilícito de natureza civil e o foro se aplica a ilícitos de natureza penal.

Como Aumentar o Combate aos Casos de Improbidade Administrativa?

Com o intuito de ampliar o combate às práticas corruptas na administração, o Ministério Público Federal elaborou um pacote de 10 medidas contra a corrupção. Entre as medidas, existiam algumas que visavam combater diretamente o problema da improbidade administrativa.

O intuito das medidas contra improbidade era tornar mais rápido o processo das ações relativas à improbidade administrativa, através da extinção de fases consideradas irrelevantes ao processo, como a necessidade de uma notificação preliminar sobre a existência da ação, e da criação de varas especializadas para julgar ilícitos dessa natureza.

Uma das ideias era seguir o exemplo das atuais varas especializadas em lavagem de dinheiro, como a que funciona em Curitiba. O objetivo seria evitar que o julgamento de ações de improbidade, naturalmente mais complexas, sejam deixados de lado e que ocorram somente depois de casos mais simples, ainda que menos relevantes, que hoje são preferidos como forma de dar vazão ao trabalho em varas já sobrecarregadas. Pela nova lei, as ações de improbidade seriam julgadas em até três anos na primeira instância e em mais um ano na segunda instância.

Após passar por uma comissão especial, onde recebeu uma série de modificações, o pacote de 10 medidas contra a corrupção foi votado na Câmara dos Deputados, em 30 de novembro de 2016. O texto aprovado é bastante diferente daquele elaborado pelo Ministério Público. A proposta do MPF sobre a extinção da notificação preliminar havia sido acatada pela comissão especial, mas após votação no plenário da Câmara, a proposta foi suprimida. Na prática, isso significa que a medida criada pelo Ministério Público Federal foi anulada.

Entenda os Conceitos de Improbidade Administrativa, Crimes Contra a Administração Pública e Corrupção

Na expressão popular, corrupção é uma palavra utilizada para designar qualquer ato que traga prejuízos à Administração Pública. No entanto, os conceitos de corrupção, improbidade administrativa e crimes contra a administração pública são diferentes e, se mal-empregados, podem levar a conclusões equivocadas. O principal motivo da confusão se dá porque um mesmo cidadão pode ser punido nos termos da lei penal, incidindo também sanções disciplinares e perante a justiça cível.

Por exemplo, em uma condenação de um servidor público por fraude em licitação, ele provavelmente responderá administrativamente, em um processo interno do órgão a que pertence; na esfera criminal, por crime contra a administração pública; e também por improbidade administrativa, na esfera cível.

Os atos que importam em improbidade administrativa estão previstos na Lei n. 8.429/1992. Caracterizam-se por danos ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos. A Lei de Improbidade Administrativa define enriquecimento ilícito o ato de “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas”.

As ações de improbidade se referem, por exemplo, a um funcionário que recebeu dinheiro ou qualquer vantagem econômica para facilitar a aquisição, permuta ou locação de um bem móvel ou imóvel, a contratação de serviços pela administração pública, ou ainda a utilização de veículos da administração pública para uso particular. Outro tipo de enriquecimento ilícito seria receber dinheiro para tolerar a prática de jogos de azar, prostituição ou narcotráfico.

Entre os atos que causam prejuízo ao erário, enquadrados, portanto, na lei de improbidade administrativa, estão: permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado e ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.

Também está incluída no conceito de improbidade administrativa a violação de princípios da administração pública, condutas que violem o dever de honestidade, como, por exemplo, fraudar um concurso público, negar a publicidade de atos oficiais ou deixar de prestar contas quando se tem a obrigação de fazê-lo.

Crimes contra a administração – Enquanto as ações de improbidade administrativa correm na esfera cível, os crimes contra a administração pública pertencem à esfera criminal.

Entre os crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal, podemos citar, por exemplo, o exercício arbitrário ou abuso de poder, a falsificação de papéis públicos, a má-gestão praticada por administradores públicos, a apropriação indébita previdenciária, a lavagem ou ocultação de bens oriundos de corrupção, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, contrabando ou descaminho, a corrupção ativa, entre outros.

São considerados crimes contra a administração, no entanto, aqueles crimes cometidos por funcionários públicos. De acordo com o Código Penal, pode ser considerado funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego, ou função pública. O crime de peculato, por exemplo, que consiste em subtrair um bem móvel valendo-se da condição de funcionário público, caso seja cometido por um cidadão comum será considerado como furto.

Corrupção – O termo corrupção, previsto no Código Penal, geralmente é utilizado para designar o mau uso da função pública com o objetivo de obter uma vantagem. O conceito é amplo e pode ser empregado em diversas situações, desde caráter sexual – como, por exemplo, no caso de corrupção de menores, até a corrupção eleitoral, desportiva, tributária, entre outros tipos. Os tipos mais comuns de corrupção são a corrupção ativa, a corrupção passiva e a corrupção ativa e passiva.

Quando um agente público solicita dinheiro ou outra vantagem para fazer algo ou deixar de fazer, trata-se de corrupção passiva. É o caso, por exemplo, de um policial receber dinheiro para fazer vista grossa diante de uma ocorrência. Já a corrupção ativa se dá quando um cidadão oferece uma vantagem financeira ou de outra natureza a um agente público, visando a um benefício: seria o caso de um motorista que oferece dinheiro a um fiscal do trânsito para não ser multado.

O Que é Improbidade Administrativa:

Improbidade Administrativa é um ato ilegal praticado no âmbito da Administração Pública, quando um agente público age de forma desonesta e desleal no cumprimento das suas funções públicas.

A corrupção é um exemplo de improbidade administrativa, pois o agente público age de má fé e desonestidade com o objetivo de atingir um benefício próprio ou de terceiros.

Mesmo sendo considerado uma ação ilícita, esta não é um crime, conforme definido através da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como "Lei da Improbidade Administrativa (LIA)", que apresenta as sanções que os agentes públicos devem ser submetidos caso estejam envolvidos em atos de improbidade.

Os atos ilícitos de improbidade são classificados como pertencentes a conduta de natureza cível, e não penal. Deste modo, o agente público que tenha cometido improbidade administrativa não pode responder por um crime.

No entanto, segundo o artigo 5º desta lei, caso seja provado o ato ilícito do agente, este deverá ressarcir na totalidade todos os danos que provocou.

Além disso, a Constituição Federal ainda descreve outras penalidades para quem pratica atos ímprobos, como: pagamento de multa; perda de bens; suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; proibição de receber incentivos ou benefícios fiscais, entre outras.

Na Lei da Improbidade Administrativa, vale destacar a tipificação das três principais modalidades deste ato ilícito:

Enriquecimento ilícito: quando um agente público usa o seu cargo e função como "arma" para adquirir vantagem econômica para si ou terceiros, prejudicando deste modo a União.

Ações que provoquem danos ao erário: ocorre quando o agente público usa os recursos financeiros da União para fins particulares. Consiste no desvio de dinheiro público e aplicação de verbas públicas para o enriquecimento do funcionário, por exemplo.

Violação à princípio da Administração: qualquer tipo de conduta que viole os princípios da honestidade, lealdade, legalidade e imparcialidade às instituições públicas. A fraude de um concurso público é um exemplo de violação que se enquadra nesta modalidade.

Improbidade Administrativa: O Que Vem A Ser E Como Deve Ser Feito O Seu Controle

Disposições Preliminares

O vocábulo improbidade administrativa pode ser utilizada para designar corrupção, desonestidade, malversação administrativa, ou ainda, o exercício da função pública de maneira ilegal ou imoral, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela não observância dolosa ou culposa das normas legais.

Destarte, ímprobo é aquele que age com deslealdade no desempenho das atribuições funcionais, que transgredir as normas da lei e da moral. Como exemplo, cite-se a concessão de favores e privilégios ilegais, a exigência de propinas, o desvio ou a aplicação ilegal de verbas públicas, entre outras.

A improbidade administrativa se dará com toda conduta ilegal, dolosa ou culposa do agente público no exercício de função, cargo, mandato ou emprego público, com ou sem participação de terceiro, que ofenda os princípios constitucionais da Administração Pública. Assim, constitui-se na violação do dever do agente público em atuar com probidade na gestão da coisa pública.

A presente matéria foi regulada, inicialmente, por duas leis federais: Lei nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha), complementada pela Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto). A primeira tratou do sequestro e do perdimento de bens do servidor público, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal, tão-somente no caso de enriquecimento ilícito. A Segunda regulou o sequestro e o perdimento de bens, e definiu casos de enriquecimento ilícito.

A Carta Magna de 1988, em seus arts. 15, V, e 37, XXI, § 4º mencionou pela primeira vez a expressão improbidade administrativa. A Lei 8.429/92, conhecida como “Lei do Colarinho Branco”, veio regulamentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal ao dispor sobre as sanções políticas, civis e administrativas aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Também o código penal em seu artigo 29, faz referência a matéria quando estende a responsabilidade a qualquer pessoa, mesmo não sendo agente da administração pública, que venha a induzir, concorrer para a consumação do ato de improbidade ou dele se favorecer de qualquer maneira direta ou indiretamente.

Moralidade e Probidade Administrativa

Os termos moralidade e probidade estão diretamente relacionados, entretanto não se deve confundir os.

Alguns administradores entendem ser a moralidade o gênero do qual a probidade seria uma espécie. No caso, os atos atentatórios à probidade seriam atentatórios à moralidade administrativa.

Di Pietro, por exemplo, entende ser a moralidade e a probidade “expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública”. [2] Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, 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 da Administração Pública

Para Ferracini, “a probidade seria um mínimo da moral contida nessa, e não geral como pretende a minoria dos doutrinadores, esclarecendo-se que o próprio direito é parte da moral”.

Autores existem, por outro lado, que distinguindo nitidamente as duas noções entendem ser a probidade o gênero, do qual a moralidade é espécie.

Nesse sentido, cite-se o posicionamento do ilustre, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Dr. Flávio Sátiro Fernandes:

“a) moralidade e probidade administrativas são noções bem claramente distintas, que se não podem confundir ante os textos legais que, a partir da Constituição Federal, a elas se referem; b) por esses mesmos textos, é forçoso reconhecer, como demonstraremos a seguir, que a probidade é espécie, haja vista a maior amplitude e o maior alcance emprestados à primeira, pela Constituição Federal e pela legislação ordinária.”

Fundamentando essa tese, vê-se que a Carta Magna, no caput do art. 37, consagrou expressamente a moralidade como um dos princípios constitucionais no exercício da atividade estatal, sem, no entanto, referir-se a probidade.

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público.

Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do citado princípio, a improbidade passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não o enriquecimento ilícito.

O § 4º do mesmo artigo 37 da Lei Maior alude à improbidade administrativa, ao determinar que: “os atos de improbidade administrativa importarão 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”. Todavia, como se observa, não faz menção à moralidade.

A Lei nº 8.429/92, complementando as disposições constitucionais, classifica os atos de improbidade administrativa em três tipos, a saber: atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito; atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Nesse contexto, vê-se que a probidade administrativa abrange a noção de moralidade administrativa, e que, assim sendo, toda conduta que atente contra a moralidade administrativa constitui-se, na verdade, em ato configurador de improbidade, no entanto, nem todo ato de improbidade administrativa configura infração à moralidade administrativa.

Portanto, entende-se que não há confusão como querem alguns entre probidade e moralidade. A probidade seria um mínimo da moral contida nessa, e não geral como querem a minoria dos doutrinadores. “Desse modo, a improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que atua como indecência, por ser amoral”.

O Poder-Dever da Administração Pública

A atividade administrativa, na concepção clássica, estava completamente marcada pela autonomia em relação à atividade dos particulares.

Face à prerrogativa de poder público que dispõe a administração para perseguir os fins de interesse geral, residia por parte desta, o gozo de certos privilégios que buscavam dar-lhe os meios necessários à realização de seus fins.

A doutrina francesa, visando a esse fim, centrou toda a sua atenção no estudo de algumas teorias que expressavam o poder que a Administração Pública tem de assegurar, quaisquer que sejam as circunstâncias, a manutenção da ordem pública e o bom andamento dos serviços públicos como prerrogativas exorbitantes do direito comum no qual se encontrava a atividade administrativa.

Vários fatores revelam que a atividade administrativa já não se desenvolve na simplicidade da época clássica onde se distinguiam tradicionalmente duas formas desta atividade: a polícia e o serviço público.

Houve uma profunda transformação principalmente quanto à multiplicidade de suas formas e sua originalidade como a gestão por colaboração do particular tendo como contrapartida a aceitação e o controle do poder público fazendo com que este último não tenha mais o monopólio da atividade administrativa.

Para que a Administração possa desenvolver estas atividades visando atender ao interesse público, o ordenamento estatal lhe confere poderes considerados, de forma ampla, como sendo uma capacidade geral de agir, de emitir comandos a terceiros, independentemente de sua concordância, e de auto-executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário posto que muitas as atuações administrativas são dotadas de um caráter imperativo.

Assim, quando se fala em poder para a administração deve-se ter em mente aqueles que a tornam capaz de sobrepor a vontade da lei à individual, o interesse público ao interesse privado.

Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade, de escolha da administração, na realidade trata-se de poder-dever vez que “é reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade”, de forma irrenunciável.

Deste modo, administrar a coisa pública é gerir interesses de acordo com a lei, a moral e a finalidade que importará sempre na idéia de zelo e conservação de bens, no bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.

Esse fim específico buscado pelo agente público é aquele que se reveste de legalidade e prende-se na licitude do seu ato para alcançar determinada ação administrativa.

Para Moreira Neto, “quando o agente da Administração Pública não atende a esse interesse público específico, seja de modo absoluto, seja pelo modo grosseiro ou preciso de fazê-lo, ele viola o dever da boa administração”.

Nesse contexto, vislumbra-se o controle externo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário que busca verificar tanta a sua legalidade quanto a sua finalidade, considerando se o dever da administração foi ou não cumprido pelo agente, sem analisar a intenção deste posto que é motivo irrelevante para se invalidar judicialmente o ato em questão.

Tal fato se dá por não competir ao Poder Judiciário a análise e a apreciação do mérito dos atos administrativos, isto é, da sua oportunidade e conveniência, mas apenas o seu direcionamento finalista, confrontando-o com o interesse público específico que deve ser atendido consoante o princípio da supremacia do interesse público diante do particular.

Ao Juiz cabe unicamente analisar a legalidade do ato emitido pelo agente administrativo para reconhecer a prática correta e eficaz ou a violação do dever de bem administrar o interesse público cuja guarda insatisfação lhe foi confiada.

Interessante mencionar a esse respeito, a lição de Miguel Reale:

“Só quem pratica o ato, ou quem tenha poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou via de recurso, tem competência legal para revogá-lo por motivos de oportunidade ou conveniência, competência essa intransferível, a não ser por força de lei, e insuscetível de ser contrastada em seu exercício por outra autoridade administrativa”

Conforme se verifica, as características mais importantes dos poderes administrativos são a irrenunciabilidade e a obrigatoriedade de serem exercidos pelos seus titulares, isto é, por sujeitos capazes e competentes.

Nesse aspecto, dignas de colação são as palavras de Zaniella Di Pietro quando assevera: “no Direito Civil o sujeito tem que ter capacidade, ou seja, tem que ser titular de direito e obrigações que possa exercer por si ou por terceiros; enquanto no Direito Administrativo não basta a capacidade, é necessário também que o sujeito tenha competência”. Logo, conclui-se que não é competente quem quer, mas aquele que a lei atribui competência para a prática do ato. Vê-se, pois que tal competência deriva de um comando legal.

O ilustre e saudoso Meirelles sintetiza, com grande conhecimento da matéria proferindo que:

“Na administração particular o administrador recebe do proprietário as ordens e instruções de como administrar as coisas que lhes são confiadas; na administração pública essas ordens e instruções estão concretizadas nas leis, regulamentos e atos especiais dentro da moral da instituição. Daí o dever indeclinável de o administrador público agir segundo os preceitos do Direito e da Moral administrativa, porque tais preceitos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos – o povo – condicionam os atos a serem praticados no desempenho do múnus público que lhe é confiado”.

O Uso e o Abuso de Poder

Conforme analisado em itens anteriores, a Administração Pública necessita de meios para alcançar os seus fins específicos, em suma, o bem-estar da coletividade administrada.

Enquanto a ordem jurídica estabelece tratamento distinto aos interesses públicos e privados, o Direito Administrativo intenta estabelecer um equilíbrio dinâmico entre as prerrogativas do poder público e os direitos dos administrados a fim de evitar o distanciamento ou desvio da vontade do administrador no gerir da coisa pública.

A observância do Princípio da Supremacia do Interesse Público, também denominado por Di Pietro de “princípio da finalidade pública”, é necessário para o bom desenvolvimento das atribuições conferidas aos administradores públicos, todavia, não poderá ser utilizado como justificativa para os desmandos ou condutas abusivas que tenham como consequência atos ilícitos e imorais caracterizados por não terem sido praticados no interesse da coletividade.

Sabe-se que o poder emana de uma autoridade pública e lhe é conferido por lei, como sendo um instrumento hábil a que alcance o fim da Administração Pública.

Com essa competência atribuída pela lei, o agente público, executará suas atividades dentro dos limites legais como uma discricionariedade restringida posto que sua vontade pessoal inexistente em decorrência da supremacia do interesse público.

Ocorrendo renúncia ou descumprimento das responsabilidades - poderes-deveres – que lhes foram outorgadas, entende-se que o agente desconsiderou os instrumentos indispensáveis para execução de determinada tarefa em benefício do bem-estar coletivo, configurando, portanto, o excesso ou desvio de poder.

Sobre a matéria Carvalho Filho preleciona que: “excesso de poder é a forma de abuso próprio da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferir”.

Isto é, embora competente para executar o ato, a autoridade vai além do permitido, colocando-o na ilegalidade e podendo ainda ter sua conduta tipificada como crime de abuso de autoridade previsto na Lei nº 4.898/95.

Importante salientar que se constitui prerrogativa da autoridade o uso do poder. Porém, seu uso deve ocorrer normalmente, sem abuso. O que significa utilizá-lo segundo as normas e preceitos legais, a moral da instituição, o fim a que o ato se destina e as exigências do interesse público. Empregá-lo em desacordo com a lei, sem utilidade pública, é abusar do poder.

O administrador público utiliza o poder que lhe foi conferido para alcançar determinado fim, por determinados motivos e determinados meios, toda ação que se distanciar dessa conduta, contrariando implícita ou explicitamente os preceitos legais, “padece do vício de desvio de poder ou de finalidade, logo, como todo ato abusivo ou arbitrário, é ilegítima”.

Sob esse aspecto pode-se dizer que, segundo entendimento do renomado jurista Hely Lopes Meireles, “o gênero abuso de poder ou abuso de autoridade reparte-se em duas espécies bem caracterizadas: o excesso de poder e o desvio de finalidade”.

A primeira ocorre quando a autoridade competente para a prática do ato ultrapassa os limites fixados pela lei para exercer suas atribuições; a segunda, quando a autoridade competente desvia-se do interesse público que deve estar presente no desempenho de sua atividade.

