

**RONALDO BATISTA PINTO**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA PROBIDADE  
ADMINISTRATIVA**

**FRANCA**

**2007**

**RONALDO BATISTA PINTO**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA PROBIDADE  
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP, *campus* de Franca, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Roxo da Fonseca.

**FRANCA**

**2007**

Dedico à minha esposa Lúcia e aos meus filhos Patrícia e Fernando – faróis que iluminam minha existência - pelo apoio incondicional durante a elaboração do trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, especialmente, ao Professor Dr. Sérgio Roxo da Fonseca pela confiança depositada, pelos inesquecíveis ensinamentos e, principalmente, pela honra que me concedeu de privar de seu convívio.

Agradeço, ainda, a meu colega de mestrado, Renato Cabral Catita, de quem extraí, a cada encontro, uma lição de humildade e respeito pelo semelhante.

*O promotor de justiça deve ser letrado, e bem entendido para saber espertar, e aleguar as causas, e razões que pera lume, e clareza da Justiça, e pera inteira conservação della convem, ao qual mandamos que com grande cuidado, e diligencia requeira todas as causas que pertencerem à Justiça, e conservação de nossa jurisdição, em tal guisa, que por sua culpa, ou negligencia nom pareça Justiça, nem nossa jurisdição seja deturpada; porque fazendo o contrário, Deos no outro mundo, e a nós neste dará disto conta (Ordenações Manuelinas).*

## RESUMO

Várias questões contidas na Lei de Improbidade Administrativa são ainda palpitantes, convidando à meditação a seu respeito, já que se trata de ferramenta jurídica imprescindível na construção de um Estado Democrático de Direito. A atuação do Ministério Público, por vezes tida como abusiva, mas, quase sempre, elogiada pela sociedade, é tema que merece especial reflexão. Assim também a natureza jurídica da responsabilidade por ato de improbidade e a diversidade de sanções que enseja. Ou, no campo processual civil, os instrumentos legais colocados à disposição do autor da ação e mesmo a recente discussão a respeito do chamado *foro privilegiado*. São todas questões palpitantes, que exigem maior reflexão e cujo trabalho pretendeu enfrentá-las.

**Palavras-chaves:** Improbidade administrativa, Ministério Público. Instrumentos legais.

## **ABSTRACT**

Several questions comprised in the Administrative Improbability Law are still palpitating, inviting us to meditate on them, as it is an indispensable judicial tool in the building of a Democratic State of Law. The Public Ministry performance, considered sometimes abusive, but most of the time praised by the society, is a theme that deserves some special reflection. As well as the judicial nature of the responsibility for an improbity act and the diversity of punishments it enables. Or, in the civil processual law, the legal tools that are at the author of the action disposal and even the recent discussion about the so-called privileged forum. They are all palpitating questions that demand more reflection on them and which work intended to face them.

Key words: Administrative Improbability, Public Ministry, Legal tools.

## SUMÁRIO

|                                                                        |           |
|------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b>                                                      | <b>11</b> |
| <b>1 MINISTÉRIO PÚBLICO</b>                                            | <b>13</b> |
| 1.1 Ministério Público – Origens históricas                            | 13        |
| 1.2 O Ministério Público no Brasil – Origens históricas                | 19        |
| 1.3 O Ministério Público e sua posição nas Constituições anteriores    | 24        |
| 1.4 O Ministério Público na Constituição de 1988                       | 27        |
| <b>2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b>                                    | <b>30</b> |
| 2.1 Introdução                                                         | 30        |
| 2.2 Improbidade administrativa e Direitos Humanos                      | 30        |
| 2.3 Instrumentos legais                                                | 34        |
| 2.3.1 No âmbito internacional                                          | 34        |
| 2.3.1.2 Introdução                                                     | 34        |
| 2.4 Forma de ingresso dos Tratados Internacionais em nosso Direito     |           |
| Positivo                                                               | 34        |
| 2.5 Diplomas internacionais                                            | 36        |
| 2.5.1 Convenção Interamericana contra a Corrupção                      | 36        |
| 2.5.2 Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários            |           |
| Públicos Estrangeiros em transações comerciais                         | 37        |
| 2.6 Legislação Nacional                                                | 38        |
| 2.6.1 Constituição                                                     | 38        |
| 2.6.2 Legislação infraconstitucional                                   | 40        |
| <b>3 CASUÍSTICA</b>                                                    | <b>42</b> |
| 3.1 As sanções decorrentes da prática de improbidade administrativa:   |           |
| natureza civil ou penal ?                                              | 42        |
| 3.2 A dispensa de licitação na contratação de serviços profissionais e |           |
| a configuração da improbidade administrativa                           | 46        |
| 3.2.1 A questão do prejuízo ao erário público                          | 52        |
| 3.3 A admissão no serviço público sem a prévia submissão a concurso.   |           |



|                                                                                                                       |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| A questão dos cargos em comissão                                                                                      | 56         |
| 3.4 A questão da competência para julgamento da ação de improbidade administrativa. O foro privilegiado               | 60         |
| 3.4.1 A proposta de emenda constitucional de criação do foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa | 64         |
| 3.5 Ação civil pública e ação de improbidade administrativa                                                           | 69         |
| <b>4 PRESCRIÇÃO</b>                                                                                                   | <b>72</b>  |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>                                                                                           | <b>74</b>  |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>                                                                                     | <b>76</b>  |
| <b>ANEXO A</b>                                                                                                        | <b>83</b>  |
| <b>ANEXO B</b>                                                                                                        | <b>102</b> |

## INTRODUÇÃO

Após longo período em que o país se viu sob o manto da ditadura, a Constituição de 1988, rompendo com a ordem jurídica de então, deu especial ênfase à cidadania (por isso mesmo denominada *Constituição cidadã*), fomentando a participação popular na gestão da coisa pública, como forma de aprimoramento de uma democracia efetivamente participativa.

Uma das faces de tal intenção do constituinte foi a introdução de um instituto até então inédito em nosso ordenamento jurídico: a improbidade administrativa. Sim, pois embora anteriormente as Constituições de 1946 e 1967 previssem o chamado *enriquecimento ilícito*, para a proteção do patrimônio público e que existisse legislação infra-constitucional nesse sentido (Leis ns. 3.164/57 e 3.502/58), o certo é que sua abrangência era restrita, dada às dificuldades para sua aplicação e da perfeita configuração do enriquecimento ilícito, fatores que, na prática, tornaram rara a utilização de tais mecanismos jurídicos.

Somente a partir do momento em que o país respirou os ares da Democracia e, principalmente, com o incrível fortalecimento do Ministério Público – outra inovação da Carta de 1988 – é que se verificou a existência de um campo fértil para a aplicação do instituto que foi, finalmente, regulamentado pela Lei nº 8.429 de 3 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

Várias questões contidas na Lei de Improbidade Administrativa são ainda palpitantes, convidando à meditação a seu respeito, já que se trata de ferramenta jurídica imprescindível na construção de um Estado Democrático de Direito.

A atuação do Ministério Público, por vezes tida como abusiva (afinal, *in medio stat virtus*), mas, quase sempre, elogiada pela sociedade, é tema que merece especial reflexão.

Assim também a natureza jurídica da responsabilidade por ato de improbidade e a diversidade de sanções que enseja. Ou, no campo processual civil, os instrumento legais colocados à disposição do autor da ação e mesmo a recente discussão a respeito do chamado *foro privilegiado*.

São todas questões palpitantes, que exigem maior reflexão e cujo trabalho almejou enfrentá-las.

Ao estudo desse instituto, de fundamental importância na criação de uma nova Nação, é que o trabalho se propõe.

# 1 MINISTÉRIO PÚBLICO

## 1.1 Ministério Público – Origens históricas

Com uma síntese histórica a respeito do Ministério Público, procuramos, de início, propiciar uma melhor compreensão dessa Instituição. Não se pretende, por óbvio, esgotar o assunto, objetivo que fugiria ao âmbito deste trabalho. Mas, como salienta Miguel Reale,

[...] é possível que a meditação da história nos torne mais conscientes das razões concretas da atividade jurídica, de maneira que as necessárias estruturas e processos formais, garantidores da justiça, não se convertam em rígidos entraves à atualização espontânea dos fins que compõem a constante ética do Direito.<sup>1</sup>

Buscar-se a origem do Ministério Público traduz-se em tarefa das mais árduas, dada à diversidade de informações que tratam do tema quase que a impedir que se indique, com precisão, a genealogia da Instituição. Tantas são as fontes encontráveis, quer na doutrina nacional, quer na doutrina alienígena, que o marco inicial do Ministério Público – e aí todos estão concordes – é impossível de ser apontado, embora se indiquem, aqui e acolá, alguns antecedentes da Instituição, mesmo que remotos, capazes de, em maior ou menor grau, se aproximarem do que hoje constitui o Ministério Público. Soma-se a isso a parcialidade com que alguns autores abordam o tema, pretendendo trazer para sua respectiva pátria a origem da Instituição, os italianos, destarte, fincando sua semente na Itália, os franceses na França e assim por diante.

Há quem recue ao antigo Egito para aí identificar os primeiros resquícios do Ministério Público. É a lição de Roberto Lyra, que, lastreado em Valori, vê no Egito de 4.000 anos um embrião da Instituição, indicando, inclusive, que eram seis os deveres cuja observância obrigava o *promotor*, embora, por óbvio, ainda sem essa denominação:

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.10.

1 – É a língua e os olhos do rei do país; 2 – Castiga os rebeldes, reprime os violentos, protege os cidadãos pacíficos; 3 – Acolhe os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; 4 – É o marido da viúva e o pai do órfão; 5 – Faz ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; 6 – Toma parte nas instruções para descobrir a verdade.<sup>2</sup>

Interessante a observação daquele que foi chamado de o *príncipe dos promotores públicos*. Anotamos, porém, que mais por curiosidade histórica do que propriamente rigor científico, se pode vislumbrar nessa figura do Egito algo que lembre o Ministério Público, pelo menos com a estrutura que hoje conhecemos. Vê-se, assim, nesse remoto *promotor*, uma atuação intimamente relacionada aos interesses do Estado que, é verdade, era ainda desconhecido à época, com a feição dada, séculos mais tarde, por Montesquieu. Mas ao constituir-se na *língua* e nos *olhos do rei*, era muito mais um representante dos interesses do monarca do que, propriamente, dos interesses da sociedade.

E nem poderia ser diferente. Essa concepção do Ministério Público como defensor não dos interesses do rei, mas da sociedade, foi forjada durante séculos e só recentemente, ao pensarmos em nosso país, incorporada ao texto constitucional, em tema que será objeto de análise adiante. Imaginar-se, por mais sábia que fosse a civilização egípcia, da possibilidade de uma concepção de tamanha modernidade, importaria em negação à história da civilização. Acrescente-se, ainda, que dentre os deveres desse *promotor egípcio*, encontrava-se o de julgar, na medida em que indicava as disposições legais aplicáveis ao caso concreto, nele se detectando, ainda, funções de investigação *para descobrir a verdade*. Não possuía, por certo, a função de acusar, naquele tempo atribuição deferida ao particular.

Mencionam-se, ainda, os *Éferos* de Esparta, os *thesmotetis* gregos e, ainda no Egito, os *Magiaí*.

Os italianos, por sua vez, chamam para si a origem da Instituição, citando Amaro Alves de Almeida Filho a lição de Manzini:

Se só se considerar o Ministério Público em sua qualidade de acusador público, pode ter razão Pertile (*Storia del diritto italiano*, vol. VI, 2, § 233), que sustenta que esse instituto tem origem italiana, e que não proveio nem do procurador do rei do direito francês nem do promotor fiscal da inquisição espanhola. Com efeito, em Veneza havia

<sup>2</sup> LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 9.

*avogadori di comum* que exerciam funções semelhantes as do nosso Ministério Público, e em alguns processos particulares se nomeava também um *abogado fiscal*, como, por exemplo, no processo contra o capitão general de mar Antonio Grimani. Devem recordar-se também os *conservadores de la lei de Florência*, *el abogado de la gan corte* de Nápoles etc.<sup>3</sup>

O espanhol Niceto Alcalá Zamora y Castillo, lembra ainda de outras funções que, mais remotamente, se aproximariam do perfil de Ministério Público hoje conhecido, a saber:

*Tesmoteti* (Grécia), *praefectus urbis* (Direito Romano), *gastaldi* (Idade Média – Direito Longobardo), *condes* e *sayones* (época franca e visigoda), *actores* ou *missi dominici* (Carlos Magno), *promotor* ou *vindex religionis* (Direito Canônico, dos séculos XIII e XIV), *avogadori del comune* (Veneza do século X), *kriminalfiskalat* e *gerneiner anklager* (Alemanha, século XVI), *abogado fiscal* e *abogado patrimonial* (Valência).<sup>4</sup>

A maioria dos tratadistas que se debruçaram sobre o tema, porém, identificam mesmo na França o berço da Instituição, de onde, bem mais tarde, teria se espalhado pela Europa acompanhando as investidas de Napoleão.

Assim, um dos maiores estudiosos do Ministério Público, Amaro Alves de Almeida Filho, em longo e bem elaborado artigo que fez publicar na Revista *Justitia*,<sup>5</sup> reconhece a origem francesa da Instituição. Para tanto, elenca o rol de autores, nacionais e estrangeiros, que sustentam essa tese, valendo a transcrição:

Jofre (*Manual*, 5ª. ed., tomo I, pág. 217), Garraud (*Trate*, tomo I, pág. 162) (afirmam que a instituição brotou na França, no século V), Castro (na Ordenança de 1302), apontados por Niceto Alcalá Zamora e Castillo, Matirolo (*Trattato di Diritto Giudiziario*, tomo I, pág. 553 – in Afonso Fraga, ob. cit. pág. 379); Vicente de Paula Azevedo Júnior; Lopes da Costa, que se refere à Ordenança de 25.3.1302, e cita Garsonnet et Bru (*Procédure*, vol. I, pág. 277), Weismann Lehrbruch, vol. I, pág. 52, Pedro dos Santos (no acórdão da Relação da Bahia, de 1914 in Espínola – *Código de Processo do Estado da Bahia*, vol. I, pág. 181, nota 87); *Dicionário Larousse* (ob. cit.: *Ministère Public* “...dont l’origine remonte aux anciens procureurs et avocats du roi”); José Frederico Marques, “nascida na França com aquela ‘gens du roi’”; René Garraud e Pierre Garraud, ‘a instituição do Ministério Público, cuja origem é francesa, fez volta do mundo’, etc.

<sup>3</sup> ALMEIDA FILHO, A. A. Do Ministério Público, *Justitia*, São Paulo, v. XXIX, p. 196, abr.-jun., 1960.

<sup>4</sup> *Apud* MANZINI, V. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín Buenos Aires: El Foro, 1996, v.1. p. 367.

<sup>5</sup> ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 91-136.

Essa é a opinião, também, de Roberto Lyra, novamente lembrado como um dos maiores estudiosos do Ministério Público, em capítulo de seu livro denominado “A França, Berço do Ministério Público”:

Cesare Lombroso, prefaciando o melhor dos livros de Raoul de La Grasserie – *Lês principes sociologiques de la criminologie* – salientou numa cortesia ao autor, que a França, desde os enciclopedistas, preside a todas as inovações. Assim foi com a instituição do Ministério Público, que é, essencialmente, nitidamente, francesa e foi introduzida nos parlamentos e noutras jurisdições para a defesa dos interesses do Estado, separados da pessoa e da propriedade do senhor feudal, do soberano.<sup>6</sup>

É também o dizer de Tourinho Filho:

A *Ordonnance* de 25-3-1302 e aquelas do segundo quartel do século XIV (as *Ordonnances* de 28-12-1335, de 20-7-1367 e de 22-11-1371), consignaram disposições relativas aos *procureurs*, com caracteres do Ministério Público, ‘puesto que estaben encargados de perseguir los hechos punibles castigados por las Ordenanzas, incluso si la parte lesionada no accionaba’. Com o Iluminismo, Revolução Francesa, surgimento dos primeiros Estados Democráticos de Direito, separação dos Poderes, Declaração Universal dos Direitos do Homem e as leis napoleônicas do começo do século XIX, o Ministério Público começa esboçar um perfil da instituição de nossos dias.<sup>7</sup>

O ilustre autor, inclusive, explica a origem do termo *Parquet*, largamente utilizado, nos dias de hoje, quando se pretende formular qualquer referência ao Ministério Público, o que, de alguma forma, constitui-se em mais um dado a confirmar a origem francesa da Instituição:

[...] na França antiga os Procuradores e os advogados do Rei não se sentavam sobre o mesmo estrado onde ficavam os Juízes, mas sobre o soalho (*parquet*) da sala de audiência, como as partes e seus representantes. Hoje, não obstante os membros do Ministério Público fiquem no mesmo plano, a denominação *Parquet* é empregada para se referir à Instituição do Ministério Público. ‘Les Procureurs et avocats du Roi ne siégeaient pas sur la même estrade que les juges, mais sur le parquet de la salle’ – Os Procuradores e advogados do Rei não se sentavam sobre o mesmo estrado que os juizes, mas sobre o assoalho da sala (gaston Stefani et al., *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 1996, p. 107). Pelo que se deduz da citação, na sala das

<sup>6</sup> LYRA, op. cit., p. 13.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2. p. 333.

audiências , ou Tribunal, havia dois níveis: um mais alto (em face do estrado) e outro inferior. Naquele ficavam sentados os juizes e neste, os advogados e os Procuradores do Rei, embrião de nosso Ministério Público. Na sala das audiências havia um cancelo que separava os Juizes das demais pessoas. E porque os Procuradores do Rei (*les gens du Roi*) ficavam sentados aquém do cancelo, com suas cadeiras postadas sob o assoalho (*parquet*), e não sobre o estrado, surgiu a expressão *Procureurs au parquet*, ou simplesmente *Parquet*, para aludir aos Procuradores.<sup>8</sup>

Não discrepa o entendimento de José Frederico Marques ao apontar na França o berço dessa “esplêndida instituição”, ensinando:

Antiga e modesta é a origem do Ministério Público, diz Francisque Govet. Os antecessores dos atuais promotores de Justiça são os advogados e procuradores do rei (*les gens du roi*) que, antes do século XVI, eram apenas os representantes dos interesses privados do monarca, perante os tribunais. O papel desses advogados e procuradores do rei foi gradativamente ampliando-se, *pari passu* com o fortalecimento dos poderes dinásticos; e tornaram-se eles, assim, *agentes do poder público junto aos tribunais*.<sup>9</sup>

Era ainda, em verdade, um mero preposto do Rei, com atuação junto aos tribunais. Mas que já apresentava um resquício da Instituição hoje conhecida, na medida, inclusive, que esse procurador do rei se constituía no titular do direito de acusar. Interessante, nesse aspecto, a observação de César Salgado, dos mais renomados membros do *parquet* do Estado de São Paulo, um dos responsáveis pelo atual perfil do Ministério Público:

Montesquieu, no seu precioso livro: *De l'Esprit des Lois*, assinalou em sentenças memoráveis, o surgimento do Ministério Público. Ouçamo-lo, no original francês, para que se fixem, precisamente, o sentido e o alcance de seu enunciado: *Nous avons anjourd'hui une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, 'etabli pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes; [...] la parie publique veille pour les citoyens; elle agit, et ils sont tranquilles*.

Em vernáculo, podemos dizer: “Dispomos agora de uma lei

<sup>8</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 333. (um tanto diversa é a explicação dada por Hélio Tornaghi para a expressão *parquet*, quando tomada como sinônima de Ministério Público. Diz o saudoso mestre brasileiro que *parquet* era exatamente o assoalho onde nele repousavam as cadeiras dos juizes. “Os monarcas procuraram por todos os meios robustecer a posição de seus representantes, dar-lhes independência em relação aos juizes e colocá-los em pé de igualdade com esses, fazendo inclusive que subissem do *parquet*, isto é, do assoalho para o estrado”, ressalta o autor. Em sua visão, portanto, *parquet* era sim o local destinado aos juizes e não aos advogados e às partes, como parece a Tourinho).

<sup>9</sup> MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, v. II. p. 48.



admirável, segundo a qual o príncipe, encarregado de executar as leis, nomeia um agente em cada tribunal para perseguir, em seu nome, todos os crimes; [...] a parte pública vela pelos cidadãos; ela age e eles se sentem tranquilos.<sup>10</sup>

Não é outra a impressão de Henrion de Pansey, para quem

Por intermédio dessa magistratura, o Rei via tudo, conhecia de tudo, estava presente em toda parte. Ele fiscalizava a execução das leis, a conduta dos juizes, os atos de todos os cidadãos; colaborava na confecção de todos os regulamentos de polícia e os fazia executar; assistia à deliberação de todos os órgãos e de todas as corporações do Estado [...] Enfim, tudo o que podia interessar à ordem pública estava nas atribuições desse ministério.<sup>11</sup>

Relembremos: foi mesmo na França onde inicialmente surgiu um esboço da noção que hoje temos do Ministério Público. Principalmente se tomarmos o ponto de vista da ação penal. Já estava superada a fase da acusação privada e, depois, passaria aquela em que a titularidade era deferida a qualquer do povo. Havia, naquele tempo, uma acusação pública, incumbida a um órgão público, em nome do Rei, é verdade, mas que, em síntese, acabava encarnando o interesse do Estado. Não se deve olvidar que passava a época de Luis XIV, auge do Absolutismo, onde a figura do monarca se confundia do Estado, conforme se pode extrair da famosa expressão *l'État c'est moi*.

Claro que os *gens du roi* velavam, também, pelos interesses do Rei. Trata-se, contudo, de atribuição que, nem por isso, impede que neles se identifiquem as mais remotas nuances do promotor de justiça de hoje. Aliás, até bem pouco tempo, mais precisamente até antes do advento da Constituição de 1988, o Ministério Público exercia funções típicas da advocacia pública, como, *verbi gratia*, a execução judicial de tributos em nome da União, tarefa hoje cominada aos procuradores da fazenda pública.

Mas mesmo nos antigos procuradores do rei já se identificava notável grau de independência, conforme se observa da lição de César Salgado, citando F. Gigot.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> SALGADO, C. Campos Sales, o precursor da independência do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. XXXII, p. 78, jan./mar., 1961.

<sup>11</sup> PANSEY, H. *Da l'autotité judiciaire en France*. 3. ed., Paris, 1827. p. 288.

<sup>12</sup> SALGADO, op. cit., p. 78.

Embora estivessem eles sob as ordens do Rei e obrigados em princípio a executar as instruções recebidas, guardaram sempre uma certa independência e muitas vezes se opuseram ao próprio Rei.<sup>13</sup>

Ninguém imagina, por óbvio, que a Instituição, com seu contorno atual, tenha surgido imediatamente, pronta e acabada, por força de criação legislativa. Decerto, “não apareceu de jato, em determinado lugar”, como adverte Hélio Tornaghi.<sup>14</sup> Ao revés, foi e é fruto de constante criação, apresentando inúmeros perfis que variam conforme a ordem jurídica interna de cada Estado, a tradição de cada povo e a jurisprudência local, etc.

## 1.2 O Ministério Público no Brasil – Origens históricas

Já as Ordenações Manuelinas, a partir de 1521, previam expressamente a existência do Ministério Público e, ao que se sabe, pela primeira vez teria sido utilizada a expressão *Promotor de Justiça*:

O promotor de justiça deve ser letrado, e bem entendido para saber espertar, e aleguar as causas, e razões que pera lume, e clareza da Justiça, e pera inteira conservaçam della convem, ao qual mandamos que com grande cuidado, e diligencia requeira todas as causas que pertencerem à Justiça, e conservaçom de nossa jurisdiçom, em tal guisa, que por sua culpa, ou negligencia nom pareça Justiça, nem nossa jurisdiçom seja deturpada; porque fazendo o contrário, Deos no outro mundo, e a nós neste dará disto conta.<sup>15</sup>

Ao Brasil dessa época, praticamente habitado apenas pela população indígena e com presença quase insignificante do colonizar português, as Ordenações não tinham qualquer aplicação. Com efeito, passou-se quase um século para que se implantasse a Justiça em nosso país, por meio do Alvará de 7 de março de 1609, do Rei Dom Felipe III, criando um Tribunal na cidade de Salvador, denominado *Relação do Brasil* e que, segundo José Henrique Pierangelli, pode ser

<sup>13</sup> **Justitia**, São Paulo, v. CXIV, p. 133, jul./set, 1981.

<sup>14</sup> TORNAGHI, H. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. II. p. 420.

<sup>15</sup> **Ordenações Manuelinas**, L. I, tit. XXXIV, p. 223, ed. 1787

considerado “a pedra angular do edifício da Justiça Brasileira.”<sup>16</sup>

Esse diploma legal institui um Tribunal, cuja composição é detalhada por Edgard Costa, utilizando-se das expressões originais do alvará:

Haverá na dita Relação dez desembargadores, entrando nesse número o Chanceler, o qual servirá de juiz da Chancelaria; três desembargadores de agravos; um ouvidor-geral; um juiz dos feitos da Coroa e um procurador da Coroa, Fazenda e Fisco e promotor de justiça.<sup>17</sup>

Prossegue Pierangelli, em seus estudos sobre a história do Direito brasileiro, que

Com a vinda da Família Real para o Brasil, D. João VI, então Príncipe Regente, por Alvará de 22 de abril de 1808, criou o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e de Chancelaria e Ordens. Esse Alvará, no seu inciso III, criava um cargo de Promotor, que seria *exercitado por um Magistrado que eu houver de nomear*.<sup>18</sup>

Proclamada a Independência, ambos os imperadores cuidaram da função de promotor de justiça. D. Pedro I, por meio das decisões 160 e 161, de 21 e julho de 1825, determinou que os abusos eventualmente cometidos pela imprensa (lembre-se que à essa época surgiu o Júri em nosso país, inicialmente concebido exatamente para o julgamento de crimes de imprensa), fossem comunicados ao *Promotor Fiscal*, a quem equiparou aos magistrados, determinando que a ele fosse reservado o tratamento de *excelência*.

Seu sucessor, D. Pedro II, por meio do Decreto nº 1.723, de 16 de fevereiro de 1856, determinou que o *desembargador promotor de justiça* tivesse vista de todas as apelações apresentadas aos *Tribunais da Relação*, naquilo que se pode conceber como sendo a primeira semente da atribuição hoje exercida pelos Procuradores de Justiça.

Nesse meio tempo, a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, em seu artigo 22, previa que “[...] os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias[...]”.

Ainda era, contudo, uma atuação nitidamente vinculada aos interesses do soberano, muito mais identificada com a antiga figura dos *Les Gens du Roi*, que

<sup>16</sup> **Justitia**, São Paulo, v. CXVII, p. 234, abr./jun. 1982.

<sup>17</sup> COSTA, E. **Efemérides judiciárias**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, MEC, 1961. p. 142.

<sup>18</sup> PIERANGELLI, J. H. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 29

refletia – e nem poderia ser diferente – o momento histórico ainda marcado pelo Absolutismo, embora já a essa altura bafejado pelos ares do liberalismo e do positivismo, que emergiam naquele século XIX.

Nesse sentido a advertência de César Salgado:

A verdade é que nenhum dos estadistas do Império, nem o Cons. Nabuco de Araújo, nem Cotegipe, nem o Visconde de Ouro Preto, e nem mesmo Pi9menta Bueno, se lembrou de conferir ao Ministério Público as mais elementares garantias de estabilidade. Ao contrário, negavam-lhas, com se pode ver neste trecho do Marquês de São Vicente, o último dos nomes citados: *Pelo que toca à nomeação e demissão de tais empregados, não pode haver dúvida alguma séria de que isso depende inteiramente do juízo do Governo. Ele é o representante da sociedade, o encarregado e o responsável pelos direitos, ordem e segurança da sociedade. Os membros do Ministério Público não são senão agentes seus, de sua escolha e confiança, são molas de sua autoridade, que devem ser conservadas ou destituídas como ele entender conveniente ao serviço público.*<sup>19</sup>

Não se ignoram, todavia, as críticas experimentadas pela Instituição já à essa época. Um magistrado de nome Musio, citado por Siracusa, em artigo publicado no ano de 1862, assim se exprimiu:

O Ministério Público, mesmo no melhor dos ordenamentos, é algo que nos amedronta com o mais terrível dos fragelos [...] Este instituto tirânico que, outro cavalo de Tróia, pejado de armas e de assaltantes, de perfídia, de artimanhas e de enganos, foi sacrilegamente introduzido no templo da justiça, ajaezado em veludo com fulgentes cordões de ouro, e cravado como espinho no coração da magistratura, é chamado, entre nós, por imitação, e enfaticamente, de Ministério Público; entidade monstruosa e contraditória, imoral e inconstitucional ao mesmo tempo, que ora é soberana, ora escrava, ora traz cadeia no pescoço, ora as impõe aos outros, com desprezo de qualquer lei, e que, encarado nos seus verdadeiros atributos, é um ente sem intelecto e sem consciência, um autômato e uma máquina, que deve mover-se segundo a vontade do poder executivo.<sup>20</sup>

A mesma virulência se observa na doutrina nacional da época, mais precisamente nas palavras de Manoel Mendes da Cunha Azevedo:<sup>21</sup>

<sup>19</sup> *Apud* INACARATO, M. A. **Justitia**, São Paulo, v. LXVI, p. 84, jul./set., 1969.

<sup>20</sup> *Apud*, SALGADO, C. O Ministério Público no anteprojeto de Código de Processo Penal. **Justitia**, São Paulo, v. XLVII, p. 85 – out/dez. 1964.

<sup>21</sup> A crítica se refere à faculdade estabelecida pelo art. 501 do Código de Processo Criminal do Império, que conferia ao promotor a possibilidade de apelar das sentenças definitivas na hipótese de nulidade, mantendo assim, segundo nos parece, os réus presos).

Ninguém pode fingir contra a vontade, e muito menos para fazer da lei um instrumento de perseguição e de ódio. Ou o recurso é uma quimera, ou ele não pode ser interposto senão por um motivo real; e entretanto fica o promotor impune, a lei é vilipendiada, e o réu absolvido continua a sofrer por uma singularidade digna, é só digna de exceção do art. 84 da lei de 5 de dezembro, à mercê do promotor, para inutilizar a regra, e subordinar a Justiça, que é do direito de todos, à sua onímoda vontade, que ele entende ser um direito seu !!! Um direito seu !!! ... Daqui vejam os nossos ouvintes a idéia que fazem da palavra – direito – os selvagens apelantes !... Estúpido promotor, se o direito não é a moral em ação, a equidade, a razão, a verdade, prescrevendo a melhor ordem, a conservação e progresso dos homens em sociedade, que outra coisa pode ser ele mais do que o poder físico de agir ? [...] Há promotores tão infames que dizem sem receio de serem mandados logo para a cadeia !.<sup>22</sup>

Passado quase um século, a revelar o quão lenta e progressivamente foi se forjando a Instituição, se manifestou Pimenta Bueno:

Nosso Ministério Público, assim como quase todas as nossas instituições, por ora incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade, inspeção e harmonia. Sofre demais a mais, lacunas graves nas atribuições conferidas a seus agentes, lacunas que muito prejudicam a administração da Justiça: a instituição está criada, ela se aperfeiçoará com o progresso crescente de nosso estados e melhoramentos legislativos.<sup>23</sup>

E, com efeito, com uma ou outra ressalva, a história tratou de revelar a inconsistência de tão exageradas críticas.

O Ministério Público, porém, assumiria novo fôlego, aproximando-se mais do perfil hoje conhecido, com a proclamação da República. Daí se afirmar que o *parquet* é mesmo uma obra republicana, pois a partir daí, especialmente com o advento do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 e do Decreto nº 1.030, de 14 de dezembro de 1890, ganhou fôlego, deixando de se constituir em mero apenso do Poder Judiciário para se transformar na chamada “Magistratura de Pé”.

É a impressão, também, de Pimenta Bueno, ao ressaltar

Levado pela mesma preocupação, com que se houve ao elaborar o Decreto nº 848, de 1890, de organizar o Ministério Público nos moldes hodiernos, com a independência precisa para bem exercer as funções

<sup>22</sup> AZEVEDO, M. M. C. **Observações sobre vários artigos do Código de Processo Penal**. Recife: Typ. da Viuva Roma, 1852. p. 236, 239 e 240.

<sup>23</sup> BUENO, P. A. J. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Lisboa: Livraria Clássica, 1910. p. 109.

tão importantes, quão espinhosas que reclamam os interesses sociais, o Dr. Campos Sales, organizando a justiça do Distrito Federal, pelo Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, deu àquela instituição, a precisa constituição e necessária autonomia.<sup>24</sup>

E, de fato, o art. 162, do mencionado diploma legal, declarou expressamente que “o Ministério Público era perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal da sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito”.

Essa lei foi fruto da criação de Manoel Ferraz de Campos Sales, à época Ministro da Justiça do recém instituído governo provisório, que perduraria até 22 de janeiro de 1891, sob o comando do *generalíssimo* Deodoro da Fonseca, comandante da Proclamação da República de 1889. Dada à sua atuação à frente da pasta, se atribui a Campos Sales a áurea de *precursor da independência do Ministério Público do Brasil*.<sup>25</sup> São as palavras de César Salgado, ao enaltecer a importância de Campos Sales

Que noção admirável – sobretudo para aqueles tempos – da importância, da finalidade e das atribuições de uma instituição *político-jurídica*, que os nossos legisladores teimavam em desconhecer ! Foi Campos Sales quem revelou ao Brasil, o Ministério Público. Essa glória lhe é indisputável. E seu mérito mais se realça quando sabemos que ele era um político militante, naturalmente indicado para os postos que veio a exercer de chefia de governo. Que grande lição a sua ! E como avulta sua personalidade em confronto com as do que cedo lhe esqueceram o ensinamento e lhe revogaram as prescrições ! Porque a verdade é que os estadistas e legisladores republicanos repudiaram, durante quase meio século, a obra de Campos Sales, em relação ao Ministério Público.<sup>26</sup>

Essa última observação de César Salgado merece um comentário. À essa época, a organização das justiças era deferida a cada estado-membro da Federação. Por isso, *verbi gratia*, que se tinha um Código de Processo Penal da Bahia, outro do Amazonas, um outro do Distrito Federal, etc., até a unificação promovida pelo *codex* de 1941, que entrou em vigor no ano seguinte. Na organização local de cada Ministério Público é que se vislumbra o retrocesso aludido

<sup>24</sup> Bueno, op. cit., p.. 63.