Quanto às formas que revestem o abuso de poder, pode-se citar duas, a comissiva e a omissiva, pois tanto uma como a outra afrontam a lei e são suscetíveis de causar lesão a direito individual do administrado.

Alguns doutrinadores lecionam que a omissão da administração pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, de acordo com a norma pertinente. Porém, a doutrina não adota um critério conclusivo sobre a conduta comissiva do agente público.

Em relação ao combate a atos abusivos das autoridades administrativas, a doutrina e a jurisprudência tem adotado um rigoroso e sistemático regime de repúdio ao abuso de poder.

A exemplo, cite-se o art. 5º, LXIX e a Lei nº 1.533/51, que reza sobre o remédio do mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade, cabível contra ato de qualquer autoridade, e ainda, a Carta Magna em seu artigo 5º, XX, XIV, “a”, assegura a toda pessoa o direito de representação contra abuso de autoridade. E, complementando esse sistema de resguardo contra os excessos de poder, tem-se a Lei nº 4.989/65 que pune criminalmente tais atos.

Convém lembrar que, o desvio de poder ou de finalidade pode ser mais facilmente configurado nos atos de natureza discricionária tendo em vista que a autoridade visa alcançar fim diverso daquele pretendido explícita ou implicitamente pelo legislador, que o editou objetivando atender ao interesse público. Entretanto não é tarefa fácil comprovar o desvio de finalidade, vez que o ato possui uma falsa aparência de legalidade habilidosamente recoberta da esperteza e astúcia do agente público.

A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) considera o desvio de finalidade como sendo vício suscetível de nulificação do ato administrativo lesivo ao patrimônio público, e o define em seu art. 2º, “e”, parágrafo único, “e”, colocando-o definitivamente para o Direito Positivo Brasileiro como causa de nulidade dos atos da Administração Pública.

Bandeira de Mello alerta para a necessidade de se analisar todo o conjunto de circunstâncias que envolvem o ato a fim de se averiguar o desvio de poder alheio a qualquer interesse público para que seja possível verificar se a discricionariedade alegada foi bem utilizada ou se corresponde apenas a uma intenção vil de se fugir do fim legal e saciar objetivos pessoais.

Os Poderes do Administrador Público

Para melhor atender ao interesse da coletividade, a Administração utiliza uma série de instrumentos morais e materiais adequadas à realização das atividades administrativas. E como é óbvio, os poderes administrativos constituem-se como uma série de prerrogativas autoritárias conferidas pela ordem jurídica aos agentes públicos com a finalidade de viabilizar os alcances dos objetivos específicos do Estado.

Tais poderes diferem dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos enquanto aqueles são denominados por R. Friede de “poderes instrumentais que estão associados ao binômio poder-dever, ao qual está plenamente vinculado toda a Administração Pública”.

Meirelles enumera os poderes administrativos classificando-os de acordo com “as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem”, em seis espécies, a saber: Poder Discricionário, Poder Vinculado, Poder Hierárquico, Poder Disciplinar, Poder Regulamentar e Poder de Polícia. Todos eles são inerentes à Administração de todos os entes estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e podem ser empregados isolados ou cumulativamente para a consecução do mesmo ato.

Não é desconhecido o fato de que os Poderes Administrativos e as obrigações que lhes acompanham não podem ser exercidas por autoridade competente sem que haja observância a alguns preceitos constitucionais que constituem a base de sustentação para o bom exercício das tarefas administrativas.

Além dos princípios da moralidade, publicidade, legalidade, impessoalidade e eficiência, constantes no art. 37, caput, da Lei Maior, o agente público necessita observar, ainda, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no Título I, artigos 1º e 3º da CF/88, que estabelecem a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, a prevalência dos direitos humanos e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como alguns de seus fundamentos, dentre outros.

É necessário realçar que o administrador público competente é obrigado a atuar, com os subsídios e instrumentos que estiverem ao seu alcance, no exercício dos poderes que lhes foram outorgados a fim de alcançar o bem-estar coletivo, sem direito a manter-se omissos sob pena de responder por sua conduta desonrosa à sociedade. Além disso, deve sujeitar-se também ao princípio da economicidade, tendo por fim assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social.

Como abordado anteriormente a doutrina considera como poderes administrativos o hierárquico, o disciplinar, o regulamentar e o poder de polícia. Ressalte-se que alguns autores modernos não enquadram nesse elenco a vinculação e a discricionariedade, pois entendem que qualquer conduta pública se reveste desses dois atributos e que por sua vez, ambos estão presentes em todos os poderes administrativos por lhes serem inerentes, isto é, por fazer parte de sua consolidação e imprescindível para que sejam praticados.

Nesse sentido é o posicionamento de Di Pietro ao elucidar que “os poderes discricionários e vinculados não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são quando muito, atributos de outros ou competências da Administração”. [18] Portanto, antes de ater-se aos detalhes de cada um dos poderes administrativos autônomos citados, cabe atestar que o presente trabalho desenvolver-se-á seguindo a linha de pensamento adotada por Di Pietro ao reforçar a idéia inicialmente abordada nos seguintes termos:

“O chamado ‘poder vinculado’ na realidade não encerra ‘prerrogativas’ do Poder Público, mas ao contrário, dá ideia de restrição, pois quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada quer-se significar que está sujeita a lei em praticamente todos os aspectos” (...), a discricionariedade, sim, tem inserido em seu bojo a idéia de prerrogativa, uma vez que a lei ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela administração diante do caso concreto, ela implica liberdade a ser exercida no limites fixados pela lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo”.

Por outro lado, Diogo de Figueiredo apresenta opinião diversa, pois entende que o Estado ao administrar os interesses que lhes foram entregues, no uso de suas atribuições constitucionais, exerce o seu poder de administrar de várias maneiras, dividindo não o poder estatal propriamente dito, mas o exercício deste poder, pois designam formas distintas de atuação daquele.

E, para isso cada um dos poderes baseia-se em um dos princípios da administração pública, a saber: o princípio da discricionariedade informa o poder discricionário; o princípio hierárquico rege o poder hierárquico; o princípio disciplinar rege o poder disciplinar; o princípio da executoriedade informa o poder executório; o princípio da legalidade informa o poder normativo; e, como modalidade particular deste último o poder regulamentar. Vê-se, pois que o autor menciona a existência de outro poder: o executório.

Neste ponto reside a diferença de opinião até aqui adotada por entender-se que a capacidade de executar os atos administrativos sem a necessidade de autorização legal, decorre dos princípios da autotutela, da auto-executoriedade e da imperatividade, porém, não do poder executório como querem alguns autores.

Pode-se citar, ainda, Meirelles e R. Friede que também se referem a vinculação e a discricionariedade como poderes autônomos do direito administrativo, distanciando-se da linha de pensamento adotada neste trabalho.

Diante desse breve levantamento doutrinário, conclui-se que vinculação e discricionariedade não constituem poderes autônomos, mas pressupostos que são ínsitos a conduta do administrador público de uma forma geral que procura bem atender ao interesse público que lhe foi incumbido, com o escopo único de alcançar o bem comum, em suma, o bem estar coletivo.

Pode-se afirmar que a vinculação norteia-se pelo princípio da legalidade, no sentido de que o agente público é compelido a agir de conformidade com a lei; pois todos os requisitos do ato já foram previamente definidos pelo legislador, sem deixar margem a apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público ou equidade.

Fala-se, também, que a vinculação consiste numa conduta regrada, isto é, inteiramente condicionada à expressão da norma jurídico-legal para a efetivação dos atos administrativos.

Convém elucidar que a liberdade de agir encontra-se suprimida pela lei, tradução da essência do ato vinculado que por sua vez, possui elementos substanciais como o sujeito, a forma e a finalidade, que vem sempre definidos em lei, e sem os quais a declaração de nulidade pode ser arguida, visto que a vinculação é matéria de legalidade e pode ser analisada tanto pela Administração ex-offício como pelo Poder Judiciário, a pedido da pessoa interessada.

Destarte, a jurisprudência mostra-se assente no sentido de realçar a competência do Poder Judiciário para controlar a legalidade do ato administrativo no tocante aos seus elementos vinculados, desde que claramente definidos em lei. Há entendimento do STF nessa direção ao estabelecer que:

“A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo”.

Concernente a discricionariedade, cabe salientar que existe uma liberdade mais ampla na escolha e prática das atribuições administrativas pelo agente, porém, essa liberdade é exercida nos limites da lei, nos espaços deixados pelo legislador no momento da edição da norma legal. Porém essa liberdade não pode ser confundida com arbitrariedade, considerada esta como o uso da vontade individual desvinculada da lei, baseada em convicções pessoais.

O uso do arbítrio, no âmbito da Administração Pública, é definitivamente proibido, uma vez que se traduz em ato que confronta a lei, excedendo-a ou omitindo-a, na busca de interesses pessoais ou alheios.

A maior flexibilidade e o limite de liberdade nas ações dos administradores públicos terão sempre como arrimo a norma jurídica, daí o fato justificador de não se considerar nem a vinculação nem a discricionariedade como poderes autônomos, pois todas as atividades públicas executadas por um sujeito competente, com fundamento nos poderes hierárquico, disciplinar, regulamentar, ou de polícia tanto podem ser vinculadas como discricionárias, dependendo da extensão da liberdade que foi ou não concedida à Administração Pública pelo legislador.

Com isso, passe-se à análise de cada um dos poderes administrativos anteriormente mencionados.

Sabe-se que o direito positivo define as competências dos vários órgãos administrativos, cargos e funções, com isso estabelece uma hierarquia e funções, com isso estabelece uma hierarquia, caracterizada pelos vínculos de coordenação e subordinação entre os órgãos que integram a administração.

Segundo Mário Masagão, a relação hierárquica apresenta os seguintes pressupostos:

- “1) é uma relação estabelecida entre órgãos de forma necessária e permanente;
- 2) que os coordena;
- 3) que os subordina uns aos outros;
- 4) que gradua a competência de cada um”.

Logo, a conceituação do Poder Hierárquico pode ser dada como todo poder de que dispõe a Administração Pública com o escopo de distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, organizar e fiscalizar a atuação de seus representantes, com vistas a estabelecer uma relação de subordinação funcional entre eles.

Em decorrência da hierarquia, pode-se citar duas figuras que comumente associa-se às estruturas abrangidas pelo Poder Hierárquico, a saber: a delegação de competência e a avocação. O superior hierárquico ao fazer uso da delegação transfere ao seu subordinado, parcela da competência que a lei lhe conferiu, através de um ato de delegação que especifica os limites de atuação do delegado, a duração e os objetivos dos poderes transferidos.

A autoridade delegante detém o poder de controle sobre os atos do delegado possuindo até mesmo o poder de revogar a delegação quando lhe convier, pelo mesmo meio que a editou: mediante lei.

A avocação compreende a transferência de atribuições de um subordinado para um superior hierárquico, dentro da mesma estrutura. Vê-se, pois que é o oposto do que ocorre na delegação, uma vez que o superior chama para si a competência que normalmente caberia ao seu subalterno.

Vale a pena valorar que a avocação não pode ser utilizada em estruturas onde não há vínculo de hierarquia funcional, como ocorre nos Poderes Judiciário e legislativo, onde não há vínculo de hierarquia funcional, como ocorre nos Poderes Judiciário e Legislativo, onde inexistente a relação de subordinação e coordenação quanto às suas funções institucionais.

O Poder Disciplinar é aquele que permite à Administração Pública apurar irregularidades funcionais e aplicar sanções aos servidores e demais pessoas que se subordinam à disciplina administrativa. É um poder derivado da hierarquia, pois aos servidores cabe a fiscalização das atividades dos seus inferiores, defluindo daí o efeito de “poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos sujeitos às respectivas sanções”, segundo entendimento de Carvalho Filho.

Em termos, pode-se considerar que o poder disciplinar é discricionário, posto que a Administração não dispõe de liberdade de escolha entre aplicar ou não a punição, pois ao tomar conhecimento de falta praticada por servidor público, tem obrigatoriedade de instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se necessário, aplicar a penalidade cabível. Sendo a Administração omissa, incorre em crime de condescendência criminosa, definido no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, de acordo com o artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92.

A esse propósito Meirelles lembra que o discricionarismo do poder disciplinar não vai a ponto de permitir que o “superior hierárquico possa punir arbitrariamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. Não é esse o significado da discricionariedade disciplinar”. A Administração deve, primeiramente, apurar a falta valendo-se dos meios legais compatíveis com a gravidade da pena aplicada, garantindo-se ampla defesa ao acusado.

Assim, o poder disciplinar é o instrumento cabível para apuração das ilicitudes administrativo-funcionais onde é assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos admitidos em direito, conforme prevê o artigo 5º, LV, da CF/88.

O exercício do poder disciplinar apresenta-se sobremaneira como dever de autoridade, pois será sempre obrigado a promover a apreciação imediata dos ilícitos funcionais praticados, sendo sempre imprescritível a motivação da punibilidade disciplinar para validade da pena uma vez que não se exige as formalidades do processo judicial.

A valoração dos motivos determinantes da sanção administrativa legaliza a discricionariedade do administrador público, fundamentando a conformidade da pena imposta com a falta, ensejadores da punição administrativa.

O Poder Normativo ou Poder Regulamentar baseia-se na criação de mecanismos de complementação das leis indispensáveis para a sua efetiva aplicação, uma vez que o Poder Legislativo nem sempre possibilita a execução das mesmas.

Alguns autores, a exemplo de Di Pietro entendem que tal poder compreende apenas uma das inúmeras formas de expressão da competência normativa da Administração Pública, coexistindo com outras, daí ser preferível denominá-lo de poder normativo, uma vez que se destina a criar normas, isto é, atos de efeitos gerais e abstratos.

Para Di Pietro, o poder regulamentar insere-se “como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo da União, dos Estados, e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução”.

A exteriorização do poder regulamentar ocorre por meio de regulamentos que poder ser de dois tipos: o regulamento executivo que estabelece normas para a fiel execução da lei, e, o regulamento independente ou autônomo que contém normas sobre matérias não previamente disciplinadas pela lei. No direito positivo brasileiro, admite-se apenas o regulamento executivo, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

O poder normativo da administração pode expressar-se também por meio de portarias, resoluções, deliberações e instruções editadas por outras Autoridades administrativas. Estes atos possuem um

círculo de aplicação restrito justamente pelo fato de emanarem de autoridades diversas que não o Chefe do Poder Executivo, porém veiculando normas gerais e abstratas para a fiel aplicação das leis e formalização do poder regulamentar.

A CF/88 em seu art. 5º, II, preleciona que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, este inciso constitui-se em um dos postulados fundamentais que embasam o ordenamento jurídico brasileiro e que veda, portanto, a possibilidade de os atos derivados do poder regulamentar criarem direitos e obrigações, pois o seu exercício deve ocorrer em conformidade com os preceitos legais e dentro dos limites impostos pela legislação.

Complementando o rol dos poderes de que dispõem os administradores públicos no exercício de suas atividades funcionais, encontra-se o poder de polícia como um dos instrumentos de grande eficácia oferecido à Administração Pública para que está alcance os fins colimados pelo Estado.

A maioria dos doutrinadores prefere estudar o poder de polícia, em capítulo separado dos demais poderes até aqui analisados, pois por sua essência, tal poder resulta de um inevitável confronto entre os interesses públicos e privados, decorrendo daí a necessidade de impor restrições aos indivíduos.

O poder de polícia administrativa é um mecanismo de controle que o Estado confere a Administração Pública para que possa conter os abusos do direito individual, inconvenientes ao bem-estar coletivo, ao desenvolvimento e a segurança nacional, condicionando o uso e o gozo de bens e direitos e restringindo todas as atividades em benefício dos administrados e do próprio Estado.

O direito brasileiro, adotando um conceito moderno, define-o como “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. Por outro lado, o Código Tributário Nacional, no artigo 78, conceitua o poder de polícia como sendo “a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Esse conceito adotado pelo Código Tributário Brasileiro decorre do fato de o exercício deste poder constituir um dos fatos geradores da taxa, conforme dispõe o art. 145, II, da Constituição Federal.

Desse modo, o poder de polícia pode ser entendido num sentido amplo, que abrange tanto os atos legislativos quanto aqueles emanados do Poder Executivo e corresponde a atividade estatal condicionante da liberdade e da propriedade em benefício do interesse público. Nesse caso compreende as intervenções do Executivo que permitem obstar o desenvolvimento de atividades privadas contrárias ao interesse público prevalente.

Diante de todo o aparato legal de que dispõe o Estado para exercer o poder de polícia, pode-se verificar sua incidência em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária. A principal diferença reside no aspecto preventivo da primeira e no repressivo da segunda, uma vez que uma procura impedir ações de caráter anti-social e a outra as infrações à lei penal. Por fim, a administrativa rege-se pelo direito administrativo, a polícia judiciária, pelo direito processual penal. Ambas têm por objetivo, impedir que o comportamento individual cause prejuízos à coletividade administrada.

Dentre as características ou atributos que definem o poder de polícia cite-se a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade. O Estado utiliza-se de tais mecanismos para tornar efetivo o poder de polícia através de atos normativos de natureza geral e abstrata (lei) e de atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto que corresponde medidas preventivas e medidas repressivas com o escopo de adequar o comportamento individual à lei e de coagir o seu infrator a cumpri-la.

Como já analisado, a discricionariedade consiste no poder de escolha, conferido ao administrador público pela lei, para que este verifique o mérito dos atos administrativos – oportunidade e conveniência - no exercício do poder de polícia, e os meios ou sanções necessárias para se atender ao interesse público.

Pelo atributo da auto-executoriedade compreende-se a possibilidade que tem a Administração Pública de decidir por conta própria, a execução de suas decisões de polícia administrativa, sem necessitar ir preliminarmente ao Poder Judiciário.

Neste sentido, já se posicionou o STF, ao decidir que, no exercício regular da autotutela administrativa, pode a administração executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia sem utilizar-se da via cominatória que é posta à sua disposição em caráter facultativo.

Outro atributo do poder de polícia é a coercibilidade, sendo está indissociável da auto-executoriedade, pois a força coercitiva permite ao ato de polícia ser auto-executório. Consiste tal atributo na imposição forçada das medidas adotadas pela Administração, admitindo-se, inclusive, o uso da força pública para seu cumprimento.

Por fim, vale salientar que como todo ato administrativo, os atos emanados do poder de polícia se submetem a algumas limitações impostas pela lei, para sua fiel execução. Apesar, da discricionariedade, alguns aspectos são sempre passíveis de vinculação como a competência, a forma e a finalidade, incluindo-se também os motivos e o objeto.

Quanto às sanções do poder de polícia aplicáveis em casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente vão desde a multa à interdição de atividades, destituição de objetos, vedação de fabricação de certos produtos, inutilização de gêneros e tantas outras que sejam imprescindíveis à defesa da moral, da saúde e da segurança pública nacional desde que estabelecido em lei ou regulamento.

Os Deveres do Administrador Público

O direito positivo impõe aos administradores públicos e a todos aqueles que desempenham alguma atividade de caráter público, alguns encargos a fim de evitar que venham a ser responsabilizados em caso de descumprimento. Estes deveres são previstos pela lei para que a moral administrativa seja preservada e, conseqüentemente, o fiel cumprimento das atribuições dos gestores do interesse público.