<sup>25</sup> Bem por isso, o dia 13 de fevereiro, consagrado como “Dia do Ministério Público”, coincide com a data de nascimento de Campos Sales.

<sup>26</sup> Campos Sales, o precursor da independência do Ministério Público, **Justitia**, São Paulo, v. XXXII, p. 32. jan./mar., 1961.

pelo autor, circunstância que não passou despercebida por Galdino de Siqueira, ao observar

No uso da faculdade que lhes foi conferida de se organizarem administrativamente, os Estados têm provido sobre a constituição e funcionamento de seu Ministério Público, quer por disposições mais ou menos completas, nas próprias leis de organização judiciária, quer por meio de leis e regulamentos especiais.

Em geral, porém, se mantiveram presos à antiga intuição, fazendo dos órgãos da instituição meros delegados ou mandatários da confiança do poder executivo, sem autonomia precisa, antes, de existência precária ou demissíveis discricionariamente.

Haja vista o Estado de São Paulo, que providenciou especialmente sobre a constituição e funcionamento do Ministério Público pelo Decreto nº 1.237, de 23 de setembro de 1904, em cujo art. 8º se estatui que – todos os membros do Ministério Público são de livre nomeação e demissão do Presidente do Estado; haja vista ainda o Estado do Rio de Janeiro, que na sua última lei de organização judiciária, a de nº 1.137, de 20 de setembro de 1912, art. 126, estabelece que – os cargos do Ministério Público são de mera comissão do Governo, e assim outros Estados.<sup>27</sup>

### **1.3 O Ministério Público e sua posição nas Constituições anteriores**

A Constituição de 1891 não fez qualquer alusão ao Ministério Público, referindo-se, apenas, ao Procurador-Geral da República, a ser nomeado pelo Presidente da República dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º). Em cada um dos Estados, disse a Lei nº 221, de 1894, eram nomeados Procuradores Seccionais da República, a permanecerem no cargo “enquanto bem servirem”, à exemplo da cláusula norte-americana do “during good behaviour”, prevendo-se, assim, a possibilidade de demissão “ad nutum”, segundo critérios discricionários do administrador.

Fez menção ao Ministério Público, pela primeira vez, em nível constitucional, a carta de 1934. Foi a instituição, assim, incluída no Título I, que tratava da “Organização Federal” e – vale pelo interesse histórico – mais especificamente no capítulo que cuidava dos “Órgãos de Cooperação nas Atividades

---

<sup>27</sup> SIQUEIRA, G. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Magalhães, 1930. p. 60.

Governamentais”. Ao lado do Ministério Público, os outros *órgãos de cooperação* eram o Tribunal de Contas e os extintos Conselhos Técnicos. Como indica a denominação do título, a Constituição tratava da organização, apenas, do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

Deixava-se, assim, a cada estado-membro da Federação a incumbência de organizar, localmente, o seu Ministério Público, fato que acabava propiciando tratamentos não uniformes entre os diversos órgãos estaduais, tudo de modo a comprometer a unidade e sistematização da Instituição como um todo. Apenas como exemplo, lembre-se que, conquanto a Constituição obrigasse a realização de concurso público para ingresso nos quadros do Ministério Público Federal, em vários Estados a nomeação era feita livremente pelo Governador, faculdade, aliás, legítima, à falta de uma legislação estadual que regulasse a matéria e ante o silêncio da Constituição a respeito. Sem falar na amplitude das funções cominadas ao Ministério Público, dada à peculiaridade de cada lei estadual. Lembre-se, novamente, que à época a lei processual penal, *verbi gratia*, não se achava unificada em todo país, medida que se verificaria somente em 1941 com o advento do atual Código de Processo Penal.

Era evidente o desconforto de tais discrepâncias, posto que, no dizer de Mário Dias, se verificava a partir daí:

[...] uma diferenciação fundamental e falta de unidade nas diversas leis de organização judiciária do país, na vigência daquela Constituição, relativamente à instituição do Ministério Público, não só quanto ao provimento dos respectivos cargos, como quanto à natureza das funções, amplitude das atribuições, garantias e deveres.<sup>28</sup>

A carta de 1934, a par de seu aspecto pioneiro, também previu outros direitos conferidos aos membros do Ministério Público e que, até os dias de hoje, perduram, como a vitaliciedade (art. 95, § 3º) e a equiparação entre os vencimentos do Procurador-Geral da República e do Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 95, § 1º). Demais disso, também prescreveu vedações ainda vistas, como o impedimento ao exercício de outra função pública senão a do magistério (art. 97). Outra importante inovação consistiu no fato de que o Procurador-Geral da República não mais seria escolhido dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas sim,

---

<sup>28</sup> DIAS, M. **Ministério Público brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, v. I. p. 43.



“dentre os cidadãos com os requisitos estabelecidos para os ministros da Suprema Corte”.<sup>29</sup> Manteve-se, porém, a possibilidade da demissão *ad nutum* do Procurador-Geral por ato do Presidente da República.

A “polaca” de 1937, de sua parte, em posição retrógrada quando comparada à Constituição de 1934, tratou do Ministério Público apenas em um artigo.<sup>30</sup> Foi, assim, omissa em relação à organização da Instituição, seu funcionamento, modo de ingresso, etc.

A Constituição de 1946 importou em notável avanço do Ministério Público. É dessa opinião Mário Dias, ao ressaltar que:

Embora não se tenha conseguido ainda completa vitória é, sem dúvida, digno de francos aplausos e altamente significativo para o futuro da instituição, o relevo a que atingiram, na sua estruturação constitucional, as discussões parlamentares, durante a elaboração da Carta Magna que ora rege os destinos do Brasil. Pela primeira vez, em nossa história constitucional, mereceu a instituição do Ministério Público brasileiro, as honras de um título especial no Estatuto básico da República, embora resumido em quatro únicos artigos, desprezadas que foram, ainda desta vez, as inúmeras emendas e sugestões apresentadas aos anteprojetos oficiais.<sup>31</sup>

Também comunga deste entendimento o magistério César Salgado, quando citado por Márcio Antonio Inacarato:

A Constituição brasileira de 18 de setembro de 1946 inscreveu o Ministério Público sob título especial. Eis um fato que deve ser entendido em seu real significado, como consagração definitiva da importância de uma instituição, em cujo âmbito alguns juristas de escol já antevêem os lineamentos de um quarto poder.<sup>32</sup>

E, de fato, embora mantendo a - criticada - possibilidade de demissão *ad nutum* do Procurador-Geral da República (art. 126), por outro lado trouxe importantes avanços, como a irremovibilidade, a vitaliciedade e a obrigatoriedade de ingresso na carreira mediante concurso público (art. 127). Obrigou, outrossim, em

<sup>29</sup> Durante a República, a Constituição Federal de 1934 alterou a denominação constitucional do Supremo Tribunal Federal, passando a designá-lo como Corte Suprema. Com o advento da Carta de 1937, restabeleceu-se a anterior denominação (Supremo Tribunal Federal), mantida, até hoje, pelas sucessivas Leis Fundamentais da República.

<sup>30</sup> art. 99. O Ministério Público Federal terá por chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal.

<sup>31</sup> DIAS, M., op. cit., p. 47.

<sup>32</sup> INACARATO, op. cit., p. 91.

medida fundamental para o futuro da instituição, que os Estados-Membros, na organização do Ministério Público local, atentassem a tais diretrizes fixadas na lei maior (art. 128). Cominou, ainda, aos Procuradores da República, a representação da União em juízo, “podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local”, em atribuição hoje inexistente.

Na Constituição de 1967, promulgada em 27 de janeiro daquele ano, foi o Ministério Público incluído na Seção IX, do Capítulo VIII, que tratava do Poder Judiciário. Alguns vislumbraram, em tal inclusão, um avanço, eis que o Ministério Público fora, finalmente, como verdadeira “Magistratura de Pé”, colocado ao lado do Poder Judiciário, em igualdade de condições. Outros, no entanto – e aqui se destaca a lição de Pontes de Miranda -<sup>33</sup> afirmam que, com essa iniciativa, o *parquet* passou a ser, aos olhos do constituinte, um mero “órgão auxiliar” do Poder Judiciário. E, efetivamente, parecia a posição mais correta na medida em que o art. 107 daquela carta, que previa os órgãos do Poder Judiciário, em nenhum momento fazia menção ao Ministério Público.

Através da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Ministério Público, pelo menos em termos topográficos, ocupou a posição dentro do Poder Executivo.

Em síntese, assim trataram, a partir da República, as diversas Constituições brasileiras o Ministério Público: a de 1934, como “órgão de cooperação das atividades governamentais”; a de 1937 mencionou o Ministério Público de forma isolada, apenas em um artigo; a de 1946 disciplinou o Ministério Público em um título próprio; a Carta de 1967, inseriu o *parquet* na seção do Poder Judiciário e, finalmente, a emenda de 1969, como órgão do Poder Executivo.

#### **1.4 O Ministério Público na Constituição de 1988**

É indubitoso que a Carta de 1988, desenhou o perfil que hoje apresenta o Ministério Público. Embora tratando-se de Instituição que se vê em constante evolução, por vezes com sua atuação ampliada, outras restringidas, ao sabor da jurisprudência dos Tribunais, é a “Cidadã de 1988” quem traça suas diretrizes,

---

<sup>33</sup> MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967-1968. v. IV. p. 322.

afastando-a, de vez, de qualquer papel representativo do Estado – e por consequência, com as vetustas atribuições, *verbi gratia*, de defesa do erário ou dos atos governamentais - para assumir, indisputavelmente, a função de defensora da sociedade. É a exata dicção do art. 127, *caput*, de nossa Carta Magna, *in verbis*: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Essa impressão não passou despercebida por Antônio Alberto Machado, ao destacar que:

Com a promulgação da Constituição de 1988, e a excepcional divulgação dessa Carta Política pela mídia, saudada como a ‘Constituição Cidadã’, deu-se um grande impulso nesse processo de aproximação da sociedade civil como o Ministério Público, em boa medida porque este último passou a ser apresentado como a instituição encarregada de defender a sociedade e a cidadania, cujos direitos estavam agora formalmente proclamados na Lei Magna, estimulando a reivindicação legal dos chamados direitos sociais, incorporando também novo alento às reivindicações em torno dos direitos difusos e coletivos.<sup>34</sup>

Inegável a confiança depositada na Instituição pelo constituinte que, afastada qualquer intenção de *classificar* o Ministério Público como um *quarto poder*<sup>35</sup> acrescidos àqueles teorizados por Montesquieu – *classificação*, diria, que encerra uma discussão estéril, sem qualquer conteúdo prático – conferiu ao *parquet* verdadeiro *cheque em branco*, para utilizarmos a expressão de Ulysses Guimarães, seu principal condutor.

Para Marcelo Pedroso Goulart, com efeito:

[...] não foi difícil ao constituinte reconhecer no Ministério Público um dos canais que a sociedade poderia dispor para a consecução do objetivo estratégico da República brasileira, qual seja, a construção de uma democracia econômica e social. A trajetória traçada historicamente pela Instituição habilitou-se à representação dos interesses sociais e dos valores democráticos. Nessa perspectiva, a

<sup>34</sup> MACHADO. A. A. **Ministério Público**: Democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 144.

<sup>35</sup> Segundo Alfredo Valadão, ao analisar o Ministério Público: “Ele se apresenta como a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o ‘Espírito das Leis’, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a ‘Divisão dos Poderes’. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro acrescentaria ele – o que defende a sociedade e a lei, perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado” (*apud* Roberto Lyra, **O Ministério Público e o Júri**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1933. p. 78.

Constituição de 1988 consolidou o novo perfil político-institucional do Ministério Público, definindo o papel essencial que deve desempenhar numa sociedade complexa, na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, instrumentalizando-o para tais fins.<sup>36</sup>

Cercou, para tanto, o Ministério Público, de indispensáveis garantias conferidas a seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, conceitos cujo aprofundamento não caberiam no âmbito deste trabalho). Tratou de instrumentá-la, dando *status* constitucional a institutos como a ação civil pública, antes prevista apenas em legislação infraconstitucional. No âmbito administrativo, para garantir a independência e o bom funcionamento da Instituição, dotou-a de autonomia financeira.

É nesse ambiente legal, fortemente inspirado por ares democráticos, que se contextualiza o Ministério Público, cuja trajetória, desde os remotos *avocats du Roi*, de Felipe, o Belo, até os atuais defensores da sociedade, o credencia, após longa evolução histórica, à propositura da ação por improbidade administrativa, na defesa da coisa pública.

---

<sup>36</sup> **Ministério Público e democracia:** Teoria e Práxis. Leme: Editora de Direito, 1998. p. 90.

## 2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 2.1 Introdução

Investigar-se a origem da corrupção é investigar a origem do homem. Não temos a pretensão de realizar essa tarefa. Pretendemos, quando muito, diagnosticar o problema localmente, com um olho na realidade de nosso país e outro no instrumental que a legislação coloca à disposição do Ministério Público para, investido na condição de verdadeiro advogado da sociedade, empregá-lo na proteção da *res publica*.

Não é o objetivo do trabalho o aprofundamento da questão histórica, mas vale, nem que por mera curiosidade, transcrever a célebre observação de Padre Vieira, ainda da época do Brasil colônia, em carta dirigida ao rei de Portugal: *“Perde-se o Brasil, Senhor (digamo-lo numa palavra), porque alguns ministros de Sua Majestade não vêm buscar o nosso bem, vêm cá buscar os nossos bens.”*<sup>1</sup>

### 2.2 Improbidade administrativa e Direitos Humanos

Em um primeiro momento não parece fácil se estabelecer uma relação entre a improbidade administrativa – diria, mais especificamente, entre o combate à improbidade administrativa – e os Direitos Humanos. Tomando-se o conceito tradicional de relação jurídica a compreensão é ainda mais difícil.

Com efeito, desde os primórdios, duas esferas de direitos foram reconhecidas, a saber o direito *público* e o direito *privado*. No primeiro, o Estado acha-se presente em um dos pólos da relação processual e as normas, via de regra, possuem caráter cogente. Já no direito privado se estabelece uma relação entre particulares (pessoa física ou jurídica), de cunho, portanto, individual, onde predomina a vontade dos envolvidos.

---

<sup>1</sup> SERMÃO, *apud* FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**. 2. ed., Porto Alegre: Globo, 1976, v.I. p.???

Nos manuais, a relação jurídica é conceituada dizendo-se que é um vínculo entre pessoas, onde uma deve pretender algo e a outra pessoa é obrigada a realizar.

A relação jurídica tradicional tem, assim, como seus elementos o sujeito ativo, o sujeito passivo, o objeto e o vínculo. Assim:

- O sujeito ativo - Aquele que pode exigir uma conduta ativa ou passiva;
- O sujeito passivo - Aquele que deverá fazer ou cumprir com alguma conduta;
- O objeto - O bem da vida para qual está inclinado os sujeitos;
- O vínculo - O que há de existente entre os direitos e deveres do sujeito ao objeto

Esse modelo tradicional de relação jurídica pressupõe a existência de duas ou mais pessoas, uma conduta entre elas e o objeto. Não há relação jurídica consigo próprio ou somente com o objeto.

Para se compreender a amplitude dos Direitos Humanos, há que, necessariamente, se fugir dessa visão tradicional.

O modelo tradicional, com efeito, não mais se revela suficiente para abranger toda a gama de alterações sofridas pela sociedade, a exigir a *superação do modelo privatístico e individualista*. De sorte que, o dinamismo da vida moderna, seus conflitos e contradições, a transformação ocorrida em espaços políticos, culturais, sociais e econômicos, geraram novos direitos, até então desconhecidos pelo modelo em vigor.

Assim, apenas recentemente se passou a cogitar dos chamados *novos direitos*, como, por exemplo, o direito do consumidor, a um meio-ambiente sadio, à dignidade de tratamento, etc, que devem ser analisados à luz de uma nova ótica, necessariamente apartada do modelo tradicional.

É essa a concepção de Direitos Humanos que se pretende destacar, mesmo que ligeiramente face ao objetivo do trabalho.

Inseridos, assim, nessa idéia de *direitos difusos e coletivos*, de verdadeira superação – repita-se - do modelo egoístico, onde predomina o indivíduo, em favor do interesse da sociedade como um todo, têm-se se fortalecido os *direitos humanos*.

Com efeito, a Constituição de 1998, já em seu artigo 1º, ressalta, dentre os fundamentos do Estado Democrático, a *dignidade da pessoa humana*. Vê-se, pois, que a *dignidade da pessoa humana*, a revelar a preocupação do constituinte

com o tema, ocupa o topo da ordem jurídica brasileira e se concretiza em diversos dispositivos da Carta Magna, bem como em tratados internacionais que contaram com a adesão brasileira.

São direitos considerados fundamentais, sem os quais a pessoa humana não pode existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida, segundo definição de Dalmo de Abreu Dallari.<sup>2</sup> E que – reiteramos – interessa a todos, em conceito que transcende o velho modelo individualista, por isso mesmo elencado entre os chamados *novos direitos*.

São direitos que, em verdade, se positivaram mais precisamente após a 2<sup>a</sup>. grande guerra, revelando uma preocupação da comunidade internacional que ganhou corpo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, nas Américas, com o Pacto de San José da Costa Rica (1969).

Pois bem. Como se estabelecer uma *ponte* capaz de unir dois pólos aparentemente tão distantes: a improbidade administrativa e os direitos humanos? É a construção que, brevemente, procuraremos realizar neste capítulo.

Ora, é sabido que a Constituição de 1988, logo em seu início, mais precisamente no art. 3<sup>o</sup>, deixa claro os objetivos da República, em texto sobejamente conhecido mas que vale transcrição:

Art. 3<sup>o</sup> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sendo essa, inequivocadamente, a opção do constituinte de 1988, parece claro que os atos de improbidade administrativa, que fazem desviar recursos públicos,<sup>3</sup> importarão, fatalmente, na impossibilidade (ou, pelo menos, maior dificuldade), de realização dos objetivos previstos na lei maior.

É a lição de André de Carvalho Ramos, em bem elaborado artigo em que tratou do tema:

Essa busca pela atuação proba do agente público não é somente

<sup>2</sup> DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 19.

<sup>3</sup> Embora, como veremos mais à frente, a improbidade prescinda de prejuízo patrimonial.

para evitar desvios e enriquecimento ilícito, mas é também para assegurar a utilização dos escassos recursos da sociedade de modo *eficiente* e *equânime*, proibindo-se, então, desperdício e utilização supérflua ou equivocada do gasto público, que compromete, como se vê com infeliz habitualidade na vida brasileira, o atendimento das necessidades básicas da população e, com isso, a efetividade da dignidade da pessoa humana estabelecida na Constituição.<sup>4</sup>

Acrescenta o mencionado autor a observação formulada por M. Madeleine de Paula Lima, para quem:

O desvio das verbas destinadas às políticas sociais constitui prejuízo maior para uma vasta população, haja vista que enfraquece a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que compõem a base do direito ao desenvolvimento, gerando um círculo vicioso de falta de perspectiva de promoção social e afetando, muitas vezes, várias gerações.<sup>5</sup>

Calhou ao E. Tribunal de Justiça de São Paulo, analisar a questão que veio assim apanhada:

O ato de improbidade administrativa, em sua mais grave manifestação, arranha o próprio conceito de democracia e nega ao País a possibilidade de alcançar o objetivo constitucional determinado de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, da Carta Política).<sup>6</sup>

É sob esse prisma, portanto, que se deve conceber a má administração pública e a violação aos direitos humanos, estabelecendo-se, por consequência, uma íntima relação entre ambas. É dizer: na medida em que a improbidade administrativa inviabiliza as metas republicanas lançadas na Constituição, nitidamente preocupadas com a tutela dos direitos sociais, atinge, por igual, o ser humano, traduzindo-se em nítida violação de seus direitos.

---

<sup>4</sup> RAMOS, A. C. O combate internacional à corrupção e a lei de improbidade, in **Improbidade administrativa**: 10 anos da Lei nº 8.429/92, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 7.

<sup>5</sup> LIMA, M. M.P. Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, n. 33, 2000. p. 176.

<sup>6</sup> TJSP – 4ª. Câm. Direito Público – Ag. Inst. Nº 160.658-5/9-00 – Rel. Soares Lima, j. em 25.05.2000.



## **2.3 Instrumentos legais**

### **2.3.1 No âmbito internacional**

#### **2.3.1.2 Introdução**

Fruto da já mencionada preocupação no combate à corrupção, que deve mobilizar todas as nações, na medida em que sua prática, reiteramos, importa em verdadeira violação aos Direitos Humanos, mecanismos internacionais de proteção foram criados.

Na esteira do ensinamento de André de Carvalho Ramos, dois são os diplomas internacionais que, precisamente, tratam do tema, a saber, a “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais” e a “Convenção Interamericana contra a Corrupção”.

## **2.4 Forma de ingresso dos Tratados Internacionais em nosso Direito Positivo**

Convém, mesmo que rapidamente, tecer algumas considerações sobre a forma pelas quais tais diplomas internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, surge o debate, nesse ponto, sobre as duas teorias que inspiram as formas de integração do Direito Internacional no ordenamento jurídico interno de cada país: a *teoria dualista*, a não admitir a imediata incorporação dos tratados internacionais, que exigiria, assim, a prática de um ato jurídico interno. Ou seja, o tratado somente teria vigência quando precedido de uma lei interna, votada segundo o sistema legislativo de cada país. E a *teoria monísta*, para quem o tratado internacional, uma vez subscrito, irradia efeitos imediatos, prescindindo de qualquer

ato posterior.<sup>7</sup>

Pois bem. Para a mais alta Corte do país, a Convenção adentra nosso sistema jurídico, como verdadeiro direito positivo, mas na condição de lei ordinária. Vale que se confira o posicionamento da mais alta Corte do país a respeito do tema:

[...] os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno.<sup>8</sup>

Trata-se, outrossim, de entendimento que parece não será afetado mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 17 de novembro de 2004, que tratou, em seu art. 5º, § 3º, da chamada *constitucionalização* dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Ao contrário, ocorreu verdadeiro reforço da posição do STF, já que a emenda passou a exigir *quorum* qualificado para sua aprovação, tudo a demonstrar, de forma inequívoca, que se optou pela adoção da teoria dualista.

De qualquer sorte, parece pertinente a observação de José Augusto Lindorem Alves, para quem:

Independentemente de discussões doutrinárias sobre o grau de obrigatoriedade de que se revestem as declarações e outros documentos menos formais à luz do Direito, é fato unanimemente reconhecido que a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui o documento mais importante na fase por ela inaugurada das relações internacionais, assim como, para a maioria dos países hoje independentes, do próprio direito nacional.<sup>9</sup>

Ou, como acentua Norberto Bobbio

[...] não se trata de saber quais e quanto são esses direitos, qual é

<sup>7</sup> No sentido de que os tratados, versando sobre direitos humanos (e somente eles), uma vez subscritos pelo Brasil, se incorporam automaticamente e possuem caráter constitucional, v. Flávia Piovesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111) e Fernando Luiz Ximenes Rocha (*A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*, **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 130, p. 81, 1996).

<sup>8</sup> *Informativo do STF*, n. 135 – STF Pleno – Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>9</sup> ALVES, J.A.L. **A arquitetura internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997. p. 24.

a sua natureza ou fundamento, se são direito naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.<sup>10</sup>

## 2.5 Diplomas internacionais

### 2.5.1 Convenção Interamericana contra a Corrupção

A “Convenção Interamericana contra a Corrupção”, foi realizada em Caracas, no ano de 1996, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). O Brasil é um dos signatários da convenção, restando, ainda, a edição de Decreto legislativo interno que a faça adentrar em nosso ordenamento jurídico. Como anota André de Carvalho Ramos, em seu preâmbulo:

[...] os Estados reconhecem que a corrupção, que também é um dos meios usados pelo crime organizado, erode a legitimidade das instituições públicas, atenta contra a sociedade, a ordem moral e justiça, assim como o desenvolvimento dos povos. Além disso, houve explícita menção ao fortalecimento da democracia pelo combate à impunidade dos agentes corruptos, visto que evita a deteriorização da moralidade pública e o aumento da descrença em todos os governantes, em especial os eleitos por voto popular.<sup>11</sup>

São os propósitos da Convenção<sup>12</sup> conforme consta de seu art. 2º, “promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados-Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, sancionar e erradicar a corrupção”, regulando a cooperação, ainda, entre esses Estados, a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas a fim de erradicar esses atos.

Em seguida, o texto da Convenção trata de diversos temas. Assim, define o que é função pública (art. 1º); no capítulo “Jurisdição”, toma o comprometimento de cada Estado signatário em adotar medidas internas capazes de tornar efetiva a Convenção (art. 5º); define o que se considera “atos de corrupção” (art. 6º); prevê a

<sup>10</sup> BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.25.

<sup>11</sup> RAMOS, op. cit., p. 23

<sup>12</sup> O texto integral, em espanhol, da Convenção, pode ser consultado através do *site*: [www.oas.gov](http://www.oas.gov).

possibilidade de extradição do funcionário envolvido na prática de atos ímprobos (art. 13), etc.

Trata-se, sem dúvida, de relevante diploma o qual, uma vez firmado pelo Brasil, obriga nosso país a, no âmbito interno, promover as medidas cabíveis à sua efetivação.

### **2.5.2 Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais**

Realizada em Paris, no ano de 1997, tendo o Brasil como um de seus 35 signatários, foi ratificada por nosso país em 2000. A iniciativa foi da OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico).<sup>13</sup> No dizer de André de Carvalho Ramos,

Essa organização foi criada pela Convenção de Paris de 1960 e possuía como objetivo fazer convergir as posições dos países capitalistas ocidentais em face das crescentes propostas desenvolvimentistas antiliberais do chamado Terceiro Mundo, secundado pelo bloco soviético.<sup>14</sup>

O rumo da História, com a queda do muro de Berlim e o desmonte da antiga União Soviética, tratou de esvaziar por completo os objetivos inicialmente imaginados para o órgão, que passou a buscar um novo papel, “agora na elaboração de tratados postos à disposição para assinatura e ratificação a Estados não-membros, consolidando as posições defendidas pelos Estados-membros”, segundo André de Carvalho Ramos.<sup>15</sup> Assim, passados 40 anos desde o início de suas atividades, no ano de 1961, a OCDE busca um novo perfil, visando atingir outros países fora da Europa e, principalmente, auxiliar aqueles países europeus que integraram a antiga “Cortina de Ferro”.<sup>16</sup>

Dentre os compromissos assumidos pelos estados signatários, encontra-se a obrigação de se prever, nos ordenamentos internos de cada país, instrumental

---

<sup>13</sup> Informações sobre a OCDE podem ser obtidas através do *site*: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)., em inglês ou francês.

<sup>14</sup> Ramos, op. cit., p. 21.

<sup>15</sup> Ibid., p. 21.

<sup>16</sup> O Brasil sediou, nos dias 27 e 28 de setembro de 2004, em Brasília, a primeira conferência da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento, que analisou o progresso na luta contra a corrupção no Brasil, Argentina, Chile e México.

legislativo capaz de prever a penalização de atos de corrupção perpetrados por estrangeiros. O Brasil, na condição de signatários, atentou a essa obrigação e, por consequência, editou a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que introduziu, no Código Penal, os arts. 337-B e 337-C, criando figuras típicas que receberam o *nomem juris*, respectivamente, de “corrupção ativa em transação comercial internacional” e “tráfico de influência em transação comercial internacional”.

Encontram-se assim redigidos os artigos mencionados:

Art. 337-B. Promover, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial ou internacional.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Vê-se, portanto, que os tratados internacionais, que tanta vezes se restringem à mera subscrição por determinado país, nesse caso foi, efetivamente, implantado no Brasil, que promoveu alteração em sua legislação para tipificar condutas até então inexistentes em nosso ordenamento jurídico.

## **2.6 Legislação Nacional**

### **2.6.1 Constituição**

A Constituição, conforme se observa do teor do art. 37, § 4º, se refere, de forma expressa, à improbidade administrativa, dispondo, inclusive, a respeito das

conseqüências de sua prática. Assim:

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.

Ressalva, ainda, que tais penalidades, de natureza civil, não prejudicam eventual sanção penal a ser cominada pela prática do mesmo ato, conforme se observa da parte final do dispositivo legal.

De se ver, todavia, que em outras passagens a Constituição faz menção à improbidade administrativa, embora de forma menos incisiva se comparada ao texto acima. Assim, no art. 14, § 9º, se prevê a possibilidade, através de lei complementar, de ser decretada a inelegibilidade “[...] a fim de proteger a probidade administrativa [...]”. A legislação complementar que completou o texto constitucional se encontra na Lei Complementar nº 64/90, com as alterações da Lei Complementar nº 81/94.

O art. 15, inc. V, da Constituição, por seu turno, permite a cassação dos direitos políticos daquele que foi condenado pela prática de atos de improbidade administrativa.

É expresso, outrossim, o *caput* do art. 37 da Constituição, quando determina obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Faz-se referência, ainda, ao princípio da moralidade, no art. 55, § 1º, da Constituição, desta feita considerando atentatória à definição de decoro parlamentar “a percepção de vantagens indevidas” pelos membros do Congresso Nacional. Também dos partidos políticos esperou o constituinte observância às regras da moralidade, *ex vi* do disposto no art. 17, incs. II e III, da lei maior.

Cabe ao Presidente da República, igualmente, velar pela probidade de sua administração, à luz do disposto no art. 85, inc. V, da Constituição.

Vale, no entanto, que se confira a observação formulada por Waldo Fazzio Júnior, para quem:

É conveniente não esquecer que, como dispositivo constitucional, o art. 37, § 4º, deve ser interpretado, sempre, em harmonia com o contexto da Carta Magna, na qual se integra. Dessa regra advém diversos efeitos bastante relevantes. Daí tem-se que as sanções nele previstas:

- não podem ser perpétuas (art. 5º, XLVII, *b*);

- devem observar os princípios constitucionais da proporcionalidade (justa medida), da efetividade e da supremacia da Constituição;
- têm plena eficácia, extensão e hipóteses de incidência condicionadas à lei ordinária que pode complementá-las e até mesmo restringir, sem tirar a efetividade da norma constitucional, mas adequando-a caso a caso;
- não podem ignorar os direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais e políticos).<sup>17</sup>

## 2.6.2 Legislação infraconstitucional

A Lei nº 8.429/92, chamada de Lei de Improbidade Administrativa, é a que, atualmente, rege a matéria. Tal diploma veio regulamentar o texto constitucional que, pela primeira vez, utilizou a expressão *improbidade administrativa*, substituindo, assim, o mero *enriquecimento ilícito* empregado pelas constituições anteriores.

Essa lei substituiu outras duas: a Lei Federal nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e Lei Federal nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto).

O magistério de Waldo Fazzio Júnior explica a alteração trazida pela Lei nº 8.429/92, quando contrastada com os diplomas anteriores:

[...] cuidava-se apenas de uma das modalidades de efeitos da improbidade, a que gera o enriquecimento ilícito. A noção da espécie *enriquecimento ilícito* cedeu lugar à noção genérica *improbidade administrativa*. A grande inovação não se verificou, pois, no âmbito da legislação ordinária, mas no ápice da pirâmide normativa, quando o constituinte de 1988 produziu o art. 37, § 4º, alargando a faixa protectiva da Administração Pública.<sup>18</sup>

De se destacar, outrossim, que, nos termos expressos do texto constitucional (art. 37, § 4º, parte final), a responsabilização pelos atos de improbidade, não prejudica a apuração do âmbito penal.

De sorte que uma série de conduta pode ser perpetrada pelo administrador ímprobo, capazes de configurar, também, a prática de ilícitos penais. Nessa linha de raciocínio, vale ressaltar que o Decreto-lei nº 201, de 1967, continua em pleno vigor, quando tipifica, em seu art. 1º, diversos crimes cometidos pelo prefeito municipal.

<sup>17</sup> FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Atlas. 3. ed., 2003. p. 50.

<sup>18</sup> Ibid., p. 48.

Também o Código Penal, nos arts. 312 a 327, previu os crimes que podem ser perpetrados por funcionários públicos contra a administração, merecendo atenção a amplitude do conceito de funcionário público trazida pelo art. 327 daquele estatuto repressivo.

Ainda no âmbito penal, merece atenção interessante dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa, que penaliza a conduta do administrador que “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem” (art. 9º, V). Ora, o administrador que, por exemplo, concede um alvará para funcionamento de um estabelecimento que explore o lenocínio, dependendo de seu grau de participação (e aí a matéria se transfere para o campo fático), poderá, em tese, ser também responsabilizado pela prática de tal crime, segundo previsão constante do art. 29 do Código Penal, que cuida do chamado concurso de agentes.

A Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), introduziu algumas condutas típicas específicas configuradoras, também, de eventual improbidade administrativa.