Os deveres do administrador público podem ser classificados em três categorias, a saber:

- Dever de Eficiência;
- Dever de Probidade;
- Dever de Prestar Contas.

O dever de eficiência constitui-se na categoria de princípio norteador de toda a atividade administrativa, previsto pelo caput do art. 37 da CF/88, com redação dada pela Emenda da Reforma Administrativa (EC nº 19/98).

Para que se alcance a perfectibilidade dos atos administrativos pelo dever da eficiência, é preciso que a Administração Pública exija dos seus agentes e servidores a qualificação mínima necessária para o bom desempenho do cargo ou função pública, não somente através de avaliações periódicas para aferição do rendimento, mas principalmente lhes proporcionando cursos de aperfeiçoamento funcional para a atualização e aprendizagem de novos meios e recursos que favoreçam a atividade pública. É a profissionalização e a eficiência sendo exigidas no desempenho da atividade administrativa, objetivando viabilizar a concretização do dever da boa administração com a devida avaliação dos resultados.

Constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento fundamental à legitimidade de seus atos, encontra-se o dever de probidade, previsto no artigo 37, § 4º da Carta Magna que pune a improbidade administrativa nos seguintes termos: “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 prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), apresenta inúmeras disposições coibitivas da improbidade dos agentes públicos no zelo dos bens e serviços que lhes são confiados para gestão, sujeitando-os a responsabilidade civil, criminal ou administrativa pelo mau emprego, prestação ou dilapidação, conforme o caso e a categoria do gestor público.

Regulamentando a regra constitucional que apresenta as consequências e penalidades que podem advir com a apuração dos atos ímprobos, surge a lei nº 8.429/92 que dispõe sobre a Improbidade Administrativa a ser posteriormente estudada em todos os seus pormenores no segundo capítulo desta monografia.

Preliminarmente, deve-se esclarecer que a citada lei reguladora da improbidade administrativa dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, além de classificar os atos ímprobos em três tipos bem característicos: os que ensejam enriquecimento ilícito, os que acarretam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Assim, os atos lesivos aos bens e interesses públicos são passivos de invalidação tanto pela Administração como pelo Judiciário, visto que o vício de improbidade é ilegítimo e ilegal, portanto, nulificador da conduta do gestor público.

O múnus público de administração de bens e interesses alheios, isto é, de outrem, tem como decorrência natural e obrigatória o dever de prestar contas a quem delegou ao agente essa competência.

A prestação de contas refere-se a todos os atos de governo e de administração, bem como a gestão financeira, aos dinheiros públicos e ao uso do patrimônio público. Reforçando essa obrigação, Carvalho Filho lembra que “o dever abrange o círculo integral da gestão, mas sem dúvida, é na utilização do dinheiro público que mais se acentua”. [28] Nesse sentido, a Lei Maior estabelece normas de fiscalização e controle, ao longo dos artigos 70 a 75 da Seção IX, Capítulo I, Título IV, onde versa que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (Artigo 70, parágrafo único).

Cabe ressaltar que, essa prestação de contas segundo os ditames constitucionais, deve ser feita perante o órgão legislativo competente em cada entidade estatal, com o auxílio externo dos Tribunais de Contas, e mediante o sistema de controle interno de cada um dos poderes da União.

Logo, conclui-se que o poder-dever de exercer uma boa administração necessita da observância de uma série de pressupostos legais e morais que devem nortear a conduta do administrador público no desempenho de sua atividade com vistas a alcançar o bem-estar coletivo e social.

Princípios Ético-Constitucionais Que Ordenam a Administração Pública

O Estado Democrático de Direito é aquele em que se expressa o fruto da vontade popular através de um direito delimitado por um poder de uma lei superior. Assim, a Administração Pública mesmo valendo-se da discricionariedade, tem que exercê-la de acordo com os princípios previstos na Constituição, de maneira implícita ou explicitamente.

Os princípios têm a função de organizar o sistema jurídico, atuando como ponto de partida para a sua correta interpretação. Esses princípios estão consubstanciados em normas para que assumam relevância ou importância para o direito.

A Carta Política de 1988, no seu Capítulo VII, Título III, elencou nos artigos 37 e 38, os princípios norteadores da Administração Pública Direta ou Indireta, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, esses decorrentes de sua redação originária, porém a EC 19/98 inovou ao acrescentar o mais moderno desses princípios, o da eficiência.

Bandeira de Melo, dentre outros doutrinadores, leciona que a importância dos princípios que regem a Administração Pública é tão significativa de modo que para este in verbis:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção do princípio implica ofensa a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irreversível ao seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nele esforçada”.

Destarte, os princípios inerentes à Administração Pública são aqueles expressos no artigo 37, da vigente Constituição Federal.

Alguns foram positivados de forma explícita, todavia, há ainda outros princípios que estão no mesmo artigo só que de maneira implícita ou tácita, como ocorre com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o da finalidade, o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

Além disso, a lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), acresce aos princípios já mencionados os da motivação, segurança jurídica, interesse público, finalidade, ampla defesa e contraditório. Outras leis esparsas fazem referência a princípios específicos de determinados processos, tal como ocorre com a Lei 8.987/95, sobre concessão e permissão de serviços públicos, e com a lei nº 8.666/93, sobre licitação e contrato.

Cumpra observar que o mais importante não é a classificação do princípio em implícito ou explícito, mas, sim, saber se ele existe ou não, pois tudo depende do âmbito de abrangência de determinado princípio, e não, o fato de este figurar expresso ou tacitamente no texto jurídico.

A partir dessa construção principiológica, constata-se que estas proposições se constituem mutuamente e não se excluem, ou seja, não serão eliminadas do ordenamento jurídico.

Passemos, então, a análise e estudo uniforme dos princípios constitucionais explícitos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, de maneira expressa, a saber: princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Princípio da Legalidade

Referido como um dos sustentáculos da concepção de Estado de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade constitui uma das maiores garantias de respeito aos direitos individuais. O artigo 5º, II, da Lei Maior, regula este princípio ao declarar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No âmbito das relações entre particulares, aplica-se o princípio da autonomia da vontade, já no âmbito das relações administrativas, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite em obediência ao princípio da legalidade.

Desse modo, o administrador só pode atuar nos limites traçados pela lei, não podendo este por atos administrativos de qualquer espécie – decreto, portaria, circular, resolução e outros – proibir ou impor comportamentos a terceiros, a não ser que ato administrativo forneça, em satisfatória dimensão jurídico amparo a essa pretensão.

A norma constitucional prevê alguns remédios específicos contra atos ilegais, isto é, em desacordo com a lei, como o habeas corpus, a ação popular, o habeas data, o mandado de segurança e o mandado de injunção, posto que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão”, ainda que tais atos administrativos decorram das decisões pela própria Administração.

Pronunciando-se sobre o tema, válida é a preleção de Bandeira de Melo:

“Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – há um quadro normativo que embarguem favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja que a concretização da vontade geral”.

Diante de toda essa exposição, pode-se concluir que, ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos não há quaisquer possibilidades de aceitar-se juridicamente a edição de decretos ou regulamentos independentes ou autônomos. Como pode se verificar, esses decretos ou regulamentos são atos administrativos gerais e normativos emanados pelo Chefe do Executivo, com o único objetivo de disciplinar situações ainda não reguladas em lei. Logo, sua prática encontra óbices intransponíveis no modus constitucional pelo qual se fez consagrar o princípio da legalidade na Carta Magna.

Princípio da Impessoalidade

Este princípio pode ser definido como aquele pelo qual os atos realizados pela Administração Pública, ou por ela delegados, devem ser imputados ao órgão ou entidade em nome da qual se realiza, e ainda destinados exclusivamente ao bem-estar coletivo, sem privilegiamento ou imposição de situações restritivas, das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija. Em resumo, os atos e providimentos administrativos não podem ser imputados ao funcionário que os pratica, mas ao ente ou órgão administrativo em nome do qual atua o funcionário ou agente público.

O princípio da impessoalidade pode ser aplicado sob duas perspectivas diferentes: a impessoalidade do administrador no momento da prática do ato e a impessoalidade do administrado enquanto destinatário de determinado ato.

Com efeito, José Afonso assegura que diante dos administrados, “as realizações administrativo-governamentais não sejam propriamente do funcionário ou da autoridade, mas exclusivamente da entidade pública que a efetiva”.

Nesse sentido, a atividade da Administração Pública não poderá ser apropriada, sob nenhum pretexto, por aquele que, em decorrência de exercício funcional, a executou. É, portanto, uma atividade impessoal, imputável unicamente à estrutura administrativa ou governamental competente para praticá-la, para todos os fins de direito.

Dentro dessa acepção examinada, pode-se mencionar como violação a esse princípio a realização de publicidade ou propaganda pessoal de agente público com dinheiro público, ou ainda a edição de atos destinados a obter vantagens pessoais para si ou para terceiros, uma vez que o art. 37, § 1º, é incisivo ao estabelecer que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores”.

Por outro lado, o princípio da impessoalidade deve ser centrado na pessoa do administrado e não no administrador público. Desse modo, afirma-se que a Administração não pode agir com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, por exclusivas condições ou características destas. Nesse sentido o princípio estaria relacionado com a finalidade pública, posto que é sempre o interesse público que tem que direcionar a sua atuação.

Portanto, considera-se manifestamente violadora desse princípio, nesse ângulo de visão, por exemplo, o nepotismo – entendido como favorecimento de parentes e amigos – o partidarismo e o desvio de poder ou desvio de finalidade.

Reforçando este entendimento, sábias são as palavras de Bandeira de Mello ao lecionar que:

“No princípio da impessoalidade se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”.

Princípio da Moralidade

Alguns doutrinadores entendem ser vago e impreciso o conceito de moral administrativa que se encontra, para estes, absorvidos pelo conceito de legalidade.

Entretanto, a distinção entre Moral e Direito é bastante remota, sendo a licitude e a honestidade os aspectos distintivos entre ambos, uma vez que ao agente público compete distinguir entre o honesto e o desonesto, entre o legal e o ilegal, o justo e injusto, o oportuno e o inoportuno, o conveniente e o inconveniente.

Por força da expressa inclusão do princípio da moralidade no caput do artigo 37 da Carta Magna, ao administrador público brasileiro não bastará cumprir apenas os estritos termos legais, mas, principalmente, seus atos devem estar adequados à moralidade administrativa, aos padrões legais de equidade, justiça e boa-fé que devem nortear todo o seu comportamento.

A esfera jurídico-constitucional adota a definição, segundo a qual, os atos da Administração Pública devem estar em estrita conformidade com os padrões de bens, valores e interesses públicos, sob pena de invalidade jurídica.

Por sua vez o art. 15, V da CF/88, inclui entre os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos a “improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º”. Também merece menção o que reza o artigo 5º, LXXIII da Carta Constitucional, ao ampliar as hipóteses de propositura da ação popular para incluir, entre outros os que ofendem a moralidade administrativa.

Além desses dispositivos, a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, colocou a probidade e a moralidade administrativa para o exercício do mandato como objetivo a serem atingidos pela lei que estabelece os casos de inelegibilidade (artigo 14, § 4º da CF/88).

Daí ser conveniente citar a conceituação de probidade administrativa de acordo com o que estabelece CAETANO:

“A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.

Vale asseverar que tanto a moralidade administrativa como a probidade administrativa são tuteladas pela ação popular, de modo a incluir a imoralidade como causa de invalidação do ato administrativo. A improbidade é tratada de forma mais rigorosa, pois figura no ordenamento jurídico-constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do agente ímprobo, podendo configurar, ainda, a prática de crime de responsabilidade.

Assim, a não observância ou o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa, além de ser suscetível de invalidação do ato violador por via administrativa ou judicial, fica o agente público passível de outras consequências sancionatórias que o seu ato ensejar.

Princípio da Publicidade

De acordo com este princípio, os atos praticados pela Administração Pública devem ser amplamente divulgados, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei, pois se entende que o poder público tem o dever de agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham acesso e conhecimento aos atos dos administradores, no exercício das funções públicas que lhes foram outorgadas.

A própria Carta Magna enumera ao longo do seu artigo 5º inúmeros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade.

Cite-se, por exemplo, o inciso LX através do qual a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, como no caso de segurança pública.

Também o inciso XIV do mesmo dispositivo assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando for necessário ao bom desempenho profissional, e por último o inciso XXXIII que estabelece que todos têm direitos a obter dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral; o preceito deste item deve ser complementado ou reforçado pela regra do inciso LX, pois ambos garantem o sigilo dos atos processuais ou administrativos quando a defesa da intimidade ou o interesse coletivo assim o exigirem, nos termos da lei.

Alguns autores entendem que a publicidade não constitui um dos requisitos do ato administrativo, nesse sentido posiciona-se Meirelles, para ele, tal atributo é “requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”.

Com relação à forma de se dar publicidade aos atos da Administração, tem-se afirmado que ela poderá dar-se através da publicação ou simplesmente por comunicação a seus destinatários.

É relevante observar, no entanto, que também a publicação e a comunicação não implicam que a obrigatoriedade de dar publicidade pode ser atendida apenas pelo comprovado e efetivo conhecimento de

fato do ato administrativo por seus respectivos destinatários; basta que os requisitos exigidos para a publicidade tenham sido satisfeitos, nos termos previstos na ordem jurídica.

Logo, sendo feita a publicação ou a comunicação do ato dentro das devidas formalidades, haverá uma presunção absoluta da ciência do interessado, dando-se por atendida a exigência da publicidade. Exceto se as normas legais vigentes dispuserem em contrário.

Nessa direção apontam as palavras de Bandeira de Melo, ao afirmar:

“O conhecimento de ato é um plus em relação à publicidade, sendo juridicamente desnecessário para que este se repute como existente (...). Quando prevista a publicação do ato (em diário oficial), na porta das repartições (por afixação no local de costume), pode ocorrer que o destinatário não o leia, não o veja ou, por qualquer razão, dele não torne efetiva ciência. Não importa. Ter-se-á cumprido o que de direito se exigia para a publicidade, ou seja, para a revelação do ato”.

Tem-se, pois, que as formas pelas quais se pode dar publicidade aos atos administrativos, em obediência ao princípio constitucional em estudo, serão distintos de acordo com os preceitos estabelecidos pelo Direito Positivo, e sendo este omissivo, conforme os parâmetros previstos na teoria geral dos atos administrativos.

Observe-se ainda que, em caso de desatendimento ou violação dos direitos protegidos pelo princípio da publicidade, os prejudicados poderão valer-se do habeas data, do mandado de segurança ou até mesmo das vias ordinárias, desde que atingidos os pressupostos constitucionais e legais exigidos para cada caso.

Para concluir, faz-se de extrema relevância perceber-se que o problema da publicidade dos atos administrativos, em consonância com o caput do artigo 37 da Constituição vigente, não deve ser confundido com o problema da propaganda ou divulgação dos atos e atividades do Poder Público pelos meios de comunicação de massa de “publicidade” pelo § 1º desse mesmo dispositivo, pois a publicidade jurídica indispensável para aperfeiçoamento dos atos difere da propaganda dos atos de gestão administrativa e governamental, posto que a primeira é um encargo constitucional, enquanto a segunda, constitui-se em mera faculdade da Administração Pública a ser exercidas nos casos e nas limitações constitucionais existentes.

Princípio da Eficiência

Este princípio foi inserido no caput do artigo 37 da atual Constituição, pela Emenda nº 19/98 – Emenda da Reforma Administrativa – colocando-o entre os princípios constitucionais que regem a administração pública. Do mesmo modo, a lei nº 9.784/99 que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, fez referência a ele no artigo 2º, caput.

O princípio da eficiência orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que dispõe e a menor custo. Rege-se, pois pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Consoante Meirelles discorre a respeito:

“O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

Nesses termos, pressupõe-se que a idéia de eficiência não deve ser apenas limitada ao razoável aproveitamento dos meios e recursos colocados ao dispor dos administradores públicos. Deve ser concedida também pela adequação lógica desses recursos razoavelmente utilizados aos resultados efetivamente obtidos, e pela relação apropriada desses resultados com as necessidades e interesses públicos existentes.

Assim, pode-se definir o princípio da eficiência como sendo aquele que determina aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta o emprego maximizado e racional dos recursos colocados à sua guarda e utilização, quais sejam: os recursos materiais, técnicos, financeiros e humanos, de modo que

possa atingir seus fins quantitativo e qualitativamente satisfatório, em face das necessidades da coletividade administrativa.

Pode-se afirmar que tal princípio apresenta-se sob dois aspectos: quanto ao modo de atuação do gestor público e quanto ao modo de organização, estrutura e disciplina da Administração Pública, ambos com o mesmo objetivo de alcançar o melhor desempenho das atribuições reservadas ao agente e atingir os melhores resultados na prestação dos serviços públicos colocados à disposição da comunidade.

Porém, apesar de sua importância para o exercício da atividade administrativa, vale ressaltar que esse princípio se “soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.

II. Improbidade Administrativa

Conceito e Evolução Legislativa da Improbidade Administrativa no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Improbidade Administrativa é um dos maiores males que assolam a máquina administrativa do Estado Brasileiro e um dos aspectos negativos da má administração que exigem a implementação de um controle social mais rigoroso e eficaz.

O vocábulo improbidade, etimologicamente, deriva do latim improbitas, que significa má qualidade, malícia, sendo empregado para designar a conduta administrativa corrupta, desonesta. Em termos gerais, qualifica toda e qualquer conduta omissiva ou comissiva, que promova o desvirtuamento da Administração Pública de seus fundamentos básicos de moralidade, afrontando os princípios da ordem jurídica do Estado de direito, e principalmente, que seja atentatória ao patrimônio público e ao bem-estar da sociedade.

O conceito de improbidade é bem mais amplo do que a definição em si de ato lesivo ou ilegal. É o oposto de probidade, que significa qualidade de probo, integridade de caráter, honradez. Assim, a improbidade é o mesmo que desonestidade, mau caráter, ausência de probidade.

Como analisado no capítulo anterior, constitui-se uma tarefa árdua estabelecer a diferença entre moralidade e probidade administrativas. Porém, cumpre asseverar que ambas estão interligadas com a idéia de honestidade dos propósitos da Administração Pública não bastando à existência de uma legalidade formal, pois o agente público deve observar os ditames éticos da boa-fé que norteiam a conduta e o disciplinamento interno da Administração Pública.

Ressalte-se que, apenas com o advento da Constituição de 1988 é que a moralidade administrativa foi inserida como princípio constitucional da Administração Pública no artigo 37, caput, ou, como um reflexo da preocupação com a ética e a impunidade reinantes no setor público. A referida norma só se refere à improbidade administrativa apenas quando faz menção às hipóteses de desrespeito ao princípio da moralidade, como ocorre no artigo 37, § 4º, e, ainda, o artigo 15, V, da Carta Magna, repete o mesmo gesto, ao mencionar a improbidade entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República que tem como sanção, a perda ou a suspensão dos direitos políticos.

Destarte, ante a dificuldade de Conceituação da improbidade, por apresentar uma demasiada flexibilidade de compreensão qualquer que seja a concepção considerada – jurídica ou moral – De Plácido e Silva preceitua que a “improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência por ser amoral. Improbidade é qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral”.

Nesse sentido, pode se conceituar o ato de improbidade como sendo todo aquele praticado pelo agente público, contrário as normas da moral, à lei e aos bons costumes, com notável falta de honradez e de retidão da conduta no modo de agir perante a administração pública direta, indireta ou fundacional dos Poderes Estatais.

A Lei Federal 8.429/92, comumente conhecida como “Lei do colarinho branco” foi regulamentada com o fim de atualizar os diplomas legais anteriormente existentes a Lei Pitombo Godói Ilha, posteriormente

complementada pela lei Bilac-Pinto, e revogá-las. Todavia não se verificou a colmatação das lacunas existentes e ainda demonstra uma sistematização incipiente.

Preceitua o artigo 25 que: “ficam revogadas as leis nº 3.124, de 1º de junho de 1957, e 3.502 de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário”.

Mister considerar estes diplomas anteriores e estudá-los comparativamente para que se possa definir as características atuais da improbidade administrativa bem como as suas sanções.

Vale repetir que apenas em 1988 o constituinte positivou as normas de validade das leis de combate à improbidade. Antes, falava-se singelamente em enriquecimento ilícito sem se fazer menção a necessária regulamentação dos atos eivados do vício de improbidade.

Na vigência da Constituição de 1967, que no artigo 153, § 11, na parte final previa “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública” foi drasticamente alterada com a edição do Ato Institucional nº 5/68, que, no artigo 8º estabelecia que “(...) O Presidente da República podia, após investigação decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido, ilicitamente, no exercício do cargo ou da função pública, inclusive de autarquia, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”.

Essa medida administrava com caráter confiscatório era totalmente inconstitucional, uma vez que não respeitava o devido processo legal e o contraditório, onde não era possível a apreciação judicial, e perdurou até a EC 11/78 que revogou o referido ato institucional e outros que ainda estavam em vigor.

A Lei Pitombo-Godói Ilha, como ficou conhecida a Lei Federal nº 3.154/56, no seu art. 1º, caput, subordinada a sequestro os bens do servidor público adquiridos por abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que ele tenha incorrido.

Di Pietro acrescenta que, nesta lei, manteve-se a natureza civil da sanção, aplicável com total independência da responsabilidade criminal. Assegurava, em seus § 1º e 2º, que o referido sequestro fosse decretado no juízo cível e ainda, que a iniciativa do respectivo processo seria incumbência do Ministério Público ou de qualquer cidadão o promover, nos termos da lei. Com relação à iniciativa popular, antecipou-se à Lei de Ação Popular, pela lacuna existente na Carta Magna, vigente no período.

Dito Diploma instituiu o registro público obrigatório dos bens e valores pertencentes ao patrimônio privado dos agentes e servidores públicos da União e Autarquias, que equivale atualmente à declaração de bens. Restringia a objetividade da ação sancionadora, apenas como proteção da Administração Direta e, reportando-se ao servidor e empregado autárquicos, no plano subjetivo do agente público, pois não se conhecia até então, no sistema jurídico-normativo as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Desse modo, a Lei Pitombo Godói Ilha limitou-se a dar ênfase, embora genericamente, a uma modalidade de enriquecimento ilícito em virtude do exercício irregular do cargo ou função pública cuja consequência era apenas o desapossamento dos bens adquiridos pelo servidor público.

Posteriormente, a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58), veio a regular o sequestro e o perdimento de bens do servidor público da Administração Direta e Indireta, nos casos de enriquecimento ilícito devidamente verificado e comprovado por influência ou abuso de cargo ou função. Este diploma legal não revoga, mas complementa sua antecessora ao enumerar, em seu art. 2º, as hipóteses caracterizadoras de enriquecimento ilícito, in verbis:

- A incorporação ao patrimônio privado, sem formalidades legais, regulamentares, estatutárias ou normativas e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio público;
- A doação de valores ou bens do patrimônio público a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito;
- O recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratidão ou presente;

- A percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente inferior ou corrente no mercado ou a seu valor real;
- A utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos, máquinas e materiais de qualquer natureza, de propriedade e materiais de qualquer natureza, de propriedade pública e, bem assim, dos serviços dos agentes públicos;
- O enriquecimento resultante de tolerância ou autorização ou de ordem verbal, escrita ou tácita, para a exploração de jogos de azar ou de lenocínio, bem como o resultante de declaração falsa em mediação de serviços ou obras públicas ou sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadoria ou bens”.

Para a caracterização do enriquecimento ilícito nos casos de doação de bens e valores públicos, de acordo com o disposto no parágrafo único do artigo supracitado, exige-se a verificação de interesse político ou outro de qualquer espécie que possa, direta ou indiretamente, provar que o doador haja sido beneficiado com o seu ato.

Ressalte-se outro aspecto de grande relevância é a não revogação por esta lei da legitimação do Ministério Público para propor a ação protegida pela Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei nº 3.164/57), podendo ainda o processo ser movido por qualquer cidadão.

Além disso, o ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela pessoa jurídica autora ou litisconsorte, poderá ser pedido, cumulativamente, na ação principal.

Apesar de suas impropriedades e lacunas, a Lei Federal Bilac Pinto foi um passo inicial nas tentativas de combate ao enriquecimento ilícito como ato caracterizador da improbidade administrativa. Nesse sentido, pode-se citar o entendimento de Pazzagliani Filho e outros, ao prefaciar:

“O fato de não contemplar o enriquecimento ilícito sem causa e as dificuldades que estipula para a caracterização do enriquecimento ilícito tornaram a Lei Bilac Pinto diploma de rara incidência. Talvez as suas impropriedades, incertezas e lacunas sirvam para explicar, em parte, a grande onda de corrupção e impunidade disseminada no país no período de sua vigência”.

Em 1992 entrou em vigor a lei nº 8.429/92 com o fim de regulamentar o artigo 37, § 4º da Carta Constitucional, que especificou, embora não exaustivamente, alguns atos de improbidade administrativa e suas respectivas sanções cabíveis além de revogar a lei Pitombo-Godói Ilha (Lei Federal nº 3.164/57) e a Lei Bilac Pinto (Lei Federal nº 3.502/58).

Com o advento desta lei, surgiu um entrave relativo à sua incidência temporal posto que, os diplomas antecessores disciplinavam apenas o enriquecimento ilícito, tendo, portanto, uma abrangência menor.

A Lei Maior não tratou, especificamente, o enriquecimento ilícito, mas ampliou o poder tutelar da Administração Pública para disciplinar os atos de improbidade administrativa.

Dessa forma, alguns atos ímprobos, praticados no período de transição, compreendido entre 05 de outubro de 1988 e três de junho de 1992, não foram aprovados, pois vigoraram ainda, as leis anteriores que cuidavam do enriquecimento ilícito passível apenas de ressarcimento do dano causado ao erário público.

Não obstante o próprio texto constitucional estipular sanções, como a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e a suspensão dos direitos políticos, existia a necessidade de regulamentação legal, que só veio a ocorrer com a promulgação da Lei Federal nº 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa.

Sob a argumentação de inexistência de previsão legal e com o objetivo de se ver preservado o respeito das instituições públicas, foi notável nesse período transitivo, a ocultação e arquivamento de alguns atos de improbidade administrativa, que não se enquadravam na modalidade de enriquecimento ilícito, sem o cabimento do Ministério Público e sem a devida apuração pelo Poder Judiciário.

Oportunamente, pode-se citar o posicionamento de Di Pietro ao elucidar:

“Por essa evolução do direito positivo, vê-se que a expressão ato de improbidade administrativa, aplicável às infrações praticadas por servidores públicos em geral, só foi introduzida pela Constituição de 1988, não sendo utilizada nas constituições anteriores a não ser para designar as infrações de natureza política. E seu significado só foi definido pela Lei nº 8.429/92, de forma mais ampla do que a anterior fórmula de enriquecimento ilícito”.

Por último, cabe assinalar, que existe ainda na atual Constituição uma outra referência à probidade e a moralidade administrativa no artigo 14, § 9º, em cujos termos “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Direta ou Indireta”.

Porém, esse dispositivo tem nítido caráter preventivo, pois ao cuidar das hipóteses de inelegibilidade, a serem regulados em lei complementar, seu intuito é impedir que tais atos sejam praticados no período eleitoral, e não, punir os atos de improbidade que, porventura tenham ocorrido.

Portanto, a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para o seu reconhecimento. Estará caracterizada sempre que a conduta do agente público contrastar quaisquer dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – independentemente da geração de efetivo prejuízo ao erário.

Com essa breve análise histórica, vê-se que a preocupação do legislador brasileiro em punir o administrador nefasto, ímprobo, de conduta corrupta, é de longa data. Porém, somente com a Carta de 1988, e finalmente com a publicação da “lei do colarinho branco”, estabeleceram-se definitivamente os contornos acerca dos atos de improbidade e a amplitude de sua esfera de aplicação. Durante a evolução deste estudo, abordar-se-á pontos específicos desta lei, pois é sobre ela que pesam as principais argumentações aqui suscitadas.

Dos Elementos Constitutivos Da Improbidade Administrativa

O art. 37, § 4º da Lei Maior prevê medidas sancionatórias que, só poderão ser efetivamente aplicadas quando verificado a existência de determinados elementos caracterizadores do ato de improbidade, tais como: o sujeito passivo, mencionado pelo artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa; o sujeito ativo, assim entendido o agente público ou terceiro que concorra para a prática do ato de improbidade ou que dele se aproveite, direta ou indiretamente; a ocorrência do ato danoso, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, prejuízo ao erário ou que atente contra os princípios constitucionais da Administração Pública; e, por último, o elemento subjetivo, que tanto pode ser a culpa do agente ou sua conduta dolosa.

Passe-se, então, a análise e ao estudo pormenorizado de cada um dos elementos mencionados no parágrafo anterior.

Do Sujeito Passivo

A Lei nº 8.429/92, em seu artigo 1º, tenta discriminar os agentes passivos dos atos de improbidade administrativa, sem cujos termos:

“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”.

O parágrafo único do mesmo dispositivo complementa a medida ao estabelecer que “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 50% (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”.

Há que se evidenciar, desde então, a má redação do artigo 1º da dita lei, pois no entendimento de José Cretella Júnior “a Administração Pública direta, indireta ou fundacional não ocorre em qualquer dos Poderes, mas existe, como sempre existiu, apenas no âmbito do Poder Executivo, nas esferas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, sendo estas quatro entidades denominadas ‘Centros’, em contraposição às entidades criadas pelo Centro, de natureza pública ou privada e que exerçam serviços administrativos, prestando tais atividades ou editando os respectivos atos”.

Porém, mesmo assim, verifica-se que o dispositivo legal considera sujeito passivo:

- As pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Autarquias);
- Os Órgãos dos três Poderes do Estado;
- As pessoas jurídicas de direito privado (Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista e as Empresas que detenham, direta ou indiretamente, capital público para sua composição e desenvolvimento).

Portanto, vê-se que a lei tem um alcance amplo, quer em dimensão, ao enquadrar todos os agentes públicos e demais beneficiários, quer em profundidade, ao incluir a administração direta ou indireta nos três níveis de governo.

Do Sujeito Ativo

Considera-se sujeitos ativos do ato de improbidade, nos termos da Lei 8.429/92, o agente público e o terceiro que venha a induzir ou concorrer para a efetivação do ato ímprobo, ou que dele se beneficie de forma direta ou indireta.

Pode-se entender o agente público como sendo toda pessoa física incumbida definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.

A Lei de Improbidade administrativa ampliou este conceito ao estabelecer no artigo 2º que: “reputa-se agente público para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Logo, pode-se definir como sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa o agente público que os praticou, com ou sem auxílio de terceiros.

Em síntese, tem-se que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa capaz, com vínculo permanente ou temporário, a título remunerada ou não, nomeada, designada, comissionada, eleita ou contratada, ou por qualquer forma investida ou vinculada e em exercício nas pessoas jurídicas previstas no artigo 1º da referida lei.

É pertinente ressaltar que, ainda existe a categoria dos responsáveis solidários pelo ato de improbidade, na qual enquadram-se os administradores, pelos prejuízos causados, e o administrador que concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto. Neste último caso, pode-se citar exemplificativamente a auferição de vantagens pessoais para si ou para outrem.

A vasta experiência evidencia que na maioria dos casos de improbidade administrativa, há sempre a participação de terceiro, entrando aos quadros da Administração Pública que auxilia na prática do ilícito ou beneficia-se dele, juntamente com o agente público.

Suborno e favorecimentos predominam nessa área, sobretudo nos casos que envolvem grandes vultos de dinheiro, nos quais, raramente o agente público age isoladamente.

Nesse sentido, Pazzaglini Filho e outros autores ao definirem o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa como sendo o agente público, afirma que “o terceiro que com ele concorre materialmente ou por indução, ou, ainda, que se beneficia pratica o ato de improbidade administrativa impróprio ou por equiparação” pelo fato de puramente lograr proveito das consequências do ato sem precisamente ter efetiva participação na sua concretização, o que é motivo suficiente para aprovar sua responsabilização.

Outros Elementos

Além dos sujeitos (Ativo, Passivo e Terceiro) há de estar presente também como elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa disciplinada pela Lei 8.429/92, a efetiva ocorrência do ato danoso.

O artigo 21 dessa lei reza que a aplicação das sanções previstas nesta lei independe: “I) da efetiva ocorrência do dano ao patrimônio público; II) da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”.

O referido artigo da citada lei tem dado margem a diversas interpretações, apesar de sua clareza. Alguns defendem a tese de que, não ocorre ilegalidade devido a incorrência de danos materiais ao patrimônio público.

Ora, a aplicação das sanções independe da ocorrência do dano vez que se pode observar a prática de atos imorais, na administração pública, sem que o dano tenha se aperfeiçoado.

O STF tem reiterado suas decisões no sentido de que, na hipótese de ação popular, onde a lesão e a legalidade são seus atributos específicos, caso a lesividade não se configure, dispensa-se o exame da nulidade do ato, objeto da ação.

Todavia, no caso da Ação Civil Pública contra ato de improbidade, ocorre o inverso, faz-se necessário apenas que se demonstre a ocorrência de prejuízo irreparável ao erário público.

Diferentemente dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º) e daqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) é a hipótese do art. 10 da Lei 8.429/92, isto é, os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário público, pois, nestes é imprescindível a comprovação da ocorrência do evento danoso.

Desse modo, não se pode condicionar à prova de efetiva ocorrência do dano para que se puna o agente público que incorrer nas condutas descritas nos arts. 9º e 11 da lei, posto que, a finalidade desta é tutelar a moralidade administrativa.

Dada a análise feita acerca dos sujeitos (ativo, passivo, terceiro) e da verificação da efetiva ocorrência do dano, cabe ressaltar que também figura como elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa, a culpa e o dolo - elemento subjetivo.

Ao se verificar a prática de um ato administrativo supostamente eivado do vício de imoralidade, é necessário investigar a existência da culpa, do dolo ou, no mínimo, a presença de má-fé que revele a ocorrência de um comportamento desonesto.

Porém, há de se ter bom-senso ao imputar a alguém, agente público ou não, a prática de ato de improbidade administrativa e, principalmente, ao enquadrá-lo nos limites legais uma vez que as sanções previstas pela lei são severas e de grandes consequências jurídicas.

Além disso, o judiciário não pode ser sobrecarregado inutilmente com fatos irrelevantes que podem ser resolvidos com perfeita adequação na esfera administrativa, todavia, como assevera Di Pietro “a aplicação das medidas previstas pela lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins”.

De todos os dispositivos da lei nº 8.429/92 que visam definir os atos de improbidade administrativa, apenas o art. 10 do referido diploma exige a ação ou emissão causadora de prejuízo ao erário, seja dolosa ou culposa.

Diante do exposto, pode-se admitir a presença da culpa presumida em algumas hipóteses de atos de improbidade, especialmente naqueles que causam o enriquecimento ilícito. Fábio Medina Osório é conclusivo ao proclamar que:

“A culpa daqueles que se relacionam com a administração pública e se beneficiam da improbidade administrativa, todavia, há de ser analisada com o máximo rigor, adotando-se redobradas cautelas quando se analisam as exigências de preparo e conhecimento de quem lida com interesses públicos e desfruta de efeitos da desonestidade ou incompetência dos agentes públicos”.

Portanto, a presença do elemento subjetivo é muito relevante à lei de improbidade pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de resguardar a probidade, a moralidade e a honestidade no âmbito da Administração Pública.

Modalidades de Atos de Improbidade Administrativa

A improbidade administrativa como uma espécie de ato ilícito é considerada uma infração com sancionamento previsto no ordenamento jurídico, nesse propósito, deve-se ter em mente o seu sentido mais amplo que inclua não apenas os atos desonestos ou imorais, mas também, os atos eivados de vícios que os tornem ilegais, pois a conduta do agente deverá ser norteadada pela legalidade.

Várias são as espécies de improbidade administrativa, porém a Lei Federal nº 8.429/92 conceitua e agrupa, exemplificativamente os atos de improbidade em três categorias, já citadas, quais sejam:

1. Os que ensejam enriquecimento ilícito do agente público com desfavorecimento econômico ao erário ou não (art. 9º);
2. Os que são concretamente lesivos ao erário (art. 10);
3. Os que afrontam os princípios da Administração Pública e podem ou não causar prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito (art. 11).

Adentrando no estudo dos fatos considerados infrações de caráter político e civil, recorrendo quando necessário, ao Código Penal Brasileiro dado o seu caráter complementar à Lei de Improbidade, passe-se a análise de cada uma das modalidades de ato de improbidade administrativa.

O art. 9º da Lei Federal 8.429/92 faz menção à primeira modalidade de atos, quando dispõe objetivamente que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, (...)”.

Para Costa, a primeira modalidade definiu-se como sendo “o comportamento doloso e ímprobo do servidor público que, caracterizando enriquecimento ilícito, consista na obtenção de qualquer proveito de ordem patrimonial indevido em razão do exercício de sua função ou mandato, em qualquer entidade de natureza pública”.

Logo, conclui-se que o enriquecimento ilícito ou, como preferem alguns, o enriquecimento sem causa implicará o locupletamento à custa do empobrecimento do Poder Público, sem que exista qualquer motivo jurídico. São, portanto, elementos caracterizadores: o enriquecimento sem causa de alguém ou a inexistência de justa causa, o empobrecimento de outrem e a configuração do nexo de causalidade entre estes dois últimos.

Quanto ao elemento subjetivo necessário à caracterização das condutas geradoras de enriquecimento ilícito, cabe ressaltar que, nenhuma delas admite a forma culposa; todas são dolosas. Isto ocorre porque todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do fim pretendido.

Ademais o agente conhece a proibição de se enriquecer às expensas de serviço público ou de permitir que o faça, por ilegalidade de sua conduta. Constata-se, pois, que inexistente enriquecimento ilícito dotado de negligência ou imprudência.

A efetivação da vantagem pecuniária indevida constitui um dos elementos mais significativos para o aperfeiçoamento do ato de improbidade administrativa que consiste na modalidade enriquecimento ilícito. Sem a sua verificação, não se pode tipificar o crime e o fato poderá ensejar uma infração disciplinar ou outro gênero de improbidade.