Também a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97), em seu art. 73, I, se preocupa em coibir a improbidade administrativa, punindo a conduta daquele que usa ou cede bens públicos para fins eleitorais (à exceção das convenções partidárias), em conduta que guarda íntima relação com o art. 9º, XII, da Lei de Improbidade Administrativa.<sup>19</sup>

No campo das relações do trabalho, a Lei nº 8.112/90, que prevê o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, trata da prática de atos de improbidade no âmbito estatutário. Já a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu art. 482, *a*, comina com pena de demissão por justa causa, a prática de tais atos pelo funcionário celetista.

---

<sup>19</sup> Constitui ato de improbidade, segundo o mencionado dispositivo legal, “usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.”



### 3 CASUÍSTICA

Procurando conferir um aspecto prático ao trabalho, analisaremos, a partir de agora, uma série de tópicos que dizem respeito, mais especificamente, à ação de improbidade administrativa, abordando seus aspectos processuais, sob os mais diversos pontos de vista.

#### 3.1 As sanções decorrentes da prática de improbidade administrativa: natureza civil ou penal ?

Discutiu-se, com certa intensidade, a natureza da ação de improbidade e, por conseqüência, das sanções que derivam de seu acolhimento.

Já se entendeu que a natureza é criminal, na medida em que o legislador acabou criando tipos penais, ao editar a Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido é o ensinamento de Arnold Wald e Gilmar Mendes, em artigo que fizeram publicar no Jornal “O Estado de São Paulo”, a merecer conferência:

[...] sob a denominação de ação civil de improbidade administrativa, o legislador acabou por listar verdadeiros crimes de responsabilidade [...]. É de observar que, enquanto na esfera penal são raras as penas que implicam a perda da função ou a restrição temporária de direitos (Código Penal, artigos 47, I e 92, I), na ‘ação civil’ de que trata a Lei 8.429/92, todas as condenações implicam suspensão de direitos políticos por até dez anos, além da perda da função pública (Constituição federal, artigo 12) [...] a não ser assim, também a ação de improbidade prevista na mencionada lei, contra o Presidente da República, que não encontra expressa previsão no texto do artigo 102 da Constituição federal, poderia ser aforada perante juiz de primeiro grau de jurisdição, que, por sua vez, poderia impor-lhe a sanção de perda do cargo [...] Convém anotar que tal prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político-institucional. Pretende-se não só evitar a utilização política no processo, como também assegurar absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções

públicas e a própria estabilidade do regime.<sup>1</sup>

Não é, porém, o entendimento que predomina entre os tratadistas que cuidaram da matéria.

O principal argumento consiste na inserção, na parte final do § 4º, do art. 37, da Carta Magna, da frase “sem prejuízo da ação penal cabível”. Parece claro que o constituinte, ao formular tal ressalva, quis deixar patente a divisão entre as responsabilidades penais e civis do administrador.

É nesse sentido o entendimento de Fábio Konder Comparato, ao ressaltar que:

[...] se a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal.<sup>2</sup>

A discussão não guarda interesse apenas acadêmico mas, ao revés, implica em sérias conseqüências de ordem prática.

Com efeito, se se entender que é criminal a natureza da ação, a competência para seu conhecimento se definirá pelas regras que cuidam do chamado “foro privilegiado”. Assim, num exemplo, um prefeito municipal, na posição de réu em uma ação por improbidade, deveria ser julgado perante o Tribunal de Justiça, na exata dicção ao art. 29, VIII, da Constituição.

Ao contrário, cogitando-se da ação de improbidade como de natureza civil, tomando-se o exemplo acima, a competência para seu julgamento será do juiz de direito da respectiva comarca em que se inserir o município.

Ademais, privilegiando-se o primeiro entendimento (natureza penal da ação), seria imprescindível, para a deflagração do processo contra congressistas, a prévia autorização da respectiva Casa, como se vê o teor do art. 53, § 1º, da Constituição. Pelo revés, considerada a índole civil da ação, tal requisito será desnecessário.

É o entendimento francamente predominante na doutrina e jurisprudência, ou seja, que a ação de improbidade possui índole cível e, por conseguinte, a ela não

---

<sup>1</sup> **O Estado de São Paulo**. Subversão da hierarquia judiciária, Arnold Wald e Gilmar Mendes **São Paulo**, 01 abr. 1997, caderno 1, p. 3.

<sup>2</sup> **COMPARATO, F. K.** Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo de 1º grau. **Boletim dos Procuradores da República**, cidade Brasília, ano 1, n. 9, jan 1999.

se aplicam as regras de competência que cuidam do chamado “foro privilegiado”.

Nesse sentido a lição de Alexandre de Moraes, quando discorda da existência de foro especial para a responsabilização por atos de improbidade administrativa:

[...] pois a Constituição Federal, consagrando o princípio do Juiz Natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas. O legislador constituinte foi claro ao direcionar os foros especiais em razão da dignidade da função somente para o processo penal – bastando, por exemplo, a leitura do art. 102, I, *b* ou art. 105, I, *a* -; excluindo-se, portanto, de forma peremptória o processo e julgamento das ações civis por ato de improbidade administrativa originariamente nos Tribunais.<sup>3</sup>

É o entendimento, ainda, da mais abalizada doutrina, valendo que se confirmem os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>4</sup>, Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>, Hugo Nigro Mazzilli,<sup>6</sup> e Marcelo Figueiredo.<sup>7</sup>

O Supremo Tribunal Federal se alinha nessa direção, em decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, cuja ementa é a seguinte:

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

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em “*numerus clausus*”, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.<sup>8</sup>

A mesma orientação prevalece, na mais alta Corte do país, quando se

<sup>3</sup> **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2003. p. 2681.

<sup>4</sup> **Ação Popular**. São Paulo: RT, 1994, p. 129/130.

<sup>5</sup> **Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’**, 19. ed., atualizada por Arnaldo Wald, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 122.

<sup>6</sup> **O Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 83/84. 1999.

<sup>7</sup> **Probidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 91.

<sup>8</sup> Agravo Regimental em Reclamação n. 1.110-1-DF, *Informativo do STF* n. 172.

trata de ações populares,<sup>9</sup> ações civis públicas<sup>10</sup> ou ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares.<sup>11</sup>

Tal posicionamento é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup> e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>13</sup>

Interessante a observação formulada por Walter Claudius Rothenburg, que embora concorde com a posição prevalente, realça um certo caráter misto (ou, diríamos, pelo menos *sui generis*) da ação:

É certo que a gravidade das sanções previstas à improbidade administrativa pela Lei 8.429/92 – perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano (quando houver), perda da função pública (quando houver), suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o agente seja sócio majoritário – aproxima-as de penas (sanções criminais).

Todavia, o critério da gravidade da sanção nem sempre é seguro para definir a natureza do instituto (no caso, a improbidade administrativa). Num contexto capitalista, uma sanção pecuniária (indenização ou multa) pode revelar-se muito mais pesada do que outra restrição de direito. Enfim, a improbidade administrativa da Lei 8.429/92 não pode conduzir à restrição da liberdade individual, pelo que se acentua seu caráter extracriminal (que, bem entendido, não se define apenas pela impossibilidade de restrição à liberdade individual, visto que nem todo tipo criminal prevê essa pena).

Essa confusa não é originalidade brasileira: em Espanha – lembram Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde -, ‘o poder sancionatório da Administração é um poder que as vezes, qualitativa e quantitativamente supera em muito o controle jurídico-penal formal. De toda forma, inclusive a nível constitucional [...], impõem-se algumas garantias mínimas comuns às sanções penais e administrativas (princípio da legalidade, irretroatividade das disposições restritivas de direitos, etc.) e, segundo a própria Constituição espanhola (art. 23.3), ‘a Administração civil não poderá impor sanções que, direta ou subsidiariamente, impliquem privação de liberdade.’<sup>14</sup>

<sup>9</sup> RTJ 121/17, Rel. Min. Moreira Alves- RTJ 141/344, Rel. Min. Celso de Mello - Pet 352-DF, Rel. Min. Sydney Sanches - Pet 431-SP, Rel. Min. Néri da Silveira - Pet 487-DF, Rel. Min. Marco Aurélio - Pet 1.641-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>10</sup> RTJ 159/28, Rel. Min. Ilmar Galvão - Pet 240-DF, Rel. Min. Néri da Silveira.

<sup>11</sup> RTJ 94/471, Rel. Min. Djaci Falcão - Pet 240-DF, Rel. Min. Néri da Silveira.

<sup>12</sup> STJ – Corte Especial – Reclamação nº 591-0/SP – Rel. Min. Nilson Naves, **Diário da justiça**, Seção I, de 15 de mai. de 2000.

<sup>13</sup> RT 694/88; JTJ 170/20.

<sup>14</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo, in **Improbidade administrativa**: 10 anos da Lei nº 8.429/92”, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 465.

Em síntese, merece ser lembrada a lição de Fábio Konder Comparato, quando aborda o tema:

Se a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal [...] Por conseguinte, pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal.<sup>15</sup>

### **3.2 A dispensa de licitação na contratação de serviços profissionais e a configuração da improbidade administrativa**

A questão aqui proposta é daquelas com as quais se depara, corriqueiramente, o promotor de justiça no desempenho de sua função pública. Cumpre a ele analisar, assim, a fim de ajuizar eventual ação civil pública, a ocorrência ou não de ato de improbidade administrativa, praticado pelo administrador, consistente na contratação de serviços de profissionais, pela Municipalidade (via de regra, advogados), para a prestação de serviços, dispensando o prévio procedimento licitatório.

Como é cediço, na exata dicção do art. 25 da Lei n. 8.666/93, sendo o serviço de natureza singular, poderá ser contratado sem licitação, devendo a escolha da Administração recair em “profissionais ou empresas de notória especialização” (inc. II), tais como aqueles “cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

A permitir a inexigibilidade da licitação, três dados devem ser sopesados para a correta análise do tema: 1) a inviabilidade de competição e 2) a singularidade do objeto e 3) notória especialização.

---

<sup>15</sup> COMPARATO, F. K. Competência do juízo de 1º grau, in **Improbidade administrativa**: 10 anos da Lei nº 8.429/92”, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 126.

Adilson de Abreu Dallari transcreve ementa de parecer do Exmo. Sr. Ministro Rafael Mayes, então Consultor-Geral da República, relativamente ao tema, nos seguintes termos:

A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização supõe características de notável singularidade no modo da prestação ou no resultado a obter, não suscetíveis de execução senão por determinado profissional ou firma especializada, em grau incomparável com os demais, portanto em circunstância materialmente impossibilizante do confronto licitatório.<sup>16</sup>

Outra não é a doutrina de Lúcia Valle Figueiredo, ao ressaltar, *in verbis*:

Não basta que o profissional a ser contratado seja de notória especialização. É mister que o serviço esteja compreendido dentre aqueles expressamente enumerados e, sobretudo, que seja de natureza singular. Em outro falar é preciso a existência de serviço técnico que, por sua especificidade, demande alguém notoriamente especializado”

E, adiante, acrescentando.

Alia-se, de conseguinte, à notoriedade do contrato o tipo de serviço, e, no caso concreto, as especificidades. Vale dizer porque precisa a Administração de tal singularidade, afasta-se a licitação, por ser impossível

A singularidade do objeto, à sua vez, pode ser considerada quer do ponto de vista subjetivo ou objetivo..

‘Não se licitam coisas desiguais’ no dizer de Celso Antonino Bandeira de Mello, acrescentando encontrar-se singularidade subjetiva na notória especialização, onde estarão conjugados os fatores especificidades e notoriedade.

Mas, quando se tratar de objeto singular, são suas peculiaridades intrínsecas e não as de seu executor, que inviabilizam a competição. A hipótese de inexigibilidade será outra a licitação é impossível por inexistirem parâmetros de confronto, dadas as especificidades desejáveis desse objeto.”

---

<sup>16</sup> DALLARI. A. A. **Aspectos jurídicos da licitação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 41.

E ainda,

[...] a primeira limitação encontrada pela Administração é a natureza do objeto que pretenda contratar. A obra, o serviço ou ainda o projeto, deverão ser de tal ordem que impeçam ou tornem inútil o confronto licitatório.

E registra, com absoluta precisão, no que constitui o ponto central do acertado decreto de procedência da demanda.

Ressaltamos, desta maneira, que, nem sempre que haja contratação com alguém notoriamente especializado existirá contratação válida. A par disso, deverá existir inconveniência ou desnecessidade de licitar, dadas as características do objeto a ser contratado, aliados à capacidade excepcional do executor. Caso compareçam essas hipóteses – inconveniência ou desnecessidade – e a escolha recaia em alguém notoriamente especializado, estaremos diante de contratação válida.

Conclui, por fim, endossando a lição do emérito Hely:

Diante, pois, da doutrina e dos dispositivos legais pertinentes, é forçoso concluir que serviço técnico profissional especializado de natureza singular é um dos enumerados no art. 12, do Decreto-lei n. 2300/86, que, por suas características individualizadoras, permite inferir seja o mais adequado à plena satisfação do objeto pretendido pela Administração. Para a contratação direta dos serviços dessa espécie, aplica-se o disposto no inc. II do art. 23 do Estatuto, para a dos demais serviços técnicos profissionais especializados, insistimos, a Administração, além da melhor adequação ao objeto do contrato, precisa demonstrar a inviabilidade da competição.<sup>17</sup>

Vale que se confira a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema, destacando-se o excerto do voto proferido pelo Exmo. Min. Paulo Medina do C. STJ, no HC 40.762/PR<sup>18</sup> que bem analisou a matéria e concluiu:

Serviço singular não é serviço único [...] Sob esse aspecto a cobrança de dívida ativa não é, realmente, serviço único – como já foi dito e redito. Limitar a expressão singular ao significado de "único", ou, literalmente, o contrário de "plural", ou "muitos", é fechar os olhos à realidade: na grande maioria das vezes é difícil que somente uma pessoa seja qualificada a prestar serviços técnicos especializados em geral.

---

<sup>17</sup> Direito dos licitantes. São Paulo: Malheiros, ano, p. 24 e ss.

<sup>18</sup> A ordem foi concedida pelo C. STJ.

A singularidade, como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello: "[...] não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço" [...] "o que entra em causa, para o tema da licitação, é a singularidade relevante, ou seja: cumpre que os fatores singularizadores de um dado serviço apresentem realce para a satisfação da necessidade administrativa. Em suma: que as diferenças advindas da singularidade de cada qual repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro." (Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 385)

Sobre o mesmo assunto, assim se manifesta Marçal Justen Filho: 'A singularidade do serviço indica que a execução do serviço retrata uma atividade personalíssima, o que inviabiliza uma comparação de modo objetivo. Em tais casos, a subjetividade inerente à execução da prestação torna inviável a seleção segundo critérios de economicidade, vantajosidade etc' (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações, 4ª ed., 1995, p. 171).

Assim, face ao caso concreto, é correto dizer que o serviço de cobrança de dívida, inclusive de dívida ativa, pode ser prestado por vários sujeitos especializados ou qualificados, o que, entretanto, não lhe retira o caráter de serviço singular.

O serviço rotineiro, ou "corriqueiro", como já se disse, se distingue do "singular" pela nota característica e personalíssima que o profissional pode imprimir à atividade.

Pode haver, não se nega, vários sujeitos de reconhecida competência na matéria – e é isso, em geral, o que acontece – mas permitida uma certa margem de liberdade e de pessoalidade ao administrador, é perfeitamente possível, sob o filtro da confiança, critério essencial na seleção, que a escolha recaia sobre algum ou alguns dentre aqueles profissionais igualmente capacitados.

De novo, Celso Antônio Bandeira de Mello: 'É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição de eventual contratado - a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria - recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata' (op. cit., p. 392).

E ainda Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra citada, com apoio em Lúcia Valle Figueiredo: 'Foi, aliás, o que Lúcia Valle Figueiredo, eminente Desembargadora Federal aposentada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, apontou com propriedade: 'Se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos'.



Com efeito, o normal, e salvo situações muito raras, é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado ramo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles' (p. 392).

Por tudo isso, creio eu assistir razão aos Impetrantes, quando afirmam a impossibilidade de disputa entre os profissionais, onde a confiança e o preparo (intelectual e organizacional) são fatores preponderantes na escolha. Ora, não se seleciona, via licitação, entre profissionais especializados, quem presta o mesmo serviço por menos!

Não se trata de um critério quantitativo.

Trata-se, isto sim, do exercício da discricionariedade orientada pela confiança (juízo de maior probabilidade de êxito e vantagem para a administração, decorrente da situação de segurança que inspiram profissionais de bom nome, de talento, competência e probidade que orientam a melhor escolha), sob pena de negar-se ao administrador a capacidade, enfim, de 'administrar'!