Para esta espécie de enriquecimento ilícito que culmina com a prática do ato de improbidade, as sanções devem ser aplicadas de modo global, em virtude da natureza e da gravidade do ato praticado e pode-se enumerá-las da seguinte forma: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio público, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, dentre outros.

A segunda modalidade de atos de improbidade administrativa é aquela que inclui atos lesivos ao erário público e que estão definidos no art. 10 da Lei Federal 8.429/92, segundo o qual “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamentos ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...)”.

É oportuno estabelecer a distinção entre erário e patrimônio público, antes de discorrer sobre essa modalidade de ato de improbidade administrativa. O erário compreende o econômico-financeiro, o tesouro, o fisco; já o patrimônio público tem noção de espectro mais abrangente, sintetizadora não apenas do econômico, mas também do estético, do histórico, do artístico, do turístico e do paisagístico.

Deve-se considerar que, todas as ações abrangidas por essa modalidade de ato de improbidade importam em prejuízo ao serviço público.

Assim, o diploma legal que disciplina a improbidade administrativa intenta proteger não o patrimônio público propriamente dito, mas o erário, o tesouro, ou seja, o conjunto de órgãos e entidades administrativas incumbidas de gerir a movimentação econômico-financeira do Estado, por exemplo, a arrecadação de tributos, aplicação de verbas e outras. Daí, a pertinente distinção entre patrimônio e erário, pois, algumas vezes emprega-se aquele como sinônimo impróprio deste.

Ressalte-se que o ato de improbidade administrativa por dano causado ao erário consuma-se mesmo que não ocorra o efetivo prejuízo ao patrimônio público, pois, tal repressão tem por escopo o resgate da moralidade administrativa. Importante salientar que a legalidade jurídica não importa necessariamente moralidade administrativa, posto que um determinado ato pode ser legal mesmo sendo imoral.

Analisando-se a ação do sujeito ativo desta modalidade de ato de improbidade, constata-se que não se constitui em uma simples série de causas e efeitos. Segundo Ferracini, o agente a realiza com um fim determinado e, para tanto escolhe os meios necessários para atingi-lo, colocando-os em execução e prevendo as consequências que o seu comportamento pode ensejar, direciona a vontade de acordo com essa previsão. Com isso, domina o fato pelo conhecimento das causas transformando-o em uma ação dirigida a um fim específico.

Esclareça-se, pois, que ao utilizar a expressão perda patrimonial o dispositivo legal não quer referir-se a qualquer prejuízo, mas ao prejuízo decorrente de uma ação ou omissão ilegal do agente público que acarrete lesão ou dano, não devendo ser considerados apenas os reflexos meramente patrimoniais dos atos lesivos ao erário uma vez que o legislador tratou de reprimir, com maior severidade, tais condutas com a previsão da incidência da Lei Federal 8.429/92.

Para finalizar, passe-se a análise da última modalidade de atos de improbidade regulamentada pelo art. 11 da norma legal que disciplina a matéria.

De acordo com esse dispositivo “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, (...)”. Logo, todos os atos contidos neste artigo agrem contra os princípios que regem a administração pública.

Esta derradeira modalidade de atos tem sofrido inúmeras críticas por parte da doutrina pelo fato do dispositivo legal equiparar a improbidade ao ilegal, como bem observa FIGUEIREDO:

“Novamente a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou, por outra, o legislador invertendo a direção constitucional, acaba por dizer que o ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade”.

Depois de listar os atributos que devem qualificar o agente público, a lei situa-os no mesmo plano do princípio da legalidade quando honestidade, lealdade e imparcialidade são apenas atributos humanos que devem descender dos princípios da administração, porém, jamais podendo ser enquadrados como princípios. A lei seria mais coerente se, simplesmente, tivesse feito alusão aos princípios constitucionais previstos no caput do artigo 37. Pela redação do artigo 11 da Lei Federal nº 8.429/92 evidencia-se que as atitudes pressupõem a consciência da ilicitude e a vontade de realizar ato antijurídico, sendo todas as condutas, presumidamente, dolosas.

Importante salientar que, a lei não exige, para constituição do ato de improbidade, que o agente público almeje satisfazer interesse pessoal, como o reclama a lei penal (art. 319 do CP).

Para concluir, mister são as palavras de Pazzaglini Filho e outros autores referindo-se ao artigo 11 do referido diploma legal, “funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que o pratica”.

Entende-se que é nesses termos que a norma deve ser interpretada, pois o bem jurídico tutelado pela lei é a probidade administrativa, objetivo revelado no artigo 21 quando aventa a possibilidade de se caracterizar o ato de improbidade, mesmo que não haja a ocorrência de prejuízo efetivo ao patrimônio público.

Sanções Aplicáveis Aos Sujeitos Da Improbidade

O fundamento constitucional da punibilidade aos que praticam atos de improbidade administrativa encontra-se alocado no artigo 37, § 4º da CF, bem como em toda legislação administrativa pátria, onde se dispõe que tais atos “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”. Logo, vê-se que o texto constitucional faz referência a três tipos de sanções: política, administrativa e penal.

Porém, alguns autores têm entendido que a alusão do legislador constituinte às medidas aplicáveis ao agente da improbidade não é nominalmente feita como sendo sanções, inclusive algumas delas possuem caráter eminentemente preventivo, como é o caso da indisponibilidade dos bens que tem por finalidade impedir a dilapidação patrimonial ou a ocultação dos bens, que tornariam impossível o ressarcimento do dano causado ao erário.

Didaticamente, pode-se dividir os agentes do Estado capazes de atuarem como sujeito ativo do ato de improbidade em duas categorias, a saber: o agente público e o agente político.

A improbidade administrativa perpetrada pelos agentes públicos constitui delito de natureza disciplinar, o qual, deve ser apurado em processo administrativo disciplinar idôneo, ficando o servidor sujeito à pena de demissão se considerado e julgado culpado. No âmbito da Administração Pública Federal, essa previsão legal é feita no artigo 32, inciso IV, da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União).

No que tange aos atos ímprobos praticados pelos agentes políticos, por exercerem função de alta política, tais atos possuem natureza de crime de responsabilidade, que é uma categoria de infração político-administrativa aplicável aos representantes do poder público, e que se encontra disciplinada nos respectivos regimes jurídicos, muito embora que o ato demissório deva enquadrar-se em uma das três modalidades deliquais plasmadas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Federal nº 8.429/92 que correspondem respectivamente aos atos que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública.

A Lei Nacional da Improbidade Administrativa dispõe em seu artigo 12, que independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, o responsável pelo ato de improbidade se submeterá às sanções aplicáveis pela citada lei.

É oportuno sublinhar que predomina no ordenamento jurídico brasileiro o princípio segundo o qual as sanções civis, penais e administrativas são cumuláveis podendo o mesmo ato ensejar a responsabilização do infrator nessas três instâncias desde que tal conduta possa enquadrar-se em cada uma delas.

Portanto, pode-se observar que na apuração da improbidade administrativa as três esferas de verificação das responsabilidades atuam com relativa independência entre si, entretanto, existe entre elas uma certa interferência quanto aos resultados, conforme reza o artigo 125 da Lei nº 8.112/90, em que a “responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. Sendo assim, a sentença penal transitada em julgado, contendo decisão que negue categoricamente a existência do fato ou ato e sua autoria terá repercussão nas instâncias cível e administrativa, produzindo o efeito da res judicata (coisa julgada). No caso de aplicação das sanções, o Judiciário deve aplicá-las considerando a extensão do dano causado ao erário e o proveito patrimonial obtido pelo agente público acusado.

Todavia, a absolvição por ausência de provas não se estende à esfera administrativa por estar vinculada a negativa do fato ou da autoria. Também não excluirá a apreciação do ato na instância administrativa nem muito menos desconsiderar-se-á a prática de um ato ilícito a prescrição ou a absolvição criminal. Nesse sentido, o Ministro Moreira Alves do STF, por decisão unânime, expressou que:

“A independência das instâncias cível, penal e administrativa é regra no Direito brasileiro, e mesmo que o fato constitua, ao mesmo tempo, ilícito penal e administrativo, eventual decisão de juízo criminal só terá reflexos na instância disciplinar, impedindo a imposição de pena, se declarar a inexistência material do fato (isto é, que ele ocorreu) ou se julgar provado que aquele determinado agente público não foi seu autor.

A absolvição do réu por outros fundamentos – falta de prova da autoria, inexistência do crime, entre outros – não é obstáculo para a sanção disciplinar, porque a prova que faltou na ação penal pode estar no processo disciplinar ou o fato pode não ser crime, mas estar previsto em lei como infração administrativa”.

Ainda no tocante à concomitância de instâncias administrativa, civil e penal, deve-se reforçar que muitos dos atos de improbidade podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e as infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos.

Nessas hipóteses nada impede a instauração de processos nessas três instâncias, pois, como leciona Di Pietro, a primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicará as sanções previstas na lei 8.429/92; e a terceira vai apurar o ilícito penal segundo as normas do CPP.

Quanto às sanções constantes do artigo 12 da citada lei – interdições de direitos, perda de função, multa, ressarcimento ao erário e suspensão dos direitos políticos – as mesmas possuem caráter extrapenal, logo, não são passíveis de aplicação exclusiva pela via do direito penal. Note-se também que, as sanções são genericamente associadas aos tipos de improbidade definidos pela lei.

Neste diapasão, pode-se concluir que a ação de improbidade administrativa possui caráter eminentemente de ação civil, de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos político-administrativos.

Outro aspecto relativo às sanções diz respeito ao fato do agente que cometeu o ato de improbidade administrativa dispor de vários direitos cerceados como, por exemplo, o de propriedade, pelo perdimento dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio e pela obrigação de reparar os prejuízos causados; o de exercer os direitos políticos, que de engloba, de certa forma, o de exercer função pública, já que não se pode conceber que uma pessoa privada dos direitos políticos, ainda que transitoriamente, possa continuar a exercer mandato ou ocupar cargo, emprego ou função dentro da Administração Pública.

Pode-se considerar que a principal e mais severa penalidade é a suspensão dos direitos políticos, sendo as demais consequências civis e administrativas desta, pelo fato de ser a sanção de maior gravidade.

Discorrendo sobre a suspensão dos direitos políticos, deve-se observar que apesar da Constituição Federal vedar expressamente a cassação de tais direitos, a sua perda ou suspensão ocorrerá nas hipóteses elencadas no artigo 15 e seus incisos – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal com trânsito em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º,

VIII – ficando delimitado no inciso

V, a improbidade administrativa, nos moldes do artigo 37, § 4º. Assim o legislador constituinte incluiu os direitos políticos no rol dos direitos fundamentais do cidadão, exigindo-se em caso de restrição a estes, previsão constitucional expressa.

Importante realçar que o artigo 20 da LIA estipula que a suspensão dos direitos políticos só se efetivará com o trânsito em julgado da sentença condenatória, estabelecendo o parágrafo único deste dispositivo sobre a possibilidade de afastamento do agente ímprobo do exercício da função desempenhada – sem prejuízo da remuneração – a fim de assegurar a efetiva instrução processual.

Destarte, todo agente público que exerça mesmo que temporariamente ou sem remuneração, qualquer cargo, emprego ou função ou, mesmo aqueles que não sendo agentes, induzam ou concorram para o cometimento de atos de improbidade ou que deles se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta, se sujeitarão à suspensão dos direitos políticos por esta ser uma sanção constitucional que objetiva o resgate da moralidade através do embargo à capacidade cívica do indivíduo, fazendo com que este não perca apenas as condições de elegibilidade, mas também, o direito de exercer qualquer outra função pública inclusive a prerrogativa de promover Ação Popular.

Com isso, pode-se dizer que a suspensão dos direitos políticos tem por finalidade afastar temporariamente o agente ímprobo da própria vida política do Estado, salvaguardando a primazia do interesse público em detrimento de direitos fundamentais como são os direitos políticos. Sua aplicação constitui fato impeditivo para que este continue ativamente no seio da Administração Pública, gozando do uso pleno e irrestrito destes direitos.

Martins Júnior pronunciando-se sobre os efeitos decorrentes da aplicação dessa sanção de natureza civil afirma que estes serão diretamente atingidos, no momento da “condenação transitada em julgado na respectiva ação civil pública, não sendo necessária nessa hipótese (...) a jurisdição eleitoral, (...), pois na jurisdição civil constitucionalmente prevista o ato já foi considerado improbidade administrativa e seus responsáveis punidos”.

Nesses termos, torna-se nítida a concomitância de jurisdições competentes sob matizes, natureza e efeitos diversos. A propósito, quando não se tratar de pena, inclusive acessória, a suspensão dos direitos políticos, enquanto sanção prevista constitucionalmente, depende do pleno exercício da jurisdição administrativo-eleitoral, para sua eficácia com o cancelamento da inscrição e a exclusão do indivíduo da lista dos eleitores.

De acordo com o disposto na Lei nº 8.429/92 a forma de gradação da sanção referente à suspensão dos direitos políticos, decorre de condenação por improbidade administrativa onde o legislador instituiu a Ação Civil Pública para obtenção da sanção em exame, a ser promovida pelo Ministério Público.

Na hipótese de efetivo enriquecimento ilícito, a Lei de Improbidade Administrativa prevê em seu artigo 12, I, que a suspensão dos direitos políticos pode ocorrer de 08 (oito) a 10 (dez) anos, porém, quando houver lesão ao erário, a mesma lei estabelece no inciso II do referido dispositivo, que o prazo compulsório será fixado entre 05 (cinco) e 08 (oito) anos.

Já nas hipóteses de agressão aos princípios da Administração Pública sem que haja danos ao erário e sem enriquecimento ilícito, o Juiz fundamentará de 03 (três) a 05 (cinco) anos o quantum da suspensão.

Insta ressaltar que, sendo os requisitos exigíveis para caracterização da improbidade administrativa, legalmente preenchidos, o magistrado deve aplicar a sanção fundamentadamente, bem como deve escolher corretamente o quantum sancionatório, não podendo em nenhuma hipótese, excluir a sanção relativa a suspensão dos direitos políticos ou reduzir seu patamar. Para todos os efeitos ficará o Juiz vinculado à observância dos princípios constitucionais e legais para que sua decisão seja válida e possa produzir resultados no mundo do direito.

Configurando-se o enriquecimento ilícito daquele que causou o ato de improbidade e também nos casos em que se configure dano ao erário, a Lei Federal nº 8.429/92, art. 12, I e II, fixa as sanções de ressarcimento integral do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente público. Uma vez verificados o dano ou o enriquecimento ilícito, deve o Juiz aplicar as sanções previstas na legislação a fim de reparar o patrimônio público lesado.

De acordo com a natureza mista das sanções aplicadas as diferentes tipologias de atos de improbidade administrativa, pode-se distinguir três como tendo caráter eminentemente civil, sendo estas, portanto, a perda do patrimônio do agente, o pagamento de multa civil e a reparação integral dos danos causados.

A perda dos bens figura como uma permissão constitucional, artigo 5º, XLVI, “b”, prevista no art. 91 do CP não como uma sanção criminal, mas como efeitos da condenação. Não obstante, o erário enquanto vítima da ação delituosa do agente tem direito não apenas à restituição dos bens assegurado pelo CPP, art. 20, retirados de seu poder, mas também ao ressarcimento de todos os danos causados em virtude da sua ação delituosa, como prevê o artigo 91 do Código Penal, e art. 159 do Código Civil.

Portanto, pode-se afirmar que está sanção evidencia uma natureza de ressarcir o obtido indevidamente. Assim como a multa civil, a perda dos bens tem cunho moral onde se busca não beneficiar o agente ímprobo, mas impossibilitar que o mesmo continue com o acréscimo indevido.

Tal sanção impede que ocorra o enriquecimento de uma parte sem que haja um nexo de causalidade com o empobrecimento de outra parte, vale ressaltar que, a sanção recai sobre todos os agentes, que de alguma forma venha obter indevido acréscimo ao patrimônio, seja por ação ou omissão, direta ou indiretamente.

Seguindo este raciocínio, subtede-se que o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente ficará sujeito às cominações legais até o limite do valor da herança (Art. 8º, Lei nº 8.429/92). Mas se os herdeiros tiverem contribuído para o cometimento da improbidade, sujeitar-se-ão a todas as sanções legais previstas para o ato ilícito.

A perda dos bens acrescidos indevidamente objetiva tutelar a restauração da situação anterior em que se encontrava a Administração Pública. Assim sendo, o perdimento atinge tanto o objeto do enriquecimento ilícito como seus frutos e produtos. Sendo os bens fungíveis, uma vez consumidos, incide sobre o equivalente existente no patrimônio do sujeito ímprobo.

No que concerne ao pagamento de multa civil pode-se dizer que se caracteriza como uma sanção pecuniária imposta contra o dano moral sofrido pela Administração Pública, podendo ser considerada como receita extraordinária da entidade interessada, fixada em conformidade com os critérios adotados para dosar a pena, revertendo-se para o seu patrimônio.

Cumpra observar que não há uniformidade doutrinária quanto à nomenclatura de “sanção” para a multa civil, pois para a maioria dos doutrinadores a exemplo da mestra Rita Tourinho a multa civil seria “como sanção decorrente da prática do ato de improbidade administrativa, a multa civil possui caráter coercitivo, uma vez que a composição patrimonial é obtida mediante o ressarcimento dos danos”.

Para Juarez Freitas, a cobrança de multa civil “deve servir para reparar o núcleo moral do dano, então é de se reforçar a conclusão de que a ação reparatória atinente ao dano especificamente moral deve ser intentada nos prazos prescricionais aludidos”. É importante acentuar que a imprescritibilidade de ressarcimento mencionada pelo legislador constituinte diz respeito tão somente aos danos materiais.

Assim, em qualquer modalidade de ato de improbidade administrativa, há a previsão para o pagamento de multa civil, em conformidade com o devido processo legal de execução. As demais sanções são independentes e autônomas desta, portanto, não cabe sua conversão em outra espécie.

Nas hipóteses de cabimento dessa sanção, o julgador não poderá analisar o mérito do ato com vício de improbidade, desse modo, não poderá esquivar-se de aplicar a multa por motivos de oportunidade ou conveniência.

De outro modo, não poderá o julgador isentar o causador do dano de tal pagamento, baseando-se em suposta pequena dimensão do fato ou até mesmo na ausência de danos ao erário posto que sendo configurada a improbidade administrativa, a multa civil deve ser sempre aplicada nem que seja no sentido de sanção moral revertida à sociedade.

Claro, portanto fica o caráter da imposição da multa civil, pois está sanção tanto exerce uma função repressiva, atua diretamente contra o agente ímprobo, como uma função preventiva, de maneira a intimidar potenciais agentes ímprobos, principalmente, quando se considera o alto valor da multa estipulado pelo legislador, haja vista que estas poderão variar de duas até cem vezes do ato ímprobo em questão.

Outro aspecto atinente ao valor da multa civil é a sua proporcionalidade em relação à gravidade do fato, abrangendo além dos prejuízos causados, a conduta do agente, com os reflexos perante a comunidade. Algumas circunstâncias devem ser analisadas no momento de sua imposição como, por exemplo, o cargo que o agente ocupa, as responsabilidades advindas do mesmo, o nível do prejuízo decorrente do ato, o conhecimento pela sociedade, bem como outros fatores agravantes ou atenuantes.

Por último, vale salientar que existe entre os doutrinadores uma divergência relevante quanto ao alcance da multa civil e a possibilidade de esta ultrapassar a pessoa do agente ímprobo, exemplificativamente, se alcançaria o sucessor do sujeito do ato de improbidade. Nesse sentido, pode-se dizer que

tal possibilidade inexistir devido à natureza coercitiva desta sanção que tem por finalidade impedir que o infrator desobedeça às normas legais.

Na esfera civil, caberá ainda ao agente ímprobo o ressarcimento integral do dano causado, que deriva de um princípio geral do direito, que incube ao agente causador do dano ressarcir-lo integralmente. No ordenamento pátrio encontra-se similitude desta sanção nos arts. 186 e 187 do Novo CC de 2002. Evidencia-se, portanto a possível responsabilização civil do agente público quanto à conduta proba e moral das funções que exercem.

No caso de existência de concurso entre um agente público e um particular a ambos recairá a obrigação de reparar integralmente o dano causado, cumpre ressaltar que mesmo reparando integralmente os prejuízos causados não estará isento o agente ímprobo ou particular de responder por outras sanções pertinentes a tal conduta, posto que a restauração do dano será feita ao sujeito passivo da lesão.

Prosseguindo o estudo, pode-se encontrar entre as sanções de cunho administrativo a perda da função pública e a vedação ao agente ímprobo de recebimento de benefícios fiscais ou creditícios da Administração Pública, além da proibição deste contratar com o Poder Público, seja direta ou indiretamente, ainda que esta contratação se faça pela pessoa jurídica da qual o agente ímprobo seja sócio.

Analisando em primeiro plano a perda da função pública, torna-se necessário fazer referência ao conceito de “função pública” pois no contexto da LIA a acepção desta expressão deve ser entendida em sentido amplo de modo que possa abarcar todos os agentes públicos que possuam um vínculo com a Administração Pública, inclusive aqueles que gozam de determinadas prerrogativas como a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimento e a estabilidade atribuídas aos Membros do Ministério Público e da Magistratura.

Obviamente esta sanção é personalíssima ao agente que possua vínculo com a Administração Pública não se estendendo aos particulares que com ela contrata. Da mesma forma que a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública só se efetivará com o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo defeso o afastamento acautelatório do agente ímprobo quando sua presença constituir fato prejudicial à instrução do processo.

Não importa o lapso temporal em que o ilícito tenha sido praticado posto que, o agente perderá a função pública que estiver exercendo no tempo da condenação exequível. Por ser aplicável a toda espécie de ato de improbidade deve-se interpretá-la sempre pelo sentido mais amplo, podendo alcançar os vários tipos de vínculos - funcional ou não - que o agente mantenha com a Administração Pública.

No entendimento coerente de Martins Júnior, “com ela extirpa-se da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, expandindo-se para qualquer uma, mesmo se em nível de governo diferente da executada quando praticado o ato ímprobo”.

Pode-se afirmar que, se o agente estiver exercendo mais de uma função pública, pode perder ambas, pois a lei genericamente estabelece a sanção de modo que esta deva ser interpretada juntamente com a suspensão dos direitos políticos, vez que só aquele que está no gozo desses direitos é quem poderá exercer função pública, não havendo prazo de perda ou de proibição ao agente de exercer essa função.

Há de se verificar a necessidade de uma maior celeridade processual quando a pena cominar em perda da função pública, posto que em casos de mandatos eletivos, a morosidade da justiça poderá acarretar na perda do interesse de agir, em razão da periodicidade destes.

Cumpre assinalar ainda que o julgador deve atentar para a aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade, da soberania do interesse público e da proporcionalidade quando da imposição desta sanção, a fim de que as consequências do fato no âmbito social auxiliem-no na correta aplicação da lei em cada caso concreto.

Na esfera das sanções administrativas ainda é possível a vedação ao agente ímprobo de contratar e receber incentivos fiscais ou creditícios da Administração Pública. Aqui se evidencia uma sanção de caráter moral ao agente público que visa coibir a utilização de mecanismos escusos, por parte deste, para se beneficiar de contratos ou incentivos públicos, seja fiscal ou creditícios.

Ocorrendo está sanção em qualquer uma esfera da Administração Pública - municipal, estadual ou federal - o agente autor da conduta ímproba estará proibido de contratar ou receber incentivos fiscais e creditícios com as demais, pois se assim não fosse, soaria como um contra-senso principiológico, haja vista que o Estado Brasileiro, apesar desta divisão entre seus entes, é uma federação indissolúvel.

A possibilidade da vedação de contratar e a proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios não recaem somente na “pessoa física” do agente ímprobo, mas também ocorrerá como disposto nos três incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92, o qual deve prever a possibilidade de punir o agente infrator de forma direta ou indireta, ou ainda através de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

No que concerne às sanções atingirem a pessoa jurídica da qual o ímprobo seja sócio majoritário decorre do advento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica trazida à tona pela interdição contratual uma vez que para fins de aplicação da referida penalidade a pessoa jurídica que possui em seu quadro reitor o agente desonesto, está proibida de contratar com o Poder Público.

E assim, visando impedir que este utilize a pessoa jurídica como disfarce para contratar, a lei afasta completamente a figura da personalidade jurídica, ou seja, ao desconsiderá-la a Administração Pública coíbe a corrupção, impossibilitando a perpetuação da improbidade na sua esfera através de mecanismos escusos utilizados para ludibriar e dilapidar o erário público.

Ainda no que diz respeito à vedação de contratar e a proibição de receber incentivos fiscais e creditícios, é necessário que haja um mecanismo hábil de controle para a aplicabilidade prática desta sanção, como bem observa Emerson Garcia e Rogério Pacheco in verbis:

"Outro questionamento difícil de ser respondido consiste na identificação do mecanismo que fará com que as milhares de pessoas jurídicas de direito público existentes na República Federativa do Brasil tenham conhecimento da sanção aplicada ao ímprobo. Ao que sabemos inexiste um sistema nacional integrado de informações sobre antecedentes dos ímprobos o que em muito reduzirá a efetividade da sanção até a edição da legislação que supra tal omissão".

Importante sublinhar que existem algumas exceções no que tange à aplicação das sanções abordadas neste estudo, quando relacionadas ao agente público a que se destinam.

A doutrina considera que alguns cargos como o de Governador e Vice-Governador de Estado, de Vice-Presidente, Prefeitos Municipais, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, não pertencem ao rol das exceções e se caracterizada, a autoria de atos de improbidade por qualquer destes, estarão os mesmos passíveis às sanções legais em sua completude pelo fato da norma constitucional não os excepcionar, exceto em relação à legitimação ativa para a ação civil correspondente e ao privilégio de foro.

A primeira exceção vislumbrada refere-se ao cargo de Presidente da República. Quando autor de improbidade administrativa, não estará sujeito às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, pois deverá o mesmo ser denunciado perante a Câmara dos Deputados, de acordo com o art. 14 da Lei Federal nº 1.079/50, contrariando assim a determinação contida na Lei nº 8.429/92 que prevê a Ação Civil Pública para apuração dos atos dos outros agentes; posto que encontra disciplinamento próprio na Constituição.

Os crimes contra a probidade na administração elencados na Lei Federal nº 1.079/50, que ocasionam a cassação presidencial, são de caráter político-administrativo, enquanto os modelados na LIA não são delitos e não propiciam o impeachment. Ainda que eventualmente tipificados, a cassação deve fundamentar-se no crime de responsabilidade e não no ato de improbidade administrativa catalogada nesta lei.

Entretanto, se o Presidente da República cometer ato de improbidade, estará sujeito às demais sanções inscritas no art. 12 da LIA, ou seja, ressarcimento ao erário, perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente a seu patrimônio e ainda o pagamento de multa civil.

Enquanto membros do Congresso Nacional os Senadores e Deputados constituem a segunda exceção à aplicação das penalidades legais. Estes não poderão ter seu mandato cassado em virtude de sentença judicial em ação civil calcada na improbidade administrativa, todavia nada obsta que sejam pacientes das sanções cominadas na Lei nº 8.429/92, excetuando-se a perda da função pública que é

objeto dos casos do art. 55 da CF/88 que prevê no inciso IV, perda do mandato daquele parlamentar que tiver suspenso os direitos políticos.

Insta observar que, a imunidade parlamentar não se aplica às infrações que tem por consequência jurídica sanções civis, e ainda que, as disposições constitucionais sobre perda de mandato, aplica-se também aos Deputados Estaduais, conforme reza o art. 27, 1º, da Lei Maior.

Por último, excetua-se o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou que enriquecer ilicitamente. Será este abrangido pelas cominações patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa, respeitado o limite do valor da herança, quando do ressarcimento dos danos e do perdimento de bens.

A Carta Política corrobora está assertiva ao determinar em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Prescrição dos Atos de Improbidade

Dentre as normas de direito civil, administrativo, penal, processual penal e processual civil, abordada pela Lei Federal nº 8.429/92, que veio regulamentar o art. 37, § 4º da CF, dispondo sobre os atos de improbidade administrativa, merece destaque alguns pontos concernentes ao prazo prescricional.

A Carta Magna faz menção à matéria no art. 37, § 5º, em cujos termos: “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento”.

Pode-se atestar a eficácia contida nesse dispositivo, pois depende de complementação legal sendo possível se verificar que a prescrição extintiva de direitos não recai sobre a ação de ressarcimento, estabelecida na parte final do citado parágrafo. Desse modo o causador de danos ao erário não poderá arguir o instituto da prescrição em seu benefício com o fito de esquivar-se do dever legal de reparar o dano eventualmente causado.

Por sua vez, a LIA determina no art. 23 que “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do Serviço Público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”. Pode-se notar que a lei não faz qualquer ressalva quanto aos tipos de sanções.

Recorrendo a etimologia o vocábulo prescrição vem do termo latim praescripto, que significa “escrever antes” ou “no começo”.

De acordo com o entendimento de Câmara Legal a prescrição pressupõe um direito efetivo que pereceu por não ter sido proposta a ação que lhe correspondesse. Assim, tem por objeto as ações, sendo uma exceção oposta ao exercício da ação.

Para Miranda “os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia da pretensão atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a inexigibilidade ou a acionabilidade”. Acrescenta que a prescrição não se refere somente a ação, atingindo toda eficácia da pretensão. Desta forma, o exercício da pretensão ou da ação é limitável, no tempo, pela prescrição.

Portanto, o que caracteriza a prescrição é que ela não atinge o direito propriamente dito, mas a ação. Assim, o direito tem prescrita a ação (ou pretensão) que dele se irradia. O não uso da ação diminui a capacidade de reação. Este instituto foi criado com o propósito de assegurar as relações jurídicas, que seriam comprometidas pela possibilidade de propositura de ações por prazos indeterminados.

Já trazido o alcance conceitual da prescrição, pode-se voltar ao art. 23 da Lei nº 8.429/92, antes referido, o qual estabelece o prazo para o exercício da ação de improbidade administrativa, destinada a levar a efeito as sanções previstas naquele diploma legal. Decorrido o lapso de tempo previsto pela citada lei, não poderá mais se ingressar com ação fundamentada na LIA, porque esta já se encontra prescrita.

Sabe-se que o ressarcimento de danos é uma das consequências jurídicas da Ação de Improbidade, decorrente dos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92, aplicável sempre que o ato ímprobo cause dano material ou moral à Administração Pública. Ocorre que a parte final do art. 5º da CF/88 faz ressalva as ações de ressarcimento de danos. Em face da exceção imposta pelo texto constitucional, tal ressarcimento poderá ser pleiteado pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada através de ação civil pública reparatória de danos, conforme a Lei nº 7.347/85.

Desse modo, a ação que tem por objeto o ressarcimento dos danos consequentes de ato de improbidade administrativa, não se sujeita ao rito especial contido na LIA, uma vez que não se trata de uma ação de improbidade, já prescrita, mas de uma ação civil de ressarcimento de danos.

O fato dessa sanção não se enquadrar dentro do prazo prescricional aludido no art. 23 da Lei nº 8.429/92 em razão do art. 37, § 5º da CF, não significa necessariamente que o ressarcimento dos danos causados ao erário seja uma consequência jurídica imprescritível, vez que, a prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, que veiculem direitos pessoais, quer reais, privados ou públicos. Tratando-se de prescrição, a imprescritibilidade é sempre excepcional.

Outra questão de muita relevância prática é a que diz respeito ao início da contagem do prazo prescricional. No que concerne a esse aspecto, José Armando Costa estabelece três sistemas que auxiliam na contagem da prescrição, com a verificação precisa do seu marco inicial, são eles:

- “a) o do momento da consumação da falta disciplinar;
- b) o do momento do conhecimento da falta;
- c) o misto”.

O primeiro sistema determina que a prescrição começa a correr a partir do dia em que a falta se consuma. Pela adoção do segundo, a fluência do prazo tem início a partir do instante em que a transgressão chegue ao conhecimento da autoridade administrativa competente.

Já o sistema misto supõe uma conciliação entre os dois primeiros sistemas, pois em determinados momentos adota a consumação da falta como marco inicial da prescrição, e em outras ocasiões considera o dia em que a autoridade tomou conhecimento da falta, isso ocorre nos atos cuja ciência imediata seja impossível, muito embora o fato já tenha sido consumado.

Diante do exposto, pode-se constatar que o sistema misto é o mais coerente para orientar essa questão, além disso, o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei nº 8112/90) expressa franca receptividade nesse sentido, ao dispor no art. 142, § 1º, que “o prazo da prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”.

Sendo assim, qualquer ato de improbidade administrativa, devidamente configurado, constitui transgressão disciplinar punível com a pena de demissão e a sua prescrição ocorrerá com o transcurso de 5 (cinco) anos, contados a partir do momento do conhecimento do fato, não sendo exigível a ciência direta à autoridade incumbida para apurar a infração e aplicar a sanção disciplinar. O conhecimento público do fato, pela sociedade, já é suficiente para dá-se início à contagem do prazo prescricional.

Como um dos requisitos do instituto da prescrição é a possibilidade de suspensão ou interrupção, a Lei nº 8.112/90, ao regular a ação disciplinar no art. 142, § 3º, dispõe que “a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente”. A referida norma acrescenta ainda no § 4º do mesmo dispositivo que sendo “interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção”.

Constata-se, assim, que o legislador desse Regime Federal inovou ao plasmar em tais dispositivos uma interferência híbrida na fluência dos prazos prescricionais das faltas disciplinares, pois, as circunstâncias supracitadas suspendem e interrompem, concomitantemente, o andamento do curso prescricional.

III: Do Controle Da Atividade Administrativa

O exame do que vem a ser a improbidade administrativa com sua caracterização e a compreensão de suas diversas modalidades tem expressiva repercussão na vida social devido a seu grande potencial

lesivo e ao rótulo de descrédito que impõe à classe dirigente, além de agredir profundamente os princípios basilares da ordem jurídico-constitucional positiva.

Por isso, é imprescindível que se faça uma abordagem, sob pena de empobrecimento metodológico, dos mecanismos de controle da atividade administrativa colocados à disposição da sociedade pela norma legal, bem como da função desempenhada pelo Ministério Público na tutela da probidade e na defesa dos interesses difusos e coletivos da comunidade.

Na linha de pensamento seguida por Di Pietro, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente o vocábulo Administração Pública, in verbis:

“a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;

b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo”.

Concordando com essa posição, tem-se que a Administração Pública deve ser compreendida em seu sentido mais amplo como sendo a máquina que executa o complexo de atividades desempenhadas imediatamente pelo Estado, com o objetivo maior de atender as necessidades públicas e garantir o bem-estar coletivo.

Obviamente que a Lei Maior não sintoniza a expressão administração apenas com órgãos do Poder Executivo, muito embora, a função administrativa seja desempenhada predominantemente por esse Poder; porém, como o regime constitucional adota o princípio da especialização de funções em detrimento da separação absoluta de atribuições, o Legislativo e o Judiciário também exercem, além de suas funções predominantes – as de legislar e julgar — algumas de natureza tipicamente administrativas, para que se tornem viáveis como órgãos e tenham condições de executar seus encargos típicos.

Tais funções são exercidas, em parte, por Secretarias existentes no âmbito dos dois Poderes e, em parte, pelos próprios parlamentares e magistrados; os primeiros praticam atos administrativos que obedecem ao processo de elaboração das leis, como emanam do Legislativo são denominadas leis apenas em sentido formal; os segundos praticam atos disciplinares, atos destinados ao provimento de seus cargos ou relativos à situação funcional dos servidores do Poder Judiciário.

É oportuno apresentar a definição de função administrativa dada por Agustin Gordillo em cujos termos compreende:

“a) em primeiro lugar toda a atividade que realizam os órgãos administrativos;

b) em segundo lugar, a atividade que realiza o órgão legislativo excluída a função legislativa (em sentido material e orgânico) que lhe é própria;

c) em terceiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos judiciais, excluída a função jurisdicional (em sentido material e orgânico) que especificamente realizam”.

No direito positivo brasileiro alguns diplomas legais a exemplo do Decreto lei nº 200/67, com redação dada pela Lei nº 7.596/87, admitem que a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende a Administração Direta e a Administração Indireta.

Na Segunda categoria incluem-se todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas.

Na Segunda categoria estão as entidades com personalidade jurídica de direito público ou privado – autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas – às quais a lei transfere a execução indireta da atividade administrativa.

Frise-se que a CF/88, ao estatuir a formação do Estado em seu artigo 37, caput, delimita as coordenadas da Administração Pública, distinguindo três segmentos administrativos: a administração direta, a indireta e a fundacional sob o prisma da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade

e da eficiência, este último incluído com o advento da EC Nº 19/98. Tais princípios já foram minuciosamente estudados em itens anteriores.

Importante asseverar que, a Administração Pública dentro de um Estado democrático de direito deve vislumbrar a Constituição como um conjunto de regras e princípios de cumprimento obrigatório, dada a imperatividade que dela emana, oferecendo força vinculante em relação a seus destinatários e a sua supremacia quanto às demais normas do sistema jurídico, sendo prevalente sobre todas elas.

Entretanto, o passado administrativo do Brasil demonstra que a concepção administrativa brasileira difere em muito do modelo supramencionado, o que pode ser constatado nos casos mais graves que envolvem improbidade administrativa, os quais apresentam flagrante distonia entre as normas anunciadas e a experiência cotidiana.

Trata-se de uma carência muito grande de formação especializada e da inexistência de instrumentos hábeis e idôneos de fiscalização dos atos administrativos, em contrapartida, edificou-se um grande avanço do gerenciamento discricionário da Administração Pública, quase que arbitrário e, visceralmente contrário aos princípios constitucionais da representação política e da legalidade.

Na formação dos quadros públicos do país denota-se o acesso ao serviço administrativo de pessoas geralmente despreparadas e pouco preocupadas com os interesses da coletividade, o que ocasiona um desvio constante do fim público para o particular, com isto o direito-dever de agir dos agentes públicos são direcionados à outra área de atuação, distanciando-se dos limites fixados pela lei, extrapolando-os.