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também enfrentou o tema e, analisando caso em que o Ministério Público ajuizou ação civil pública em face da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, por ter contratado escritório de advocacia para efetuar *pareceres jurídicos*, decidiu pela legalidade da contratação e inexistência de ato de improbidade administrativa, conforme Apelação Cível n. 145.411.5/2 4ª. Câ. Dir. Pub., Apte.: Ministério Público do Estado de São Paulo - Apelados Andrade Azevedo e Alencar Consultoria Jurídica, José Roberto Medeiros Rosa, Ismar Lissner e Cia. Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM., Rel. Des. Viana Santos).

A ementa do julgado é a seguinte:

Não constatada a ilegalidade da contratação. Não demonstrada a efetiva necessidade de licitação, pois, cuida-se de prestação de serviço singular, a ser desempenhado por profissional de notória especialização, perfeitamente, cabível a aplicação dos incisos II e III, do artigo 13, da Lei 8666/93

Do voto do Exmo. Desembargador Vianna Santos, destaca-se:

O autor insurge-se quanto a legalidade da contratação, alegando que o serviço contratado não se encaixa nas exceções previstas na legislação da lei de licitações, mais precisamente, no que diz respeito à aferição da singularidade e complexidade dos serviços contratados e, ainda, quanto à excepcionalidade da contratada em

relação a notória especialização, que possa justificar a inviabilidade da competição, tendo em vista que diversas empresas especializadas possuem a mesma característica e, também se reportando ao fato de que a ré possui quadro próprio de advogados.

Quanto ao corpo jurídico, a própria ré admite tê-lo, no entanto, alegando que este se presta ao atendimento de sua rotina, sendo que "o Jurídico Consultivo da Empresa vê-se hoje, com apenas três advogados, responsável pelo atendimento de toda a demanda normal", máxima fl. 641 e, ainda, que o objeto do contrato em resumo necessita de aferição específica, face a sua complexidade.

O objetivo do ajuste contratual é, em síntese, o de elaborar parecer jurídico, para que se possa constatar a viabilidade da implantação e operação de serviço público precedido de obras [...]

Não se pode negar que cuida-se de prestação de serviço singular, a ser desempenhado por profissional de notória especialização, não tendo sido demonstrado que o quadro jurídico da ré tenha capacitação para desempenhá-lo, seja pela insuficiência de pessoal ou pela especialidade no assunto [...]

Outrossim, verifica-se que a aferição da especialidade do profissional deve ficar a critério da contratante, que por outro lado, se insere na confiabilidade dos serviços contratados, caráter eminentemente subjetivo [...]

Não se constata, pelo que foi demonstrado nos autos, qualquer ilegalidade ou imoralidade na contratação. O alegado desvio de finalidade, também, não foi demonstrado. Ao Poder Judiciário não é cabível imiscuir-se nos detalhes da atividade administrativa, o que é inerente à administração pública, mas tão só, aferir, quanto a legalidade ou ilegalidade do ato praticado.

Interessante observação foi consignada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Ap. Civ. 66.299.5/0, Rel. o Des. Aloísio de Toledo.

Se ao invés de contratar por R\$ 2.500,00, um advogado de renome unicamente perante as Prefeituras do interior, como é o caso de Deosdede Alves de Toledo, a Prefeitura de Palestina contratasse, para o mesmo serviço, por preço dez vezes maior, vamos dizer, o brilhante advogado Celso Antonio Bandeira de Mello, ou Arnaldo Wald, ou Manoel Alceu Afonso Pereira, a reputação e fama profissionais desses advogados estariam afastando qualquer discussão sobre a exigência de licitação.

Todavia, insista-se, esse aspecto de fama, da reputação e da notória especialidade, deve ser analisado no universo próprio de Palestina, um pequeno município, com situação econômica diversa dos grandes Municípios ou mesmo do Estado. Nessa linha cumpre destacar que os documentos anexados aos autos pelo co-réu Deosdete [...] indicam

tratar-se de um estudioso da área do orçamento público de Prefeituras [...]

É extremamente comum, nas Prefeituras do Estado de São Paulo, a contratação de advogados especializados para atividades como as do caso em foco e não se tratam de figurões, de estrelas da advocacia, e sim de profissionais conhecidos no universo dessas Prefeituras [...].

### **3.2.1 A questão do prejuízo ao erário público**

Interessante debate surge quando se constata que, embora contratado o serviço com a dispensa de licitação, em hipótese que não se enquadra na exceção legal, o serviço é efetivamente prestado. Em outras palavras: suponha-se que um advogado é contratado sem contar com a notória especialização e tampouco sendo singular o objeto, em circunstância, portanto, em que a competição era viável e, por conseqüência, obrigatória a licitação. Apesar da ilegalidade dessa contratação, no entanto, constata-se que o serviço foi efetivamente prestado, não se verificando, assim, qualquer prejuízo para a Administração.

Tormentosa questão.

Em processo oriundo da Comarca de São Carlos, apreciado em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. Civ., nº 215.519.5/0. j. em 26.11.2003, Rel. Des. Sidnei Beneti), restou consignado que a ausência de prejuízo à Administração, decorrente da efetiva prestação do serviço, afasta qualquer possibilidade de devolução dos valores percebidos pelos funcionários, bem como a obrigação do então Prefeito de ressarcir tais valores. Confira-se:

No tocante aos acionados nomeados, devem eles, evidentemente, deixar os cargos, ante a nulidade das nomeações sem concurso, sem se imaginar, contudo, a devolução de vencimentos percebidos, pois não há demonstração de que tenham se omitido de prestar serviços das funções para as quais foram nomeados.

Pelo mesmo motivo da retenção dos vencimentos já percebidos pelos nomeados, afasta-se a condenação do acionado Prefeito

Municipal a devolver os valores pagos aos nomeados, ante a procedência do argumento de que receberam por serviços que prestaram nos cargos, de maneira que a devolução, tendo trabalhado, significaria enriquecimento sem causa por parte do Município.

Nesse sentido, ainda, confira-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema (REsp nº 514.820/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 06/06/2005, p. 261):

Apesar de não ter sido o contrato precedido de concurso, houve trabalho dos servidores contratados o que impede a devolução dos valores correspondentes ao trabalho devido. Recurso especial improvido.

Também sob o aspecto penal a inexistência de prejuízo ao erário autorizou o trancamento, *in limine*, de processo-crime pela prática do delito previsto no art. 89 e seu § único, da Lei nº 8.666/93, movido contra prefeito municipal que contratara advogado sem a prévia licitação.

Nesse sentido o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o HC nº 52.942-PR, 6ª. T., j. em 19.09.2006, v.u., Rel. Min. Nilson Naves, publicado no *Boletim do Superior Tribunal de Justiça* de nº 2 (2ª. quinzena de fevereiro de 2007):

Processual Penal - **Habeas corpus** - **Município** - Advogado - Contratação - Licitação - Dispensa - Erário - Dano - Não-ocorrência - Atipicidade - Ocorrência - Ação penal - Extinção.

Serviços de advocacia (contratação). Licitação (dispensa). Falta de tipicidade (caso). *Habeas corpus* (cabimento). Extinção da ação penal (possibilidade).

1. É possível, no caso, reconhecer, desde logo, a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que evidente a atipicidade do fato. Tendo a denúncia reconhecido o êxito do Município com a atuação profissional do paciente e não havendo prejuízo para o erário – bem jurídico primeiro e mais importante tutelado pelo art. 89 da Lei das Licitações –, não há falar em tipicidade.

2. Quando fundado o *habeas corpus*, por exemplo, na alegação de falta de justa causa para a ação penal, admite-se se faça nele exame de provas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

3. Ordem de *habeas corpus* concedida para se extinguir a ação penal.

Mas o tema não parece assim tão pacífico. Em artigo intitulado *Inexigibilidade de licitação*, de autoria de Eduardo Martines Júnior, a questão vem bem apanhada quando o mencionado autor cita acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nestes termos:

Não se pode, portanto, como tem sido sustentado em alguns processos, dizer que não havendo prejuízo algum ao erário Municipal, não há o quê indenizar, e isso descaracteriza a própria ilicitude. Primeiro, se à exclusão da improbidade basta a inexistência de prejuízo ao erário, consagrada estará a fórmula de como fazer para que as contratações diretas, pondo-se de lado a Lei e a Constituição, transformando as obras públicas numa 'ação entre amigos'. Dizer que a inexistência de prejuízo ao erário descaracteriza a improbidade, é tese que serve àqueles que na teoria combatem a impunidade, mas só para fins de prosa, uma vez que na prática vivem abraçados a ela, como a farsa de que o corrupto é sempre o outro.<sup>19</sup>

É dizer: imaginar-se a comprovação do prejuízo, para o sucesso do pedido de devolução dos valores pagos, redundaria, quase sempre, em um dispositivo legal inócuo, na medida que essa prova, inclusive, é de difícil realização e, na maioria das vezes, o serviço foi mesmo prestado.

Vale salientar, em acréscimo, que, *ex vi* do art. 21, da Lei de Improbidade, a aplicação das sanções independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, o que autoriza a aplicação da norma sancionadora pela manifesta ocorrência das hipóteses de lesão à moralidade administrativa, *in verbis*:

*"Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:  
I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;  
II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas."*

---

<sup>19</sup> MARTINES JR., E. **Ensaio de cidadania**: licitações. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p. 191.

Não se ignora, porém, que a doutrina tem sugerido cautela na interpretação deste dispositivo, ao dispensar a comprovação do dano ao patrimônio para configuração do ato de improbidade.

Nesse sentido a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

[...] a hipótese prevista no inciso I do artigo 21, que dispensa a ocorrência de dano para aplicação das sanções da lei, merece meditação mais cautelosa. Seria inconcebível punir-se uma pessoa se de seu ato não resultasse qualquer tipo de dano. Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o 'dano ao patrimônio público' utilizou a expressão patrimônio público em seu sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei de ação popular (Lei nº 4717/65) define patrimônio público como 'os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico' (art. 1º, § 1º), para deixar claro que, por meio dessa ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo.<sup>20</sup>

Em posição intermediária, a invocar o princípio da razoabilidade, outro julgado do *Tribunal Cidadão*, (2ª Turma, REsp n.º 300.184/SP, Rel. Min. Franciulli Netto).

A aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.

No particular, foram os ocupantes de cargo em comissão condenados pelo r. Juízo sentenciante pela percepção de verbas pagas indevidamente por trabalhos extraordinários, bem como o ex-prefeito do município por deferir o pagamento de forma irregular. Nos termos da legislação municipal de regência, tais serviços somente seriam permitidos em hipóteses excepcionais e temporárias, condicionadas à autorização por escrito do superior imediato, que deverá justificar o fato, o que, *in casu*, não se deu.

A sentença ordenou o ressarcimento dos valores indevidamente recebidos pelos agentes públicos, respondendo pelo total do débito, solidariamente, o ex-prefeito, bem como a suspensão dos direitos políticos. O Tribunal, por sua vez, deu provimento em parte à apelação para afastar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos.

<sup>20</sup> PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo:Atlas, 2004, p. 674, in fine.

A imposição dessa última, efetivamente, seria medida desarrazoada, visto que, como ressaltou a Corte de origem, as provas dos autos demonstram a real prestação do serviço pelos réus, e que a vantagem pecuniária obtida equivale apenas a R\$ 4.023,72 (quatro mil e vinte e três reais e setenta e dois centavos) para cada um dos servidores, segundo cálculo realizado em novembro de 2000, a desautorizar a aplicação de sanção mais gravosa.

Em sede de conclusão, poderíamos afirmar que se de um lado a existência de prejuízo ao erário é quase que um requisito fundamental à demonstração do ato de improbidade (sem embargo do disposto no art. 21, I, da lei de regência), de outro a exigência de sua comprovação (do prejuízo) - em hipóteses nas quais o profissional admitido sem licitação, efetivamente prestou o serviço -, praticamente inviabiliza a aplicação da lei, franqueando o caminho para que ilegalidades dessa espécie se propaguem. Claro, outrossim, que o valor da vantagem obtida pelo profissional, quando ínfima, deve ser desprezada pelo Poder Judiciário, como salientado no último aresto do STJ. Mas não se deve generalizar esse raciocínio, sob pena de se transformar o dispositivo em letra morta, inviabilizando sua observância.

Ou, como bem salientado em aresto oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível nº 447.719.-5/0-00- Brodowski, Rel. Vera Angrisani, j. em 19.12.06)

Raciocínio inverso, qual seja, livrar-se o administrador de tal responsabilidade, tendo em vista a alegação da efetiva prestação do serviço pelo servidor, seria por vias transversas convalidar ato administrativo nulo.

### **3.3 A admissão no serviço público sem a prévia submissão a concurso. A questão dos cargos em comissão**

Outro tema a merecer destaque é o que trata da obrigatoriedade da realização de concurso público, regra constitucional excepcionada, apenas, para os cargos em comissão.

O debate nos remete, necessariamente, ao princípio da acessibilidade, mediante concurso público, a cargos e funções públicas, previsto no art. 37, II, da Constituição. Esse princípio traduz-se em desdobramento do princípio da isonomia,

previsto, com todas as letras, no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, naquilo que se convencionou denominar igualdade *perante a Lei e na Lei*.<sup>21</sup>

Mesmo que de passagem, cumpre seja mencionada a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando aborda a relevância do *princípio* no sistema jurídico:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma [...] Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.<sup>22</sup>

Óbvio que o princípio da isonomia deve ser analisado caso a caso, já que relativos os conceitos de igualdade e desigualdade. Conforme esclarece Eduardo Martines Júnior

É possível, *v.g.*, que alguém seja igual ao outro em relação ao sexo, mas absolutamente diferente em relação à riqueza. Por outro lado, dois indivíduos abastados podem ter iguais patrimônios, mas serem desiguais quanto ao sexo. Assim, por exemplo, não seria possível dizer que uma regra de concurso que só admita candidatas mulheres afronta o princípio da isonomia, se o intuito é preencher vagas de carcereiras em presídio feminino. Em outro caso – citando L.A.D. Araújo – a igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizem tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência.<sup>23</sup>

Ainda como desdobramento do princípio da isonomia pode ser lembrado o princípio da impessoalidade, afirmado no *caput* do art. 37 da Constituição, segundo o qual todos os administrados devem ser tratados de forma igualitária, sem favorecimentos ou perseguições.

É nesse campo, portanto, que se situa a obrigatoriedade de acesso ao serviço público mediante o prévio concurso. Aliás

<sup>21</sup> MARTINES JR., op. cit., p. 146.

<sup>22</sup> MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 230.

<sup>23</sup> MARTINES JR., op. cit., p. 151.



O Supremo Tribunal Federal é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público (STF – Suspensão de Segurança nº 1085/9-ES, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set.1996, p. 31.193, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Ocorre que a própria Constituição prevê exceção a esse princípio quando ressalva *as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração* (art. 37, II, CF).

A exceção prevista na Carta Maior é explicada por José Afonso da Silva para quem

Justifica-se a exceção, porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança da autoridade a que são imediatamente subordinadas. Demais, o titular assume-os em caráter passageiro.<sup>24</sup>

Vê-se, com efeito, que a exceção à regra quanto ao acesso ao serviço público, vem prevista na própria Constituição, ao admitir sua dispensa quando se tratar dos chamados cargos em comissão. E nem poderia ser diferente. São funções que, pela sua própria natureza, com as peculiaridades que lhe são próprias, reclamam um vínculo de confiança entre o administrador e o servidor. Nesse conceito, a título de exemplo, poderíamos citar os secretários municipais ou estaduais, ministros de estado, componentes do 1º escalão da administração, etc.

Ocorre que – e aqui tornamos ao objetivo do trabalho neste tópico – vez ou outra, abusos são cometidos na interpretação dada pelo administrador do conceito de *cargo em comissão*.

De sorte que, com o objetivo de favorecer aqueles que lhe são mais próximos, por vezes em decorrência de compromissos assumidos ainda durante a campanha eleitoral, o administrador acaba por criar, por meio de lei, cargos a serem ocupados segundo sua livre nomeação.

Tais cargos, porém, não raras vezes, não possuem nenhuma singularidade que os façam escapar da regra geral que exige o concurso público. São, com efeito, funções que podem exercidas por qualquer pessoa, pois não reclamam qualquer vínculo de confiança entre seu ocupante e o administrador.

Assim, o administrador jamais poderá criar cargos em comissão para preenchimento, por exemplo, do cargo de professora. Poderá fazê-lo, é inegável,

---

<sup>24</sup> SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 145.

quanto à função de Secretário de Educação. Neste sim se encontra implícita a noção de confiança, a dispensar a realização de concurso. Para os primeiros, em homenagem aos princípios da isonomia e impessoalidade, o concurso público se imporá.