É exatamente neste ponto de desconformidade ou de incompatibilidade da atuação estatal para com a lei que precisam ser postos em prática os mecanismos de controle e fiscalização, a fim de ver garantido a integridade administrativa e o bem-estar da sociedade.

De acordo com o contexto tem-se que todo o agir administrativo dos Poderes do Estado está vinculado à lei, sendo vedado à Administração Pública exorbitar os limites nela prefixados.

Qualquer atuação desconforme ou conflituosa com a norma legal, ou que extrapole o espectro circunscrito pela lei, está passível ao desfazimento.

O professor Robertônio Pessoa preleciona que:

“Os desmandos a que somos diuturnamente submetidos, nos diversos níveis de governo, por parte de agentes públicos que se arvoram em ‘donos’ da coisa e dos recursos públicos e, como no-lo revelam uma forte e persistente tradição autoritária, com profundas raízes culturais em nosso país, mostraram-nos à sociedade que o exercício de poderes inerentes à Administração, para que tenham uma efetiva destinação pública, exige, acima de tudo, responsabilidade e controle, sempre aliados à legitimidade e eficácia”.

Logo, pode-se conceituar o controle da Administração em conformidade com o pensamento de Rodrigues Martins, como sendo “a fiscalização exercida pelo poder público ou pelo cidadão quanto à atuação dos diversos órgãos da Administração direta ou indireta, de qualquer esfera federativa ou de poder”.

E mesmo que o cidadão possa utilizar os instrumentos fiscalizadores do agir administrativo, dos quais são exemplos os remédios constitucionais do Mandado de Segurança e da Ação Popular, previstos no artigo 5º, LXIX, LXX e LXXIII, quanto a sua forma de atuação este controle pode se dar de duas outras maneiras: internamente, pelo autocontrole, e externamente pelo legislativo, pelo judiciário e pelo Ministério Público.

Do Controle Interno (Autocontrole)

O controle interno também chamado de autocontrole ou controle executivo fundamenta-se na manutenção de controles hierárquicos internos aptos a assegurar o exercício das atividades administrativas em consonância com os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, dentro das limitações legais, isto é, sem ultrapassar o âmbito da atuação estatal nem extrapolar o espaço jurídico-político delimitado. Assim, o controle interno consiste no próprio controle administrativo, solidificado nos parâmetros da autotutela.

Diógenes Gasparini anota que “o fundamento do controle administrativo reside no dever-poder de autotutela que a Administração Pública tem sobre suas atividades, atos e agentes. Esse poder-dever, de autotutela é exercitado, normalmente, por órgãos superiores, em relação aos inferiores, e por órgãos especializados”.

Dessa forma, a Administração Pública tem a prerrogativa de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles nenhum direito pode resultar, além disso, pode também revogá-los por razões de oportunidade ou conveniência, desde que atenda melhor aos interesses públicos, respeitados sempre os direitos adquiridos e a eventual apreciação judicial.

O Legislador Constituinte fez referência a esse tipo de controle no artigo 74 da CF/88 onde determinou que os Poderes Legislativos, Executivos e Judiciários devem manter, de maneira integrada, um sistema de controle interno que tenha por fim avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos programas da União; que possa comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, quanto à sua eficácia e eficiência, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; que possa exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, assim como dos deveres e haveres da União; e ainda, que esteja disponível a apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Pelo parágrafo 1º desse mesmo dispositivo fica estabelecido que os responsáveis pelo controle respondem solidariamente quando, ao tomarem conhecimento da irregularidade, deixarem de cientificar o Tribunal de Contas, e, pelo parágrafo 2º, coloca o órgão à disposição dos cidadãos, partidos políticos, associações e sindicatos que pretendam denunciar irregularidades ou ilegalidades.

Deve-se observar que a Constituição deu enfoque ao controle da União, todavia os Estados, Municípios e Distrito Federal regulam-se pelas mesmas regras e leis que uniformizam seus quadros administrativos.

O controle interno pode ser considerado como externo na medida que a Administração Pública Direta controla suas entidades descentralizadas ou a sua respectiva Administração Indireta, onde na ausência da figura hierárquica, tal controle se dá mediante tutela sem embargo à auditoria e fiscalização dos Tribunais de Contas respectivos (art. 71, CF/88). Pode-se dizer que, a tutela é uma espécie de controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que a instituiu.

Sua finalidade é corrigir os atos ilegais inconvenientes ou inoportunos fazendo com que a Administração Pública atue com respeito aos princípios constitucionais que lhes são impostos, no artigo 37, chegando inclusive a atingir o controle do mérito dos atos administrativos no que tange ao exercício da discricionariedade na atividade pública.

Dentro deste contexto, são conferidos alguns instrumentos para que a Administração Pública possa atuar no controle dos atos que edita como é o caso da invalidação que imputa à mesma o dever de anular ou revogar seus próprios atos.

No primeiro caso quando eivados de vícios de ilegalidade, produzindo efeitos ex tunc, isto é, não produzem efeitos desde seu ressarcimento. No segundo, quando se apresentarem inconvenientes, inoportunos ou por motivo de interesse público, produzindo efeitos ex nunc, ou seja, deixa de produzir resultados a partir de sua revogação, sem prejudicar os direitos adquiridos, terceiros de boa-fé e havendo a possibilidade de serem apreciados judicialmente.

De acordo com Di Pietro a anulação ou invalidação “consiste no desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade (...), produzindo efeitos retroativos à data em que foi emitido”[63] e que a revogação “é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência (...), seus efeitos se produzem a partir da própria revogação”,[64] portanto respeita os efeitos produzidos anteriormente pelo fato de ser um ato válido perante o direito.

Além da invalidação, existem ainda outros instrumentos de atuação que viabilizam o controle interno dos atos administrativos pela Administração Pública, e que objetivam ajustá-los de acordo com os princípios da legalidade, da legitimidade e da supremacia do interesse público, são eles: a aprovação, a homologação, a fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial interna como também a fiscalização hierárquica.

Embora o controle dos atos seja uma competência atribuída ao Estado, o administrado dele participa no momento em que exige a instauração do procedimento de controle, tanto para proteger seus interesses particulares como para resguardar os interesses coletivos.

Para esse fim, o administrado pode fazer uso do direito de petição conferido constitucionalmente, na defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, entretanto, a realidade vivenciada pela sociedade foge aos princípios anunciados, pois, na maioria das vezes, tais petições sequer são recebidas e protocoladas, obrigando o interessado a ingressar na via judiciária para obter uma resposta.

Outros impedimentos de controle que podem ser exercidos pelo administrado são os recursos administrativos, assim entendidos todos os meios utilizados para provocar o reexame do ato pela Administração, e o processo administrativo que possibilita o registro dos atos e o controle da conduta dos agentes administrativos, contudo, há de se observar que através deste instrumento a decisão administrativa torna-se irretratável pela própria Administração Pública, é a chamada coisa julgada administrativa. Este instituto é semelhante à coisa julgada enquanto elemento integrante da função jurisdicional do Estado, mas limita-se ao âmbito interno da Administração.

Assim, conclui-se que os administrados e os agentes públicos devem agir conjuntamente no exercício da fiscalização interna das condutas dos administradores, visando à consolidação do efetivo controle interno na busca das revisões administrativas preventivas e impeditivas de irregularidades, ilegalidades ou ofensa aos princípios expressos no artigo 37 da Magna Carta.

Do Controle Externo

Cada poder é dotado de mecanismos de controle administrativo que podem ser exercidos sobre os demais poderes estatais, conducentes a garantir a independência e a harmonia que deve qualificar sua convivência equilibrada. Tais mecanismos são empregados pelo Legislativo e pelo Judiciário para controlar os atos do Poder Executivo. São eles: controle legislativo, controle jurisdicional e controle ministerial.

A Carta Política, no capítulo concernente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o controle externo, a cargo do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71).

Tal incumbência colima conter o devido poder nos estritos limites de sua esfera de atuação e preservar a legalidade e a moralidade administrativas, posto que estes princípios abrangem todos os atos e agentes do Estado e, seu conteúdo, é ditado pelos ideais de justiça e honestidade dominantes na opinião pública.

O controle externo pode ser definido como aquele desempenhado por órgãos, entidades e instituições não pertencentes ao Poder Executivo, e até mesmo por cidadãos, associações, grupos e representações sindicais integrantes da sociedade civil.

Então, como principais órgãos responsáveis pelo controle externo da Administração Pública podem-se citar: o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público Federal e Estadual e os Tribunais e Conselhos de Contas. Em síntese, o controle externo é aquele exercido por órgão distinto daquele responsável pela edição do ato administrativo controlado. A seguir, serão analisadas as formas através das quais esse controle se torna efetivo.

Controle Legislativo

O controle legislativo da atuação administrativa é exercido num patamar político através dos órgãos que compõem o Poder Legislativo, ou seja, Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores como também pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, convocações, pedidos de informações e mediante a ação dos Tribunais de Contas que possuem a atribuição de analisar e julgar as contas públicas.

As CPI's encontram respaldo no art. 58, § 3º da CF/88, possuindo poderes de investigação próprias das autoridades judiciais a fim de apurar determinado fato, com prazo prefixado. São instrumentos de grande valia no controle da atividade administrativa que se formam dentro das corporações legislativas para o cumprimento da função fiscalizatória.

Suas conclusões positivas devem ser enviadas ao Ministério Público, que no papel de fiscal da lei aplicará as medidas cabíveis para punir os infratores e promover a restauração da normalidade às atividades administrativas.

No que concerne às requisições e pedidos de informações, o amparo jurídico encontra-se no artigo 50, § 2º da CF. Por meio destes instrumentos as comissões permanentes e temporárias podem convocar Ministros de Estado e Secretários Estaduais para prestação de informações consideradas elucidativas, realizar audiências públicas com entidades civis, colher depoimentos de autoridades ou cidadãos e ainda receber petições ou reclamações dos administrados para coibir eventuais ações ou omissões do Poder Público.

Importante destacar que o controle exercido pelo Poder Legislativo sobre a Administração Pública deve ficar restrito às hipóteses previstas pela Constituição Federal, pois trata-se de uma interferência nas atribuições dos outros poderes; seu alcance atinge os órgãos do Poder Executivo, as entidades que compõem a Administração Indireta e até o próprio Poder Judiciário, quando pratica função administrativa. A criação de outras modalidades de controle distintas daquelas constantes na Constituição implica ofensa ao princípio da separação de Poderes.

As consequências dos atos de improbidade administrativa estão delineadas no artigo 37 da Carta Magna que por sua vez deixa expressamente estabelecido que não haverá prejuízo da ação penal cabível.

Nestes moldes, o ato de improbidade não se excluirá do controle judicial nem das sanções legais, mesmo que o controle interno tenha sido efetuado ou que a atuação do Tribunal de Contas tenha sido efetivada, pois, segundo Cretella Júnior, ao Tribunal de Contas “compete à fiscalização orçamentária, bem como o julgamento das contas dos responsáveis pela aplicação dos dinheiros públicos, donde se conclui da importância das providências do Legislativo” Na verdade, o controle externo da atividade pública exercido pelas casas legislativas, sob os critérios político e financeiro, constitui um poder-dever e precisa ser considerada implacável face aos indícios de irregularidades apresentados.

José Afonso da Silva ensina que “o controle externo é, pois, basicamente, controle de caráter público, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas, que, assim se apresente como órgão técnico e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais”.

Dessa forma, o Tribunal de Contas enquanto órgão auxiliar do Legislativo, tem por finalidade controlar e orientar a Administração Pública, corrigindo-a quando necessário principalmente, nos processos licitatórios e nas contratações de obras, serviços, compras, alienações, convênios e outros procedimentos.

Contudo, a apreciação técnico-contábil própria do controle externo de fiscalização financeira e orçamentária atribuída, constitucionalmente, ao Tribunal de Contas não preexclui o julgamento político parlamentar nem a apreciação jurisdicional dos aspectos relativos a legalidade e a lesividade dos atos imbuídos às contas aprovadas.

Não se pode falar em controle prévio do Tribunal de Contas, pois sua atuação ocorre sempre a posteriori, sobre os atos e contratos da Administração Pública ou sobre particulares que gerenciam, arrecadam ou guardam bens ou valores públicos.

Excetuando-se as auditorias e as inspeções realizadas in loco, a qualquer momento. Dessa maneira, toda a Administração Pública ficará sujeita as atividades dos Tribunais de Contas que são desempenhadas a nível federal, pelo TCU, e nos Estados, Distrito Federal e Municípios pelos Tribunais de Contas respectivos.

Destaque-se que, a legislação pátria ampliou o espaço de atuação das Cortes de Contas, excluindo de seu julgamento, atos que não contribuíam para a moralidade administrativa, ao tempo que lhes foram atribuídas funções relevantes na ação governamental, sendo suas decisões dotadas de força executiva nos casos previstos em lei.

Tais órgãos, constituem instrumentos de acompanhamento efetivo da conduta contábil e financeira da administração pública, seja na execução do orçamento ou no desenvolvimento de programas de trabalho.

Controle Jurisdicional

Ao se estudar especificamente a questão da improbidade administrativa, deve-se dar ênfase ao controle jurisdicional, pois o artigo 37, § 4º da CF/88 ao cuidar de suas graves consequências no plano das sanções deixa implícita a via judiciária para sua concretização, obediente às garantias constitucionais segundo as quais ninguém poderá sofrer condenação ou restrição de direitos sem o devido processo legal perante o juízo competente, e ainda, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos.

O controle jurisdicional ocorre mediante provocações, nos termos do artigo 2º do CPC, e incide diretamente sobre a legalidade da atividade administrativa, coibindo os atos ilegais e o abuso de poder. Podem existir alguns abusos no direito de demandar, entretanto, a postulação, em princípio, não constitui óbice jurídico. Não existe vedação e não se configura, por apenas isso, exercício irregular de direito.

As demandas devem ser dirigidas sob a égide da lealdade processual sob pena de incorrerem nas sanções legais pela litigância de má-fé, sendo inadmissível às partes, desvirtuassem dos limites razoáveis do Direito.

Na ausência configurada de precedentes vinculantes, o juízo de probabilidade deve ser evidenciado para que não se manifeste a ilicitude. E ainda que não existiam súmulas, quando a jurisprudência é pacífica, o entendimento é reiterado.

Nesses termos, o Judiciário não pode ser empregado com o fim de retardar o cumprimento de obrigações ou molestar quaisquer das partes litigantes. Existindo jurisprudência, o Estado será compelido a curvar-se à interpretação dada em determinado caso, evitando demandas, meramente protelatórias, cujo desfecho já é amplamente reconhecido.

Dentro dos critérios aludidos, tem-se que o Poder Judiciário é neutro – alheio aos interesses particulares – constitucionalmente autônomo e só se manifesta quando provocado. Sendo assim, para que o controle jurisdicional da probidade administrativa seja efetivo depende da iniciativa popular através do instituto da Ação Popular, do Ministério Público por meio da Ação Civil Pública e das pessoas jurídicas lesadas pelos atos e condutas ímprobos, mediante a adoção de medidas judiciais.

Quanto ao alcance do controle judicial dos atos administrativos, pode-se asseverar que o Judiciário tem legitimidade para examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, em conformidade com os artigos 5º, LXXIII, e 37 da Lei Maior, também sob o aspecto da moralidade.

No tocante aos atos discricionários, é assente na doutrina e na jurisprudência a postura de que é vedado ao Poder Judiciário, a análise do mérito (oportunidade e conveniência), tendo em vista que a carga valorativa conferida aos mesmos, só poderá ser objeto de avaliação pelo Poder Executivo.

Entretanto, cabe assinalar que não há invasão do mérito quanto à apreciação dos motivos, isto é, os fatos que antecedem a edição do ato, vez que a inexistência ou falsidade dos motivos caracteriza ilegalidade, passível de invalidação pelo Judiciário.

Bandeira de Mello define o mérito do ato administrativo como sendo:

“O campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada à impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada”.

Apesar da vedação da análise do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, o seu controle é eficaz e de ampla abrangência inclusive, no que se refere aos atos discricionários, onde o legislador no momento da elaboração da lei conferiu uma maior liberdade de ação ao administrador público.

Na verdade, o Poder Judiciário ao ser acionado, tem o dever de investigar, sem restrições, a validade do ato administrativo posto que a legalidade além de abranger o exame da adequação ou o contraste do ato com a lei norteia todo o ordenamento jurídico.

Assim, a verificação da legalidade dos atos não pode ficar restrita a mera adequação à norma positivada, mas principalmente aos objetivos intrínsecos a serem alcançados, entre os quais o mais valioso é o atendimento do bem-estar da coletividade e também o acesso reiterado dos cidadãos aos serviços públicos essenciais, a submissão a todo ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.

Por isso, nas hipóteses de atuação discricionária da autoridade administrativa, o controle judicial se fará presente, pois além da discricionariedade ser exercida nos limites definidos pela lei, alguns elementos do ato administrativo são sempre vinculados, como o sujeito, a forma e a finalidade.

Tal controle se destina a promover o exercício do poder-dever de eficiência e garantir uma boa gestão da res pública, adequada e razoável para atender aos reclamos dos administrados e a finalidade legal descrita, de acordo com a situação concreta.

Deve-se atentar para o fato de que, diante das medidas discricionárias permitidas in abstracto pela lei para solucionar determinadas situações, o administrador público, no momento de sua aplicação a um caso concreto nela enquadrável, tem o dever jurídico de escolher a medida apropriada para resolver a questão com o perfeito atendimento do interesse público tutelado pela norma.

E, uma vez constatado a inadequação da medida adotada pela autoridade administrativa, no exercício do juízo discricionário, com notável desrespeito à finalidade legal, cabe correção judicial por vício de legalidade.

Assim, compete ao Judiciário aniquilar todo comportamento ilegítimo da Administração que afronte a norma jurídica, e ainda, fulminar os atos arbitrários – aqueles que extrapolam os limites prefixados pela lei – visto que ultrapassaram os limites de liberdade que lhes assistiam, quando submetidos à apreciação ou decisão discricionária.

Diante do exposto, resulta que os atos discricionários não são de forma alguma desvinculados da lei. O fato de haver uma maior mobilidade para o administrador público no exercício de suas atribuições não quer dizer que tais atos estejam isentos de controle pelo Judiciário. Na verdade, a atuação discricionária do administrador público é sempre relativa, pois, de um lado vincula-se à obrigatoriedade jurídica de boa gestão administrativa, de outro, sujeita-se a amplo controle judicial.

Outro aspecto relevante a ser analisado concerne a motivação dos atos administrativos, principalmente dos discricionários. Muitos doutrinadores defendem sua indispensabilidade por considerar que a ausência dos motivos inviabiliza o controle judiciário de sua legalidade, impossibilitando a verificação precisa de um nexo de correspondência entre a necessidade administrativa e o pressuposto fático alegado.