Essa impressão vem bem apanhada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a Apelação Civil nº 215.519.5/0-São Carlos, j. em 26.11.2003, Rel. Sidnei Beneti, vazada neste termos:

[...] cargos em comissão não são quaisquer cargos que assim se declararem em lei, mas apenas os que atendam à etiologia do cargo em comissão – isto é, cargos informados pela especial confiança do nomeante, ou seja, desprovidos de generalidade, destinados a funções estranhas do caráter político do exercício do cargo pelo agente público, como se fossem espécie de *longa manus* política do próprio agente político, para multiplicar-se a possibilidade de seu agir pessoal em meio ao *mare magnum* de providências pessoais a cargo de quem exerce a administração. São cargos destinados a funções como se fossem a do próprio agente público, como o são os Ministros, Secretários de Estados e Assessores deste.

Funções genéricas não são informativas de cargos em comissão, e por isso a elas é assegurada a livre acessibilidade aos cargos públicos, essencial ao sistema republicano, no que este tem de mais característico, quer dizer, de acesso de todos à *res publica*, que, sem a livre acessibilidade garantida pelo concurso, não é senão *res privata*, como se bens e serviços públicos fossem particulares, e a Administração Pública se realizasse segundo o discernimento privado

Cabe, em suma, a análise do caso concreto, atendo às suas peculiaridades, a fim de se constatar se os cargos em comissão de fato atendem os requisitos que autorizam a dispensa do concurso público. Caso contrário, a propositura da ação visando a invalidação da nomeação e demais consequências previstas em lei, se impõe.

### **3.4 A questão da competência para julgamento da ação de improbidade administrativa. O foro privilegiado**

Tema que tem sido alvo de incansáveis debates, mobilizando a opinião pública e os órgãos de classe interessados na controvérsia, diz respeito à competência para julgamento da ação de improbidade administrativa.

Em capítulo anterior, já abordamos a natureza jurídica dessa ação, concluindo que ela possui um cunho civil, sem embargo da natureza condenatória de algumas das sanções previstas na lei de improbidade.

Por conta disso, sempre se entendeu que o administrador, acusado da prática de improbidade, não gozaria do chamado foro privilegiado, guardado, apenas, para as ações penais. Ocorre que, ante a recente e profunda alteração da composição do Supremo Tribunal Federal, com a saída de antigos ministros e o ingresso de outros, o tema tornou ao cenário político. O que era pacífico deixou de sê-lo, o que justifica tornamos ao tema para, mais amiúde, enfrentarmos o problema.

Pois bem.

Os principais argumentos que justificam a competência do juízo de 1º grau são dois: o primeiro, já aludido, que a ação de improbidade possui, preponderantemente, uma natureza civil. Se é assim – segundo argumento – a competência para julgamento não é do Supremo Tribunal Federal (ou qualquer outro Tribunal, dependendo da qualidade do administrador), cujos limites de competência são delineados no art. 102, I, da Constituição Federal, em *numerus clausus* cujo rol não admite ampliação.

Como bem observa Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, em alentado trabalho em que abordou a questão

Dizer de forma diversa significaria fechar os olhos à norma constitucional que excepcionou expressamente apenas aquelas situações relativas à matéria criminal. Não se pode afastar o exercício da plena competência do juiz de primeiro grau sob o argumento de que ele sozinho não pode aplicar sanções a autoridades que ocupam cargos destacados na esfera do Estado. Isso levaria, também, à descaracterização da própria natureza dos tribunais, que são órgãos essencialmente revisores da atividade jurisdicional de primeira instância. Se o legislador quiser de outra

forma, que faça as modificações pertinentes, mediante alteração do texto constitucional.<sup>25</sup>

Insisto: vinha sendo assim.

Ocorre que por força de ação de Improbidade Administrativa movida pelo Ministério Público Federal contra o ex-ministro Raul Jungmann, o debate foi renovado. O ex-ministro, acusado de desviar R\$ 33 milhões dos cofres públicos enquanto ministro do Desenvolvimento Agrário, insiste na alegação de que agentes políticos possuem foro privilegiado. E, por consequência dessa condição, ele não poderia ter sido julgado por um Juiz de 1º grau.

Para tanto, o ex-ministro se baseou em outro processo, no qual o ex-ministro de Ciência e Tecnologia Ronaldo Sardemberg, foi condenado, em 1º grau de jurisdição, por improbidade administrativa, acusado de ter utilizado um avião da FAB, para fins pessoais. No recurso que manejou perante o STF, ele coloca em discussão a seguinte questão: agentes políticos devem ser julgados segundo a Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92) ou nos termos da Lei de crimes de responsabilidade. (1.079/50)?

Em julgamento de outro caso, envolvendo a prefeita da cidade de Magé, no Estado do Rio de Janeiro, o Ministro Gilmar Mendes teceu severas críticas à atuação do Ministério Público, expressando que, segundo noticiário amplamente divulgado na imprensa, “os autos revelam visível abuso por parte de membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na utilização da ação de improbidade administrativa para praticamente inviabilizar a atuação administrativa da chefe do Poder Executivo do município de Magé.”

A tese sustentada pelo ex-ministro Raul Jungmann, foi inicialmente debatida no julgamento da Reclamação 2138-DF, na sessão de 20 de novembro de 2002, e ainda pende de conclusão, em razão dos pedidos de vista de vários ministros da mais alta Corte do país.

De se destacar, nesse passo, o voto do então ministro Nelson Jobim, ao ressaltar que “*o julgamento de um agente político, como ministro de Estado, por um juiz de primeira instância é incompatível com a Constituição Federal (artigo 102, I, c), que concede prerrogativa de foro a essas autoridades.*”

---

<sup>25</sup> Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais, in **Improbidade administrativa**: 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 384.

Aproveitou, ainda, também para lançar severas críticas ao Ministério Público, preocupado na propositura de ações que qualificou como “espetaculares”, mesmo que destituídas de qualquer fundamento legal. Extrai-se do voto de Sua Excelência que *“o propósito notório é dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível”*.

O ministro Gilmar Mendes, que votou no sentido da procedência da reclamação, salientou que, embora a ação de improbidade administrativa tenha um cunho civil, suas penas, por vezes, são muito mais severas que aquelas cominadas na legislação penal, o que justificaria, a ser ver, o deslocamento da competência para os Tribunais, não ficando o réu sujeito ao julgamento de um juiz de direito.

Não parece ser esta, contudo, a melhor exegese que se pode extrair do tema.

Vale anotar que, antes, por força da Lei n. 10.628/02, dispositivos do Código de Processo Penal haviam sido alterados, no sentido de que “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”. E, o que interessa mais diretamente ao presente trabalho, “a ação por improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º”.

Ocorre que essa lei foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade manejada perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2797/DF). Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, quando, ao dar provimento ao pedido, se assentou que a natureza da ação de improbidade é civil, não se sujeitando, por isso, à competência originária da mais alta Corte do país.

Parece ser esta a melhor interpretação, segundo a qual somente através de emenda constitucional é possível alterar a competência do Supremo Tribunal Federal, para alcançar, também, o julgamento das ações de natureza civil movidas contra detentores de cargos públicos.

Outro fator foi bem apanhado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio de parecer datado de janeiro de 2006, oriundo do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania, que assim se posicionou frente ao julgamento em curso perante o STF, no qual a matéria é ventilada

O dado concreto é incontestável: o número de ações de improbidade que chegam aos foros judiciais, no âmbito da Justiça Federal e da Estadual, em face de autoridades que teriam, pela PEC 358/05, prerrogativa de foro, é evidentemente imenso, e cresce a cada dia.

Os casos de atos ilícitos desta natureza, incrivelmente, multiplicam-se a cada dia. Chegam ao conhecimento dos legitimados para a propositura de ações de improbidade, entre eles o Ministério Público, que não tem disponibilidade a respeito da matéria: têm o dever funcional de submeter tais casos ao conhecimento do Poder Judiciário, e assim têm agido, como regra geral, mediante prévias e responsáveis investigações.

Isso justifica a afirmação de que os nossos tribunais não são atualmente (nem serão num futuro próximo) devidamente aparelhados para enfrentar a avalanche de demandas judiciais relacionadas a atos de improbidade, praticados por pessoas que, com a nova solução constitucional, seriam detentoras de foro privilegiado por prerrogativa da função exercida.

Deve-se anotar também que a adoção da prerrogativa de foro tornará generalizada, na prática, a realização da instrução mediante cartas de ordem. Isso não favorece a justiça do julgamento, na medida em que tem melhores condições de julgar o magistrado que acompanhou pessoalmente a produção da prova.

Também o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto, se bateu contra a manutenção do foro privilegiado, qualificando-o de verdadeiro sinônimo de impunidade, já que o Supremo Tribunal Federal jamais puniu um parlamentar, contribuindo, com tal omissão, com a falta de credibilidade e transparência do Judiciário. Segundo entrevista que concedeu ao jornal “O Globo”, na edição de 18 de março de 2007,

O Supremo presta um desserviço à nação quando não julga os casos, principalmente de políticos privilegiados [...] Por mais razões que aleguem para justificar a existência dele, a realidade demonstra a sua desnecessidade, porque, se queremos um Brasil que apure as responsabilidades, o foro privilegiado no Brasil não está servindo para apuração dessas responsabilidades. Por isso, o foro privilegiado tem que ser modificado ou ser extinto.

Conforme bem apontou Roberto Romano, Professor de Ética e Filosofia Política da Unicamp, em artigo que fez publicar no jornal *Correio Popular*, da cidade de Campinas, em 14 de março de 2007

Leitor: ao escutar a expressão “privilégio de foro”, saiba que ele permite, além da ruptura com a democracia e com a república, o roubo dos impostos tirados de seu bolso. Faça as contas, busque números do Brasil inteiro, compare com os serviços públicos (segurança, saúde, educação, transportes, etc) ao seu dispor. E mande cartas, mensagens eletrônicas, telegramas ou telefone para deputados, senadores, STF e Presidente da República: todo apoio ao Ministério Público, na luta contra quem se julga “superior” à cidadania e assalta, impune, a Nação.

### **3.4.1 A proposta de emenda constitucional de criação do foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa**

Tramita, perante a Câmara Federal, a proposta de emenda constitucional (PEC), de nº 358/05), que altera dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal, acrescenta os arts. 97-A, 105-A, 111-B e 116-A.

Dentre outras alterações, algumas são dignas de nota por interessar, mais diretamente, ao objeto deste trabalho.

Assim, o atual art. 29, X, da Constituição, que prevê o julgamento, pelo respectivo Tribunal de Justiça, do Prefeito Municipal.

Essa competência, segundo entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência, diz respeito, somente, à prática de crimes.

De se destacar, assim, o ensinamento de Alexandre de Moraes, ao esclarecer que

Por fim, salientemos que a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, salvo as exceções anteriormente analisadas, somente para o *processo e julgamento das infrações penais comuns* ajuizadas contra o Prefeito Municipal, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar a existência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas e demais ações de natureza civil (grifo original).<sup>26</sup>

Confira-se, nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em aresto da lavra do Ministro Celso de Mello, julgado em 25 de novembro de 1999 e transcrito no *Informativo do STF* nº 172:

<sup>26</sup> Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas. 2. ed., 2003. p. 730.

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

Nesse sentido, ainda, diversas manifestações do Supremo Tribunal Federal, como no julgamento da ADI nº 2707/DF - Relator o Ministro Sepúlveda Pertence -, quando foi considerada inconstitucional lei que pretendia estender ao processo civil a competência originária que – insistimos – restringe-se à esfera criminal.

A PEC, inicialmente aludida, traz exatamente essa inovação, a saber, a possibilidade do Prefeito Municipal, qualquer que seja natureza da ação (cível ou criminal), ser julgado, por prerrogativa de função (ou foro privilegiado), diretamente pelo Tribunal de Justiça.

É o que se extrai da nova redação sugerida ao dispositivo legal, assim vazada:

Art. 29, X – julgamento do Prefeito, por atos praticados no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, perante o Tribunal de Justiça;

A mesma PEC, logo adiante, propões alteração do art. 102, I, *d*, do texto constitucional, cuja redação atual determina que cumpre ao Supremo Tribunal Federal o julgamento do “*habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas *a*, *b* e *c*; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal”. Pretende-se, com efeito, inserir, por meio da PEC, a seguinte observação ao final do dispositivo acima mencionado: “e a ação popular e a ação civil pública contra atos do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal”.

De tal forma que, também na esfera federal, o julgamento de ações de cunho civil, propostas em face das autoridades acima elencadas, seria de competência originária do STF.



Já à competência do Superior Tribunal de Justiça se propõe alteração no art. 105. I, *b*, para que o *Tribunal Cidadão* julgue os mandados de segurança, os *habeas data*, as ações populares e as ações civis públicas contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal

E, por fim, a alteração da redação do art. 97-A, que bem sintetiza a orientação da PEC:

Art. 97-A. A competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função.

Parágrafo único. A ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no *caput* deste artigo.

A inconveniência dessa alteração tem sido apontada por vários órgãos representativos da sociedade e por autoridade em geral. Destaque-se, nesse cenário, entrevista do Ministro do STF Joaquim Barbosa, concedida à revista *Veja*, em sua edição de 26.04.06, p. 38,

[...] o Ministro preferiu não comentar em quanto tempo os processos serão concluídos, mas salientou que um dos principais obstáculos é o foro privilegiado. Segundo ele, se os casos fossem julgados na primeira instância judicial certamente haveria mais agilidade às investigações. Na Justiça comum apenas um juiz é responsável pelas denúncias, enquanto no STF é preciso que os 11 ministros analisem individualmente caso a caso. 'O inquérito tem caráter tortuoso e complicado. Tortuoso por ser um processo que envolve foro privilegiado', disse. 'O foro privilegiado é uma excrescência tipicamente brasileira, tinha que acabar. É uma racionalização da impunidade'.

Em outra entrevista, publicada na *Folha Online*, de 17 de abril de 2006, Sua Excelência assim se manifestou

[...] o Ministro (Joaquim Barbosa Gomes) preferiu não comentar em quanto tempo os processos serão concluídos, mas salientou que um dos principais obstáculos é o foro privilegiado. Segundo ele, se os

casos fossem julgados na primeira instância judicial certamente haveria mais agilidade às investigações. Na Justiça comum apenas um juiz é responsável pelas denúncias, enquanto no STF é preciso que os 11 ministros analisem individualmente caso a caso. 'O inquérito tem caráter tortuoso e complicado. Tortuoso por ser um processo que envolve foro privilegiado', disse. 'O foro privilegiado é uma excrescência tipicamente brasileira, tinha que acabar. É uma racionalização da impunidade

Questões de ordem prática foram bem apontadas pelo Centro de Apoio das Promotorias de Justiça da Cidadania do Estado de São Paulo, em carta aberta dirigida aos congressistas, firmada por seu coordenador, João Francisco Moreira Viegas.

Destacou-se que:

O congestionamento dos tribunais é facilmente previsível. Imagine-se a situação dos chefes de Executivos municipais. São 5.560 ex-prefeitos a cada quatro anos. Em contrapartida, são apenas 26 tribunais estaduais e 5 Tribunais Regionais Federais para julgamentos de ações criminais e de improbidade. Embora os Colegiados possuam algumas competências originárias, sua estrutura volta-se à solução de recursos, ou julgamento de ações originárias em que não haja instrução probatória. Tanto que, quando necessária, a oitiva de testemunhas é delegada aos juízos de inferior instância. Transferir para os tribunais a instrução e julgamento de ações por improbidade significa, na prática, agravar situação já caótica: maior atraso nos julgamentos, e aumento da impunidade.

Lembrou-se, ainda, da conveniência da aproximação entre o fato e o juiz da comarca, em circunstância que melhor atende ao princípio da busca da verdade real. Claro, sentindo de perto o problema, conhecendo a comarca e as pessoas neles envolvidos, tudo isso propicia ao juiz proferir uma sentença mais justa e mais adequada ao contexto fático da causa. E com uma vantagem: na hipótese de equívoco do *decisum*, tem a parte prejudicada de recorrer à Superior Instância, a fim de que o Tribunal, cumprindo a função que lhe é mais peculiar, se manifeste em grau de recurso. Ao contrário, se acolhida a PEC, haverá um único julgamento, em instância única pelo Tribunal, a dificultar a ampla defesa e o amplo acesso às vias superiores.

Após ressaltar, em acréscimo, que a manutenção da competência de 1º grau é, inclusive, favorável ao réu, na medida em que permite o exercício do duplo grau de jurisdição, arremata o coordenador do Centro de Apoio

A adoção do foro privilegiado para beneficiar ocupantes e ex-ocupantes de cargos públicos de maior relevo constitui equívoco manifesto que navega no contra-fluxo da maré democrática. Mais que um privilégio a cargos, tem-se uma prerrogativa destinada às pessoas que os exerceram, o que significa, na prática, a cristalização de uma tradição aristocrática em pleno Estado republicano!

O que nosso povo certamente espera, e confia em obter, por parte dos seus ilustres representantes no Congresso Nacional, é a edição de normas que fortaleçam o combate aos atos que, dia após dia, vêm minando as riquezas do país. Espera e confia, também, na obtenção de rigoroso tratamento judicial contra atos ilícitos, como apoio para aqueles que mais necessitam da presença do Estado.

Não se pode ignorar, por outro lado, parece inegável que certos exageros são cometidos, sobretudo na precipitada divulgação de notícias que, não raras vezes, acabam expondo o indivíduo sem a existência de qualquer procedimento que embase a acusação. Sofre-se, talvez, a pior das condenações (aquele imposta pela imprensa), sem que se tenha qualquer chance de defesa.

São colegas que seduzidos pelo incrível poder que a mídia exerce, buscam-na ferozmente, estabelecendo, a partir daí, uma relação por vezes promíscua com jornalistas. Estes ávidos em dar notícias e, aqueles, preocupados em ver sua imagem divulgada, quase como se a imprensa fosse um fim em si mesma e não mero instrumento.

É preciso perceber, contudo, que essa espécie de conduta de alguns membros do Ministério Público, constitui-se em exceção e, mais, é fortemente criticada no seio da Instituição, que repudia, de forma veemente, tal vedetismo, de resto, absolutamente nocivo ao Ministério Público.

Dois pontos, portanto, devem ser enfocados. o primeiro - insisto - que essa conduta representa uma exceção à classe, que, regra geral, trabalha de forma consciente e procurando privilegiar o direito do cidadão. E, segundo, que a veiculação do *parquet* no noticiário cumpre o papel de informar a sociedade a respeito dessa Instituição que a defende.

Resta, assim, buscar o perfeito equilíbrio entre a publicidade e a preservação do direito da pessoa, que não deve experimentar tão precipitada condenação, ao ver seu nome estampado nas manchetes.

### 3.5 Ação civil pública e ação de improbidade administrativa

Por vezes se depara, na prática, com ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público, com base na Lei nº 7.347/85, mas que contam com pedido de aplicações de sanções previstas na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

A ilegalidade dessa estratégia é apontada por Vicente Greco Filho, em palestra proferida no 6º Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado em São Paulo, em 9 de novembro de 1999:

[...] em se tratando de uma ação para imposição de sanções, como nós sabemos, severíssimas, têm de se aplicar à ação de improbidade os princípios do processo penal. Ou seja, descrição definida ao ato de cada um. O Ministério Público tem colocado tudo num saco e diz: 'Vocês são ímprobos', mas não diz: 'Você praticou isso, você praticou isso e você praticou aquilo'<sup>27</sup>

O tema, ao contrário do que possa, de início, parecer, não guarda interesse meramente acadêmico. Ao revés, tem reflexos práticos de grande relevância, que são bem apontados em alentado artigo da lavra da advogada Gina Copola, intitulado: "*O procedimento próprio das ações de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.*"<sup>28</sup>

Assim, para exemplificar, o art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, determina que

Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 (quinze) dias

Vale dizer, se estabelece uma espécie de *defesa prévia*, na qual se faculta ao réu, antes mesmo de recebida a inicial, responder a todos os seus termos, juntando, inclusive, documentos e justificações aptas a refutar os termos do exórdio.

<sup>27</sup> GRECO FL., V. **Boletim de direito administrativo**. São Paulo: NDJ, 2000. p. 394.

<sup>28</sup> Repertório de jurisprudência IOB, Porto Alegre, 1. quinzena de jan., n.1, p. 27, 2007.

Não se trata, outrossim, de mero formalismo inútil, mas de fundamental oportunidade que se abre ao réu, cabendo ao juiz formular verdadeiro juízo de admissibilidade quanto ao recebimento da inicial.

A ausência da prévia notificação do réu, outrossim, fere mortalmente o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, de molde a acarretar a nulidade do processo.

Sua relevância vem bem apanhada por Cássio Scarpinella Bueno, em obra que dedicou ao estudo da improbidade administrativa

Os documentos, as justificações, as escusas e a conduta de quem pretende tipificar ato (s) de improbidade administrativa serão analisados não só no decorrer do procedimento (mais aprofundadamente na fase instrutória), mas receberão um juízo de admissibilidade expresso e bastante profundo (até mesmo exauriente, quando a hipótese é de declaração da inexistência do ato de improbidade ou de improcedência da ação) logo após o estabelecimento do prévio contraditório, na formam como disciplinam os precitados §§ 7º e 8º.<sup>29</sup>

É por isso mesmo que, segundo alerta o mencionado autor, a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve se cercar de maior substância quando comparadas com outras ações, sob pena de sofrer extinção prematura, ante a resposta dada pelo réu aos seus termos.

Ademais, impõe-se ao juiz fundamentar, devidamente, o recebimento da inicial, após colher – e rejeitar - a defesa prévia do réu, tudo em observância à exigência constitucional que impõe a devida fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF). Somente com a devida fundamentação é que, inclusive, se permitirá ao réu manejar recurso perante a instância superior reclamando contra o recebimento da inicial.

A *ratio legis* desse cuidado do legislador foi apontado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, no julgamento do Agravo nº 62.991-CE, Rel. o Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho (*DJU* de 9 de fevereiro de 2006)

Também é sabido que o mero recebimento da inicial em uma ação de improbidade administrativa já traz inúmeros malefícios à honra e ao conceito que a pessoa reveste frente à sociedade, o que apenas

---

<sup>29</sup> BUENO, C. S. Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 145.

corroborar a necessidade de tal decisão [de recebimento da inicial] seja clara, objetiva e minuciosa, valer dizer, fundamentada.

Ora, esse momento inicial que se confere ao réu para sua defesa, antes mesmo de recebida a inicial, não é previsto na Lei da Ação Civil Pública. Daí a inconveniência de ser ajuizar ação civil pública, com fulcro na Lei nº 7.347/85, pleiteando a condenação do réu em penas previstas na Lei nº 8.429/92, que trata da ação de improbidade administrativa.

Como assevera Gina Copola, no trabalho mencionado, por força do princípio da indisponibilidade do procedimento, não se admite essa mescla entre uma e outra ação, cumprindo ao juiz, ao constatar a inadequação da via processual eleita pelo autor, extinguir a ação sem julgamento do mérito, para que outra seja, eventualmente, ajuizada.

## 4 PRESCRIÇÃO

De se ver que a própria Constituição, em seu art. 37, § 5º, deixou a cargo da lei ordinária a fixação desse prazo, quando previu que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. E, com efeito, a prescrição referente aos ilícitos perpetrados em prejuízo ao erário público, vem tratada no art. 23 da Lei nº 8.429/92.

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem se propostas:

- I - até cinco anos após o termino 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.

Em virtude da expressão utilizada no texto constitucional (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”), o entendimento unânime na doutrina e jurisprudência é no sentido de que a prescrição corre apenas para ações que tenham por objetivo a aplicação de outras sanções que não a de ressarcimento (v.g., perda do cargo, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, etc.), pois, em relação a esta última, a hipótese é de verdadeira imprescritibilidade.

Os prazos são contados da seguinte forma:

- a) termo inicial (termo ‘a quo’) - para os agentes que exercem mandato, cargo em comissão ou função de confiança, conta-se do término do mandato, da exoneração ou da dispensa;
  - para os que exercem cargo de provimento efetivo ou emprego público, conta-se do prazo fixado em lei específica (federal, estadual, ou municipal) para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.
- b) termo final (termo ‘ad quem’): - como regra, fixa o prazo de cinco anos para a propositura da ação.

Essa opção do legislador, consistente em criar verdadeira hipótese de imprescritibilidade, embora reconhecida por José Afonso da Silva, não escapou à crítica do eminente professor das Arcadas, que assim se manifestou

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.<sup>1</sup>

Impõe-se, assim, ao autor da ação de improbidade administrativa, que, sob pena de caracterização da prescrição, indique, expressamente, a ocorrência do prejuízo e, demais disso, peça o ressarcimento ao erário do dano causado pela ação do administrador ímprobo.

Daí a pertinência da observação contida no Pede-se vênia para referir a respeito do tema o voto proferido pela Exma. Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, disponível em [www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br)

Não basta, para propiciar a imprescritibilidade prevista no parágrafo 5º do art. 37 da CR/88 que a inicial contenha pedido de ressarcimento, mas que efetivamente se refira a um prejuízo efetivo, pois o entendimento contrário iria permitir que se tornassem imprescritíveis todos os atos de improbidade, mesmo os que não tenham trazido prejuízo patrimonial ao erário público e atraíam outras sanções que não o ressarcimento, contrariando o legislador constituinte e a inteligência daquele dispositivo.”

---

<sup>1</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 574.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou o trabalho demonstrar, em síntese e em um primeiro momento, ser o Ministério Público o órgão mais vocacionado ao exercício da ação de improbidade administrativa, embora não se ignore que o art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa confira também à “pessoa jurídica interessada”, a legitimidade ativa da ação.

Isso em virtude de expressa previsão constitucional, contida no inc. III, do art. 129 da Carta Maior, que prescreve ser função do *parquet* promover “ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social ...”

E, de resto, em virtude da notável projeção que lhe conferida pela *Constituição Cidadã de 1988*, bem apanhada por julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inserto na *JTJ 214/12*

O Ministério Público, em hora oportuna, teve ampliadas suas funções institucionais na norma do disposto no art. 129 da Constituição da República, e a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 8.078, de 11-9-90, constitui instrumento apto e eficaz para sua atuação para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos

Mas, por outro lado, tamanho poder, sob pena de desmoralização e virtual enfraquecimento, deve ser exercido com cautela e, antes, discricção. A sedução que os meios de comunicação exercem sobre membros do Ministério Público, vez ou outra movidos por notável vedetismo, acabam por desmoralizar o emprego de tão relevante instrumento de combate á improbidade administrativa, que permeia boa parte de nossa administração.

Como consequência dessa postura – ressalte-se, de uma minoria – levantam-se vozes, umas mais bens intencionadas que outras, no sentido de minar o poder do Ministério Público em sua base, como a recente discussão sobre o foro privilegiado também para as ações de improbidade, amplamente abordada em nosso trabalho.

Como bem observou Celso Antonio Três

Ao combater a improbidade, urge que o Ministério Público conduza-se com probidade. Em síntese, cumpre-lhe brandir a contundência necessária à indisponível defesa da *res publica*, até hoje flagelada por uma dolorida história de mal-versação. Atuação, contudo, ponderada pelo cometimento e não vilipendiar a presunção de inocência, tampouco usurpar as competências do Poder Judiciário e do cidadão, aquele em sancionar a esse em decidir os destinos políticos pelo voto.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> TRÊS. C.A. **A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa**. Probidade no combate à improbidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.92.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. L. *Da ação popular e o Ministério Público*. São Paulo: **Justitia** – Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1971.

ALMEIDA FILHO, A. A. Do Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, v.XXIX, p. 48, abr./jun., 1960.

ALVES, J. A. L. A. **A arquitetura internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1996

ARAÚJO, E. N. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1970.

ATALIBA, G. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AZEVEDO, M. M. C. **Observações sobre vários artigos do Código de Processo Penal**. Recife: Typ. da Viuva Roma, 1852.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Direito administrativo na Constituição de 1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, O. A. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BASTOS, C. R. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUENO, A. J. P. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Lisboa: Editora Livraria Clássica, 1910.

BUENO, C. S. **Improbidade administrativa** – questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAETANO, M. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CENEVIVA, W. **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COMPARATO, F. K. **Improbidade administrativa**: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo de 1º grau. **Boletim dos Procuradores da República**, cidade, ano 1, n. 9, p. ???, jan. 1999

COPOLA, G. **Repertório de jurisprudência IOB**, 1ª. quinzena de janeiro de 2007, n. 1/2007.

CRETELLA JR., J. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1992.

COSTA, E. **Efemérides judiciárias**. Rio de Janeiro: Publicação do Ministério de Educação e Cultura, 1961.

COSTA, T. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998

DIAS, M. **Ministério Público brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, v. I.

DINIZ, M. H. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1979.

FAORO, R. **Os donos do poder**. 2. ed., Porto Alegre: Globo, 1976, v. I.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Luís Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FONSECA, S. R.; ANIBAL JUNIOR, W. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. Disponível no sítio [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br), acessado em 02.01.2007.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GORDILLO, A. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOULART, M. P. **Ministério Público e Democracia – Teoria e Práxis**, Leme: Editora de Direito, 1998.

GRECO FILHO, V. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo: NDJ, jun. 2000.

INACARATO, M. A.. **Justitia**, São Paulo, v. LXVI, p. 37, jul./set. 1969.

LIMA, A. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

LIMA, R. C. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LYRA, R. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris (em co-edição com a Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul), 1989, p. 9.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público e o Júri**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1933

MACHADO, A. A. **Ministério Público – Democracia e ensino jurídico**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MANCUSO, R. C. M. **Ação Popular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MANZINI, V. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. I.

MARTINS, I. G. S. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS JÚNIOR, W. P. Enriquecimento ilícito de agentes públicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 755, p.94.

MARTINES JÚNIOR, E. **Ensaio de cidadania 1: licitações**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

MASAGÃO, M. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1974.

MAXIMILIANO, C. **Comentários à Constituição brasileira de 1946**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1.

MAZZILLI, H. N. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data'**. 19. ed., atualizada por Arnaldo Wald, São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO FILHO, J. C. **Constituição federal anotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MENDES, G. Subversão da hierarquia judiciária. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 01 abr.1997.

MIRANDA, F. C. P. **Comentários à Constituição de 1967**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967-1968. - v. IV, p. 322.

MONTORO, A. F. **Introdução ao Estudo do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUKAI, Toshio. **O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Administração pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PANSEY, H. **Da l'autotité judiciaire en France**. 3. ed., Paris, 1827.

PAZZAGLINI FILHO, M; ROSA, M. F. E; FAZZIO JUNIOR, W. **Improbidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIERANGELLI, J. H. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

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

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RAMOS, A. C. *O combate internacional à corrupção e a lei de improbidade, in Improbidade administrativa* – 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE, M. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

\_\_\_\_\_. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, F. L. X. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 130, p. ???, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo, *in Improbidade administrativa* – 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SALGADO, César A. J. *Campos Sales*, o precursor da independência do Ministério Público, **Justitia**, São Paulo, v. XXXII, p. 78, jan./mar. 1961.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público no anteprojeto de Código de Processo Penal. **Justitia**, São Paulo, v. XLVII, p. 85 – out/dez. 1964.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SION, L. V. **Da ação popular e o Ministério Público**: o Ministério Público como titular obrigatório do exercício da ação popular: São Paulo: Justitia, Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1971.

SIQUEIRA, Galdino de. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Magalhães, 1930.



TÁCITO, C. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.

TOURINHO Filho, F. C. **Processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

TORNAGHI, H. B. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 2.

TRINDADE, A. A. C. **A proteção internacional dos Direitos Humanos – fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRÊS, C. A. **A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa**. Probidade no combate à improbidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZANCANER, W. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

WALD, A. Subversão da hierarquia judiciária. **O Estado de São Paulo**, *São Paulo*, 01 abr. 1997.

## **ANEXO A**

**Lei nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992**

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

Atualiza em 25.10.01 - MPV 2225-45, DE 4.9.01

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

**CAPÍTULO I****Das Disposições Gerais**

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

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de

cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

## **CAPÍTULO II**

### **Dos Atos de Improbidade Administrativa**

#### **Seção I**

##### **Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito.**

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

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser

atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

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

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

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

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

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de

mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

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

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

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

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

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

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

## Seção II

### Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Seção III**

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

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

### **CAPÍTULO III**

#### **Das Penas**

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

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

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

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

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

## **CAPÍTULO IV**

### **Da Declaração de Bens**

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

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

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

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

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

## **CAPÍTULO V**

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.(Parágrafo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-34, de 24.8.2001)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.(Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de



improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.(Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.(Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.(Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.(Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1o, do Código de Processo Penal.(Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

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

## **CAPÍTULO VI**

### **Das Disposições Penais**

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

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

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

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

**Parágrafo único.** A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

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

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

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

**Art. 22.** Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada

de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

## **CAPÍTULO VII**

### **Da Prescrição**

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

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

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

## **CAPÍTULO VIII**

### **Das Disposições Finais**

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

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

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

**FERNANDO COLLOR**

Célio Borja

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 3.6.1992

## **ANEXO B**

**LEI Nº 7.347 - DE 24 DE JULHO DE 1985**

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

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

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

IV - (vetado).

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

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

**Art. 4º** Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando,

inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado).

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

I - esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão



remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

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

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

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

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

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

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

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

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

**Art. 13.** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participaram necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

**Parágrafo único.** Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

**Art. 14.** O Juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

**Art. 15.** Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público.

**Art. 16.** A sentença civil fará coisa julgada "erga omnes", exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

**Art. 17.** O Juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios arbitrados na conformidade do § 4º, do art. 20, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, quando reconhecer que a pretensão é manifestamente infundada.

**Parágrafo único.** Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

**Art. 18.** Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.

**Art. 19.** Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo que não contrarie suas disposições.

**Art. 20.** O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentada pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

**Art. 21.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 22.** Revogam-se as disposições em contrário.

*José Sarney* - Presidente da República.

*Fernando Lyra.*