Nesses parâmetros, a limitação da apreciação dos atos pelo Estado-Juiz, constitui um entrave para o efetivo exercício do controle jurisdicional, tão-somente no que tange à questão de sua legalidade superficialmente abordada. Este deveria possuir legitimidade para avaliar a correlação lógica entre os motivos fundamentadores dos atos, e, os seus objetivos, a fim de que a legalidade administrativa fosse agudamente analisada.

O Poder Judiciário poderá, ainda, apreciar a legalidade ou constitucionalidade dos atos normativos do Poder Executivo, porém, a ação decisória produzirá efeitos apenas entre as partes, devendo ser respeitada as prescrições do artigo 97 da CF, que exige maioria absoluta dos membros dos Tribunais para se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Também os atos políticos se submetem ao controle judicial, desde que lesivos aos direitos individuais ou coletivos.

Esta medida foi legitimada pela Constituição Federal, ao estabelecer que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos (art. 5º, XXXV); e ainda, admitiu o instituto da Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo como medidas judiciais cabíveis para defesa dos direitos e interesses coletivos. Com a adoção destes preceitos constitucionais, ampliou-se também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente políticos.

Quanto aos atos que se destinam a estabelecer normas sobre o funcionamento interno dos órgãos públicos, como os Regimentos dos atos colegiados (atos internos corporis), não podem ser apreciados pelo Judiciário; todavia, se exorbitantes em seu conteúdo, contrariando princípios constitucionais ou ferindo direitos individuais e coletivos, serão submetidos ao controle jurisdicional.

Portanto, conclusivas são as palavras de Lúcia Valle Figueiredo ao afirmar que “a prestação jurisdicional não poderá ser negada”, posto que a mera ameaça a lesão já é motivo suficiente para ensejar a atuação do Poder Judiciário em qualquer nível ou esfera da ação estatal.

Controle Pelo Ministério Público

O estudo acerca do controle ministerial da atividade administrativa busca ressaltar a brilhante atuação do Ministério Público como entidade constitucionalmente criada para tutelar os valores e interesses da sociedade. Mormente em face daqueles que, sem o menor escrúpulo, lesam o patrimônio público.

O surgimento de obstáculos impeditivos de proporcionar amplo acesso ao Judiciário fez surgir o Ministério Público como a instituição encarregada de resguardar a ordem jurídico-democrática e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme reza o artigo 127 e seguintes da CF/88.

Entretanto, não existe, a rigor, o controle ministerial da ação administrativa, uma vez que a atuação do parquet consiste em demandar perante o Poder Judiciário. É dessa maneira que ele participa do controle jurisdicional, acionando o órgão judicante através da Ação Civil Pública para que, este sim, exerça o seu controle. Para Henrique Blasi “o Ministério Público, como guardião constitucional da probidade, deve agir com severidade, porém com prudência e ponderação, a fim de que se preserve sua autoridade e independência”.

Em juízo concordante com o entendimento destes renomados doutrinadores, pode-se afirmar que o Ministério Público tem o dever de promover a ação civil pública na defesa de todo e qualquer direito difuso ou coletivo, independentemente da existência de lei específica sobre determinado direito difuso. Reforçando a postura aqui adotada, Nigro Mazzili entende ser dever do Parquet intentar a ação civil pública quando verificados motivos ensejadores.

Como se pode observar, é unânime o mister do Parquet em zelar pela res pública, já que a própria Lei Federal nº 8.429/92 admite expressamente a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação para a persecução da improbidade. Destarte, poderá ele valer-se de todos os instrumentos jurídicos ao seu alcance para a plena eficácia das sanções de uma eventual ação de improbidade administrativa.

Portanto, na condição de fiscal institucional que torna viável o controle jurisdicional das ações que acarretam lesões ao patrimônio público e aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, cabe ao Parquet preservar a integridade material, legal e moral desta, mediante a adoção de procedimentos administrativos e inquéritos civis, além da propositura de ação civil pública.

Convicto de que ocorreu ato de improbidade administrativa, cabe ao Ministério Público a promoção da respectiva ação para que sejam punidos os responsáveis e recomposto o patrimônio público.

Nem poderia ser diferente, visto que a Carta Magna de 1988 outorgou a este órgão o zelo do patrimônio público e social, após atribuir-lhe o papel de guardião permanente da ordem jurídico-democrática, como função indispensável à concretização da justiça.

Embora a Lei de Improbidade Administrativa não fale expressamente em inquérito civil, para a propositura da ação de improbidade, entende-se salutar que o mesmo se faça presente, pois sua finalidade consiste na coleta de elementos comprobatórios da ocorrência do ilícito e de sua autoria.

A citada lei, em seu artigo 22, refere-se ao inquérito policial ou procedimento administrativo, o que poderia levar ao entendimento de que tal instrumento não pudesse ser instaurado para apurar os atos ímprobos praticados por agentes públicos.

Divergindo desse entendimento e norteando a postura adotada nesse estudo, o professor Wallace Paiva tece os seguintes comentários:

“(...) nada impede ao Ministério Público a promoção de inquérito civil com uso dos poderes requisitórios correspondentes (perícias, estudos, dados técnicos, informações, depoimentos, notificações, etc.) para a apuração de ato de improbidade administrativa, tendo em vista que a Constituição Federal (art. 129, III e IV), a Lei Federal nº 7.347/85 (art. 1º, IV e 8º e parágrafo único) e, posteriormente, a Lei Federal nº 8.625/93 (art. 25, IV, e 26, I a III) inscrevem essas prerrogativas na instituição da proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Outra questão relevante é sobre a obrigatoriedade ou não de instauração de inquérito civil para a posterior propositura da ação de improbidade administrativa. O Professor Wallace Paiva, em sua obra jurídica, entende não se tratar de obrigação, mas de mera faculdade, ao lecionar que:

“O inquérito civil, o inquérito policial e o procedimento administrativo são meras faculdades, dispensáveis e prescindíveis, se o Ministério Público possuir elementos probatórios da convicção da prática de improbidade administrativa, como depoimentos, documentos, laudos, enfim, provas lícitas. A ação civil pública de improbidade administrativa de modo algum se subordina à prévia conclusão ou instauração de inquérito civil, policial ou processo administrativo”.

Sob essa ótica, pode-se concluir que a instauração de inquérito civil é facultativa, pois não se constitui em pressuposto ao aforamento de ação civil pública de improbidade, podendo ser desnecessária quando o Parquet já dispuser de elementos suficientes para formar sua convicção e, consequentemente, instruir a petição inicial da ação civil, mormente quanto à ocorrência do fato e de sua autoria, a fundamentação jurídica do pedido, com suas especificações, consoante o artigo 282, II, III e IV do CPC, tais como peças de informações remetidas por autoridades legislativas, judiciárias e administrativas extraídas de processos cíveis e criminais.

Mister se faz abordar a questão acerca do correto procedimento jurisdicional a ser intentado, na medida em que a adequação é uma das espécies que condicionam a ação do interesse de agir, sem a qual o processo se extingue sem conhecimento de mérito, como não há entendimento certo e determinado em relação à via correta a ser empregada, os Tribunais tem admitido tanto a ação civil pública quanto a ação civil de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça entender que se trata de ação civil pública ao determinar procedência de medida cautelar com sustentação na Lei nº 7.347/85. O mesmo acórdão ainda dispõe que “se a ação civil pública é o instrumento apropriado, não há como negar a possibilidade de adotarem-se medidas cautelares, nos próprios autos do processo principal. O artigo 12 da Lei nº 7.357/85 é muito claro nesse sentido”.

Quanto ao emprego de medida cautelar na ação de improbidade, o artigo 17 da LIA torna legítima a aplicação de todas as cautelares constantes no CPC ao processo de improbidade administrativa. Neste caso, a cautelar submete-se a todos os requisitos necessários para a concessão de qualquer medida da mesma natureza, já que se presta a garantir que um futuro jurisdicional tenha eficácia.

Pazzaglini Filho concorda com essa previsão ao afirmar que “para a proteção de providência jurisdicional pleiteada em ação de improbidade administrativa, o Promotor de Justiça não está limitado às medidas cautelares nomeadas na LIA, podendo, perante a real necessidade, utilizar-se do poder cautelar amplo específico ou inominado previsto no CPC (arts. 796 a 889)”.

Convém destacar que a atuação fiscalizadora do Ministério Público sobre as condutas adotadas no âmbito do Poder Executivo, bem assim, sobre os atos legislativos e judiciais, na tutela da probidade administrativa e do patrimônio público, assenta-se no princípio da legalidade, segundo o qual, a Administração só pode atuar dentro dos limites traçados pela lei; enquanto na administração privada é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é lícito fazer o que a lei antecipadamente autoriza.

Contudo, o Ministério Público não pode forçar o administrador a seguir uma legalidade abstrata, indiferente à conjuntura governamental e que ignora a realidade social. Sua ação necessita de um caráter discricionário, evitando assim, o automatismo que fatalmente ocorreria se os administradores públicos tivessem, tão somente, que aplicar as normas preestabelecidas, e ainda, visando suprir a impossibilidade do legislador prever todas as situações que o administrador irá enfrentar, posto que o interesse público exige uma maior liberdade de atuação, incompatível com a inércia das leis.

Ao Ministério Público cabe fiscalizar a legalidade da conduta administrativa e sua razoabilidade, isto é, adequação entre os meios e fins; não lhe é facultado adentrar nos critérios meritórios dos atos administrativos (oportunidade e conveniência), sob pena de desvirtuar-se de suas atribuições institucionais.

Importante frisar que, em sua tarefa fiscalizatória, o Parquet deve orientar-se pelos princípios da legalidade e da moralidade, examinando com rigor a correlação exigida entre a conduta administrativa e os elementos que serviram de motivação para a prática do ato, só admitindo a mitigação de tais diretrizes

quando se evidenciarem circunstâncias excepcionais e de grande relevância pública. A liberdade caracterizadora da discricionariedade possui limitação no interesse público, que é a razão de ser da atuação discricionária da Administração Pública.

Em síntese, o objetivo maior do controle ministerial é a fiscalização da ação administrativa para a preservação da probidade administrativa e não apenas a recomposição dos danos patrimoniais sofridos pelo Poder Público em virtude dos atos ilegais de seus agentes ou de terceiros que com eles se relacionem.

Portanto, dentro do controle administrativo, sem prejuízo dos mecanismos fiscalizatórios colocados à disposição dos cidadãos, o Ministério Público exerce a função de guardião do patrimônio público, da moralidade e da legalidade administrativas, atuando como fiscal e também como implementador do controle jurisdicional.

Detém a titularidade do inquérito civil e está co-legitimado à promoção da ação civil pública para invalidação dos atos ímprobos que degeneram os princípios basilares do Sistema Jurídico e agredem o dever de boa gestão da coisa pública.

Da Eficácia dos Mecanismos de Controle Externo Da Administração Pública

O controle externo da Administração Pública vem recrudescendo e ampliando-se frente a impunidade.

Diversas instituições públicas participam eficazmente dessa modalidade de controle, tais como o Ministério Público, a Polícia Federal, os Partidos Políticos, os Tribunais de Contas e os Poderes Legislativo e Judiciário, além da grande mobilização pela imprensa em geral; com isso cria-se a conscientização de que o objetivo primordial do Estado deve ser sempre o cidadão, oferecendo-lhe pleno controle sobre os resultados das ações da máquina estatal.

No Brasil, o controle da atividade administrativa tem se demonstrado eficaz e eficiente em diversas ocasiões, sendo respaldado pelos dispositivos constitucionais regulamentados pela Lei Federal nº 8.429/92. Atualmente, o combate à improbidade administrativa não apenas mantém o seu status constitucional, como amplia em muito o seu conceito e campo de atuação, conforme reza o artigo 37 da Carta Magna:

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

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

Dessa forma, o controle da improbidade abrange não apenas as condutas lesivas ao erário público, mas coíbe todos os comportamentos que impliquem em desvio dos princípios inseridos no artigo supracitado da Constituição Federal.

É evidente que da eficácia dos mecanismos de controle externo da Administração Pública depende o maior ou menor grau de improbidade nos cargos, empregos e funções públicas, em especial nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

A eficiência do controle exercido pelo Legislativo, sem impedimento de suas normais deficiências, pode ser produtivamente otimizada, a partir de uma concepção material da Constituição, seja através do Ministério Público ou do Poder Judiciário, instituições interligadas, que mantêm uma relação de estreita intimidade com a coletividade administrada.

Ressalte-se, também, que alguns avanços podem ser identificados no âmbito do controle interno da Administração Pública, por exemplo, a criação da Secretaria Federal de Controle, um órgão ligado ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, cuja finalidade é a investigação de eventuais desvios e irregularidades cometidas contra a administração, quando formalmente denunciados tanto por terceiros como por integrantes do Serviço Público, dentre outras missões.

Num Estado Democrático de Direito alguns elementos são indispensáveis à democracia, como a transparência, o controle e a responsabilidade, ao lado dos direitos, prerrogativas, poderes e deveres conferidos à Administração Pública.

A transparência, dentre outros pressupostos, viabiliza uma melhor fiscalização dos atos oficiais e impede que determinados atos da administração pública estejam viciados ou mascarados, permitindo aos órgãos do controle externo e à população conhecer de que forma os administradores estão operando a coisa pública, e se estão obedecendo aos princípios básicos da legalidade, honestidade, lealdade e impessoalidade.

Do mesmo modo, o controle social deve ser amplamente exercido, permitindo que a comunidade se certifique de que os atos dos administradores públicos estão sendo emitidos em conformidade com a norma legal.

Para isso, é imprescindível o respeito ao direito de informação garantido constitucionalmente à população, a fim de que se promova a participação na administração, fiscalização ou controle em organismos governamentais ou não governamentais incumbidos de prestar serviços antes oferecidos pelo Estado tornando-se efetiva a transparência nas atividades administrativas.

Outro grande avanço no controle da improbidade administrativa ocorreu com o cancelamento da Súmula 394 do STF, que sintetizava entendimento outrora predominante naquele Tribunal, de que os agentes públicos mantinham foros especiais ainda que deixassem de exercer as funções que os faziam detê-los.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal não foi bem aceita por aqueles que militam contra a defesa da ética e da probidade administrativa, a ponto de, recentemente, o Congresso Nacional ter aprovado o projeto de Lei nº 10.628/02 que modificou o Código de Processo Penal, ao acrescentar os § 1º e 2º no artigo 84 do diploma Penal, mantendo o foro especial para ex-autoridades públicas, como prefeitos, governadores, presidentes e parlamentares, por exemplo, que tivessem praticado atos de improbidade e, acenando para a alteração da Lei Federal nº 8.429/92 em muito inviabilizando sua aplicação e tornando impossível o conhecimento público de atos de corrupção, mediante a proibição da manifestação de membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, do Judiciário, Autoridades Administrativas e Policiais em processos criminais e procedimentos investigatórios.

Configurada a flagrante inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 10.628/02, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2005, declarou inconstitucional o direito de foro privilegiado a ex-autoridades com a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público em dezembro de 2002, posto que a Carta Magna somente estabeleceu a prerrogativa de função para os crimes de responsabilidade e delitos penais, não fazendo qualquer menção à ação de improbidade.

Desse modo, qualquer acréscimo à competência especial por prerrogativa de função poderia ser feito apenas por meio de Emenda Constitucional, e não através da legislação ordinária. Está, não pode ampliar os horizontes de atuação jurisdicional dos tribunais que tem sua jurisdição fixada na Constituição Federal.

Nesse sentido, foi o voto do relator, Sepúlveda Pertence, ao afirmar que acolhia “basicamente a ação de improbidade por não se cuidar de uma competência penal e consequentemente não poder somar-se à competência originária do Supremo que é exclusivamente constitucional”.

De acordo com o relator, o § 2º do artigo 84 do CPP “constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394” pelo STF. “Tanto é assim que a redação dada ao dispositivo questionado se aproxima substancialmente da proposta, então recusada pelo Tribunal”.

Acerca da atuação ministerial no combate da improbidade administrativa, pode-se dizer que tem sido eficaz, na medida em que, as ações intentadas pela instituição são procedentes e, uma vez transitadas em julgados impõem as sanções que somente com a coisa julgada se podem operar, além do impacto que as ações ministeriais provocam na sociedade obrigando os administradores a redobram os cuidados no trato da coisa pública.

Rita Tourinho assim se pronuncia a respeito da eficiente atuação do Ministério Público:

“Apesar de, infelizmente, não se ter uma resposta rápida do Judiciário na punição daqueles administradores que atentam contra o interesse público, cujas razões não interessam neste trabalho, não podemos deixar de afirmar que a Lei de Improbidade Administrativa – desacreditada por muitos – manuseada por um Ministério Público diligente, preocupado em exercer suas atribuições constitucionais, tem trazido significativas modificações no trato com a coisa pública, como também na conscientização do povo brasileiro”.

Pode-se notar que o Ministério Público profissionalizou seus quadros técnicos com o fito de aperfeiçoar-se enquanto instituição autônoma e independente, concedendo ampla estrutura técnica e material para o efetivo exercício do controle ético da administração pública.

Incoerente excluir os Tribunais de Contas de todo esse debate em torno da eficácia dos mecanismos de controle externo da atividade administrativa, visto que é o órgão que mais entende das técnicas de fiscalização e auditorias públicas, sendo uma instituição de cátedra no mister de acompanhar a execução contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial.

Uma das provas inquestionáveis da ampliação significativa das funções das Cortes de Contas, em consequência de seu aperfeiçoamento constante nas suas missões institucionais, é a Lei de Responsabilidade Fiscal que as nomeia como principal órgão incumbido de zelar pela fiel observância das regras de transparência e de gestão fiscal responsável.

Nesse contexto, os Tribunais de Contas passaram a exercer um controle de mérito que se encontra absorvido nas auditorias operacionais cujo objetivo é verificar o desempenho e a forma de operar dos diversos órgãos de uma organização ultrapassando a mera legalidade dos atos governamentais.

Esse controle de desempenho já vinha sendo colocado em prática pelas Cortes de Contas, mesmo que timidamente, com o advento da EC nº 19/98, o princípio da eficiência do serviço público passou a nortear toda a atividade administrativa, estendendo-se às pessoas físicas, jurídicas, públicas e privadas, figurando entre os escopos das auditorias.

Também os Partidos Políticos e o Poder Legislativo, em sua constante alternância no exercício do Poder Público, exercem uma intensa e efetiva fiscalização sobre as administrações prévias, visando desacreditar seus oponentes sucessores frente à opinião pública e social.

Por último, vale ressaltar que a imprensa em geral vem desempenhando um papel moralizador junto à sociedade, vez que se dedicam a um minucioso trabalho de investigação, fornecendo informações de grande valia na apuração das denúncias de fraude e corrupção nos diversos setores da Administração Pública.

Portanto, diante da análise apresentada neste trabalho monográfico, constata-se que os diferentes mecanismos de controle externo da atividade administrativa têm apresentado resultados positivos de sua atuação fiscalizadora junto aos organismos que compõem a Administração Pública e, a cada dia procuram aperfeiçoar suas ações estratégicas com o fito de sancionar todas as condutas ímprobas que contrariam as normas da moral, à lei e aos bons costumes, com visível falta de honradez e de retidão comportamental no modo de agir perante a administração direta, indireta ou fundacional envolvida pelos Três Poderes.
